

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



**LA NECESIDAD DEL FORTALECIMIENTO DEL CONTROL DEL GASTO
PÚBLICO, EN EL CASO DE EXCEPCIÓN REGULADO EN EL NUMERAL 2.1
DEL ARTÍCULO 44 DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**

GIOVANNI ERNESTO ROJAS CORDÓN

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2014

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

**LA NECESIDAD DEL FORTALECIMIENTO DEL CONTROL DEL GASTO
PÚBLICO, EN EL CASO DE EXCEPCIÓN REGULADO EN EL NUMERAL 2.1
DEL ARTÍCULO 44 DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

GIOVANNI ERNESTO ROJAS CORDÓN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2014

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

DECANO:	MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Mario Roberto Méndez Álvarez
VOCAL V:	Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
VOCAL VI:	Lic. Luis Fernando López Díaz

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Juan Ramiro Toledo Alvarez
Secretario:	Lic. Luis Alfredo González Ramila
Vocal:	Lic. Jaime Ernesto Hernández Zamora

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Ricardo Alvarado Sandoval
Secretario:	Lic. Ronan Roca Menéndez
Vocal:	Licda. Ileana Noemí Villatoro Fernández

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



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



Guatemala, 19 de marzo de 2013.

Licenciado
EDGAR AUGUSTO CASTILLO MENDIZÁBAL
Ciudad de Guatemala

Licenciado EDGAR AUGUSTO CASTILLO MENDIZÁBAL:

Atentamente me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que recibí el dictamen del (de la) Consejero (a) - Docente de la Unidad de Asesoría de Tesis de esta Facultad, en el cual hace constar que el plan de investigación y el tema propuesto por el estudiante: GIOVANNI ERNESTO ROJAS CORDÓN, CARNÉ No. 200411951, intitulado "LA NECESIDAD DEL FORTALECIMIENTO DEL CONTROL DEL GASTO PÚBLICO, EN LOS REGÍMENES DE COTIZACIÓN Y LICITACIÓN PÚBLICA, REGULADOS EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO", reúne los requisitos contenidos en el Normativo respectivo.

Me permito hacer de su conocimiento que como asesor está facultado para realizar modificaciones que tengan por objeto mejorar la investigación. En el dictamen correspondiente deberá cumplir 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, el cual regula: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

"IDY ENSEÑAD A TODOS"


DR. BONERGÉ AMILCAR MEJÍA ORELLANA
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis



cc.Unidad de Tesis, interesado y archivo



Guatemala 22 de septiembre de 2,014

Doctor:
Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.



Respetable Doctor Mejía:

De conformidad con el nombramiento emitido con fecha diecinueve de marzo del año dos mil trece, en el cual se me faculta para realizar las modificaciones de forma y de fondo en el trabajo de investigación como Asesor de Tesis del Bachiller **GIOVANNI ERNESTO ROJAS CORDÓN**, me dirijo a usted haciendo referencia a la misma con el objeto de informar mi labor y emitir dictamen correspondiente, en relación a los extremos indicados en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, se establece lo siguiente:

I) El trabajo de Tesis se denomina: **LA NECESIDAD DEL FORTALECIMIENTO DEL CONTROL DEL GASTO PÚBLICO, EN LOS RÉGIMENES DE COTIZACIÓN Y LICITACIÓN PÚBLICA, REGULADOS EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.**

II) Al realizar la Asesoría sugerí correcciones que en su momento considere necesarias para mejorar la comprensión del tema indicado. En dichas correcciones, se encuentra una sumamente necesaria para la mejor comprensión y desarrollo de la presente investigación, ya que si bien es cierto, se tocan aspectos relacionados a los Regímenes de Licitación y Cotización Pública, predominó el tema de los casos de Excepción, para lo cual me permito sugerir una breve modificación al tema, el cual se denominaría bajo el siguiente título: **LA NECESIDAD DEL FORTALECIMIENTO DEL CONTROL DEL GASTO PÚBLICO, EN EL CASO DE EXCEPCIÓN REGULADO EN EL NUMERAL 2.1 DEL ARTÍCULO 44 DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.**

a) **Contenido científico y técnico de la tesis:** El sustentante abarco tópicos de importancia en materia administrativa, enfocado desde un punto de vista social y jurídico, por ser un tema importante acerca de los procesos de contratación por parte de las dependencias que componen el Estado y respaldan su actuación en la Ley de Contrataciones del Estado;



Licenciado Edgar Augusto Castillo Mendizábal
Oficina Profesional 15 Av. "A" 12-67 Z.1 Tel 3032 6565 y 2253 5329

b) **La metodología y técnicas de la investigación:** Para el efecto se tiene como base el método analítico, sintético, deductivo e inductivo. Dentro de las técnicas de investigación: la observación, como elemento fundamental de todo proceso investigativo, apoyándose en esta y obteniendo con ella, un objetivo claro, definido y preciso. La bibliográfica y documental para recopilar y seleccionar adecuadamente el material de estudio lo que culminó con la comprobación de la hipótesis planteada, estableciendo los objetivos generales y específicos con el objeto de establecer doctrinariamente y jurídicamente como resolver ese problema en la práctica;

c) **La redacción:** La estructura formal de la tesis está compuesta de cinco capítulos y se realizó con una secuencia lógica, empezando con temas que llevan al lector poco a poco al desarrollo del tema central, para el buen entendimiento del mismo, se ha cumplido con todos los procedimientos del método científico;

d) **Conclusiones y Recomendaciones:** Las mismas obedecen a una realidad administrativa. Conclusión importante a la cual arribó el sustentante, al observar en el presente caso, aspectos que contravienen a la jerarquía normativa, según lo establecido en el Artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial, debiendo observar en primer instancia la Ley de Contrataciones del Estado y luego el Reglamento de la misma ley, ya que de continuar con el mismo procedimiento, se elude en ciertos casos de Excepción, la Cotización Pública. Por lo que dichas conclusiones y recomendaciones, son compartidas con el investigador, puesto que se encuentran estructuradas al contenido del plan de investigación y están debidamente fundamentadas. En el caso de la bibliografía, se comprobó que fuera la correcta.

III) En conclusión y atendiendo a lo indicado en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, informo a usted, que **APRUEBO**, ampliamente la investigación realizada, por lo que con respecto al trabajo realizado por el sustentante, Bachiller **GIOVANNI ERNESTO ROJAS CORDÓN** emito **DICTAMEN FAVORABLE**, ya que considero el tema un importante aporte.

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

Licenciado Edgar Augusto Castillo Mendizábal
Abogado y Notario -Col. 7,840



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 15 de octubre de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante GIOVANNI ERNESTO ROJAS CORDÓN, titulado LA NECESIDAD DEL FORTALECIMIENTO DEL CONTROL DEL GASTO PÚBLICO, EN EL CASO DE EXCEPCIÓN REGULADO EN EL NUMERAL 2.1 DEL ARTÍCULO 44 DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.




 Lic. Avidán Ortiz Orellana
 DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Quien me ha permitido alcanzar con éxito esta meta tan anhelada, demostrándome su infinito amor y guiándome en la vida por la senda de la luz y la verdad.
- A MIS PADRES:** Por su amor, sacrificios y apoyo incondicional, les doy las gracias y que este triunfo, sea satisfacción suya.
- A MI FAMILIA:** Gracias por el apoyo y amor brindado durante todo este tiempo, los amo y cada uno sabe lo importante que son en mi vida.
- A MIS CATEDRÁTICOS:** Por darme su conocimiento y experiencia; los respeto y agradezco.
- A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:** Gloriosa y tricentenaria.
- A LA FACULTAD DE DERECHO:** Noble y preciosa escuela que me brindó conocimientos y que hoy, me convierten en un profesional.
- A USTED:** Gracias por estar aquí y por haberme acompañado en el proceso de mi formación profesional.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. El Estado.....	1
1.1. Definición.....	2
1.2. Elementos del Estado.....	3
1.3. Objetivos.....	7
1.4. Finalidades del Estado.....	8
1.5. Clases de estado.....	11
1.6. Fundamento legal de Estado.....	14

CAPÍTULO II

2. La administración pública y los recursos financieros.....	15
2.1. Definición de administración pública.....	15
2.2. Principios de la administración pública.....	16
2.3. Actos administrativos.....	19
2.4. La organización de la administración pública.....	20
2.5. Formas de organización de la administración pública.....	21
2.5.1. La desconcentración administrativa.....	21
2.5.2. La descentralización administrativa.....	22
2.6. Clases de administración.....	23
2.7. Elementos de la administración pública.....	26
2.8. Los recursos financieros.....	27

CAPÍTULO III

3. Los servicios públicos y la contratación pública.....	29
--	----



Pág.

3.1.	Características.....	30
3.2.	Elementos.....	31
3.3.	Gestión directa del servicio público.....	32
3.4.	Prestación indirecta del servicio público.....	33
3.5.	La contratación pública.....	34
3.6.	Definición de contrato administrativo.....	34
3.7.	Características.....	35
3.8.	Características de la contratación administrativa.....	36
	3.8.1. Clausulas exorbitantes.....	36
	3.8.2. Principios especiales.....	37
	3.8.3. Preferencia del estado.....	37
	3.8.4. Jurisdicción especial.....	37
3.9.	El contrato administrativo.....	37
3.10.	Elementos.....	38
3.11.	Contenido.....	39
3.12.	Diversos sistemas de contratación administrativa.....	40
3.13.	Características de los contratos administrativos.....	40
3.14.	Clases de contratos administrativos.....	41
3.15.	Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.....	42

CAPÍTULO IV

4.	La Ley de Contrataciones del Estado.....	47
	4.1. Proceso de contratación.....	48
	4.1.1. Fase previa.....	48
	4.1.2. Fase preparatoria.....	50
	4.1.3. Fase de desarrollo.....	53
	4.1.4. Fase formal.....	54



	Pág.
4.1.5. Fase final.....	56
4.1.6. Registros.....	58
4.1.7. Prohibiciones.....	60
4.1.8. Sanciones.....	61
4.1.9. Compensación por daños y perjuicios.....	62
4.2. Regímenes regulados en la Ley de Contrataciones del Estado.....	62
4.2.1. Cotización pública.....	63
4.2.2. Licitación pública.....	64
4.3. Otras modalidades de adquisición pública establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado.....	71
4.3.1. Compra directa.....	71
4.3.2. Contrato abierto.....	72
4.4. Contrataciones en caso de excepción.....	76

CAPÍTULO V

5. La necesidad del fortalecimiento del control del gasto público, en el caso de excepción regulado en el numeral 2.1 del Artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado.....	81
5.1. Los fines de la Ley de Contrataciones del Estado.....	81
5.2. Regímenes y modalidades de contratación.....	84
5.3. Debilidades que ostenta la Ley de Contrataciones del Estado.....	87
5.4. La elusión de aplicación del régimen de cotización establecido en el subnumeral 2.1 del Artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado.....	89
5.5. Efectos.....	93
5.6. Análisis a la problemática planteada.....	95
5.7. Necesidad de reformar el Artículo 21 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.....	97



	Pág.
5.7.1. Aspectos legales.....	97
5.7.2. Aspectos sociales.....	99
5.7.3. Aspectos políticos.....	99
5.7.4. Aspectos técnicos.....	100
5.8. Proyecto de reforma del Artículo 21 del Acuerdo Gubernativo 1056-92.....	100
CONCLUSIONES.....	103
RECOMENDACIONES.....	105
BIBLIOGRAFÍA.....	107



INTRODUCCIÓN

La Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, y su Reglamento, Acuerdo Gubernativo 1056-92, regulan los procedimientos a utilizarse en todo evento de compra y/o contratación, en los cuales el Estado y sus instituciones sean parte. En estas normas se desarrollan diversos procesos de contratación; su utilización dependerá de las características particulares de cada caso; entre estos procedimientos podemos mencionar los regímenes de Licitación y Cotización pública, y excepcionalmente, la compra directa, el contrato abierto y los denominados casos como de excepción.

El presente trabajo, gira en torno al arrendamiento con o sin opción de compra de inmuebles, maquinaria y equipo dentro y fuera del territorio nacional, uno de los denominados como casos de excepción; éste se encuentra regulado en el numeral 2.1 del Artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, como de igual manera se encuentra desarrollado, en el Artículo 21 de su Reglamento; sin embargo al presentarse este caso y al ser necesaria la aplicación de lo regulado en la Ley de Contrataciones del Estado, los responsables de su cumplimiento lo evaden sin responsabilidad alguna, amparándose con lo establecido en la normativa de inferior rango, su reglamento, ya que dicha norma inferior, amplía extremadamente la discrecionalidad en la actuación del funcionario público.

Con la finalidad de comprobar la hipótesis que permite reflejar un conflicto de intereses en la selección de la norma a utilizar, al presentarse un caso de arrendamiento, fue necesario analizar y demostrar que la aplicación de la norma aludida, contraviene los



principios del derecho administrativo, ya que al momento de manifestarse la actividad por parte del Estado, en sí la actividad administrativa, debe de velarse por la búsqueda del bien común de la generalidad, a través de procesos eficientes, eficaces y ante todo transparentes, aspectos esenciales que en caso de optar por lo regulado en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, no fueron perceptibles. La anterior comprobación, fue resultado de la aplicación de distintos métodos y técnicas de investigación, entre ellos el método analítico y deductivo; y en el caso de las técnicas de investigación, se utilizaron la bibliográfica y la documental.

Para lograr el resultado obtenido en la presente investigación de tesis, fue necesario estructurarla en cinco capítulos, los que se encuentran ordenados de una manera precisa y lógica para su estudio y entendimiento, los cuales se denominan así: capítulo I, El Estado; capítulo II, La administración pública y los recursos financieros; capítulo III, Los servicios públicos y la contratación pública; capítulo IV, La Ley de Contrataciones del Estado; y por último, el capítulo V, La necesidad del fortalecimiento del control del gasto público, en el caso de excepción regulado en el numeral 2.1 del Artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Con el propósito que el erario nacional, sea invertido, administrado y logre su fin primordial, alcanzar el bien común, a través de procesos de contratación eficaces, eficientes y transparentes, el presente trabajo de tesis, comprueba que es necesario el fortalecimiento del control del gasto público, en el caso de excepción regulado en el numeral 2.1 del Artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, a través de la modificación a la regulación reglamentaria en materia de contrataciones públicas.



CAPÍTULO I

1. El Estado

El Estado es una institución social, jurídica y política, compuesta por elementos indispensables para alcanzar sus fines y propósitos dentro del contexto de vida de la sociedad. Haciendo una ampliación sobre el tema, se puede señalar que las definiciones que encontramos como producto del pensamiento de los distintos tratadistas y estudiosos del derecho responden a métodos e interpretaciones diferentes de la Teoría del Estado. En este sentido, se encuentran tres posiciones:

- a) La deontológica, que propone una idea del Estado que se determina por los fines, las normas o los valores que debe realizar;
- b) La sociológica, que trata de tipificarlo dentro de las formas de sociedad; y
- c) La jurídica, que lo concibe como un sistema de derecho que posee calidad especial. Dentro de la postura deontológica se puede mencionar la definición de Maurice Hauriou, que establece que: “el Estado es el régimen que adopta una nación mediante una centralización jurídica y política que se realiza por la acción de un poder político y de la idea de la república como conjunto de medios que se ponen en común para realizar el bien común”.¹

¹ Hauriou, Maurice. **Compendio de historia del derecho y del Estado**. Pág. 23.

1.1. Definición

Es necesario establecer que la definición más completa de Estado, es la que logra abarcar en ella todos los elementos esenciales del mismo; de tal forma, que se puede decir que: “el Estado es una sociedad humana, asentada de manera permanente en el territorio que le corresponde, sujeta a un poder soberano que crea, define y aplica un orden jurídico que estructura la sociedad estatal para obtener el bien público temporal de sus componentes”.²

Tomando como base lo anterior, así como los importantes avances que se han venido dando en materia democrática, social y política, se dará un concepto propio -en sentido amplio- de Estado, para poder determinar doctrinaria y específicamente al Estado de Guatemala.

El tratadista Gerardo Prado define: “Estado, en sentido amplio, es un conglomerado social, político y jurídicamente constituido, asentado sobre un territorio determinado, sometido a una actividad que se ejerce a través de sus propios órganos y cuya soberanía es reconocida por otros Estados.”³

Respecto al Estado el autor Ossorio, señala que: “Es una organización social constituida en un territorio propio, con fuerza para mantener en él e imponer dentro de

² Porrúa Pérez, Francisco. **Teoría del Estado**. Pág. 198.

