

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



**LA LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL EN LA CONTRATACIÓN DE OBRAS
FINANCIADAS POR CONVENIOS DE PRÉSTAMO PROVENIENTES DE
ORGANISMOS INTERNACIONALES DE CRÉDITO**

ISABEL VELASQUEZ HERRERA

GUATEMALA, FEBRERO DE 2016

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

**LA LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL EN LA CONTRATACIÓN DE OBRAS
FINANCIADAS POR CONVENIOS DE PRÉSTAMO PROVENIENTES DE
ORGANISMOS INTERNACIONALES DE CRÉDITO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ISABEL VELASQUEZ HERRERA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, febrero de 2016

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

DECANO: MSc. Avidán Ortíz Orellana
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Rudy Genaro Cotom Canastuj
Vocal: Licda. Adela Lorena Pineda Herrera
Secretario: Lic. José Luis Portillo Recinos

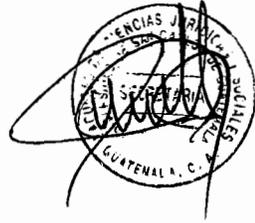
Segunda Fase:

Presidente: Lic. Moisés Raúl de León Catalán
Vocal: Licda. Crista Ruiz de Juárez
Secretario: Licda. Ana Reyna Martínez Antón

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



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 08 de septiembre de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, EDIN ROLANDO OLIVA PINTO
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
ISABEL VELASQUEZ HERRERA, con carné 201014310,
 intitulado LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL EN LA CONTRATACIÓN DE BIENES, OBRAS Y SERVICIOS
FINANCIADOS POR DONACIONES Y CONVENIOS DE PRÉSTAMO.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del
 bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título
 de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de
 concluida la investigación, en este debe hacer constar 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, la conclusión discursiva, y la
 bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará
 que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime
 pertinentes.

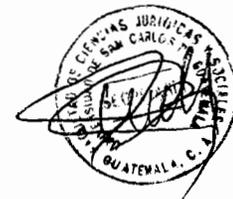
Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

[Handwritten signature]
 DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis
[Circular stamp: UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA DE C.C. J.J. Y S.S. UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS]
[Handwritten signature]
 Asesor(a)

Fecha de recepción 1 de junio 2015

Lic. EDIN ROLANDO OLIVA PINTO
 ABOGADO Y NOTARIO





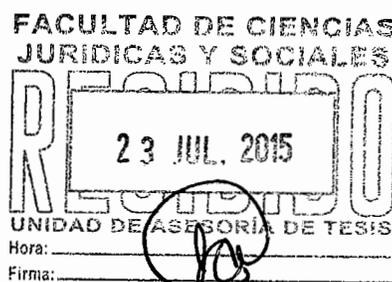
LIC. EDIN ROLANDO OLIVA PINTO
ABOGADO Y NOTARIO

9ª. Calle 15-13, zona 21, Colonia Bello Horizonte, Guatemala,
C.A.

Tel. 2488926 - Celular 42163849

Guatemala, 21 de julio de 2015

Señor
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Su Despacho:

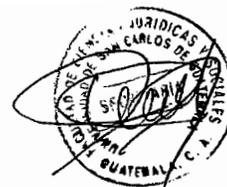
De conformidad con la resolución de fecha 8 de septiembre de 2014, emitida por la Unidad de Asesoría de Tesis y lo establecido en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, se asesoró el trabajo de tesis de la Bachiller Isabel Velasquez Herrera, intitulado: **Licitación pública internacional en la contratación de bienes, obras y servicios financiados por donaciones y convenios de préstamo.**

Por considerar más acorde al contenido del trabajo, el título de la tesis finalmente se denominó: **La licitación pública internacional en la contratación de obras financiadas por convenios de préstamo provenientes de organismos internacionales de crédito.**

Para tal efecto, se realizaron varias reuniones de trabajo, se discutieron y analizaron diversos aspectos de la investigación, llegando a las siguientes consideraciones:

1. El contenido científico y técnico de la investigación describe una realidad social de nuestro país.

Lic. EDIN ROLANDO OLIVA PINTO
ABOGADO Y NOTARIO



2. Se considera que la metodología utilizada así como la revisión de un caso real, fueron idóneas, por cuanto permitieron analizar la problemática planteada.
3. La redacción es la adecuada al trabajo desarrollado.
4. La investigación presenta aportes importantes en cuanto a las contrataciones públicas que realiza el Estado, financiadas por convenios de préstamo provenientes de organismos internacionales de crédito.
5. En cuanto a la conclusión discursiva, esta responde a la hipótesis y supuestos de la investigación y constituye un aporte a la problemática planteada, los cuales se fundamentan en los hallazgos del proceso investigativo.
6. La bibliografía fue suficiente y constituyó una fuente adecuada para el análisis y comprensión de la problemática planteada.
7. Hago constar que no soy pariente dentro de los grados de ley de la señorita Isabei Veiasquez Herrera.

Por lo suscrito manifiesto su aprobación al trabajo de investigación y emito opinión favorable.

Sin otro particular, me suscribo de usted.

Atentamente

Lic. EDIN ROLANDO OLIVA PINTO
ABOGADO Y NOTARIO

Asesor de tesis
Lic. Edin Rolando Oliva Pinto
Colegiado 3473



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 02 de octubre de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ISABEL VELASQUEZ HERRERA, titulado LA LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL EN LA CONTRATACIÓN DE OBRAS FINANCIADAS POR CONVENIOS DE PRÉSTAMO PROVENIENTES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES DE CRÉDITO. 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.

Dr. Araceli Ortiz Urellana
DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por su amor, misericordia y apoyo incondicional.
- A MI PADRE:** Rolando Velásquez, por sus palabras de amor, ánimo y apoyo. Cuya presencia en mi vida fue determinante para la culminación de mi carrera, a quien le debo tanto.
- A MI MADRE:** Liseth Herrera, por su ayuda y amor incondicional.
- A MI HERMANA:** Liseth por su amor y comprensión.
- A MI TÍA:** Kenia Herrera, por su amor y apoyo recibido.
- A MI FAMILIA:** Por el afecto recibido.
- A MIS AMIGOS Y AMIGAS:** Por estar siempre a mi lado, especialmente a Oneida Castellanos.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme preparado en la carrera profesional.



PRESENTACIÓN

En la presente investigación, se realizó un estudio cualitativo sobre los diferentes tipos de contrataciones públicas que realiza el Estado y sus entidades, específicamente, la contratación de obras a través de financiamiento total o parcial proveniente de convenios de préstamo.