³ Prado, Gerardo, **Teoría del Estado**, Pág. 22



él un poder supremo de ordenación y de imperio.”⁴

Para el autor Cabanellas, el Estado es: “La representación política de la colectividad nacional, para oponerlo entonces a la nación, en el sentido estricto o conjunto de personas con comunes caracteres históricos y sociales, regido por las mismas leyes y un sólo gobierno.”⁵

En tal sentido, puede definirse como el conjunto de una sociedad multiétnica, pluricultural y multilingüe, asentada en un territorio libre, soberano e independiente, con un sistema político republicano, democrático y representativo, y un régimen jurídico basado en la supremacía constitucional que norma la vida en sociedad, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y libertades, teniendo como fin supremo el bien común.

1.2. Elementos del Estado

Para una mayor claridad y comprensión del concepto del Estado en general, y en particular del Estado de Guatemala, se pueden identificar como los elementos básicos de dichos conceptos los siguientes: a) La población, como género próximo de la definición y la existencia del mismo; b) El territorio, que sirve de asiento permanente a esa sociedad; c) El poder soberano, que se caracteriza por ser supremo en el seno de la misma sociedad; d) El orden jurídico, que es creado, definido y aplicado por el poder

⁴ Ossorio, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. Pág.325

⁵ Cabanellas Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 219



estatal y que estructura a la sociedad que está en su base; y e) El bien común, que consiste en la combinación del esfuerzo común para obtener el bien público temporal.

a. El territorio

Este elemento consiste en el asiento permanente o soporte físico de la población, nación o comunidad, considerado como elemento previo del Estado y ámbito espacial de validez de un sistema normativo. Tiene una acepción física y es un factor de influencia sobre el grupo humano, ya que en él reside. Puede decirse que el territorio es el elemento geográfico dentro del cual actúa una población, es el espacio dentro del cual se ejerce el poder estatal.

Puede haber diferentes territorios como: territorio nacional, es aquel que le corresponde al Estado en su totalidad; territorio estatal, que es aquel en que tiene jurisdicción un Estado corporativo que forma parte de un Estado federal; territorio regional, que corresponde a una región, manera muchas veces típica de dividir a un país, más que todo para identificar ciertos tipos de servicios; territorio provincial, es aquel que identifica una porción física del Estado que se divide en provincias y territorio municipal, es aquel en que se asienta o tiene jurisdicción el municipio.

En el caso de Guatemala, la Constitución Política de la República en su Artículo 142, literal a establece: “el territorio nacional está integrado por su suelo, subsuelo, aguas interiores, el mar territorial en la extensión que fija la ley y el espacio aéreo que se extiende sobre los mismos”.



b. El poder o autoridad

El poder radica en el pueblo, quien lo delega en las autoridades, para que éstas en estricto cumplimiento de las facultades que le han sido atribuidas lo ejerzan, buscando con ello satisfacer los intereses de la población y así obtener el bien común.

Si el fin que se persigue es el bien común, entonces el ejercicio del poder será legítimo, es decir, que una orden para ser legítima, además de emanar formalmente del órgano competente debe serlo en su sustancia.

De esta manera se puede decir que el poder es la energía o fuerza necesaria con que cuenta el Estado para realizar sus objetivos.

Los gobernantes ejercen un poder que pertenece al Estado y no a ellos, con lo cual el Estado aparece como una institución que está por encima de todo y todos, originalmente fue un atributo otorgado a un solo hombre y dio lugar al surgimiento del absolutismo, lo cual significó ejercer la autoridad por un individuo en forma personal y por delegación divina,

Con la evolución de las ideas, ahora se considera que es un atributo que le corresponde al pueblo como grupo en convivencia, en donde se manifiesta como acción política que expresa una energía espiritual y material, capaz de configurar un orden positivo de derecho, desde luego que este le corresponde al pueblo que lo delega en las autoridades para su ejercicio.

c. La población

La constituye el elemento humano, un término quizá el más amplio y del mismo debe distinguirse entre habitantes, que son los residentes dentro del territorio y pueblo concepto más restringido, ya que se refiere a la parte de la población que tiene el ejercicio de los derechos políticos.

El concepto de población alcanza a decir que es una especie de sociedad humana caracterizada por su alto grado de evolución sociológica e histórica, con diversos elementos comunes que con el tiempo generan un sentimiento común de solidaridad y destino.

Demografía es la disciplina que estudia, analiza el tamaño, composición y distribución de la población, sus patrones de cambio a lo largo de los años en función de nacimientos, defunciones y migración, y los determinantes y consecuencias de estos cambios, que afectarán a un determinado territorio con el correr del tiempo.

A través del estudio de la población se obtiene información de interés para las tareas de planificación, especialmente administrativas, en sectores como sanidad, educación, vivienda, seguridad social, empleo y conservación del medio ambiente. Lo anterior proporciona los datos necesarios para formular políticas gubernamentales de población, para modificar tendencias demográficas y conseguir objetivos económicos y sociales.



d. El orden jurídico

Es el conjunto de normas jurídicas vigentes y positivas, que rigen la vida, la conducta de un pueblo y las instituciones de toda clase que forman un Estado, es la Constitución Política de un Estado la que establece estos lineamientos para la existencia de la vida social dentro de un Estado.

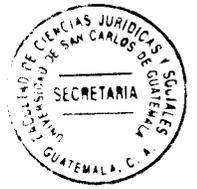
El elemento fundamental del Estado es la sociedad, elemento a cuyo favor deben funcionar interrelacionada mente todos los demás elementos del Estado para lograr el bien común, su fin último o supremo. De la misma forma como la sociedad es el elemento fundamental del Estado, la persona individual o humana es el elemento fundamental de la sociedad, razón por la cual es deber del Estado velar por el bienestar de la persona individual, ya que el bien común dentro de su visión colectiva tiene que caracterizarse por el bien individual de la persona.

El concepto jurídico del Estado guatemalteco encuentra su sustento en la concepción humanista del Estado que recoge nuestro texto constitucional, cuya parte dogmática se orienta y dirige a garantizar en forma plena los derechos individuales de la persona.

1.3. Objetivos

Dentro de los objetivos del Estado se pueden establecer los siguientes:

a) La realización del bien común



- b) La prevalencia del interés general.
- c) La obediencia del mandato popular.
- d) El logro del equilibrio y la armonía de toda la población

El Estado no debe tener otros fines que los de la sociedad, aunque ciertos fines forman tareas operaciones técnicas de su actividad para facilitar o preparar el cumplimiento de los objetivos del mismo.

El Estado busca lograr el bien común, tal como se observa en la teoría clásica de la administración pública.

En cambio, el pensamiento político contemporáneo se refiere al bien público y el interés general.

El interés general o interés público, es la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales y, asimismo, el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en la cual la mayoría de los individuos reconoce también un interés propio y directo.

1.4. Finalidades del Estado

Tanto en la doctrina como en las distintas legislaciones constitucionales se encuentran distintas corrientes de pensamiento y diversas interpretaciones sociales, jurídicas y políticas que buscan llegar a definir las finalidades del Estado. Dentro de toda esta

gama de puntos de vista, existen dos grandes corrientes que buscan definir las funciones del Estado. “En relación a este punto, dice Groppali, existen dos tendencias fundamentales: a) la que sostiene que el fin de todo Estado es la conservación y el bienestar de los individuos; y b) la que afirma que el Estado es el fin y los individuos son el medio”.⁶

La primera sostiene que el fin del Estado es la conservación del bienestar de los individuos, lo que debe entenderse como el bien común de todos los habitantes dentro del Estado; y la segunda afirma que el Estado tiene como finalidad la conservación del Estado mismo y que los individuos son un medio para su propia conservación.

Como puede observarse, ambas corrientes son contrapuestas. En la primera se da preeminencia al más importante de los elementos del Estado, como lo es la sociedad y sus individuos, procurando el bienestar de cada uno de ellos por medio del objetivo de alcanzar el bien común, que significa el bien de todos y, en última instancia, el bienestar de cada uno de los habitantes dentro del Estado. Un bien común que implica el bienestar general, el que siempre debe anteponerse al bien individual, siendo éste el fin supremo del Estado, su fin último, su causa o razón de ser.

La segunda corriente es a extremo estatista; concibe al Estado como un ente que tiene su causa y su razón de ser en sí mismo, da preeminencia a la institución del Estado, considerando a la sociedad como un medio para la defensa del Estado mismo, lo que

⁶ **Ibíd.** Pág. 448.

puede entenderse dentro de esta óptica que la sociedad tiene que funcionar de tal manera que garantice y proteja al Estado mismo; todo lo contrario si se compara con el espíritu jurídico, social y político de la otra doctrina, la cual reconoce que el Estado, al cumplir su fin último –que es el bien común- sirve y protege a la sociedad y por ende a los individuos.

En la primera doctrina, que podría calificarse de humanista, el Estado es funcional y participativo para servir a la sociedad; mientras que en la segunda doctrina, que podría calificarse de estatista, el Estado y todos sus elementos funcionan para la sostenibilidad y defensa del Estado mismo.

Desde los más básicos y elementales conocimientos del derecho, las recopilaciones jurídicas, códigos y demás normativas siempre han tenido como propósito normar y regular la vida de los individuos y con ello crear las condiciones básicas para la convivencia armónica de los habitantes de un país o de un determinado espacio territorial.

Sobre la base de lo anterior, y luego de un análisis sobre ambas doctrinas o corrientes de pensamiento, resulta importante enfocar todas las consideraciones del presente trabajo alrededor de la figura del Estado humanista, el que ha sido creado, concebido y aceptado por la sociedad, para cumplir con un fin supremo, identificado como bien común o bienestar de los individuos. A partir de la interpretación humanista del Estado, son características básicas del mismo su funcionalidad participativa, la independencia e interrelación de sus poderes, la preeminencia de un orden jurídico y, todo ello, orientado



hacia el bienestar de la sociedad, cuya expresión individualizada es la persona humana o los individuos que componen la sociedad.

El preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala afirma la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social; sin embargo, los Artículos 1 y 44 del mismo cuerpo legal establecen claramente que el fin supremo del Estado es la realización del bien común y que el interés social prevalece sobre el bien particular. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad señala que: “Si bien [el preámbulo] pone énfasis en la primacía de la persona humana, esto no significa que esté inspirada en los principios del individualismo y que, por consiguiente, tienda a vedar la intervención estatal, en lo que considere que protege a la comunidad social y desarrolle los principios de seguridad y justicia a que se refiere el mismo preámbulo”.

1.5. Clases de Estado

La doctrina establece una clasificación de Estados, bastante amplia por lo cual se hará anotación y análisis de las más relevantes, entre las cuales tenemos, las siguientes:

1. Estados unitarios: Los Estados que se conforman con un solo Estado, por ejemplo: Guatemala, Honduras, etc.
2. Estados compuestos: Son los Estados conformados por dos o más Estados, por ejemplo: México, Estados Unidos, etc.

3. Estados sui generis: son los Estados únicos en su género, por ejemplo: El Vaticano.

Para una mejor comprensión y estudio de los Estados Compuestos, los subdividimos de la siguiente manera:

3.1. Federación: son los Estados conformados por dos o más Estados, pero internamente ya que exteriormente solo forman un Estado. Por ejemplo: México, Estados Unidos, etc.

3.2. Confederación: cuando se van a unir dos o más estados, en forma temporal y para un fin específico, social, cultural, económico; como por ejemplo: La Unión Europea, OEA, ONU, etc.

3.3. Unión Personal: es la unión de de dos o más estados por medio del matrimonio entre un rey de un estado y la reina de otro estado.

3.4. Unión Real: es la unión de dos o más estados, que tiene lugar cuando un estado conquista a otro, por medio de la guerra o se unen a través de un pacto.

El derecho internacional, de igual forma proporciona otra clasificación de los Estados según su capacidad para obrar en las relaciones internacionales; por un lado están los Estados con plena capacidad de obrar, es decir, que pueden ejercer todas sus capacidades como Estado soberano e independiente. En este caso se encuentran casi todos los Estados del Mundo; y por otro lado están los Estados con limitaciones en su

capacidad de obrar. Así, dentro de esta tipología se puede observar, a su vez, una segunda clasificación de éstos:

- 1) Estados neutrales. Aquéllos que se abstienen de participar en conflictos internacionales, es decir influye una decisión propia.

- 2) Estados permanentemente neutrales o neutralizados. Son Estados neutrales respecto de alguien y de algo concreto. Es una neutralidad impuesta por un tratado internacional, una disposición constitucional o por sanción internacional. Fue el caso de Austria, que en 1956, tras la retirada de las fuerzas ocupantes de Francia, Reino Unido, Estados Unidos y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, éstas redactaron una constitución donde se dispuso que Austria debiera ser neutral respecto a las cuatro fuerzas firmantes.

- 3) Estado soberano que renuncia a ejercer sus competencias internacionales. Son Estados dependientes en materia de relaciones internacionales. Suele ser el caso de micro estados que ceden las relaciones internacionales a un tercer Estado, bien circundante. Es el caso de San Marino, que encomienda las relaciones internacionales a Italia; de Liechtenstein, que se la cede a Suiza, o Mónaco a Francia.

Por lo anterior, se puede establecer que existe más de una clasificación de Estado, y en el caso de Guatemala, se puede decir que es un Estado unitario, soberano, con tendencia humanista, democrático y representativo.



1.6. Fundamento legal del Estado

Desde el punto de vista legal, el Artículo 140 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: "Guatemala es un Estado libre; independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo."



CAPÍTULO II

2. La administración pública y los recursos financieros

La administración pública guatemalteca se desarrolla y desenvuelve dentro del ordenamiento jurídico del Estado, que parte desde la Constitución Política de la República de Guatemala y además ocupa el primer lugar de la pirámide jerárquica; en ella se encuentra estructurado el Estado guatemalteco y sus organismos: ejecutivo, legislativo y judicial; así como, también casi la totalidad de organismos administrativos.

En orden descendente a la Constitución Política de la República de Guatemala, se encuentran ubicadas las normas Ordinarias y son aquellas que poseen el desarrollo de todo el aparato Estatal, estableciendo funciones, facultades y sus límites de actuación.

2.1. Definición de administración pública

“La administración pública es el poder ejecutivo en acción, con la finalidad de cumplir y hacer cumplir cuanto interesa a la sociedad en las actividades y servicios públicos”.⁷

Debe citarse la definición del tratadista Gabino Fraga quien expone: “La administración pública debe entenderse desde el punto de vista formal, como el organismo público que ha recibido del poder político la competencia y los medios necesarios para la

⁷ Cabanellas. **Ob. Cit.** Pág. 26



satisfacción de los intereses generales y que desde el punto de vista material es la actividad de este organismo considerado en sus problemas de gestión y de existencia propia tanto en sus relaciones con otros organismos semejantes como los particulares para asegurar la ejecución de su misión”⁸

El Licenciado Calderón, define la administración pública como: “El conjunto de Órganos Administrativos que desarrollan una actividad para el logro de un fin, a través de los Servicios Públicos, regulada en su estructura y funcionamiento, normalmente por el Derecho Administrativo”⁹

La administración pública como todo elemento del Estado, necesita ordenarse adecuada y técnicamente, es decir, organizarse para realizar su actividad en forma rápida, eficaz y conveniente. Para ello a través de la evolución de la administración pública, se trata de buscar formas de organización que respondan lo mejor posible a las necesidades del país en un momento determinado, lo cual se trata más adelante.

2.2. Principios de la administración pública

Dentro del espectro de principios que rigen y sobre los cuales descansa la actuación de la administración pública, destacan esencialmente los principios de legalidad y de juridicidad, los cuales son desarrollados a continuación:

⁸. Fraga, Gabino. **Derecho administrativo**. Pág. 4

⁹. Calderón Morales, Hugo. **Derecho administrativo**. Pág. 7

A. El principio de legalidad

En relación a la legalidad y juridicidad como principios que se deben observar en la administración pública el tratadista Calderón señala: "... Principio de Legalidad. Este debe entenderse desde el punto de vista de ley... el administrador no puede actuar si no existe una norma legal que le otorgue competencia...".¹⁰

Para este principio aplicado a la administración pública, lo fundamental es la aplicación de la ley. Es decir que el administrador no puede ejecutar ningún acto si no existe una norma legal que le otorgue competencia para poder realizarlo.

Su enunciado, puede resumirse en: "Toda la actividad administrativa del Estado se considera sometida a la ley".

Entonces, en aceptación al principio de legalidad, los contratos y actos administrativos, deben sujetarse y subordinarse a la legislación vigente, la doctrina y los principios jurídicos aplicables.

Es la tendencia y el criterio favorable al predominio de soluciones de estricto derecho en los asuntos sociales, políticos, económicos, culturales y de cualquier otra naturaleza. El principio de legalidad, es aplicar el derecho por medio de principios jurídicos incluyendo la doctrina jurídica administrativa.

¹⁰ **Ibíd.** Pág. 28



B. El principio de juridicidad

En la aplicación de este principio como base fundamental de la administración pública, es que en ausencia de una ley y que regule una actuación específica de la administración pública, puede recurrirse a los principios generales del derecho o a las instituciones doctrinarias, evitando caer en una arbitrariedad.

En la administración pública es necesaria la juridicidad, puesto que elimina el empleo de la discrecionalidad y de la fuerza; plantea la utilización del derecho como método e instrumento de la actividad y decisiones administrativas.

Cuando no existía la juridicidad como principio, el vacío y la ausencia de ley, se aprovecharon para actuar y decidir en forma discrecional, utilizando la fuerza.

La juridicidad obligada a la administración pública a someter sus actividades y decisiones al derecho administrativo. El Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece: "Tribunal de lo contencioso-administrativo. Su función es de contralor de la juridicidad de la administración pública y tienen atribuciones para conocer en caso de contienda por autos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas..."

La juridicidad prescinde de la escala jerárquica y funciona en cierto sentido, perfeccionando a la legalidad que no ofrece respuesta a los vacíos, deficiencias e imperfecciones de las leyes.

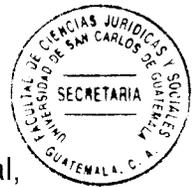
Los vacíos o lagunas legales y reglamentarias, motivan el deber de aplicar los principios jurídicos. Si no existe principio jurídico aplicable, el deber se convierte en obligación de acudir al juez gestionando la creación del principio jurídico. En todo caso, la situación se resuelve contando con todo el derecho general y especial.

Indicando siempre el tratadista Calderón que el Principio de Juridicidad... “En este caso ni la Constitución ni la ley indican que la Administración Pública y sus entidades deben actuar en base al principio de juridicidad, pero desde el momento en que la Constitución indica que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es Contralor de la Juridicidad, significa que la autoridad administrativa debe someter su actuación a la juridicidad y en consecuencia debe aplicar este principio en sus actuaciones, decisiones, actos administrativos o resoluciones.”

2.3. Actos administrativos

El tratadista José Canasi, define al acto administrativo como: “... un acto voluntario del poder público, dentro de la esfera de su competencia, que tiene por objeto crear una relación jurídica exorbitante del derecho privado.”¹¹

¹¹ Canasi, José, **Derecho administrativo**. Pág. 101



El Licenciado Calderón, define el acto administrativo como: “una declaración unilateral, concreta o general de voluntad, de un órgano administrativo competente, que produce efectos jurídicos directos, concretos o generales”.¹²

Del análisis de ambas definiciones, se puede recabar la existencia necesaria de elementos que las integran, entre estos serían:

- Sujeto
- Manifestación externa de voluntad
- El objeto
- La forma

De lo anterior y en consonancia al fin que persigue el Estado; se puede concluir, que a aquella relación surgida entre dos partes, en la que una de ellas lo es un órgano administrativo, que busca como fin el bien común y en la cual se adquieren derechos y/u obligaciones por cada parte, se le denominara acto administrativo. Ejemplo claro de lo anterior, lo son aquellos eventos de compra o contratación de bienes y/o servicios llevados a cabo por parte del Estado y sus instituciones que lo componen y se encuentran descritos en la Ley de Contrataciones del Estado.

2.4. La organización de la administración pública

Respecto a la organización de la administración pública es necesario resaltar que todo elemento del Estado, necesita orden jerárquico adecuado y técnicamente, es decir,

¹² Calderón, Hugo, **Derecho administrativo**. Pág. 212



organizarse para realizar su actividad en forma rápida, eficaz y conveniente; lo anterior se lleva a cabo a través de la evolución de la administración pública, buscando formas de organización que respondan lo mejor posible a las necesidades del país en un momento determinado.

El organismo ejecutivo y las entidades públicas de la administración estatal, con la finalidad de lograr la unidad de la acción, dirección y ejecución, así como evitar la duplicidad de los esfuerzos y alcanzar económicamente, los fines y cumplir las obligaciones del Estado, señalados por la constitución política, deben organizarse para alcanzar su fin. Dentro de las normas de organización administrativa, que se encuentran implícitas a lo largo de nuestro Ordenamiento Jurídico-Legal, se debe hacer mención, que aparecen en Acuerdos Internos, Reglamentos, Leyes Ordinarias y en la Constitución Política de la Republica de Guatemala.

2.5. Formas de organización de la administración pública

2.5.1. La desconcentración administrativa

Se denomina así a la forma de organización administrativa que tienen lugar cuando a un órgano inferior se le confieren ciertos poderes de administración del que jerárquicamente depende, para que los ejerza a título de competencia propia, bajo determinado control del órgano superior.

Se caracteriza esta forma de organización principalmente por las siguientes circunstancias:

- Existe una independencia relativa comparación, pues aún existen vínculos de dependencia entre el órgano superior y el inferior.
- El órgano superior es quien nombra a su personal y el que ejerce control sobre la actividad que el órgano desconcentrado desarrolla en ejercicio de los poderes que le fueron dados; y al órgano desconcentrado se le puede otorgar cierto patrimonio y manejo autónomo de su presupuesto.
- La competencia del inferior es limitada, pues las facultades son dadas en cierta materia, generalmente en una presentación de servicios públicos específicos, de sus demás actividades el órgano está centralizado;

2.5.2. La descentralización administrativa

Esta representación de organización administrativa tiene lugar cuando el Estado otorga facultades y atribuciones determinadas de un órgano administrativo, quien actúa como independencia funcional al contar con personalidad jurídica y patrimonio propio, a efecto de prestar ciertos servicios públicos a la colectividad.

Esta forma de organización se caracteriza por las circunstancias siguientes:

- Se transfieren del órgano central poderes de decisión y de mando a otras entidades; el órgano descentralizado constante independencia administrativa,



realizar todas nociones sin depender directamente del gobierno central, sin perjuicio al que en ciertos casos se ejerza determinado control o vigencia;

- El Estado a través de la ley ordinaria, otorga personalidad jurídica y patrimonio propio para que puedan ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismo. Se crea una nueva persona jurídica de carácter público distinta del Estado, pero parten de la estructura estatal;
- Se rige por una ley orgánica, la cual regula su personalidad, su patrimonio, su denominación, su objeto y su actividad; manejan su presupuesto con el objeto de que puedan administrar sus recursos y realicen sus actividades económicas por sí mismos; y se les permite emitir sus propias normas jurídicas estatutos y reglamentos, pero sin violar la ley orgánica que las creo y la Constitución Política de la República.

2.6. Clases de administración

Dentro de la administración pública, existen cuatro clases de administración, denominadas también formas de administrar, siendo las siguientes:

a. De planificación

El tratadista Cabanellas indica respecto a la planificación estatal: "... establecimiento de una estructura coherente al servicio del progreso nacional o del bienestar público

mediante la ejecución de obras, la intensificación productora, que la creación o activación de sustituciones en plazos de intermedia duración... en este último sentido, en moderna aceptación, la academia habla de un plan general, científicamente organizado y frecuentemente de gran amplitud, para obtener un objeto determinado; tal como el desarrollo económico, la investigación científica o el financiamiento de una industria.¹³

Consiste en fiscalizar con precisión lo que va a realizarse a futuro, determinar el curso concreto de la acción que ha de seguirse, que principios habrán de orientar a la administración al desarrollo de sus operaciones determinando el tiempo que los números, necesarios para su realización; Se dirige a la administración pública al desarrollo de sus actividades, estableciendo las soluciones necesarias.

Se deben contar con los elementos materiales y humanos que lleven los marcos teóricos formados por la planeación. Puesto que en las funciones que se ejerce se estudia la integración de cosas, refiriéndose especialmente a las personas y sobre todo, al aspecto específicamente administrativo.

b. Ejecutiva

Es la que ejecuta, realmente tiene y ejerce la competencia administrativa. Posee la facultad legal para poder actuar, a través de las decisiones, actos o resoluciones administrativas.

13 Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 259

Dentro de la administración pública existen otros órganos que no deciden ejecutar como los órganos de control, los órganos asesores, y otros.

Como por ejemplo de Órganos ejecutivos, pueden citarse: al Presidente de la República, Ministros de Estado, Directores Generales, Consejos Municipales, y otros.

c. De control

Esta clase de administración, se encarga que las tareas administrativas se realicen de conformidad con las normas establecidas.

Respecto al control Guillermo Cabanellas, señala: "predominio, hegemonía, supremacía... dirección, día."¹⁴

Son órganos con independencia de funciones, tales como la Contraloría General de Cuentas, la Corte de Constitucionalidad, el Congreso de la República.

d. De asesoría

Se desarrollan una actividad dentro de la administración pública. Su función es aconsejar o asesorar al órgano ejecutivo sobre la conveniencia legal y técnicas de las decisiones que tomara quién tiene o ejerce la competencia administrativa, se puede citar como ejemplo la Procuraduría General de la Nación.

¹⁴ **Ibíd.** Pág. 362



El tratadista Cabanellas, expone: "administración consultiva. El conjunto de órganos técnicos que asesoran a la administración central, formados por diversos consejos, juntas, institutos, comisiones. Realizan estudios, preparan informes, evacuar consultas de las autoridades ejecutivas y cumplen otras funciones asignadas."¹⁵

2.7. Elementos de la administración pública

Como se mencionaba al inicio de este capítulo, la Administración Pública busca un fin a través de actividades, realizadas por los órganos que la integran. Es perceptible la cantidad de elementos que integran esta definición, lo que hace necesario el entendimiento individual de cada uno de ellos, estos elementos y por su importancia se pueden resumir y explicar de la manera siguiente:

a. La actividad

La actividad administrativa se desarrolla a través de la prestación de los servicios públicos, a los cuales está obligada la administración pública para el logro de su finalidad; Observando todos los mecanismos necesarios para un correcto desarrollo del funcionamiento del estado.

¹⁵ **Ibíd.** Pág. 168

b. El órgano administrativo

Se consideran órganos administrativos a todos aquellos que pertenecen a la administración pública y que son el medio por conducto del cual se manifiesta la personalidad del Estado.

c. Finalidad

La finalidad no es más que el bien común o bienestar general de toda la población, elemento no sólo doctrinario sino constitucional, expresado en el Artículo uno de la Constitución Política de la República que establece: "el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común."

d. El medio

El medio de administración pública utiliza para la realización del bien común es el servicio público.

2.8. Los recursos financieros

Los recursos financieros son los ingresos que el Estado recauda por medio de los arbitrios, impuestos, contribuciones especiales, tasas y préstamos tanto nacionales como internacionales con los que cuenta el Estado de Guatemala mediante la



administración pública para el debido cumplimiento del bienestar general y el adecuado sostenimiento del aparato Estatal. Los mismos, son los bienes de mayor importancia con los cuales cuenta el Estado guatemalteco, debido a que sin los mismos no puede llegarse a contar con una administración adecuada en el país.



CAPÍTULO III

3. Los servicios públicos y la contratación pública

Es notable la función o actividad desempeñada por el Estado a través de las instituciones y organismos que la integran, función que puede también denominársele administración, pues por su extensión y complejidad, debe de ser ejecutada eficaz y eficientemente, con la finalidad de proporcionar satisfactores a la generalidad de la población. De tal manera, que la forma en que la generalidad de la población percibe ese bien otorgado por el Estado, es a través de la prestación de los servicios que presta.

Se entiende por servicio público: a aquel elemento de la administración pública utilizado como medio para el logro del bienestar general o el bien común. Es decir, que será toda actividad desarrollada por la Administración pública que busca como finalidad satisfacer las necesidades de los particulares y toda la colectividad.

Con la finalidad de reconocer las actividades desarrolladas por la administración pública a través de los servicios públicos y evitar confusión con los servicios sociales, los Servicios Públicos deberán contar con ciertos elementos, los cuales encontramos enumerados a lo largo de algunas definiciones, entre estas la de Hauriou, quien manifiesta que el servicio público es “un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de necesidades públicas...”. A pesar de la definición anterior, es necesario establecer que el objeto de los servicios sociales es

mejorar las condiciones de vida, generalmente en el ámbito de la salud y la previsión social, los cuales persiguen fines de asistencia lo que significa que no son lucrativos, tienden generalmente a dirigirse a personas de escasos recursos y que no pueden pagar los servicios privados, es decir que la prestación es limitada, contrario al servicio público, pues aquí si se persiguen fines lucrativos, pueden ser prestados por el Estado o por particulares. Los servicios públicos no tienen un acceso limitado, sino es prestado a cualquier persona que necesite la prestación del servicio y los usuarios del servicio público, deben de pagar el precio de una tarifa autorizada por la prestación del mismo.

Las razones descritas anteriormente nos obligan a ahondar en lo referente a la prestación de un servicio público en forma directa a través del Estado, lo que conocemos como Gestión Directa y la prestación por parte de los particulares, lo que conocemos como Gestión indirecta.

3.1. Características

Todas las prestaciones recibidas por la generalidad de la población y que son otorgadas por el Estado, son causa de distintas necesidades surgidas y deben de ser satisfechas de una u otra manera, por ende y por esas necesidades, poseen distintas características identificables, por tal razón se pueden detallar las siguientes:

- Todo servicio público debe suministrarse con un criterio técnico gerencial y con cuidadosa consideración a las funciones del proceso administrativo científico:



planificación, coordinación, dirección, control y evaluación, tanto en su concepción orgánica como en el sentido material y operativo.

- Debe funcionar de manera permanente, es decir, de manera regular y continua para que pueda satisfacer necesidades de las comunidades por sobre los intereses de quienes los prestan.
- La prestación del servicio público no debe perseguir principalmente fines de lucro; se antepone el interés de la comunidad a los fines del beneficio económico de personas, organismos o entidades públicas o privadas que los proporcionan.
- Generalmente les sirve un organismo público, pero su prestación puede ser hecha por particulares bajo la autorización, control, vigilancia, y fiscalización del Estado, con estricto apego al ordenamiento jurídico pertinente.

3.2. Elementos

Así como las características propias de los servicios públicos, estos, contienen elementos que los convierten en tales y por su importancia de tener conocimiento de ellos, se mencionan los siguientes:

- La naturaleza de la actividad: se circunscribe a una parte de la actividad administrativa, básicamente industrial o comercial, actividad o función



del poder político mediante la cual se tiende a alcanzar los cometidos o funciones del Estado, en relación al bienestar y progreso social.

- El sujeto que lo presta: la actividad es desarrollada por entidades estatales o por su delegación, quienes la controlan y fiscalizan.
- El fin y el objeto: tiene por fin satisfacer individuales de importancia colectiva mediante prestaciones materiales en especie, periódicas y sistemáticas, que constituyen el objeto esencial de la relación jurídica con el usuario.
- El régimen que lo regula: la actividad está regulada por un régimen jurídico de derecho público que permite a quienes lo desarrolla atender mejor la satisfacción de las necesidades colectivas debiendo también suministrar a los usuarios las armas legales contra los eventuales desbordes autoritarios.

3.3. Gestión directa del servicio público

Como se mencionara anteriormente, la gestión directa es la forma en la cual el servicio público lo lleva a cabo la misma administración, de conformidad con sus reglamentos y normas administrativas, o sea, tomando a su cargo de manera privativa su gestión y sin la participación de los particulares, pero sí con la ayuda de los funcionarios y empleando recursos técnicos y financieros.



Dicha forma de prestación de servicios relación directa con la organización administrativa centralizada o descentralizada. Con la que se le descarga de un gran número de tareas a la administración, sin que se le dé su poder fiscalizador en lo relativo al servicio, debido a que los servicios públicos solamente deben ser prestados mediante la administración pública.