También, se determinó que el Estado al participar en las licitaciones públicas internacionales, como parte contratante, se rige por el derecho público internacional. La presente investigación, se realizó en la ciudad de Guatemala, comprendiendo los años 2010-2013.

El objeto de estudio es la contratación pública internacional, de conformidad con los convenios de préstamo y el sujeto de estudio lo constituye el análisis de un caso específico. Siendo el aporte académico, el establecer la necesidad que el Estado en esa clase de contrataciones, implemente la licitación pública internacional, por ser la más conveniente para los intereses del Estado.



HIPÓTESIS

Al condicionar que la contratación pública derivada de convenios de préstamo, se rija por lo establecido en los mismos, se vulnera la libertad de competencia y libre contratación. Asimismo, dichas contrataciones públicas se ven influenciadas por cuestiones de carácter político, existiendo una desigualdad al no haber una competencia real al contratar.

El procedimiento de licitación pública internacional en la contratación pública, permitiría que el Estado de Guatemala, pueda cumplir con los principios de transparencia, publicidad, debido proceso administrativo, economía, eficacia, eficiencia administrativa, y con esto promover la libertad de industria y comercio en Guatemala.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

A partir de la presente investigación, se pudo conocer que actualmente se han realizado en la República de Guatemala, contrataciones de obras públicas, en las cuales se ha obviado el procedimiento de selección a través de la licitación pública internacional, en donde la ejecución de la obra pública ya está condicionada, para que la realización de la misma sea llevada con determinada empresa o entidad.

Se logró comprobar que, efectivamente la licitación pública internacional en la contratación pública derivada de los convenios de préstamo, es el medio más adecuado para lograr la libertad de industria y comercio, establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala. Al permitir que la selección de contratistas, para la ejecución de obras públicas, pueda realizarse a través de un proceso que permita elegir al mejor oferente.

El método de comprobación de la hipótesis utilizado fue el método deductivo, a partir del análisis de aspectos generales, tanto de la doctrina como de la legislación existente para llegar a lo particular, que es la contratación específica a través de los convenios de préstamo, analizando factores de carácter axiológicos en relación a los valores y principios de una contratación pública, como son los de publicidad, transparencia, bien común, libertad de industria y comercio. Finalmente, es preciso mencionar que la hipótesis fue validada.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Delimitación de la contratación pública.....	1
1.1. Cumplimiento de los fines del Estado.....	1
1.2. Necesidades públicas y servicios públicos.....	6
1.3. Actividad financiera del Estado.....	7
1.3.1. Recaudación y obtención de recursos públicos.....	9
1.3.2. Crédito público.....	10
1.3.2.1. Crédito público interno.....	11
1.3.2.2. Crédito público externo.....	12
CAPÍTULO II	
2. Convenios de préstamo y organismos internacionales de crédito.....	13
2.1. Convenios de préstamo.....	13
2.2. Concepto de los convenios de préstamo.....	13
2.3. Naturaleza jurídica de los convenios de préstamo.....	14
2.4. Organismos internacionales de crédito.....	15
2.4.1. Banco Mundial.....	15
2.4.2. Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.....	16
2.4.3. Asociación Internacional de Fomento.....	17
2.4.4. Corporación Financiera Internacional.....	17
2.4.5. Organismo multilateral de Garantía de Inversiones.....	17



	Pág.
2.4.6. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.....	17
2.4.7. Fondo Monetario Internacional.....	18
2.4.8. Banco Interamericano de Desarrollo.....	20
2.4.9. Banco Centroamericano de Integración Económica.....	21
CAPÍTULO III	
3. La contratación pública para la realización de obras públicas a través de convenios de préstamo.....	23
3.1. Marco legal de la contratación pública.....	23
3.1.1. Constitución Política de la República de Guatemala.....	23
3.1.2. Ley Orgánica del Presupuesto.....	25
3.1.3. Ley de Contrataciones del Estado.....	27
3.1.3.1. Antecedentes de la Ley de Contrataciones del Estado...	27
3.1.3.2. Objeto de la Ley de Contrataciones del Estado.....	27
3.2. Contratos administrativos.....	28
3.2.1. Concepto de los contratos administrativos.....	29
3.2.2. Naturaleza jurídica de los contratos administrativos.....	30
3.2.3. Elementos de los contratos administrativos.....	30
3.2.4. Características de los contratos administrativos.....	32
3.2.5. Reglas de los contratos administrativos.....	33
3.2.6. Principios de la contratación administrativa.....	35
3.2.7. Clasificación de los contratos administrativos.....	37



Pág.

3.2.8. Extinción de las obligaciones contenidas en los contratos administrativos.....	39
3.2.9. Sistema de contratación administrativa.....	39
3.2.9.1. Sistema de libre elección.....	39
3.2.9.2. Sistema de restricción.....	40
3.3. Diferencias entre contratos administrativos, civiles y mercantiles.....	40
3.4. Regímenes de contratación administrativa.....	41
3.4.1. Compra directa.....	41
3.4.2. Compras por casos de excepción.....	43
3.4.3. Contrato abierto.....	43
3.4.4. Cotización.....	45
3.4.5. Licitación.....	46

CAPÍTULO IV

4. Licitación pública internacional.....	47
4.1. Clases de licitación en general.....	47
4.2. Origen de la licitación pública internacional.....	47
4.3. Naturaleza jurídica de la licitación pública internacional.....	49
4.4. Sujetos que participan en la licitación pública internacional	50
4.5. Concepto de la licitación pública internacional.....	51
4.6. Principios de la licitación pública internacional	52
4.7. Procedimiento de la licitación pública internacional.....	54
4.7.1. Casos en que se sigue el procedimiento de licitación pública internacional.....	54



	Pág.
4.7.2. Publicidad.....	56
4.7.3. Precalificación.....	57
4.7.4. Documentos de licitación.....	59
4.7.4.1. Márgenes de preferencia.....	63
4.7.4.2. Margen de preferencia nacional.....	64
4.7.4.3. Margen de preferencia regional.....	64
4.7.4.4. Aclaración de documentos de licitación.....	64
4.7.5. Modelos contractuales.....	65
4.7.5.1. Condiciones contractuales.....	65
4.7.5.2. Condiciones generales de contrato.....	68
4.7.5.3. Condiciones especiales de contrato.....	68
4.7.6. Convocatoria a la licitación pública internacional.....	68
4.7.7. Validez de las ofertas.....	68
4.7.7.1. Criterios de evaluación de ofertas.....	69
4.7.7.2. Plazo para la preparación de ofertas.....	70
4.7.7.3. Apertura y presentación de ofertas.....	70
4.7.7.4. Confidencialidad de las ofertas.....	71
4.7.7.5. Análisis y evaluación de ofertas.....	71
4.7.7.6. Comparación de ofertas.....	72
4.7.7.7. Rechazo de ofertas.....	72
4.7.8. Adjudicación del contrato.....	73
4.7.9. Firma del contrato.....	73



Pág.