Podemos establecer que esta es la forma más utilizada de prestación del servicio público en Guatemala, pues cuenta con una infraestructura bien organizada para tal propósito.

3.4. Prestación indirecta del servicio público

No obstante, las posibilidades estatales no alcanzan a cubrir la totalidad de las necesidades presentadas a la generalidad de la población, el Estado con el afán de cubrir de una u otra manera dichas necesidades, por lo que surge otra clase de prestación del servicio, lo que se denomina la gestión indirecta.

La gestión indirecta cuenta con dos distintas clases de prestación de servicios públicos y ocurre atendiendo consideraciones de tipo económico y financiero, debido a que el Estado no cuenta con los medios ni económicos ni financieros para la prestación directa de los servicios públicos y entonces se los confía a los particulares o bien les da participación en dichos aspectos.



3.5. La contratación pública

En Guatemala, la administración pública para el mantenimiento de los servicios públicos y de su organización, considera y se vale de manera constante de bienes y servicios de terceras personas que sean ajenas a la organización del Estado.

3.6. Definición de contrato administrativo

Como se apuntara arriba, se hace necesaria la contratación administrativa para adquirir bienes, suministros, obras y servicios que requieran los organismos del Estado, por eso es necesario que se establezca conceptualmente, qué son los Contratos Administrativos, sin entrar a hacer análisis de cada uno de ellos o de alguna escuela o doctrina en particular.

Con los contratos administrativos: "Se llevan a cabo relaciones jurídicas, debido a que el particular otorga su consentimiento de relaciones jurídicas debido a la administración, pero no obstante que las condiciones no han sido previamente determinadas por la administración, siempre que la manifestación de voluntades del particular y de la administración sea de carácter obligatorio".¹⁶

De manera que los contratos administrativos forman relaciones jurídicas, debido a que el particular otorga su consentimiento de relaciones previamente establecidas.

¹⁶ *Ibíd.*, Pág. 84



La administración necesita de la contratación para la adquisición de los bienes, obras, servicios y suministros; de allí que el contrato supone la existencia de igualdad jurídica de las partes.

“Hay contrato administrativo, cuando uno de los sujetos sea la administración, y además el fin propuesto mediante la prestación contractualmente estipulada, como los Servicios públicos.”¹⁷

3.7. Características

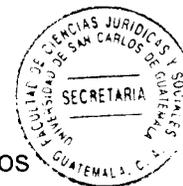
Fernando de Velasco declara, refiriéndose a los contratos administrativos, que “tienden este carácter los que efectúan a una obra o servicio público, entendiéndose que persiguen un servicio público los que tienen por objeto inmediato y directo la satisfacción de una necesidad pública.”¹⁸ Añadiendo que a esta diferencia sustantiva debe agregarse otras adjetivas:

- La jurisdicción especial.

Al contrato administrativo lo caracteriza: “Primero: que una de las partes contractuales sea la Administración central, provincial o municipal, y que lo sean con atribuciones para ello. Según: que el contrato tenga por objeto inmediato la realización de una obra o servicio público”.

¹⁷ **Ibíd.**, pág. 87

¹⁸ Gascón Hernández, Juan. **Derecho administrativo**. Pág. 434



Ferraris, considera elementos fundamentales del contrato administrativo: “1°. Dos sujetos de derecho, por lo menos, uno de los cuales ha de ser la Administración. 2°. Prestaciones recíprocas. 3°. Condiciones establecidas por la Administración como acto unilateral del imperio. 4°. Aceptación voluntaria del particular, de donde procede el carácter bilateral del acto. 5°. El objeto o causa estará constituido por una prestación de utilidad pública; es decir, el servicio público¹⁹”, como según Gordillo cita en su obra.

Observamos en los criterios expuestos una coincidencia fundamental. En todos ellos se reconoce implícita o concretamente la noción del servicio público como objeto del contrato y el interés general como determinante del mismo.

3.8. Características de la contratación administrativa

Aparte de mencionar anteriormente, que como característica especial, una de las partes que forman parte en un contrato administrativo, en la Administración Pública, se pueden enunciar las siguientes:

3.8.1. Cláusulas exorbitantes

Como característica, las condiciones contenidas en las cláusulas, serían inválidas en un contrato civil o mercantil, pero no en lo administrativo, debido al bien jurídico que se tutela y que es el interés social, y por ello exorbitan el ámbito del derecho común.

¹⁹ Gordillo, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Pág. 41



3.8.2. Principios especiales

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

3.8.3. Preferencia del Estado

La administración pública, impone sus condiciones para contratar y en su caso, para obligar al cumplimiento coactivo del contrato, es decir que efectivamente el Estado actuará con cierta aplicación de su poder estatal.

3.8.4. Jurisdicción especial

Los conflictos derivados del cumplimiento o interpretación de los contratos administrativos, son sometidos a una jurisdicción especial privativa, que es el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

3.9. El contrato administrativo

La contratación administrativa, es el medio por el cual el Estado a través de sus instituciones trata de satisfacer las necesidades de la población, así como a través de



los contratos administrativos , busca obtener los insumos, así como desarrollar las obras que le permitan cumplir con sus objetivos y que sean del interés general.

La celebración de contratos administrativos entre el Estado y los particulares, así como su concepto no difiere del concepto de contrato en el derecho privado, pero si en su definición por sus características decide ser una de las partes el Estado, lo cual tiene características propias.

3.10. Elementos

Existen diversos elementos de los contratos administrativos:

a. Sujetos

Dos son los sujetos que intervienen en un contrato administrativo, el primero debe ser siempre un órgano del Estado que actúa en función administrativa y la segunda puede ser una persona pública no estatal o bien una persona privada.

b. Voluntad

Es indispensable que las voluntades participantes cuenten con validez, de manera que los vicios de la misma son la violencia y el error, los cuales son generadores de irregularidades.

3.11. Contenido

Cualquier contrato administrativo cuenta con un contenido determinado, el cual se debe ajustar a las normas jurídicas con vigencia o sea, a la Constitución Política de la República, a las leyes, reglamentos y principios generales del derecho.

a. La causa

Es aquella constitutiva del fundamento objetivo, encargado de justificar la atribución patrimonial, o sea, la base de la cual se deriva la obligación. La misma, es de utilidad jurídica y objetiva para la justificación del acto.

b. La finalidad

La finalidad es uno de los elementos de importancia de los contratos administrativos y la misma se debe ajustar a las propias necesidades del servicio y la ilicitud de la misma puede lesionar el contrato, dando lugar a su invalidez.

c. La forma

La forma es aquella referente al modo en el cual se documenta el vínculo del contrato administrativo y es uno de los elementos fundamentales para la existencia del contrato en nuestro país.

3.12. Diversos sistemas de contratación administrativa

El Estado guatemalteco, cuenta con el auténtico derecho de que le suministren de los suficientes servicios, de mejores condiciones relativas a la contratación, de mayor eficiencia y de que le ofrezcan garantías para el mejoramiento de su cumplimiento dos formas de contratación administrativa, siendo las que a continuación se indican:

a. Directa

La contratación directa es aquella en la cual la administración busca al sujeto contratante, de la misma forma que lo hacen los particulares o sea, sin recurrir a la licitación.

b. Indirecta

La contratación indirecta es aquella que se lleva a cabo mediante la cotización y la licitación pública. Estos son los procedimientos utilizados con mayor frecuencia, al momento de llevar a cabo una contratación.

3.13. Características de los contratos administrativos

Se puede conservar como elementos característicos del contrato administrativo.

1º. El interés general, como causa del mismo.

- 2°. El servicio público como objeto.
- 3°. La forma, como requisito esencial.
- 4°. La desigualdad de las partes.
- 5°. La jurisdicción especial.
- 6°. La especialidad legal.
- 7°. El consentimiento de las partes.

3.14. Clases de contratos administrativos

Según la doctrina, existen contratos administrativos por parte del legislador, debido a que los mismos aparecen señalados de manera taxativa. También existen contratos administrativos por propia naturaleza, o sea, no se encuentran calificados legalmente, pero lo son en función ya que se encargan de proteger sobre los intereses públicos con carácter fundamental. Los contratos administrativos pueden ser de dos distintas clases, siendo las siguientes:

a. Contrato de obra pública

El contrato de obra pública tiene por objeto la construcción de una determinada obra pública o ejecución de la misma, es el que celebra la administración y retribuyendo al co-contratante a través de un precio.

b. Contrato de suministro

El contrato de suministro tiene por objetivo la provisión de cosas muebles, fungibles o no. “Es el contrato mediante el cual la administración pública, mediante el pago de un precio, adquiere las cosas muebles que necesita y las cuales se entregan de una sola vez o en periodos sucesivos”²⁰.

La prestación de los servicios públicos, como se mencionó, es la forma a través de la cual el Estado y el resto de las instituciones que lo integran, desarrolla su actividad eminentemente administrativa con la finalidad que la generalidad de la prestación obtenga la satisfacción de sus necesidades, para lo cual lo hace o puede hacer en mas de una forma.

3.15. Sistema de información de contrataciones y adquisiciones del Estado

Las dependencias interesadas en la compra, venta o contratación de obras, servicios y suministros, deberán utilizar desde el momento en que inicie la convocatoria hasta la resolución de las impugnaciones e inclusive la adjudicación de los bienes o servicios, el Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, adscrito al Ministerio de Finanzas Públicas, en el que se publicarán las etapas de los procedimientos aludidos. Es entonces el Artículo 4 bis, del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el que establece la obligatoriedad de la utilización de este

²⁰ **Ibíd.** Pág. 93.



sistema, regulando una forma o funcionamiento adecuado del proceso en particular de contratación.

La incidencia que tiene la aplicación del decreto número 56-92, Ley de Contrataciones del Estado, con el objeto de establecer la aplicación correcta en el sentido de la adecuada selección del régimen a emplear como lo es la cotización y licitación, dentro de todo el aparato Estatal y sus instituciones, es buscar y proveer transparencia en su aplicación frente a la sociedad en general.

Tomando en consideración el debido proceso administrativo en esta materia, la transparencia del gasto de los fondos públicos, y la agilización del proceso de la compra por cotización y licitación del Estado y sus instituciones, es deber y de observancia general su empleo, aplicación e interpretación correcta del Decreto número 57-92, Ley de Contrataciones del Estado, en vista que varias autoridades administrativas del aparato Estatal, han hecho una incorrecta interpretación de la ley, ejecutándolo a conveniencia bajo la tutela de la discrecionalidad de la utilización de los procesos de compra, por lo que resulta que los regímenes de cotización y licitación sean omitidos legalmente y seleccionado un proceso “no denominado o especificado en la ley” por el de excepción.

La necesidad de compra y contratación de bienes y servicios por parte del Estado es indiscutible, pues como cualquier persona jurídica, es sujeto capaz de adquirir derechos y generar obligaciones; las obligaciones son las que debe de cumplir para con la población y los derechos, serán aquellas necesidades de comprar bienes y contratar



servicios, los que deberán hacerse a través de procesos legales claramente establecidos.

El Estado necesitará de la compra de inmuebles, bienes, obras, arrendamiento de bienes inmuebles o muebles, que le son necesarios para desarrollar su finalidad. En este caso la administración pública se ve en la necesidad de contratar con los particulares, contratos que son de la misma naturaleza que los contratos civiles. En el caso de los arrendamientos, es una situación que vulnera en gran medida los intereses generales del Estado, ya que faculta la utilización del simple sistema de compra directa, evitando a la Licitación y Cotización pública.

El tratadista Ossorio define el contrato administrativo así: "Se entiende por tal el que celebra la administración pública con los particulares a efectos de asegurar la ejecución de obras de prestación de servicios o el suministro de materiales. Estos contratos no se rigen por las normas del derecho civil, sino por las del derecho administrativo."²¹

Los contratos administrativos tienen una característica especial y es que en ellos, una de las partes, es la administración pública y que la competencia de los órganos, se regula por el derecho administrativo y dentro de la misma ley administrativa, se regulan requisitos de forma y solemnidades especiales en su creación, las que son distintas de las que exige la ley civil.

²¹ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 167.



Las leyes administrativas imponen especiales procedimientos para llegar a la contratación administrativa.

Un ejemplo claro es la cotización, mientras que en el derecho civil o mercantil lo que importa es únicamente la voluntad de las partes.





CAPÍTULO IV

4. La Ley de Contrataciones del Estado

Las contrataciones que realizan las dependencias del sector público del Estado, se basan en procedimientos legales y técnicos de invitación a los interesados en prestar un servicio o construcción de una obra para el Estado y demás entidades públicas descentralizadas, autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades, entre otras, para que, conforme a las bases preparadas al efecto, llamadas “bases de para la contratación”, se formulen propuestas y ofertas, de las cuales sea elegida y aceptada la más ventajosa mediante un proceso de adjudicación, que se perfeccionará y culminará con un contrato.

Acerca de estos procedimientos legales mencionados y por cierto, siendo los que más trascienden en las contrataciones llevadas a cabo por las instituciones del Estado, se encuentran los regímenes de Cotización y Licitación Pública. los cuales son obligatorios a cumplir fases y pasos estrictos.

El proceso de contratación pública se integra por varias fases, es decir, desde el momento mismo de la necesidad de crear un proyecto, necesitar un suministro o proveerse de equipos necesarios para el desarrollo de actividades de la administración pública.



4.1. Proceso de contratación

Con el fin que el lector tenga un acercamiento y un mejor conocimiento al proceso de contratación por parte de las instituciones del Estado, el presente capítulo, será estructurado y ordenado de forma tal que sean perceptibles las fases y pasos a llevarse a cabo en una contratación utilizando los regímenes de cotización y/o licitación pública.

4.1.1. Fase previa

Esta fase por lo regular se encuentra a cargo del Jefe Financiero o Administrativo de la institución que requiera la contratación o necesite llevar a cabo una compra.

Esta es puramente interna de la Administración, sin intervención ni participación de los administrados, oferentes o terceros interesados. En ella se cumplen los presupuestos que tornan jurídicamente posible la manifestación de voluntad contractual administrativa.

En esta fase se establecen los estudios de factibilidad física, jurídica, contable, financiera, económica y política de la obra o servicio objeto de la futura contratación, la imputación previa de conformidad al crédito presupuestario y la preparación del pliego de condiciones.

Una vez que se adopta la decisión de contratar, se realizan los proyectos de orden técnico en cuanto a las ventajas, beneficios y posibilidad de realización del objeto del



contrato, y económicos, respecto del costo del contrato, la existencia de créditos y su asignación presupuestaria.

- **Solicitud de compra**

La Administración Pública, con la finalidad de atender las necesidades de los administrados, inclusive de los mismos funcionarios y servidores públicos en aras del cumplimiento de las necesidades de los administrados, efectúa diferentes tipos de contratación, pero partirá siempre de una solicitud de compra, aspecto descrito en el Artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado.

- **Disponibilidad presupuestaria**

Es necesario contar con la asignación presupuestaria necesaria, que tenga como finalidad cubrir los pagos y las ofertas solicitadas devenidas de las contrataciones que tuvieren fin ser adjudicadas en el mismo ejercicio fiscal.

- **Programación/negociación**

Es necesario que haya sido tomado en cuenta, por lo regular, en el Plan Operativo Anual, las compras, suministros y contrataciones que tengan que hacer durante el mismo ejercicio fiscal.



4.1.2. Fase preparatoria

Al momento de existir la necesidad de la contratación, o en base, a la calendarización programada, la autoridad correspondiente, estará a cargo la prosecución puntual e irrestricta de los pasos que conlleva, pues contiene plazos sujetos a deducción de responsabilidades por los infractores.

Aquí se presentan actos dirigidos a lograr la manifestación de voluntad común del ente público que cotiza y de un tercero contratista. Es una fase en la cual la actividad prevalece en la Autoridad Superior de la institución interesada en efectuar el evento.

Las relaciones que se entablan son bilaterales, afectan o pueden afectar a terceros y se desarrolla a través del llamado a cotizar o licitar y hasta la publicación del anuncio.

- **Presentación de documentos**

Nos referimos a que será necesaria la presentación, dependiendo la contratación, de las bases bien sea de cotización o de licitación pública, especificaciones generales y especificaciones técnicas, a disposiciones especiales y de ser necesario, planos cuando se refiera a construcción.