CAPÍTULO V

5.	Vulnerabilidad de principios en la contratación pública.....	75
5.1.	Análisis de caso concreto en contratación de obra.....	75
5.1.1.	La inobservancia al principio de libertad de competencia.....	79
5.2.2.	La inobservancia al principio de transparencia.....	81
5.1.3.	La inobservancia a los principios de eficacia y eficiencia administrativa.....	81
5.2.	Limitaciones legales.....	81
	CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	83
	BIBLIOGRAFÍA.....	85



INTRODUCCIÓN

El presente tema de investigación, fue seleccionado considerando que el Estado como parte contratante de una obra pública, aún con financiamiento total o parcial por convenios de préstamo, debe realizar la contratación a través de un proceso de selección en donde se cumpla con los principios de transparencia, publicidad, libertad de competencia y el bien común.

Los objetivos alcanzados en la presente investigación, consistieron en que se logró determinar la necesidad de implementar la licitación pública internacional para la contratación de obra pública, aun cuando la misma esté financiada con fondos provenientes de convenios de préstamo.

Al condicionar al Estado, a que la contratación pública derivada de convenios de préstamo se rija a lo establecido en los mismos, se vulnera la libertad de competencia y libre contratación. Además, se ven influenciadas por carácter político, existiendo una desigualdad al no existir una competencia real al no contratar, se comprobó que el procedimiento de licitación pública internacional, es el procedimiento que permite cumplir con los principios antes indicados, comprobándose la hipótesis formulada.

Entre los términos importantes utilizados en la investigación, puede mencionarse los siguientes: compra directa, cotización, licitación pública nacional, licitación pública internacional.

En el presente trabajo de investigación, se contemplan los siguientes capítulos: en el capítulo uno, se contempla lo relacionado a la delimitación de la contratación pública; en el capítulo dos, se tratan aspectos relacionados con los convenios de préstamo y los organismos internacionales de crédito, indicando el concepto y naturaleza jurídica de los convenios de préstamo, asimismo una descripción de los organismos internacionales de crédito; en el capítulo tres, se trata específicamente lo relacionado con la contratación pública a través de los convenios de préstamo, su marco legal y los diferentes regímenes de contratación administrativa; en el capítulo cuarto, se trata lo referente a la licitación pública internacional, sus clases, origen naturaleza jurídica, los sujetos que participan, los conceptos, principios y su procedimiento; en el capítulo quinto, se tratan aspectos sobre la vulnerabilidad de los principios en la contratación pública y se analiza un caso concreto.

En la investigación se utilizó el método deductivo, partiendo del análisis de doctrina y legislación vigente, para posteriormente analizar su contenido y aplicabilidad al caso concreto. Se determinó que la licitación pública internacional, aún cuando se derive de convenios de préstamo es el proceso más adecuado para la selección de oferentes y que garantiza al Estado una selección más adecuada en la contratación pública.



CAPÍTULO I

1. Delimitación de la contratación pública

1.1. Cumplimiento de los fines del Estado

Todo Estado, persigue determinados fines, los cuales están orientados según la clase de ideología en que se estructuran los mismos. Sin embargo, se debe considerar que uno de los fines esenciales del Estado es el de desarrollar sus actividades para la satisfacción de intereses comunes, dentro de estos fines tenemos aquellos que tienden a satisfacer necesidades colectivas y que mantienen la propia existencia del Estado, como es el tema de la seguridad, de la salud y la educación.

Uno de los elementos importantes en la existencia y desarrollo del Estado, lo constituye el aspecto de carácter económico el cual se desarrolla desde dos perspectivas, una de ellas desde un punto de vista interno desde las actividades que desarrollan las instituciones del Estado, en cuanto a la actividad económica fundamentada en la satisfacción de los intereses sociales y el comercio dentro de su ámbito territorial y el financiamiento, y desarrollo de su propia economía interna a través del Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado; y otra perspectiva es la realización de actividades económicas que trascienden de su ámbito territorial como es el comercio al exterior en cuanto a la importación y exportación de productos, y todo esto desarrollado dentro del campo de la globalización del comercio, de esa cuenta se puede mencionar que



Guatemala es parte de muchos convenios y tratados bilaterales y multilaterales en el tema del comercio internacional.

La globalización del comercio internacional del cual Guatemala debe de participar, le obliga a ser competitiva en el desarrollo y participación de ese comercio, lo cual se traduce en que obligadamente debe mantener toda su infraestructura interna en óptimas condiciones, para favorecer el desarrollo económico tanto a nivel interno como externo, el mantenimiento eficiente de centros de desarrollo económico como es el caso de los aeropuertos, puertos, sus sistema de aduanas, las carreteras internas que comunican sus regiones y las carreteras nacionales o de primer orden que comunican sus fronteras y en donde circulan toda clase de vehículos que transportan productos tanto de exportación como de importación, deben de estar en óptimas condiciones favoreciendo con ello el comercio nacional e internacional.

Es viable también mencionar que entre los fines del Estado también se encuentra el desarrollo social o el desarrollo humano. Para los Estados democráticos el Estado tiene un valor instrumental, es decir, que el Estado es un medio a través del cual se satisfacen las necesidades de la población buscando el desarrollo de la persona y de la familia en todos los ámbitos. Para el Estado de Guatemala, de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo primero se establece que el Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia y su fin supremo es la realización del bien común.



Debemos entender que en la organización del Estado la persona y la familia ocupan un lugar primordial en la existencia del mismo, en consecuencia su protección es ineludible, protección que se debe comprender en los diversos aspectos en donde se desarrolla la persona y la familia, es decir, en los ordenes económicos y sociales en ese sentido el trabajo, la educación, el derecho a la seguridad social, la salud, y todos aquellos aspectos que involucran al ser humano y a la familia, deben ser considerados como parte de los fines del Estado, porque estos aspectos están íntimamente relacionados a la existencia y desarrollo tanto de la persona como de la familia.

La realización del bien común, conlleva definitivamente a que la actividad del Estado, debe prioritariamente estar orientada a la satisfacción de los intereses de la colectividad.