- **Bases de cotización y/o licitación pública**

Es un conjunto de actos, en suma, un procedimiento administrativo especial que tiene que ver con la formación del vínculo jurídico y con la forma de celebrar los contratos.

En la cotización pública, a lo largo del procedimiento, tenemos concurrencia y participación de la voluntad administrativa del oferente con la voluntad particular del concurrente, exteriorizada a través de las formas jurídicas denominadas bases.

Las bases de cotización, constituyen el documento en que la entidad interesada en adquirir servicios, bienes, suministros o la ejecución de una obra, establece el conjunto de requisitos que deben llenar los interesados en ofertar.

- **La utilización de Guatecompras y la publicidad de los actos**

Con el afán de buscar la transparencia de los actos administrativos y hacer públicas las convocatorias en las contrataciones derivadas de las necesidades a satisfacer por parte del Estado, se crea un Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, denominado GUATECOMPRAS, en el cual la entidad requirente debe publicar las bases de los eventos y las personas interesadas podrán obtenerlas de forma gratuita. Dependiendo el régimen de contratación que se esté utilizando, será necesaria también la publicación en el Diario de Centro América, conocido como Diario Oficial.



- **Integración de una junta de cotización y/o licitación pública**

En el caso de integrar una junta de cotización, es a través de tres miembros, nombrados por la autoridad administrativa superior, de preferencia entre servidores públicos de la entidad contratante.

Salvo el caso de que la entidad no cuente con personal idóneo, podrá nombrarse a servidores públicos de otras dependencias del Estado que tengan experiencia en la materia de que se trate. La junta en este caso de cotización, tomará sus decisiones por mayoría del total de sus miembros, quienes no podrán abstenerse de votar, dejando constancia en una acta de su forma de actuar.

El artículo 15 de la Ley de Contrataciones del Estado establece: “Integración de la Junta de Cotización. La Junta de Cotización se integrará con tres miembros que sean servidores públicos de la entidad contratante, nombrados por la autoridad administrativa superior.”.

Iniciado el proceso de cotización, se desarrollan los actos dirigidos a lograr la manifestación de voluntad común del ente público que cotiza y de los oferentes que manifiestan su voluntad de participar y ofertar, inclusive a través del sistema nacional de Guatecompras.

Aparentemente se cumplen los presupuestos jurídicos conforme lo estipula nuestra legislación, sin embargo, el problema no es simplemente llenar requisitos y lograr que



toda la operación de un proceso de cotización este blindado y no se detecten las irregularidades en que se incurre, logrando así que los órganos de control, tanto gubernamentales como de la sociedad civil, den por aprobado el proceso.

4.1.3. Fase de desarrollo

Esta fase puede llamarsele Esencial, aquí se entablan como en la fase anterior, relaciones bilaterales como la apertura de las ofertas, la admisión de los oferentes, el estudio de las ofertas y la adjudicación. Es una fase eminentemente activa por los miembros integrantes de las Juntas de Cotización y de Licitación Pública

- **Presentación de ofertas y apertura de plicas**

Se consignara en las bases, la dirección, el lugar, fecha, hora y forma, la presentación de las ofertas, para que en el momento señalado en la Ley, sean aperturadas las plicas, suscribiendo acta simultáneamente.

- **Calificación de las ofertas**

En base a los criterios de calidad, precio, tiempo de entrega, características y demás condiciones que se fijen en las bases, serán calificadas las ofertas del monto mayor al menor y en consideración a ello, posteriormente será adjudicada cuando convenga a los intereses del Estado.

- **Adjudicación y notificaciones**

En base a la calificación otorgada por la Junta bien sea de cotización o de licitación, se adjudicará el evento a quien posea la mayor puntuación, siempre basándose en el plazo ya establecido en las respectivas bases. Posteriormente serán notificados los oferentes que participaron en el evento a través del sistema de Guatecompras, sin exceder el plazo legal, dándose también la oportunidad de presentar inconformidades sobre el mismo aspecto de la adjudicación y existiendo un plazo legal para contestar las mismas.

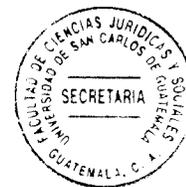
4.1.4. Fase formal

En esta fase da lugar el procedimiento de la compra, que es la voluntad objetiva y la exteriorización en un contrato perfeccionado en la forma en que el derecho positivo lo prevea, encontraremos la notificación de la adjudicación, aprobación de la adjudicación, instrumentación escrita, etc.

Esta es una fase en cual la actividad es llevada a cabo por la Autoridad Superior.

- **La aprobación de la adjudicación**

Posteriormente de haberse publicado en Guatecompras la adjudicación y subsanado las inconformidades, si hubieren existido, la Autoridad respectiva, recibirá el expediente de la Junta, aprobando o improbando lo actuado.



- **Notificación de Aprobación**

Al momento de haber sido aprobado el evento por la autoridad competente, se notificará a través de Guatecompras al oferente adjudicado en un plazo legal no mayor de dos días.

- **Impugnaciones**

A partir del momento de haber sido notificada la resolución definitiva, tendrán diez días los oferentes para poder interponer los recursos legales de revocatoria y reposición, los cuales encontramos desarrollados en el Artículo 99 y 100 de la misma Ley.

- **Suscripción y aprobación del contrato**

Para llevarse a cabo la suscripción del contrato, deberá mediar entre la adjudicación y la suscripción un plazo no mayor de 10 días, el que deberá ser fraccionado por la autoridad superior y luego aprobado por la misma.

4.1.5. Fase final

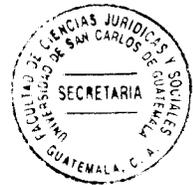
- **Recepción**

La responsabilidad de la recepción y liquidación de las obras o suministros, recaerá en las Comisiones Receptoras y Liquidadoras, nombradas por la autoridad superior de las instituciones interesadas.

Al estar terminada la obra, el contratista deberá constituir las fianzas de conservación de obra o de calidad, o de funcionamiento, según sea el contrato; así como de saldos deudores; además, deberá dar aviso por escrito al supervisor o su equivalente de la conclusión de los trabajos, con lo cual se interrumpirá el plazo de ejecución. El encargado hará la inspección final dentro de los siguientes quince (15) días hábiles y, si la obra no está conforme a planos y especificaciones, manifestará por escrito sus observaciones al contratista, para que proceda a corregir las deficiencias.

Por el contrario si los trabajos estuvieran correctamente concluidos, rendirá informe a la autoridad administrativa superior de la entidad correspondiente, para que dentro de los cinco (5) días siguientes nombrara una Comisión Receptora y Liquidadora, que estará integrada con tres miembros.

La Comisión deberá elaborar el acta de recepción definitiva dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a la fecha de notificación de su nombramiento, y si comprueba que los trabajos están ejecutados satisfactoriamente, suscribirá el acta de recepción final; pero si no fuera así, hará constar en acta:



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

Al recibir la comisión receptora el aviso por escrito en el que se le informe que han sido satisfechos los requerimientos realizados, ésta dentro del término de cinco (5) días procederá a efectuar nueva inspección, de la que deberá suscribir acta. La fecha en que se considerara recibida definitivamente la obra, será la del cierre de la última acta efectuada.

- **Liquidación**

Luego de que las obras, bienes o servicios son recibidos, la comisión cuenta con un plazo de noventa (90) días, contados a partir de que la fecha de recepción definitiva de la obra, para efectuar la liquidación del contrato y, si no fuera realizada, el contratista puede presentar el proyecto de liquidación a la autoridad administrativa, que deberá aprobarlo o improbarlo, según sea el caso, dentro del mes siguiente de recibido; si en ese tiempo no es resuelta, se tendrá como favorable su pronunciamiento. El plazo relacionado al inicio de este párrafo es aplicable para la rescisión de contratos.



4.1.6. Registros

Todas las personas individuales o jurídicas que estén interesadas en participar en los procedimientos de cotización o licitación pública, así como los comprendidos en los casos de excepción, deberán estar inscritos en el Registro correspondiente, previa inscripción en los de precalificación, que se efectuará en hojas autorizadas por la Contraloría General de Cuentas. No podrán inscribirse en los registros quienes por dolo o mala fe, hayan provocado la resolución, rescisión, terminación o nulidad de contratos celebrados con el Estado, declarado por tribunal competente.

Las empresas extranjeras también podrán participar en los procesos de cotización y licitación pública con su inscripción provisional en el registro, siempre que los proyectos sean financiados total o parcialmente con recursos externos; pero para la suscripción del contrato será necesario que dichas empresas acrediten estar inscritos definitivamente.

Cada uno de los Registros deberá actualizar sus datos en el mes de enero de cada año, cuya convocatoria se hará por medio de anuncios publicados en el Diario Oficial durante el mes de noviembre. Si algún interesado desea inscribirse o los ya inscritos desean actualizar su asiento, podrán acudir en cualquier fecha a efectuar su incorporación o la modificación que corresponda.



Los Registros que establece la Ley de Contrataciones del Estado son:

- a. De proveedores adscritos al Ministerio de Finanzas Públicas, en él se inscriben los interesados a participar en los procesos de compras atendiendo su especialidad y capacidad financiera. En el caso de este registro, no será necesaria su inscripción en hojas autorizadas por la entidad fiscalizadora del Estado. Cuando un proveedor será inhabilitado en el registro de proveedores del Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, deberá inscribirse esa suspensión en este registro.

Cada registro contará con otros encargados de la precalificación de las entidades interesadas en ofertar, los que deberán efectuar dentro de su competencia los análisis y estudios de capacidad técnica, financiera, experiencia y organización.

- b. De obras adscrito al Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda, atendiendo a la especialidad, experiencia y capacidad financiera.
- c. De consultores para que un proveedor pueda inscribirse, se clasificarán de acuerdo a su especialidad y experiencia en la Secretaría General del Consejo Nacional de Planificación Económica, oficina adscrita Ministerio relacionado.
- d. De contratos que facilita la fiscalización de las contrataciones, centralizando la información; adherido a la Contraloría General de Cuentas contendrá la clasificación de las personas que incumplan los negocios, resoluciones,

rescindan o celebren contratos nulos. Para su buen funcionamiento la entidad contratante deberá remitir en el plazo de treinta (30) días contados a partir de su aprobación, o de la respectiva decisión, una copia a la entidad técnica mencionada.

4.1.7. Prohibiciones

Entre las causas que limitan el derecho de cotizar, licitar o celebrar contratos con el Estado se encuentran las siguientes:

- a) No aparecer inscrito en el Registro de Precalificados correspondiente;
- b) Estar inhabilitado en el Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado de Guatemala; para el efecto, la Superintendencia de Administración Tributaria, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, el Organismo Judicial y cualquier entidad que, de acuerdo con la normativa nacional, determine que una persona deba ser inhabilitada como proveedor del Estado, deberán registrar la limitación en el mismo;
- c) Tener pendiente el pago de cuotas al Seguro Social y obligaciones tributarias;
- d) Tener privado el ejercicio de sus derechos civiles por sentencia judicial firme;
- e) Ser servidor público de la entidad estatal interesada en negociar, así como sus parientes dentro de los grados de ley, cuando el o los contratos deban celebrarse con la dependencia donde éste preste sus servicios o cuando éste sea socio o representante de la persona jurídica con quien se desea negociar;



- f) Haber participado de forma directa o indirecta en las etapas previas a la contratación, haciéndose extensiva a los parientes dentro de los grados de ley, socios o representantes de las entidades privadas.

4.1.8. Sanciones

Entre las infracciones en que pueden incurrir los funcionarios o empleados públicos, así como las personas privadas, ya sean individuales o jurídicas, de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado se encuentran:

- a) Fraccionamiento
- b) Incumplimiento de obligaciones
- c) Omisión de suscripción de contratos
- d) Retraso en la entrega
- e) Variación de calidad o cantidad
- f) Otras infracciones

- **Imposición de sanciones pecuniarias**

La Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, preceptúa que las sanciones pecuniarias establecidas por el incumplimiento de sus normas y las del reglamento respectivo, serán impuestas por la Contraloría General de Cuentas o la Superintendencia de Bancos, según corresponda, cuando se trate infracciones



cometidas por funcionarios o empleados del Estado y, cuando se trate de particulares, serán impuestas por la autoridad superior.

4.1.9. Compensación por daños y perjuicios

El Estado en todo caso deberá demandar la compensación de los daños y perjuicios sufridos con motivo de la interposición de acciones frívolas e impertinentes que entorpezcan el desarrollo normal del proceso de la contratación, además de la cancelación de la inscripción en el respectivo Registro.

4.2. Regímenes regulados en la Ley de Contrataciones del Estado

La Ley de Contrataciones del Estado, regula dos regímenes de contratación, los cuales son observados en la mayoría de eventos efectuados por las instituciones del Estado, la utilización de cada uno de ellos deberá ser legal y técnicamente seleccionada, en relación a los requisitos plasmados en las bases de compra, principalmente, su monto.

Estos regímenes se encuentran identificados como Régimen de Cotización y Régimen de Licitación.

4.2.1. Cotización pública

- **Definición de cotización**

Cabanellas, define la cotización como: “Precio que en mercados públicos se fija para la venta o compra de mercancías. Todos los valores pueden ser objeto de cotización, pero generalmente en bolsa sólo lo son algunos.”²²

Ossorio expone: “Determinación del curso del cambio y del precio corriente de las mercaderías, fletes, seguros, fondos públicos nacionales y cualesquiera otros papeles de crédito, como resultado de las operaciones y transacciones reales y legítimas verificadas habitualmente en las bolsas o mercados.”²³

De conformidad con la Enciclopedia Encarta 2006 establece: “cotizar. Poner o fijar precio a algo. Estimar, particularmente de forma pública, a alguien o algo en relación con un fin determinado. Publicar en la bolsa el precio de los efectos públicos allí negociados”²⁴

- **Régimen de cotización**

El Decreto Número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, que contiene la Ley de Contrataciones del Estado, al nacer a la vida jurídica, pretendía evitar los serios obstáculos que se vivía en esa época, en la que no se utilizaran regímenes específicos

²² Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 404

²³ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 182

²⁴ Enciclopedia Encarta 2006. Cd. Room.



que buscaran una pronta ejecución de obras y adquisición de bienes, suministros y servicios que requirieran las entidades del Estado.

De conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, al momento de llevarse a cabo un proceso de compra o contratación a través del régimen de cotización, debe conformarse una junta de cotización, la cual es considerada como el único órgano competente dentro de la entidad que desea cotizar alguna obra, suministro, equipo, etc., para que pueda recibir, calificar ofertas y adjudicar el negocio.

El proceso de cotización, es entonces el procedimiento administrativo por el cual la administración, invita a los interesados a que, sujetos a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de las cuales se seleccionara y aceptara la más ventajosa, o conveniente.

4.2.2. Licitación pública

- **Definición de licitación**

De acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el concepto licitación proviene del latín *licitatio onis*, que significa acción o efecto de licitar; y a su vez licitar significa ofrecer precio por algo en subasta o almoneda. El autor mexicano Jorge Fernando Ruiz, indica que en algunas legislaciones como la mexicana se ha



utilizado el concepto licitación como sinónimo de subasta, concurso y remate, pero que en el ámbito jurídico administrativo este concepto tiene un mayor alcance.²⁵

- **La licitación**

Para tener claro lo que es el régimen de licitación pública, a continuación se presentan las siguientes definiciones:

“Es un procedimiento administrativo, que tiene por objeto seleccionar al co-contratante de la administración pública, evaluando las condiciones técnicas y económicas, a efecto de determinar la idoneidad del sujeto elegido, verificando que ofrezca las condiciones más convenientes (sobre todo el precio), para el órgano convocante”²⁶

El profesor argentino Agustín Gordillo, citado por Ismael Farrando indica que: “es un procedimiento administrativo cuya finalidad es seleccionar en concurrencia la mejor oferta para celebrar un contrato; constituye un pedido de ofertas efectuado en forma general al público”.²⁷

En fin, la licitación pública es, un proceso administrativo, que se realiza por un órgano administrativo en nombre del Estado, que tiene como finalidad comprar o contratar un bien o un servicio, a través de la presentación pública de requisitos específicos que en

²⁵ **Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española**. C.D.Room

²⁶ López-Elias, José Pedro, **Aspectos jurídicos de la licitación pública en México**, Pág. 23.

²⁷ Farrando, Ismael; Martínez, Patricia R. **Manual de derecho administrativo**, Pág. 302.



base a su cumplimiento, serán calificados y posteriormente la mejor calificación, adquirirá el beneficio de vender o prestar la contratación del bien, la obra o servicio.

Cuando el costo de los bienes, obras o suministros que se van a adquirir exceden de cierta cantidad de dinero establecida en la Ley, con el fin de seleccionar a un oferente de entre varios, el cual debe ofrecer las mejores condiciones para los intereses del Estado, para posteriormente suscribir un contrato administrativo.

- **Principios**

Principios jurídicos de la licitación pública:

Para el tratadista francés Marienhoff, los principios jurídicos de la licitación pública son tres:

- a) La publicidad.
- b) La igualdad.
- c) La libre concurrencia.

Estos principios según Marienhoff, son los tres pilares de la licitación pública.

1. Principio de publicidad

Consiste en que todos los actos realizados en el proceso de licitación pública, deben ser conocidos por los interesados y en general por todas las personas. En la legislación



guatemalteca, este principio está fundamentado en el Artículo 23 del Decreto número 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado, y el Artículo ocho de su Reglamento, Acuerdo Gubernativo número 1056-92, el cual indica: “...Asimismo, los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades, las empresas públicas estatales o municipales y todas las entidades sujetas a la Ley, previamente al procedimiento establecido en la Ley y su Reglamento, publicarán y gestionarán en el Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, denominado Guatecompras, los anuncios o convocatorias y toda la información relacionada con la compra, venta y contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requieran; dicha información será de carácter público a través de la dirección en Internet www.guatecompras.gt.”

Principio que encontramos desarrollado en el Artículo 30 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

2. Principio de igualdad

Se debe entender que la aplicación de este principio consiste en que, a todos los oferentes se les debe dar iguales oportunidades y condiciones y tratar de la misma manera, es decir, bajo este principio no se debe favorecer a ningún oferente, como dice Ismael Farrando “Este principio repudia toda ventaja o diferencia de trato o de

oportunidad que la Administración Pública pueda permitir o facilitar dentro del procedimiento licitatorio”²⁸

El principio de igualdad de forma tácita aparece en los Artículos 12 y 13 del Decreto número 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado, los cuales indican las causas por las que no podrán ser miembros de la junta de licitación; por ejemplo, que sean parientes del oferente o cuando tengan amistad íntima o relaciones con alguna de las partes, que según las circunstancias hagan dudar de la imparcialidad de la junta de licitación, aunado a ello, pero en forma expresa, lo encontramos desarrollado en el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

En consonancia existen requisitos que deberán ser observados por la totalidad de los interesados, es por ello que el Artículo 19 de la Ley de Contrataciones del Estado establece: “Requisitos de las Bases de Licitación. Las bases de licitación, según el caso, deberán contener caso mínimo lo siguiente:

1. Condiciones que deben reunir los oferentes.
2. Características generales y específicas, cuando se trate de bienes y/o servicios.
3. Lugar y forma en donde será ejecutada la obra, entregados los bienes o prestado los servicios.
4. Listado de documentos que debe contener la plica, en original y copias requeridas, una de las cuales será puesta a disposición de los oferentes.

²⁸ Ob. Cit. Pág. 310



5. Indicación de que el oferente deberá constituir, según el caso, las garantías a que se refiere el Título V, Capítulo Único de la presente ley.
6. En casos especiales y cuando la autoridad superior lo considere oportuno, las garantías que deberá constituir el contratista, con indicación de los riesgos, a cubrir, su vigencia y montos.
7. Forma de pago de la obra, de los bienes y servicios.
8. Porcentaje de anticipo y procedimiento para otorgarlo, cuando éste se conceda.
9. Lugar, dirección exacta, fecha y hora en que se efectuará la diligencia de presentación, recepción y apertura de plicas.
10. Declaración Jurada de que el oferente no es deudor moroso del Estado ni de las entidades a las que se refiere el artículo 1, de esta ley, o en su defecto, compromiso formal de que, en caso de adjudicársele la negociación, previo a la suscripción de contrato acreditará haber efectuado el pago correspondiente.
11. *Indicación de la forma de integración de precios unitarios por renglón.*
12. Criterios que deberán seguir la Junta de Licitación para calificar las ofertas recibidas.
13. Indicación de los requisitos que se consideren fundamentales;
14. Modelo de oferta y proyecto de contrato. Los requisitos anteriores también regirán en lo que fuere aplicable para los efectos de cotización...”.

Debemos apuntar en este espacio que el artículo 42 de la ley citada anteriormente establece: “Aplicación Supletoria. Las disposiciones en materia de licitación, regirán supletoriamente en el régimen de cotizaciones en lo que fueren aplicables.”

3. Principio de libre concurrencia

La pretensión de la Ley es que la administración pública, al realizar un proceso de licitación, concurren la mayor cantidad de oferentes posibles, con el propósito de obtener la mejor oferta para el Estado, por lo que no se le deben poner obstáculos o requisitos excesivos a los oferentes. Este principio, en la legislación guatemalteca tiene una excepción y es el que se encuentra regulado en los Artículos 71 y 72 del Decreto número 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado, en donde se estipula lo relacionado a los registros de precalificados de obras y de consultores, es decir, para realizar determinadas obras o consultorías, las bases de licitación pueden solicitar que los oferentes estén inscritos en estos registros.

Como indicamos anteriormente, estos son los tres principios que generalmente acepta la doctrina, como fundamentos para el proceso de licitación pública, pero para nosotros existe un principio más que se debe tomar en cuenta, el principio del interés del Estado, el cual se encuentra inmerso en el Artículo 33 del Decreto número 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado; porque el proceso de licitación pública se desarrolla precisamente, con el ánimo de obtener un bien, una obra o servicio de la mejor calidad a un buen precio, en donde se plasma que debe prevalecer el interés del Estado.



- **Fundamento legal**

El régimen de licitación pública en Guatemala, está regulada en el Título III, Capítulo I, de la Ley de Contrataciones del Estado y el Título II, Capítulo I, del Acuerdo Gubernativo 1056-92, Reglamento del Decreto número 57-92 del Congreso del República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado. Este proceso se debe realizar cuando el monto o valor de los bienes, suministros y obras que las instituciones públicas necesiten contratar excedan de Q900,000.00, de acuerdo a lo regulado en el Artículo 38 de la Ley citada.

4.3. Otras modalidades de adquisición pública establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado

4.3.1. Compra directa

Es una de las excepciones contempladas en la Ley de Contrataciones del Estado, consiste en la compra que se efectúa en un solo acto, con una misma persona y por un precio de hasta noventa mil quetzales (Q.90, 000.00), en la que se tomara en cuenta el precio, calidad, plazo de entrega y demás condiciones que favorezcan a los intereses de la institución contratante. La autoridad superior que corresponda, deberá establecer el procedimiento para contratar por medio de compra directa, bajo su responsabilidad, y estará obligada a publicar en el Sistema de Guatecompras como mínimo:

5. Detalle del bien o servicio contratado.
6. Nombre o razón social del proveedor adjudicado.



7. Monto adjudicado.

4.3.2. Contrato abierto

Se denomina así al contrato celebrado entre una entidad y un ente estatal, derivado del procedimiento que el Ministerio de Finanzas Públicas realiza al seleccionar proveedores de bienes, servicios y suministros, previo a la clasificación y adjudicación de los rubros convocados para concurso público. El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado lo define como un sistema de compra de suministros y bienes, administrado y coordinado por el Ministerio de Finanzas Públicas, por medio de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Este tipo de contratación concede beneficios, respecto al tiempo y trámites administrativos, a las entidades que compren bienes o suministros directamente con los proveedores seleccionados por la cartera relacionada, puesto que se liberan de la obligación de licitar y cotizar, siempre que los mismos hayan sido previamente calificados.

- Los contratos abiertos deberán suscribirse dentro de los diez (10) días contados a partir de la adjudicación definitiva en representación del Estado y deberán ser faccionados por el funcionario de grado jerárquico inferior al de la autoridad que lo aprobará”, previa constitución de garantía de cumplimiento;
- cuando tengan por objeto un bien susceptible de inscribirse o anotarse en registros, deberá constar en escritura pública autorizada por el Escribano de gobierno o por notario”, los honorarios profesionales serán cancelados por el contratista.

- La suscripción del contrato puede omitirse cuando los bienes o servicios puedan adquirirse en el mercado local o cuando su entrega sea inmediata y su monto no exceda de cien mil quetzales (Q.100,000.00).”

El contratista puede solicitar la prórroga del plazo para la entrega del bien o servicio, únicamente por caso fortuito o causa de fuerza mayor, siempre y cuando que la causa invocada no haya sido provocada por él.

Este tipo de contratación posee un procedimiento especial, que se detalla a continuación:

- A. Deberán existir dos o más solicitudes de instituciones interesadas, dirigidas a la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Cuando la solicitud verse sobre productos medicinales, dispositivos médicos, gases médicos, fórmulas infantiles, material de diagnóstico por imágenes y productos sucedáneos de la leche materna, deberá contar con la aprobación y asesoría del la autoridad encargada de su supervisión (el Ministerio de Salud Pública).
- B. El Ministerio de Finanzas Públicas, por medio de la Asesoría Jurídica, emitirá opinión sobre las bases el concurso que corresponda y las instituciones interesadas en contratar deberán manifestar su anuencia, posteriormente la autoridad superior aprobará los documentos relacionados con el contrato abierto.
- C. Las entidades interesadas en el concurso por contrato abierto, quedan obligadas a nombrar a las personas idóneas, con la capacidad técnica y la experiencia necesarias, para integrar las Juntas de Calificación, conformadas por tres (3)



servidores públicos, nombrados a tiempo completo, quienes no podrán abstenerse de votar, ausentarse o retirarse del lugar donde se encuentren constituidos durante la jornada de trabajo mientras dure el proceso de la adjudicación.

- D. La convocatoria, de carácter nacional o regional se publicará dos veces: la primera, en Guatecompras, y la segunda en el Diario Oficial, con intervalo mínimo de cinco (5) días calendario entre cada una ; entre la primera publicación y el día fijado para la presentación y recepción de ofertas deberán mediar por lo menos cuarenta (40) días calendario.
- E. El Ministerio de Finanzas Públicas, a través de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, deberá tener un registro de bases de datos de los bienes o suministros de uso general y constante, o de considerable demanda, por el sector público y que sean requeridos en la modalidad de compra por Contrato Abierto.
- F. Una vez solicitado el concurso de oferta de precios y aportadas las especificaciones técnicas, la Dirección verificará si se cuenta con el registro respectivo y, si no existiere, procederá a su creación. La Junta de Calificación podrá considerar los precios de referencia para la adjudicación, además, podrá adjudicar total o parcialmente y hasta a tres proveedores por marca ofertada, con un máximo de ocho marcas por renglón, siempre y cuando la diferencia de precio entre el oferente que haya sido calificado con el precio más bajo y el de los restantes no supere una variación de precios mayor del tres por ciento (3%) con relación al precio más bajo.

Si por cada marca hubiere más de tres oferentes con el mismo precio, la Junta de Calificación realizará un sorteo para adjudicara tres oferentes. Si por cada marca hubiere más de tres oferentes con diferente precio, se adjudicarán los tres oferentes

que presenten el menor precio. Cuando no existan precios de referencia, por tratarse de productos nuevos en el mercado y de nueva inclusión en el sistema de compra por contrato abierto o por cualquier otra causa, la Junta de Calificación podrá adjudicar al menor precio, siempre que cumpla con los requisitos.

- G. La aprobación de la adjudicación se efectuará de acuerdo a lo establecido en el Artículo 36 de la Ley y 12 Bis del Reglamento. Contra la aprobación de la adjudicación efectuada por la autoridad superior del ente administrador y coordinador del Contrato Abierto, procede solamente el recurso de reposición.
- H. Si no se suscribiere el correspondiente contrato abierto para un concurso adjudicado por la junta de Calificación, debido a alguno de los supuestos establecidos en el Artículo 36 del reglamento. O bien, si un contrato suscrito se rescindiere total o parcialmente, a efecto de asegurar el abastecimiento y no repetir el procedimiento, podrá optarse por adjudicar al siguiente calificado en su orden, siempre y cuando, las condiciones y precios ofertados, sean convenientes a los intereses del Estado.
- I. Los contratos abiertos serán suscritos por el Ministerio de Finanzas Publicas dentro del plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la adjudicación definitiva, por el Director de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, conjuntamente con el funcionario público que en cada caso deleguen las autoridades superiores de las entidades requirentes y el propietario o representante legal de la empresa o entidad adjudicada.

4.4. Contrataciones en casos de excepción

Así como la Ley de Contrataciones del Estado, regula los casos previsibles o los cuales en base a sus características se deben de regir en sistemas de compras ya especificados, de igual manera regula los casos de Excepción en su Artículo 44, los cuales se encuentran distribuidos en dos (2) numerales, detallándolos en base a sus características y posteriormente desarrollándolos en el Reglamento de la misma Ley.

El hecho de encontrar desarrollados los casos detallados en el artículo 44 de la Ley, en *el articulado del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado*, no es coincidencia, sino que al contrario, basándonos en la Jerarquía normativa, sobre la cual se estructura la subordinación legal en Guatemala, de esa forma debe de hacerse, ya que la norma superior, que es la Ley de Contrataciones del Estado, por el hecho de ser un Decreto del Congreso de la Republica, es clasificada en dicha jerarquía en una Norma de Carácter Ordinaria, cuya característica principal es la superioridad a la norma de carácter reglamentario, en la cual quedan las normas que son identificadas como Reglamentos y calificadas como Acuerdos, las que poseen como característica principal: La de ser dependientes a las Normas Ordinarias, por el hecho de desarrollar los procesos o procedimientos que sean descritos o nominados en ellas.

Si por una parte, se puede hacer mención que se pueden presentar casos que por sus características, si se puede establecer cual sistema o régimen de compra utilizar, implica que los otros casos, que cabrían en la compra por Excepción, se deduce que estos, por sus características, quedan excluidos de algunas de las rigurosidades de los

sistemas y regímenes de compra a ser utilizados en los otros casos, como lo son la cotización, la licitación la compra directa y el contrato abierto.

Entonces, eso significaría que los casos por Excepción debieran de poseer un procedimiento específico a utilizarse y en ningún momento por el hecho de no contar con el mismo, no deberán en ningún momento, contar con privilegios o con menos controles que los otros.

Sobre los casos establecidos en el numeral 1 del Artículo 44 de la Ley de Contrataciones, se puede mencionar:

- La adquisición de bienes, contratación de servicios suministros para salvaguardar las fronteras, puentes, los recursos naturales sujetos a régimen internacional o la integridad territorial...
- La compra y contratación de bienes, suministros, obras y servicios indispensables para solucionar situaciones derivadas de los estados de excepción...
- La compra y contratación de bienes, suministros, obras y servicios que sean necesarios y urgentes para resolver situaciones de interés nacional o beneficio social, siempre que ello se declare así...



De igual manera y aparte de estos casos, el numeral 1 del Artículo 44 regula más casos en que pueda usarse dicho sistema de compra por excepción.

En el caso del numeral 2 del Artículo 44, establece los casos de:

- El arrendamiento con o sin opción de compra de inmuebles, maquinaria y equipo dentro o fuera del territorio nacional...

Caso de particular importancia para la realización del presente trabajo de tesis.

De igual manera y aparte de este caso, el numeral 2 del Artículo 44 regula más casos en que pueda usarse dicho sistema de compra por excepción.

Al haber analizado lo anterior, se puede intuir que existe cierta contraposición con uno de los principios fundamentales del Derecho Administrativo, entendido como que deberá realizarse por parte del funcionario y servidor público, única y exclusivamente lo que establezca la Norma, limitando de tal manera, la actividad en el ejercicio de los cargos, pues el Derecho Administrativo, al ser una rama del Derecho Público, busca la protección del erario nacional, a diferencia de la garantía concedida al particular por la Constitución Política de la Republica de Guatemala, en su Artículo cinco, que establece tiene derecho a hacer todo lo que la Ley no prohíbe. Es por ello que es necesario establecer un procedimiento claro, pues como se encuentra actualmente desarrollado en la Ley de Contrataciones del Estado, en los casos de excepción, permite en exceso la discrecionalidad de la actividad administrativa en estos casos de excepción,



disminuyendo en gran manera, poder velar por la protección de los intereses del Estado.