Cuando analizamos el cumplimiento de los fines del Estado, debemos necesariamente ubicarnos en el desarrollo histórico del mismo, pues en cada una de esas etapas, los fines del Estado estaban orientados a la función específica del Estado en ese momento histórico, y en consecuencia es preciso hacer referencia a la actividad financiera del Estado, evolución que se limita a cuatro etapas o sistemas que son:

- I) El Estado policía (escuela económica);
- II) El Estado providencia (liberalismo social con economía intervencionista);
- III) El Estado socialista (dirigismo del Estado de la economía) y por último
- IV) La escuela neoliberal que consiste en la reingeniería del Estado.



I) El Estado policía, también llamado Estado gendarme: tuvo vigencia en los siglos XVIII y XIX durante la escuela económica liberal, tenía por finalidad que el Estado se limitaba a vigilar, para que los individuos pudieran desarrollarse sin ninguna clase de restricción o limitación, de allí la frase DEJAR HACER DEJAR PASAR, la actividad financiera del Estado, era de carácter pasiva y estática.

Los principios del liberalismo se resumen a los siguientes: a) La admisión de la existencia de un orden natural de los fenómenos económicos que las personas no pueden alterar, por lo que se rechaza toda intervención del Estado por ser contraria a los intereses individuales de las personas. b) Cada individuo trabaja por su propio interés y en el de la comunidad con base en la libre competencia, de ahí que se admita la asociación libre y voluntaria, la cual permite incrementar la productividad de las personas. c) Existencia de desigualdad entre individuos, dicha desigualdad permite el constante progreso con ánimo de superación y de lucha, para lograr un bienestar en el cual el Estado, no interviene, pues en este caso el hombre mismo es el que debe propiciar su superación y los débiles no sobresalen.

La escuela del liberalismo tuvo su mayor auge durante la revolución francesa y repercutió en las revoluciones sociales del siglo XIX en la América. Los fines del Estado se limitaban a prestar labores de vigilancia sobre las actuaciones de las personas y a brindar servicios básicos como educación, salud y seguridad.

II) El Estado intervencionista: como oposición a la escuela liberal, surge del intervencionismo del Estado, posterior a la primera guerra mundial, en virtud del

desarrollo del capitalismo y el decaimiento del principio de la libre competencia por los monopolios industriales, por lo que el Estado, debió intervenir para evitar abusos. De conformidad con esta escuela, el Estado debe tener una intervención más dinámica tanto en los aspectos de carácter económico como social, de allí que es necesaria la ampliación de sus fines y para lograr esto, debe crear nuevos tributos para poder cubrir todos los gastos que representa el cumplimiento de esos nuevos fines. Los servicios públicos son ampliados y el Estado interviene directamente en la prestación de ellos como son: las comunicaciones, la seguridad, la educación, la vivienda. Para ello, debe contar con los bienes económicos suficientes y debe en consecuencia, crear todo un esquema legal que le permita obtener esos recursos reorientando la economía.

III) El Estado socialista: su auge comenzó después de la segunda guerra mundial, el fin específico de este Estado consiste en brindar los satisfactores sociales, ello quiere decir que la finalidad es la satisfacción de las necesidades sociales y ello debe hacerse a través de la prestación de los servicios públicos. La redistribución social se realiza de manera justa.

IV) Escuela neoliberal: en esta se trata de reducir el aparato estatal, la privatización de las empresas estatales, asimismo la reducción de los tributos limitando a que el Estado sea un mero espectador de la actividad de la economía privada, esta escuela es similar a la escuela liberal, pero se le denomina como escuela neoliberal.

Cuando se habla de los fines del Estado, se debe manifestar que estos constituyen aquellos aspectos que orientan a la existencia del propio Estado y que constituyen su

razón de ser, al analizar el Artículo primero, de la Constitución Política de la República de Guatemala, entendemos que la protección de la persona y de la familia y su orientación hacia la realización del bien común, son indudablemente los fines supremos de la existencia del Estado guatemalteco.

Se debe mencionar que el cumplimiento de los fines del Estado, necesariamente deben tener una política relacionada con la obtención de los recursos económicos que le permitan cumplir con todos esos fines, y entonces necesariamente se debe referir a la obtención de los recursos económicos y en ese sentido se debe referir al Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado.

1.2. Necesidades públicas y servicios públicos

Las necesidades públicas, son aquellas que se originan de la vida colectiva y logran satisfacerse a través de diversas actuaciones por parte del Estado. A su vez las necesidades públicas pueden ser absolutas y relativas. Las absolutas son ineludibles, no pueden ser satisfechas por las personas individualmente consideradas y fundamentan la creación del Estado, entre estas se encuentran la seguridad, la defensa, el orden interno y la justicia. En tanto, que las relativas son aquellas que están relacionadas con el progreso y el bienestar social, tales como la educación, la salud, vivienda, entre otras.

“Concretando las características de ambos tipos de necesidades, decimos: las necesidades públicas absolutas son esenciales, constantes, vinculadas



existencialmente al Estado y de satisfacción exclusiva por él. Las necesidades públicas relativas son contingentes, mudables, y no vinculadas a la existencia misma del Estado. En cuanto a su satisfacción por el individuo, el grupo o el Estado, ello ha estado sujeto a las variantes experimentadas en cuanto a la concepción sobre el papel del Estado”.¹

Por otro lado, se encuentran los servicios públicos, los cuales se refieren a las actividades que realiza el Estado con el fin de satisfacer las necesidades públicas. En ese sentido se puede hablar de servicios públicos esenciales y no esenciales. Los primeros son aquellos inherentes al Estado, ya que sólo éste los puede prestar en forma exclusiva e indelegable, de ahí que los preste en forma directa (como lo es la administración de justicia). En tanto, que los no esenciales son aquellos que no son inherentes al Estado, y que por lo tanto los puede delegar en particulares o concesionarios.

1.3. Actividad financiera del Estado

Para que el Estado guatemalteco pueda cumplir con los deberes y fines de su organización, necesita el desarrollo de diversas actividades, las cuales se realizan desde sus diferentes organismos (legislativo, ejecutivo y judicial).²

¹ Villegas, Héctor. **Curso de finanzas, derecho financiero y tributario**. Pág. 5.

² Sierra, González, José. **Derecho constitucional guatemalteco**. Pág. 67.

Sin embargo, necesita de recursos que le permitan la ejecución eficaz de estas actividades, este recurso de trascendental importancia lo constituye el de carácter económico, sin el cual sería prácticamente imposible el cumplimiento de sus deberes y de sus fines. Es decir, que el Estado cumple funciones complejas para realizar aquellos fines que persigue, ya que selecciona y fija sus objetivos, gastos y la obtención de los medios para atender dichos gastos.

La obtención de los recursos económicos, se realiza ya sea de forma interna o externamente, el primero se refiere a los recursos que el Estado obtiene a través de financiamiento interno (impuestos, arbitrios, contribuciones especiales entre otros) y externamente a través de préstamos y donaciones internacionales, ambas categorías se incluyen en el Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado de Guatemala, que pasan a incrementar el activo del Estado y le permiten el financiamiento y cumplimiento de sus diversos fines.³

El Estado necesita de recursos que le permitan satisfacer las necesidades públicas, para lo cual ejerce diversas actividades para el cumplimiento de sus fines, por ello la importancia de la actividad financiera del Estado, la cual tiene tres fases fundamentales:

- Recaudación y obtención de recursos;
- Gestión y administración de recursos; y,
- Erogación o gasto.

³ Chicas Hernández, Raúl, José Alejandro Alvarado Sandoval, Ottoniel López Cruz y Guillermo Fernández y Fernández. **Apuntes de derecho tributario y legislación fiscal**. Pág. 23.

1.3.1. Recaudación y obtención de recursos públicos

“Tradicionalmente el Estado ha obtenido recursos por medio de tres grandes fuentes que son:

- 1) La explotación de su propio patrimonio.
- 2) La imposición de tributos, cuando actúa en uso de su poder de imperio, y
- 3) El crédito público interno y externo.

Guillermo Cabanellas expone que la recaudación es la actividad por medio de la cual se realiza la cobranza de rentas públicas, se hace la percepción de pagos y por recaudar se entiende la acción de cobrar contribuciones, impuestos, y otras rentas públicas [...] nace de la necesidad del Estado de agenciarse de fondos para poder funcionar y cumplir con sus fines, motivo por el cual la mayoría de Constituciones Políticas contemplan o establecen la obligación ciudadana de contribuir al gasto público”.⁴

Los ingresos pueden derivar de diversas fuentes, ya sea del propio patrimonio del Estado (como arrendamiento o venta de propiedades), de tributos o incluso del crédito público, aunque en este último caso muchos tratadistas no lo conciben como ingresos propiamente, ya que al ser un empréstito éste debe ser devuelto posteriormente con intereses, y en ese sentido la devolución podrá solventarse únicamente mediante nuevos impuestos que deberán pagar las generaciones futuras. En ese sentido, a partir

⁴ **Ibid.** Pág. 18.

de los ingresos que entran a la tesorería del Estado, se forma lo que se conoce como recursos públicos.

1.3.2. Crédito público

Para que el Estado guatemalteco pueda cumplir con los deberes y fines de su organización, necesita el desarrollo de diversas actividades, las cuales se realizan desde sus diferentes organismos (legislativo, ejecutivo y judicial).⁵

“Las finanzas tradicionales concebían el empréstito como un recurso extraordinario, al cual solo debía recurrirse en circunstancias excepcionales (guerra, inundaciones, catástrofes). La teoría moderna se orienta hacia la idea de que el empréstito es un recurso que nada tiene de anormal, y que no puede estar rígidamente limitado a circunstancias excepcionales.”⁶

Se puede definir al crédito público como: “Confianza que inspira la solvencia de una nación o la honestidad de un gobierno, especialmente en relación con las operaciones o empréstitos que efectúa. Concepto que inspira un particular o una entidad privada u oficial en cuanto al cumplimiento de sus compromisos, promesas, contratos y obligaciones.”⁷

⁵ Sierra González. **Op. Cit.** Pág. 67.

⁶ Chicas Hernández. **Op. Cit.** Pág. 65.

⁷ Ossorio Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales.** Pág. 183.

Países como Colombia definen dentro de su legislación, Decreto 268, a las operaciones de crédito público como: “[...] actos o contratos que tienen por objeto dotar a la entidad estatal de recursos, bienes o servicios con plazo para su pago o aquellas mediante las cuales la entidad actúa como deudor solidario o garante de obligaciones de pago.”

De ahí que el crédito público sea un medio que tiene el Estado, para la obtención de recursos, es decir, es la capacidad que tiene el Estado para obtener, otorgar y asegurar recursos financieros a través del endeudamiento. Por lo que estas operaciones de crédito realizadas por el Estado generan lo que se conoce como deuda pública. Este puede ser un endeudamiento público interno o externo que pueden ser de corto o largo plazo y que serán contemplados en el Presupuesto General del Estado.

Este crédito tiene por objeto dotar al Estado de bienes o permitir la prestación de determinados servicios, cubrir desequilibrios temporales que presente el ejercicio fiscal, el financiamiento de inversiones o bien atender situaciones de emergencia. Existen diferentes instrumentos de crédito público, entre ellos están los convenios o contratos de préstamo realizados con organismos internacionales de crédito.

1.3.2.1. Crédito público interno

Es la obtención de recursos por parte del Estado dentro de sus fronteras, de la propia economía nacional. Es decir, que las operaciones de crédito provienen de acreedores domiciliados en el país.



1.3.2.2. Crédito público externo

Es aquel que proviene de fondos de la economía extranjera. Es decir, que las operaciones de crédito provienen de acreedores no domiciliados en el país.



CAPÍTULO II

2. Convenios de préstamo y organismos internacionales de crédito

2.1. Convenios de préstamo

En Guatemala uno de los instrumentos de crédito público utilizados, son los convenios o contratos de préstamo, como lo regula la Ley de Contrataciones del Estado, en su Artículo primero. Estos contratos de préstamo generalmente se realizan con organismos internacionales, que funcionan como instituciones financieras que otorgan préstamos a diferentes países, con la finalidad de fomentar su desarrollo y la resolución de problemas circunstanciales.

En ese sentido estos préstamos pueden ser de carácter global como los otorgados por el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, o bien regionales como los otorgados por el Banco Interamericano de Desarrollo o el Banco Centroamericano de Integración Económica.

2.2. Concepto de los convenios de préstamo

De conformidad con el diccionario de Manuel Ossorio, los convenios son contratos, y estos a su vez se definen como: "Pacto [...] entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas [...] se dice que hay



contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos [...].”⁸

En ese sentido, se puede definir a los convenios de préstamo como: los acuerdos suscritos entre el gobierno de un Estado con una entidad de crédito, la cual otorga un préstamo que se destinará al financiamiento de determinada actividad o fin realizado por el Estado, y que deberá ser pagado en determinado plazo y bajo las condiciones e intereses establecidos.

2.3. Naturaleza jurídica de los convenios de préstamo

La naturaleza jurídica de los convenios de préstamo es la de ser contratos, pudiendo distinguirse de quienes los consideran de derecho público de aquellos que los consideran de derecho privado. Actualmente se apoya el criterio que es un contrato de derecho público, en virtud que es un contrato administrativo en donde el sujeto (Estado), objeto y fin tienen un carácter público.