CAPÍTULO V

5. La necesidad del fortalecimiento del control del gasto público, en el caso de excepción regulado en el numeral 2.1 del Artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado

El presente trabajo se enfoca, precisamente, en la urgente necesidad que el Estado a través de las instituciones que lo integran, cumpla con sus deberes y obligaciones con transparencia y optimización de los recursos del Estado, frente al más importante de sus elementos, que es la sociedad y, en el caso de darse incumplimiento de dichos deberes, pueda procederse a la correspondiente deducción de responsabilidades por incumplimiento, aplicación incorrecta o inobservancia de las normas que lo rigen, sea de naturaleza penal, civil o administrativa, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, Decreto 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

5.1. Los fines de la Ley de Contrataciones del Estado

La Ley de Contrataciones del Estado tiene por objeto regular la actividad estatal relacionada con la compra, venta y contratación de bienes, servicios, suministros y obras, así como las donaciones que personas, entidades u otros estados hagan al Estado, sus dependencias, instituciones o municipalidades.



Preceptúa que el Estado podrá efectuar las negociaciones relacionadas con sus propias entidades, ya sean descentralizadas, autónomas, entidades ejecutoras o municipalidades, aun cuando no posean los fondos necesarios para negociar, por carecer de asignación presupuestaria; pero únicamente podrá adjudicarles los servicios o adquisición de bienes cuando les sea proporcionada la partida y créditos presupuestarios respectivos, que les permitan responder por la negociación acordada.

Si por alguna razón el monto asignado a la entidad interesada para la ejecución del contrato suscrito, no se utiliza para el fin que fue previsto, no puede asignarse a otro objetivo, salvo que se justifique que no se empleará en el ejercicio fiscal para el cual fue solicitado. Si el motivo de la contratación excede más de un ejercicio fiscal, debe asegurarse que le sean asignados los montos que correspondan a cada período.

Los órganos o entidades del Estado pueden importar bienes o servicios, únicamente cuando su valor no exceda del fijado para el régimen de cotización, no se produzcan en el país, sean insuficientes o que el precio de ingreso, tomando en cuenta los impuestos, seguros, viáticos y otros gastos, sea menor al que se halle en el mercado nacional, utilizando como base el monto de cambio de la moneda que esté vigente ocho días antes de que se presente la oferta.

Para efectuar la importación la entidad interesada deberá formar un expediente administrativo en el que acreditará que el monto del bien o servicio no excede del determinado para el régimen de cotización, que no se produce en el país o por lo menos no en la cantidad suficiente y que no existe representante o distribuidor



acreditado en la república o que, habiéndolo, el precio sea mayor al que se emplee en la importación; además, deberá contener un análisis en el que se compruebe que el costo de la adquisición resultará por lo menos 15% menor que el valor actual en el mercado nacional.

En general, según su parte Considerativa, la Ley de Contrataciones del Estado argumenta que “ ...se han confrontado serios obstáculos para la pronta ejecución de obras y adquisición de bienes, suministros y servicios que requiere el Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales y municipales, con el consiguiente atraso en la realización de los programas de desarrollo nacional; que las contrataciones administrativas se encuentran en diferentes cuerpos legales con criterios obsoletos que no permiten el desarrollo eficiente de la administración pública, siendo necesario emitir una sola ley de fácil aplicación; ; y que Que es deber del Estado promover el desarrollo económico de la Nación, en beneficio de sus habitantes y para la realización del bien común...”

Evidentemente, en forma lírica sus propósitos principales fueron actualizar las normas y dotarlas de flexibilidad a favor del bien común, pero lamentablemente, su contenido se orienta en otro sentido.



5.2. Regímenes y modalidades de contratación

Como se expuso en capítulos anteriores, de manera general las adquisiciones y contrataciones del sector público del Estado se realizan a través de dos regímenes básicos que son la licitación y la cotización, a ésta última aplicables en lo pertinente las disposiciones relativas a la licitación, siendo básicamente el monto de la negociación lo que les ocasiona el tránsito de un régimen a otro.

No obstante, en función de la flexibilidad del derecho administrativo guatemalteco en cuanto a la forma de operar de sus instituciones, la ley contiene igualmente ciertos casos de excepción contemplados en el capítulo III del Decreto 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado que, ajenos a la forma normal de la Administración Pública, puedan necesitarse.

En cuanto al primero de ellos estos son los casos de excepción y se encuentran desarrollados en el capítulo III, de la Ley: 1) *“no será obligatoria la licitación ni la cotización, en las contrataciones de las dependencias y entidades públicas”... y : 2) En los casos en que “no será obligatoria la licitación, pero se sujetan a cotización o al procedimiento determinado en esta ley”... los cuales, respectivamente, presentan una subdivisión, pero con la finalidad de desarrollar el presente trabajo, desarrollaremos el caso de numeral 2 del artículo cuarenta y cuatro, de la Ley de Contrataciones del estado.*



En fin, estos son algunos aspectos, de tantos mas, que pueden presentarse y deben de observarse al momento de querer llevar a cabo un correcto control del gasto público, sobre un evento de compra o contratación realizado por el Estado o alguna de sus instituciones en forma viable, se hace mención pues al existir reglas claras o procedimientos detallada y claramente establecidos, ya que se busca, que en ningún momento, se presente duda o confusión alguna para desarrollarlos, caso contrario lo es el querer aplicar procedimientos que vulneran la normativa legal, por el hecho de carecer de sustento legal, existir en ellos contradicciones, incompatibilidades y aumento de facultades en los mandos superiores que amplían la discrecionalidad en la toma de decisiones, provocando o poniendo en riesgo la finalidad del Estado, lograr el bien común.

Las actuaciones desempeñadas por integrantes de juntas de cotización y/o licitación pública, derivadas de la compra, venta y 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, tal como lo establece la Ley de Contrataciones del Estado en su artículo 1, en varios casos han sido débiles en su aplicación, pues se ha presentado oportunamente un interés particular, situación que se ha ligado o estereotipado con el hecho de desempeñar una función pública, aspecto que no solamente afecta la confianza al aparato Estatal, sino que también vulnera el presupuesto de la nación, desestabilizando en cierta medida la economía nacional.



En fin, los resultados de la utilización de la Ley de Contrataciones del Estado, tanto en los regímenes como en los casos de excepción, han presentado debilidades, a pesar de contar con un sin-numero de modificaciones en la Ley, a pesar de la búsqueda en cuanto a la transparencia respecta, pero, qué sucede en el caso de facultar al funcionario público de obviar la utilización dichos regímenes, como en el caso de excepción de arrendamiento o compra de inmuebles y maquinaria?

Es este cuestionamiento el que desata una serie de conjeturas, si a sabiendas de existir regímenes especiales de contratación y los casos de excepción, que se supone son altamente estrictos y vemos que los resultados de la utilización de estos no son los esperados, se deduce, que cada proceso de contratación llevado a cabo, muestra al proceso de contratación, y su Ley, como un sistema o proceso ligeramente operante, por el hecho de no haberse regulado correctamente.

Es el caso de formularse algunas interrogantes; posee ciertas ventajas, el hecho de evitar la utilización de la cotización, en los casos de excepción, específicamente el del numeral 2.1 de la Ley de Contrataciones del Estado?... Es posible que el hecho de evitar la cotización, en el caso de excepción numeral 2.1, se facilite el poder satisfacer intereses particulares o de terceros?...Y por último, si la misma norma legal, faculta al superior jerárquico, a la toma de decisiones, es decir utilizar su discrecionalidad, y al mismo tiempo le exime de responsabilidad, en qué lugar queda el interés supremo del Estado, al evitar la utilización de la cotización publica?



La realidad nacional nos ha demostrado como se ha utilizado la Ley de Contrataciones, lo que hemos observado y escuchado a través de las redes noticiosas del país, comentarios que en verdad hacen que sea más que evidente, necesaria, la elaboración del presente trabajo de tesis.

En fin la Ley de Contrataciones regula una gran cantidad de aspectos a ser tomados en consideración por aquellas personas que en determinado momento formen parte de una junta de cotización o licitación públicas, o simplemente por su jerarquía tengan cierto grado de responsabilidad en la toma de decisiones u órdenes en la compra o contratación de un bien o servicio, puestos que al final de cuentas, dejaran huella en el acontecer Estatal y nacional.

5.3 Debilidades que ostenta la Ley de Contrataciones del Estado

De manera amplia, un análisis básico y elemental permite notar que la Ley de Contrataciones del Estado adolece de rigidez en su normativa, que a lo largo de casi veinticuatro años de vigencia ha pretendido enmendar mediante sendas modificaciones, todo ello sin cimentar bases sólidas que restrinjan el aprovechamiento de beneficios personales a costa del presupuesto público sufragado en su mayor parte por los guatemaltecos a través de los diferentes tributos ya sea en forma directa o en cascada, o acudiendo al endeudamiento interno y externo para conseguir el financiamiento del presupuesto público que al final, los mismos guatemaltecos continúan amortizando con sus escasos recursos patrimonios personales.



Esto se evidencia al verificar que la ley de Contrataciones del Estado carece de apartados específicos en que se consignen los requisitos esenciales comunes a las formas de negociación en ella contenidas; la más patente de estas ausencias se hace presente en el artículo 49, cuyo epígrafe “Forma del Contrato”, el que al menos por la más elemental técnica legislativa podría haber contenido una enumeración de los requisitos esenciales de todo contrato administrativo, se limita, de la manera más rústica, a indicar el tipo de papel en que debe constar. Así, este vacío legal es ocupado por la discrecionalidad permitida, unas veces en forma expresa y otras en forma tácita al funcionario nominado en la Ley como “autoridad superior”, de conformidad con lo establecido en los artículos 9 del Decreto 57-92 y 78 de su Reglamento, Acuerdo Gubernativo 1056-92.

Un ejemplo claro de las debilidades en mención puede notarse en el caso específico de las excepciones, citando a la Compra Directa contenida en el Artículo 43 de la Ley de Contrataciones, cuyo monto no debe exceder los noventa mil quetzales (Q.90,000.00) y en la cual es sencillo observar que en función de la celeridad y sencillez de la negociación no se consignan requisitos previos para la celebración de la negociación, de donde la práctica administrativa ha evidenciado que ante la ausencia inveterada de controles pertinentes y rigurosos, se incurre en la prohibición denominada “Fraccionamiento”, es decir, dividir la negociación en partes o realizar las adquisiciones en forma fraccionada, con el fin de evitar la práctica de la cotización o la licitación: esto inevitablemente ocasiona en primer lugar una infracción administrativa y la respectiva sanción pecuniaria como consecuencia, de conformidad con la Ley de Contrataciones



en su Artículo 81, pero más dramáticamente de la ilegalidad, el interés de enriquecimiento ilícito que subyace a la infracción.

5.4 La elusión de aplicación del régimen de cotización establecido en el subnumeral 2.1 del numeral 2 del Artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado como caso de excepción

Como se expresara en capítulos anteriores, en cuanto a las modalidades tanto de adquisición como de contratación la Ley reconoce algunos casos, los cuales se encuentran contenidos en el Capítulo III, del Decreto 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado, es el caso de las Excepciones, dentro de la cual se regula la denominada Compra Directa, que se trato con anterioridad, y los casos contenidos en el Artículo 44 de dicha Ley, cuyo epígrafe expresa Casos de Excepción, inicia su texto con la frase “Se establecen los siguientes casos de excepción”; esto indica claramente la intención del legislador de prever el acaecimiento de circunstancias que, derivado del fin del Estado, que es la realización del bien común, no se viera entorpecido.

Al efecto, el Artículo 44 se encuentra dividido en dos numerales: el primero de ellos, identificado con el numeral 1.- establece que: “No será obligatoria la licitación ni la cotización en las contrataciones en las dependencias y entidades públicas, conforme el procedimiento que se establezca en el reglamento de esta ley en los casos siguientes”... Los casos planteados en este numeral, en especial el subnumeral 1.3 dedicado al caso de excepción proveniente de la necesidad de resolver situaciones de



interés nacional o beneficio social han sido objeto de cuestionamiento público, sin embargo, de manera general debido a la forma en que el legislador lo plasmó en la norma no presenta mayores complicaciones interpretativas, pues para ello se regulan procedimientos en el reglamento de la misma, casos que por su necesidad, urgencia, interés nacional o beneficio social, son claros.

Sin embargo, en el caso del numeral 2 del mismo artículo, no obstante existir alguna claridad en su redacción, la vaguedad permisiva de su aplicación ha sido objeto de interpretaciones descontextualizadas al contrastarlo con su correspondiente parte reglamentaria; el texto contenido en el precitado numeral 2 del Artículo 44 de la Ley de Contrataciones, expresa: “No será obligatoria la licitación, pero se sujetan a cotización o al procedimiento determinado en esta ley o en su reglamento, los casos siguientes”... “2.1 El arrendamiento con o sin opción de compra de inmuebles, maquinaria y equipo dentro o fuera del territorio nacional, conforme el procedimiento determinado en el reglamento de esta Ley.”

Este numeral 2 del citado artículo, se integra al Artículo 21 del Acuerdo Gubernativo 1056-92, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece: “El arrendamiento de inmuebles, maquinaria o equipo a que se refiere el numeral 2.1 del Artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, “podrá efectuarse siempre que el organismo, dependencia o entidad interesada careciere de ellos, los tuviere en cantidad insuficiente o en condiciones inadecuadas”...



...”Para el efecto, la dependencia o unidad interesada deberá justificar la necesidad y conveniencia de la contratación, a precios razonables en relación a los existentes en el mercado; y con estos antecedentes la autoridad administrativa superior de la entidad interesada si lo considera procedente aprobara el contrato respectivo, de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado y el reglamento, sin perjuicio de poder aplicar el procedimiento de cotización, a criterio de la citada autoridad”.

Es esta última frase...” *sin perjuicio de poder aplicar el procedimiento de cotización, a criterio de la citada autoridad*”, ubicada al final del artículo 21 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, ha sido la causa, derivado de la libertad de aplicación a que deja lugar al administrador público por las facultades tan amplias que otorga, resultados contrarios a los que busca o pretende alcanzar el Estado, es decir, la optimización de los resultados en la ejecución de los recursos públicos en la prestación de los servicios a que está obligado el sector público, sin que el efecto de las contrataciones sea el enriquecimiento ilícito.

Como puede apreciarse, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado otorga al funcionario Público, la *facultad discrecional de sustituir o evitar la realización del régimen de cotización pública*, en los casos denominados en la Ley de Contrataciones del Estado como casos de excepción y le da potestad de escoger o elegir otro proceso según su “discreción” o conveniencia, para la contratación de un bien o servicio.

Lo anterior plantea los siguientes problemas esenciales:



- a) *La ley no plantea la elusión como posibilidad:* El artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, numeral 2, citado nuevamente en forma textual en su parte conducente y propia del presente trabajo, establece que “2. No será obligatoria la licitación, pero se sujetan a cotización o al procedimiento determinado en esta ley o en su reglamento, los casos siguientes: 2.1 El arrendamiento con o sin opción de compra de inmuebles, maquinaria y equipo dentro o fuera del territorio nacional, conforme el procedimiento determinado en el reglamento de esta Ley...”, no expresa en ninguna parte que la aplicación del régimen de cotización sea opcional o pueda elegirse aplicarlo a conveniencia. Debe recordarse que siendo la ley la única fuente del Derecho Administrativo en Guatemala, la inobservancia a la norma es generadora de la deducción de responsabilidades para los obligados; sujeta a examen de juridicidad, la negociación podría devenir ilícita.
- b) *Por jerarquía normativa, el reglamento no prevalece sobre la norma legal:* en virtud del principio de jerarquía normativa, las leyes reglamentarias desarrollan procedimientos establecidos en las leyes, no crean normas diferentes; en todo caso, debido a tal jerarquía, prevalece el contenido de la norma ordinaria por sobre la norma reglamentaria, dado que la potestad legislativa la ostenta únicamente el Congreso de la República y, de conformidad con el artículo 183 literal e) de la Constitución Política de la República de Guatemala, en ejercicio de su función reglamentaria, el Presidente de la República, puede dictar como los acuerdos, reglamentos y órdenes para el estricto cumplimiento de las leyes, sin alterar su espíritu.