En el caso de los contratos administrativos, estos se celebran entre un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones administrativas con otro órgano administrativo, o bien con un particular o administrado que genera derechos y obligaciones para ambas partes.

⁸ Ossorio Manuel. **Op. Cit.** Pág. 167.



2.4. Organismos internacionales de crédito

Posterior a la Segunda Guerra Mundial, se celebró en 1944 la conferencia monetaria y financiera de las Naciones Unidas en Nueva Hampshire, Estados Unidos, en donde los países más industrializados del mundo discutieron y definieron las nuevas reglas comerciales y financieras, con el fin de establecer una cooperación económica con los estados miembros y evitar situaciones como la Gran Depresión de los años treinta, como consecuencia de ello se crean los Acuerdos de Bretton Woods, que dan origen al Banco Mundial y al Fondo Monetario Internacional.

2.4.1. Banco Mundial

Organización internacional creada en 1944 a raíz de los acuerdos de Bretton Woods, originariamente surgió con el nombre de Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) que actualmente integra lo que se conoce como Grupo del Banco Mundial. El cual está integrado por cinco Grupos o instituciones: la Asociación Internacional de Fomento (AIF); la Corporación Financiera Internacional (CFI); el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI); el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI) y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF).

El Banco Mundial, tuvo como propósito inicial ayudar a la reconstrucción de ciudades de Europa y Japón después de la Segunda Guerra Mundial, luego que esos Estados

lograron su reconstrucción el Banco empezó a apoyar a países de América Latina, esto a partir de la década de 1960.

Por lo que no se trata de un banco en el sentido usual del término, sino de una organización que brinda asistencia financiera y técnica para los países en vías de desarrollo en el mundo. En relación a los convenios de préstamo, el Banco Mundial concede préstamos con bajo interés o créditos sin intereses. También realiza donaciones a los países en desarrollo para la inversión en educación, salud, administración pública, infraestructura, desarrollo del sector privado y financiero, agricultura, gestión ambiental y de recursos naturales.

2.4.2. Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento

El Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), es una institución que forma parte del Banco Mundial, que tiene como finalidad lograr la reducción de la pobreza en los países en vías de desarrollo, a través de financiamientos, asistencia técnica y asesorías en las diferentes etapas de un proyecto.

“[...] el BIRF provee soluciones financieras innovadoras, incluidos productos financieros (préstamos, garantías y herramientas de gestión del riesgo) y servicios de conocimiento y asesorías (incluidos mecanismos que funcionan sobre la base de reembolsos) a los gobiernos a nivel nacional y subnacional.”⁹

⁹ <http://www.bancomundial.org/es/about/what-we-do/brief/ibrd> (3 de marzo de 2015).



2.4.3. Asociación Internacional de Fomento

La Asociación Internacional de Fomento (AIF), fue creada en 1960 como una entidad del Grupo del Banco Mundial que brinda asistencia a los países más pobres del mundo, a través del otorgamiento de créditos sin intereses y donaciones.

2.4.4. Corporación Financiera Internacional

La Corporación Financiera Internacional (CFI). Es una entidad que forma parte del Grupo del Banco Mundial, creada en 1956. La CFI se enfoca en el sector privado de los países en desarrollo, a través del estímulo de empresas privadas productivas en los países miembros.

2.4.5. Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones

Esta institución fue creada en 1988. El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI), promueve la inversión extranjera en países en vías de desarrollo, para lo cual otorga garantías a los inversionistas contra pérdidas que surjan por riesgos no comerciales (expropiación, guerras, disturbios entre otros).

2.4.6. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Fue creado en 1966, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), tiene como objetivo brindar servicios de carácter internacional de



conciliación y arbitraje para solucionar diferencias que puedan surgir en relación a la inversión extranjera en los diferentes países.

2.4.7. Fondo Monetario Internacional

Es una organización internacional creada en 1944 a raíz de los acuerdos de Bretton Woods, que inició sus funciones en 1946. Actualmente tiene su sede en Washington, DC, Estados Unidos y se encuentra integrada por 188 países miembros. Esta organización fue creada principalmente, para promover la cooperación monetaria mundial y asegurar la estabilidad del sistema monetario internacional.

“El Fondo Monetario Internacional (FMI) promueve la estabilidad financiera y la cooperación monetaria internacional. Asimismo, busca facilitar el comercio internacional, promover un empleo elevado y un crecimiento económico sostenible y reducir la pobreza en el mundo entero [...]”¹⁰

El Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, en su Artículo primero establece:

“Los fines del Fondo Monetario Internacional son:

- i) Fomentar la cooperación monetaria internacional, por medio de una institución permanente que sirva de mecanismo de consulta y colaboración en cuestiones monetarias internacionales.

¹⁰ <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/glances.htm> (3 de marzo de 2015).



- ii) **Facilitar la expansión y el crecimiento equilibrado del comercio internacional, contribuyendo así a alcanzar y mantener altos niveles de ocupación y de ingresos reales, y a desarrollar los recursos productivos de todos los países miembros como objetivos primordiales de política económica.**

- iii) **Fomentar la estabilidad cambiaria, procurar que los países miembros mantengan regímenes de cambios ordenados y evitar depreciaciones cambiarias competitivas.**

- iv) **Coadyuvar a establecer un sistema multilateral de pagos, para las transacciones corrientes que se realicen entre los países miembros, y eliminar las restricciones cambiarias que dificulten la expansión del comercio mundial.**

- v) **Infundir confianza a los países miembros, poniendo a su disposición temporalmente y con las garantías adecuadas los recursos generales del Fondo, dándoles así oportunidad de que corrijan los desequilibrios de sus balanzas de pagos, sin recurrir a medidas perniciosas para la prosperidad nacional o internacional.**

- vi) **De acuerdo con lo que antecede, acortar la duración y aminorar el grado de desequilibrio de las balanzas de pagos de los países miembros."**

Dentro de las actividades que ejerce el Fondo Monetario Internacional, relacionadas con los Convenio de préstamo se encuentra la de otorgar financiamiento a los países miembros, es decir, que concede préstamos a aquellos países miembros que enfrentan problemas de pago, no solo con fines de financiamiento temporal, sino también en torno



a las medidas de ajuste y de reforma que ayuden a corregir los problemas fundamentales.

El Fondo Monetario Internacional, está integrado por una autoridad máxima que es la Junta de Gobernadores, en la que están representados todos los países miembros, quienes a su vez nombran a un gobernador y a un gobernador suplente. Esta suele reunirse una vez al año. Sin embargo, los aspectos claves relacionados con la política del FMI son analizados dos veces al año por 24 gobernadores que conforman el Comité Monetario y Financiero Internacional. Los asuntos cotidianos al FMI son analizados por el Directorio Ejecutivo, integrado por 24 miembros, y presidido por el Director Gerente del FMI.

2.4.8. Banco Interamericano de Desarrollo

El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) se creó en el año de 1959, para contribuir al progreso económico social de América Latina y el Caribe, por medio de préstamos, donaciones y asistencia técnica, para mejorar la salud, educación e infraestructura de estos países. El BID está integrado por otras dos entidades las cuales son: la Corporación Interamericana de Inversiones (CII) y el Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN).



2.4.9. Banco Centroamericano de Integración Económica

El Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE), se creó a través del Convenio Constitutivo firmado por los países centroamericanos de Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua, a excepción de Costa Rica que se uniría hasta 1963 y Belice que se incorporaría como país beneficiario en el 2006, en la ciudad de Managua, Nicaragua el 13 de diciembre de 1960.

Es una persona jurídica de carácter internacional, que tiene por finalidad promover la integración económica y el desarrollo socioeconómico de los países centroamericanos (Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica).

Funciona como un organismo financiero encargado de atraer y canalizar recursos externos, para sustentar el progreso económico y la cooperación centroamericana, dentro del Tratado General de Integración Económica, en ese sentido otorga préstamos a corto, mediano y largo plazo. A partir de 1992 el Banco permitió el ingreso de socios extra regionales, con el fin de lograr un mayor financiamiento económico del mismo, estos son: México, China, Argentina, Colombia, España, Panamá y República Dominicana.

Los objetivos del Banco se encuentran regulados en el Convenio Constitutivo del Banco Centroamericano de Integración Económica, que en su Artículo 2, establece: "El Banco tendrá por objeto promover la integración económica y el desarrollo económico y social equilibrado de los países fundadores.



En cumplimiento de este objetivo, atenderá programas o proyectos de: a) Infraestructura [...]. b) Inversión a largo plazo en industrias de carácter regional o de interés para el mercado centroamericano [...]. e) Financiamiento de servicios que requiera el desarrollo de la región [...].”



CAPÍTULO III

3. La contratación pública para la realización de obras públicas a través de convenios de préstamo

3.1. Marco legal de la contratación pública

3.1.1. Constitución Política de la República de Guatemala

Las contrataciones públicas deben basarse en lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que esta reconoce y promueve los principios de legalidad y libertad de industria y comercio.

El principio de legalidad se encuentra reconocido en varios Artículos de la Constitución, entre los que se pueden mencionar el Artículo 154 el cual establece: “Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella [...]”; el Artículo 156 establece: “Ningún funcionario o empleado público, civil o militar, está obligado a cumplir órdenes manifiestamente ilegales o que impliquen la comisión de un delito.”; de los Artículos anteriores se determina que el principio de legalidad en materia administrativa, debe ser observado por los funcionarios públicos.

Por lo tanto, al funcionario público solo le está permitido realizar lo que la norma legal le permita hacer, prohibiéndole todo aquello que no está expresamente autorizado, siendo responsable todo funcionario público que actúe contrariamente.

En cuanto al principio de libertad de industria y comercio, este se ve reflejado en el Artículo 43: “Se reconoce la libertad de industria, de comercio y de trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes.” Asimismo, el Artículo 130 establece: “Se prohíben los monopolios y privilegios. [...] El Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores.”; en este Artículo se pretende que exista una competencia real en el mercado.

Finalmente la propia Ley de Contrataciones del Estado, encuentra su fundamento en la Constitución Política en su Artículo 118 al establecer: “El régimen económico y social de la República de Guatemala se funda en principios de justicia social. Es obligación del Estado orientar la economía nacional para lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano, para incrementar la riqueza y tratar de lograr el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional [...]”; por lo que le corresponde al Estado dirigir la política económica de la Nación, estableciendo medidas que tiendan a incentivar el flujo de capitales y la retención de los mismos dentro del sistema nacional.



3.1.2. Ley Orgánica del Presupuesto

La Ley Orgánica del Presupuesto, Decreto Número 101-97, entro en vigencia el 01 de enero de 1998, dicha ley encuentra su fundamento en el Artículo 238 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece que le corresponde al Estado de Guatemala regular lo relativo a los procesos de formulación, ejecución y liquidación del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, así como lo relativo a la deuda pública, las formas de comprobar los gastos y de recaudación de los ingresos públicos.

En el Artículo 1 de la Ley Orgánica del Presupuesto, se establece que le corresponde al Estado normar todo lo relativo al sistema presupuestario, en esa dirección le corresponde al Estado realizar la programación, organización, coordinación, ejecución y control de la captación y uso de los recursos públicos, observando los principios de legalidad, economía, eficacia, eficiencia y equidad.

El Presupuesto General del Estado, es la estimación de los recursos financieros con los que cuenta el Estado, que incluye la estimación de todos los ingresos a obtener y el detalle de los gastos e inversiones por realizar.

Cabe mencionar, que estos ingresos pueden obtenerse a través del crédito público tanto interno como externo. En ese sentido el Artículo 60 de dicha ley, hace mención de lo que se conoce como sistema de crédito público: “[...] Conjunto de principios, órganos, normas y procedimientos que regulan la celebración, ejecución y administración de las



operaciones de endeudamiento que realice el Estado, con el objeto de captar medios de financiamiento.”

En ese sentido, se habla de la disponibilidad presupuestaria, la cual se refiere a que existan fondos para la ejecución de proyectos, requisito *sine quanon* para poder celebrar contratos públicos, salvo lo dispuesto en el Artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Por lo que el Estado al incrementar su activo, le permitirá ejecutar obras, obtener bienes y prestar servicios, ya sea con financiamiento de préstamos o donaciones que pueden provenir de entidades internacionales de crédito, pero que de igual manera figurarán en el presupuesto del Estado.

Para que el Estado de Guatemala, apruebe préstamos provenientes de organismos internacionales de crédito, primeramente debe existir una necesidad, que se traduzca en la creación de un proyecto, que requiera de financiamiento, posteriormente la entidad u organismo del Estado en su calidad de entidad beneficiaria del proyecto, debe solicitar al Ministerio de Finanzas Públicas, que presente solicitudes oficiales de financiamiento ante el Banco u organismo internacional de crédito.

Previamente, se deben obtener opiniones favorables del Organismo Ejecutivo y de la Junta monetaria conforme lo indica el Artículo 171 literal i) de la Constitución Política. Sin embargo, antes de que el Organismos Ejecutivo proceda por intermedio del



Ministerio de Finanzas Públicas a suscribir el financiamiento respectivo, necesitará de la aprobación del Congreso de la República.