- c) En materia administrativa, la antinomia no debe favorecer al funcionario sino al imperio de la ley: en caso que dos normas que rijan un mismo proceso pudieran antagonizar presentándose antinomia legal, debe favorecerse el procedimiento administrativo legal normado, no acudir a interpretación sobre una norma de inferior rango que adolece de imprecisión pues, nuevamente, para la administración pública la fuente única y suprema es la norma.

5.5 Efectos

Estas actitudes traducidas en actos administrativos, producen efectos no deseados y congruentes con la precitada parte considerativa de la Ley de Contrataciones del Estado; con mayor relevancia se analizan dos grandes efectos:

- a. Al practicarse la auditoría gubernamental como parte del control del gasto público por parte de la Contraloría General de Cuentas, se producen retrasos en el actuar normal de la administración pública, pues esta suspende sus actividades normales con el fin de desvanecer las objeciones reparadas pro el órgano fiscalizador, retrasando el avance de las funciones sustantivas de las instituciones públicas sufragadas con los recursos públicos provenientes del pueblo, incumpliendo con la realización del bien común;
- b. Si la objeción no se desvanece, debería generar la aplicación de las sanciones previstas en la Ley de Contrataciones del Estado, específicamente conforme a lo establecido en el artículo 83 de dicho cuerpo legal;

- c. La inobservancia de la norma no debe quedar impune, ya que en todo caso es procedente deducir las responsabilidades penales, civiles y/o administrativas en su caso, de conformidad con la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, en sus artículos 8 a 14.

- d. Al acudir a lo establecido en el Artículo 21 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, lo que realmente ocurre es que se realiza la negociación sin cumplir ningún requisito, como si la ley no existiera, rindiendo la norma completamente nugatoria.

Lo anterior deviene, como se menciona en su momento, que la actividad desarrollada en la administración pública, se encuentra restringida a un marco legal de acción, específico y limitado, esto quiere decir que: el funcionario y el servidor público, no podrán hacer ni más ni menos, que lo que le establezca la Ley, y por otro lado, el hecho de contravenir el Reglamento de la Ley de Contrataciones a la misma Ley de Contrataciones, da la pauta a obviar la Cotización Pública, legalmente.

Son perceptibles, ciertos beneficios, los adquiridos al evitar el uso de la cotización pública y hacer uso de un sistema discrecional o innominado, al presentarse un caso de excepción como el del numeral 2.1 de la Ley de Contrataciones del Estado:



Entre estos:

- Evitar trámites burocráticos como la necesidad de implementar o desarrollar un proceso, como lo es el régimen de cotización,
- La responsabilidad que se ve inmersa al participar como integrante de una junta de licitación o cotización pública en este caso se ve nula.
- Al evitar la participación de la sociedad en el evento de licitación y /o cotización, se evita cualquier clase de reclamo tanto particular como legal por el hecho de no hacerlo público.
- Es más factible la oportunidad de la presencia de intereses particulares quedando en segundo plano el beneficio del Estado.

5.6 Análisis de la problemática planteada

El numeral 1 del Artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, faculta la omisión de la utilización de ambos regímenes tanto de licitación como de cotización, pero existe un procedimiento regulado en el reglamento de la misma ley, el cual desarrolla la forma para proceder en la compra o contratación necesaria.

En el caso del numeral 2 del artículo 44 de la ley, específicamente el 2.1 que nos ocupa, al igual que el numeral 1, omite la utilización del régimen de la licitación, en primera instancia, pero luego, al integrar lo regulado en su reglamento, se presenta la facultad de omitir también la utilización del régimen de la cotización, autorizando la



utilización de un procedimiento determinado en esta ley o en su reglamento, siendo de especial interés nuestro el caso de arrendamiento con o sin opción de compra de inmuebles, maquinaria y equipo dentro y fuera de la capital, es claro y aparte de expreso que la Ley de Contrataciones del Estado, faculta a la autoridad superior a escoger el procedimiento para efectuar dicha acción, (en el arrendamiento con o sin opción de compra de inmuebles, maquinaria y equipo dentro y fuera de la capital), no hay ningún problema si en todos los casos a presentar sea evidente que solamente se busca el interés o beneficio del Estado, pero por lo regular no sucede eso, pues no es común que se presente tal beneficio al utilizar la alternativa del sistema de la compra directa.

Es normal enterarse de los beneficios que obtienen muchos servidores públicos o funcionarios, por la omisión a la utilización de los regímenes de licitación y cotización pública, al acudir a una negociación en forma directa sin observar lo establecido en el Artículo 44 numeral 2, y es este artículo el que ha causado que se vea violentado el Estado a través de la mala administración del presupuesto, por tal razón es necesario modificar el mismo con la finalidad de velar por el beneficio del Estado y por ende de la sociedad guatemalteca.

Si se quisiera someter a una balanza los pros y contras sobre la modificación al numeral 2.1 del Artículo 44 de la ley de contrataciones, debe tenerse presente que se encuentra establecido constitucionalmente, que el bien general prevalece sobre el particular.



5.7 Necesidad de reformar el artículo 21 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

La necesidad de reformar el Artículo 21 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, con la finalidad de excluir la frase: *sin perjuicio de poder aplicar el procedimiento de cotización*, es necesaria, en virtud de lo contradictorio que se presenta en cuanto a lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, en su artículo 44, ya que este aspecto afecta en primera instancia el Bien Jurídico Tutelado del Estado, por la razón que amplía facultades a las Autoridades que integran la Administración Pública, ya que pueden escoger obviar un procedimiento ya establecido legalmente como lo es la Cotización Pública y en sí optar llevar a cabo un proceso de contratación, que legalmente, al no existir en la normativa legal, simple y sencillamente pueden liberarse de toda culpa al obtener resultados no satisfactorios o esperados en base a los perseguidos por el Estado.

De los resultados contrarios a los esperados por el Estado, se deben mencionar los aspectos más afectados, entre estos:

5.7.1 Aspectos legales

Serán aquellos en los cuales, los efectos que produce la norma legal en mención, vulnera la certeza y seguridad jurídica, que ha pretendido alcanzar con el hecho de haberse presentado el proceso legislativo a través de una iniciativa de Ley, en este



caso, que ha pretendido velar por la tutela del interés general de la población o bien común creando contradicciones, efectos contraproducentes o vacíos legales.

- El Artículo 21 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, presenta contradicciones con el artículo 44 de la Ley de Contrataciones, ya que el numeral 2, de este último dice que deberán estar sujetos los casos de excepción al régimen de la Cotización Pública mas no al de Licitación Pública; y en el caso del Artículo 21, exime la utilización del régimen de Cotización Pública.
- El Artículo 21 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, amplía facultades a las autoridades superiores de forma ilegal por no contar con respaldo legal existente, al permitir escoger un procedimiento de contratación a su discreción, lo que no se establece en la Ley de Contrataciones del Estado, por el hecho que existe una norma superior, según lo que la normativa legal guatemalteca y la supremacía de Ley postula, en concreto deberá procederse según lo que la Ley de Contrataciones del Estado establece y no lo que establece el Reglamento de la misma Ley.
- En el caso de la responsabilidad a deducirse, es sumamente limitado su control, ya que deja un parámetro exageradamente amplio de facultades a los Funcionarios Públicos, permitiéndoles actuar y tomar decisiones, en casos desmedidos.



5.7.2 Aspectos sociales

Estos serán percibidos por la población en general, afectándoles de modo que la figura estatal de la Administración Pública, a la cual, en determinado momento fueron confiados los fondos percibidos por el Estado, son mal invertidos, derrochados o desviados.

- Esta figura se presenta al momento que las autoridades correspondientes, en base a las facultades otorgadas por el imperio de la Ley, desvían los recursos del Estado, provocando que la transparencia buscada con la finalidad de probar una buena administración de los recursos, en lugar de ser optimizada es derrochada o malgastada, en intereses particulares, casos no ficticios que se han presentado al momento de llevar a cabo procesos de contrataciones por parte del Estado y sus instituciones.

5.7.3 Aspectos políticos

El aspecto político es trascendental, ya que se tiene la oportunidad de, actuar en consenso a favor de la creación de normas legales, a través de iniciativas de ley y sus respectivas modificaciones, pero, como característica propia de muchos gobiernos, la ausencia de voluntad política al no corregir defectos legales, provoca consecuencias negativas; tal es el caso del Artículo 21 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que ha sido de conocimiento público, los efectos negativos y contrarios a los fines del Estado, provocados en ciertas contrataciones, que las autoridades superiores,



en base a su discreción, han optado a evitar la utilización del régimen de la Cotización Pública.

Otro aspecto sumamente nocivo a nivel social, es que la impunidad es concebida como un mal endémico, pues el resto de empleados públicos asumen normal el hecho que el funcionario incumpla la norma legal en vez de respetarle, y más aún que pueda producirle beneficios cuyo origen es igualmente ilícito.

5.7.4 Aspectos técnicos

Estos se reflejan, en la falta los controles adecuados llevados a cabo por las Unidades de Auditoría Interna de las Instituciones, asesorías específicas y la Contraloría General de Cuentas, en el sentido que deben sugerir y de lo contrario, obligar, la correcta aplicación de procedimientos, manuales y normativos internos, etcétera.

5.8. Proyecto de reforma del Artículo 21 del Acuerdo Gubernativo 1056-92

ACUERDO GUBERNATIVO NÚMERO _____-2014

PALACIO NACIONAL: Guatemala,

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA,

CONSIDERANDO



Que la finalidad del Estado es la realización del bien común, por medio de la prestación de los servicios públicos, a través de la correcta inversión de los recursos públicos por medio de procesos transparentes, eficientes y eficaces.

CONSIDERANDO:

Que el volumen de adquisiciones y contrataciones realizadas por el Estado ha denotado que determinadas situaciones hacen susceptibles los regímenes legales para la compra y contratación de bienes a vulnerabilidad, tornándose imperiosa la necesidad de protección de los recursos públicos, con el objeto de lograr la cobertura de necesidades a la población, dotando de transparencia los procesos de contratación pública.

CONSIDERANDO:

Que con el fin de depurar los aspectos procedimentales en materia de contrataciones públicas, se hace preciso expresar con claridad su regulación dentro de un marco legal rígido y estricto, en función de la certeza y seguridad jurídicas que el Estado debe imprimir a todos sus actos.

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 183 literal e) de la Constitución Política de la República de Guatemala.



ACUERDA:

La siguiente:

Reforma al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Acuerdo Gubernativo Número 1056-92 del Congreso de la República de Guatemala.

ARTÍCULO 1. Se reforma el Artículo 21 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual queda así: “**ARTICULO 21. Arrendamientos.** El arrendamiento de inmuebles, maquinaria y equipo a que se refiere el numeral 2.1 del artículo 44 de la Ley, podrá efectuarse siempre que el organismo, dependencia o entidad interesada careciere de ellos, los tuviere en cantidad insuficiente o en condiciones inadecuadas. En cumplimiento de lo establecido en la ley, la dependencia o unidad interesada justificará documentalmente la existencia de programación que motiva la contratación dentro del Plan Operativo Anual para acreditar la necesidad y conveniencia de la contratación, así como la previsión presupuestaria respectiva, así como la favorabilidad de precios razonables en relación a los existentes en el mercado. Con estos antecedentes, la autoridad administrativa superior de la entidad interesada si lo considera procedente, aprobará el contrato respectivo, de acuerdo a la Ley y este Reglamento.”

ARTÍCULO 2. El presente Acuerdo entrara en vigor el día siguiente de su publicación en el diario oficial.

DADO EN EL PALACIO NACIONAL, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, A
_____ DÍAS DEL MES DE _____ DE _____.



CONCLUSIONES

1. El Artículo 21 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, faculta con exceso, sobre la ley, la actuación de los funcionarios en los actos discrecionales, relacionados a la contratación de arrendamientos con o sin opción a compra de inmuebles, maquinaria y equipo.
2. El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en su Artículo 21, permite la extralimitación en las facultades de los responsables en la toma de decisiones, contradiciendo lo establecido en la Ley del Organismo Judicial en su Artículo 9, sobre el respeto a la jerarquía normativa.
3. Al optar por un procedimiento ajeno a los contemplados en la Ley de Contrataciones del Estado, como lo son los regímenes de licitación y cotización pública, como en el caso de arrendamiento, se amplía la posibilidad de vulnerar el interés general del Estado.
4. La Ley de Contrataciones del Estado, es precisa al detallar la competencia en la toma de decisiones a autoridades específicas, sin embargo el reglamento les faculta a eludir la utilización del régimen de cotización pública sin responsabilidad alguna.





RECOMENDACIONES

1. Corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros, reformar el Artículo 21 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, con el objeto de limitar la discrecionalidad al seleccionar un proceso inadecuado en el caso de excepción como el que regula los arrendamientos con o sin opción de compra de inmuebles, maquinaria o equipo, por parte del Estado.
2. Es imperioso que el Presidente de la República en Consejo de Ministros, consideren la reforma planteada, ya que la Ley del Organismo Judicial, en su Artículo 9, considera lo referente a la jerarquía normativa, a fin de que la Ley de Contrataciones del Estado prevalezca sobre su propio reglamento.
3. Es forzosa la reforma al Artículo 21 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por parte del Presidente en Consejo de Ministros, a fin de que los casos de arrendamiento con o sin opción de compra de inmuebles, maquinaria o equipo, se rijan por un único procedimiento regulado en ley, transparente, y que alcance el fin supremo del Estado, que es el bien común.
4. Es fundamental capacitar a los funcionarios públicos en temas de ética pública, pues los casos de arrendamiento en los que el Estado forma parte, se ha pretendido tergiversar la norma reglamentaria, ya que en estos casos no se releva el órgano la obligación de cotizar, sino la forma de cotizar de acuerdo al Artículo 9 de la Ley de Contrataciones del Estado.





BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Argentina, Buenos Aires: Ed. HELIASTA SRL, 1994.
- CALDERÓN MORALES, Hugo H. **Derecho administrativo I**. 3^a. ed. Guatemala: Ed. Editorial F&G Editores, 1999.
- CALDERÓN MORALES, Hugo H. **Derecho procesal administrativo**. 2^a. ed. Guatemala: Ed. Edifolsa, 2001.
- CANASI, José. **Derecho administrativo, volumen 3**. (s.l.i.): Ediciones de Palma, 1972.
- CASTILLO GONZALEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo**. 11^a. ed. Guatemala: Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 1999.
- FRAGA, GABINO. **Derecho administrativo**. México: Distrito Federal, Ed. Porrúa hnos. y cía., 1934.
- GASCON, HERNANDEZ, Juan. **Evolución y panorama actual del derecho administrativo en España**. España: Ed. V. de Galo Saez, 1954.
- GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Argentina, Buenos Aires: Ed. F.D.A. Argentina, 2004.
- HAURIOU, Maurice. **Compendio de historia del derecho y del Estado**. México: Ed. Limusa, 2004.
- LÓPEZ-ELÍAS, José Pedro. **Aspectos jurídicos de la licitación pública en México**, Universidad Nacional Autónoma de México; México: (s.e.), 1999.



LÓPEZ AGUILAR, Santiago. **Introducción al estudio del derecho I.** (s.l.i.): Ed. Cooperativa de Consumo Integral, (s. f.).

LÓPEZ AGUILAR, Santiago. **Introducción al estudio del derecho II.** (s.l.i.): Ed. Cooperativa de Consumo Integral, (s. f.).

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Argentina, Buenos Aires: Ed. HELIASTA SRL, 1980.

PEREIRA OROZCO, Alberto. **Introducción al estudio del derecho II.** Guatemala: (s.e.), 2000.

PRADO, Gerardo. **Teoría del Estado.** 5ª. ed. Guatemala: Ed. Praxis, 2006.

PORRÚA PÉREZ, Francisco. **Teoría del Estado.** México: Editorial Porrúa, 2000.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Promulgada por Asamblea Nacional Constituyente. 1986

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

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

Ley de lo Contencioso Administrativo. Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala.



Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Acuerdo Gubernativo 1056-92

Palacio Nacional. 1992.

Ley del Organismo Judicial. Decreto Numero 2-89 del Congreso de la República de

Guatemala. 1989.