3.1.3. Ley de Contrataciones del Estado

3.1.3.1. Antecedentes de la Ley de Contrataciones del Estado

La actual Ley de Contrataciones del Estado, derogó la Ley de Compras y Contrataciones, Decreto Número 35-80 del Congreso de la República, ya que ésta había presentado obstáculos para la pronta ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios por parte del Estado, atrasando los programas de desarrollo nacional. Asimismo, las contrataciones administrativas se encontraban dispersas en diferentes cuerpos legales, lo que hacía difícil su aplicación.

También, se regula por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Acuerdo Gubernativo Número 1056-92

3.1.3.2. Objeto de la Ley de Contrataciones del Estado

La Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, entró en vigencia el 11 de noviembre de 1992 y de conformidad con su Artículo primero, su objeto consiste en: “La compra, venta y contrataciones 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 [...].”

Por lo tanto, toda contratación realizada por cualquier ente administrativo que reciba fondos provenientes del Estado, debe aplicar la Ley de Contrataciones del Estado.

3.2. Contratos administrativos

El conjunto de actividades por medio de las cuales el Estado, logra la consecución de sus fines, se denomina administración, la cual requiere una organización y recursos físicos, intelectuales y económicos.

La administración pública, logra cumplir con sus atribuciones directamente o auxiliándose de particulares buscando la colaboración voluntaria de éstos, a través de diferentes figuras jurídicas, como lo es la contratación pública, también denominado contrato administrativo, contrato del Estado o contrato de la administración pública. Cuando la finalidad del contrato esté relacionada al cumplimiento de atribuciones estatales, se estará ante un contrato administrativo.

En el caso de Guatemala, las contrataciones del Estado se rigen por la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, que en su Artículo 1° establece que en caso de contrataciones que haga el Estado de bienes, obras y servicios públicos, financiados total o parcialmente por

donaciones o convenios de préstamo, se registrarán las primeras por lo convenido entre las partes y en los convenios de préstamo por lo establecido en los mismos.

3.2.1. Concepto de los contratos administrativos

“La mayor parte de autores coinciden en decir que los contratos son el resultado de acuerdos de voluntades de las personas, de los cuales se derivan derechos y obligaciones.”¹¹ El Código Civil en el Artículo 1517 se establece: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”.

El autor mexicano, José López Elías recaba los siguientes conceptos: “Dice Marienhoff [...] que el contrato administrativo es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas. Miguel Ángel Bercaitz dice que los contratos administrativos son aquellos celebrados por la administración pública con un fin público, circunstancia por la cual pueden conferir al cocontratante derechos y obligaciones frente a terceros, o que, en su ejecución, pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al cocontratante de la administración pública en una situación de subordinación jurídica.”¹²

¹¹ López Aguilar, Santiago. **Introducción al estudio del derecho**. Pág. 112.

¹² López Elías, José Pedro. **Aspectos jurídicos de la licitación pública en México**. Pág. 16.



Los contratos administrativos, son celebrados entre un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones administrativas y otro órgano administrativo, o bien con un particular o administrado que genera derechos y obligaciones para ambas partes.

3.2.2. Naturaleza jurídica de los contratos administrativos

Los actos administrativos son de carácter unilateral, debido a que contienen decisiones únicamente del Estado. Sin embargo, los contratos administrativos son de naturaleza jurídica mixta, en virtud que se compone de dos fases: una fase unilateral, que se refiere al reglamento o ley que le da nacimiento a la facultad del Estado de celebrar contratos, y una segunda fase que es bilateral, en donde ya se da la celebración del contrato entre Estado y contratantes.

Asimismo, su naturaleza jurídica también es de Derecho Público, y en ese orden las controversias que puedan surgir de su aplicación, interpretación y cumplimiento se deben someter a lo Contencioso Administrativo.

3.2.3. Elementos de los contratos administrativos

Esto se refiere a aquellos elementos que son necesarios para que la contratación administrativa sea válida, en ese sentido se necesita que exista capacidad entre las partes, lo cual requiere competencia del órgano administrativo y que se haya seguido el procedimiento legal. Sin embargo, existen otras corrientes que establecen que los



elementos esenciales son la competencia para contratar y la causa jurídica, o bien el consentimiento y objeto del contrato.

En definitiva, se puede decir que los elementos del contrato administrativo son los siguientes:

- a) **Sujetos:** por una parte pueden intervenir los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales. Por la otra parte intervienen los co-contratantes, que pueden ser personas individuales o colectivas, públicas o privadas, nacionales o internacionales.
- b) **Voluntad:** se refiere a que debe existir por parte de los sujetos contratantes, una manifestación de voluntad libre, sin error, dolo o violencia.
- c) **Contenido:** el contrato debe hacer referencia a la compra, venta y contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requiera el Estado, a partir de hechos lícitos, ciertos y determinados.
- d) **Forma:** necesariamente los contratos administrativos deben constar por escrito, para lograr la legalidad y transparencia de los mismos. En cuanto a las formalidades esenciales, dependerá de lo establecido en las leyes especiales, como lo son la Ley de Contrataciones del Estado, Ley Orgánica del Presupuesto, Código de Minería, entre otros. En los casos de donaciones y convenios de



préstamo con organismo internacionales de crédito, estos tienden a imponer sus condiciones para la celebración de contratos.

3.2.4. Características de los contratos administrativos

De conformidad con el profesor Rafael Godínez¹³, los contratos administrativos reúnen principalmente cuatro características, las cuales son:

- a) **Preferencia del Estado:** la administración pública, debido al poder público que ejerce impone las condiciones para contratar y puede obligar al cumplimiento del mismo, incluso mediante la coacción.

- b) **Cláusulas exorbitantes del derecho privado:** las cláusulas contenidas en un contrato administrativo, rompen con el esquema de la igualdad entre las partes en un contrato, ya que la administración pública puede tomar decisiones a su favor para el cumplimiento del interés público.

Por lo tanto, algunas de sus cláusulas serían exorbitantes (exageradas) para el derecho privado y declaradas nulas, no así en la administración pública que debe velar por el bien común.

¹³ Godínez Bolaños, Rafael. **Los contratos administrativos**. Pág. 3.



- c) Principios especiales: la contratación administrativa, se rige por ciertos principios que le son propios, y que velan por la legalidad, transparencia y competitividad en los procesos de contratación.

- d) Jurisdicción especial: las controversias que puedan surgir de su aplicación, interpretación y cumplimiento se deben someter al Tribunal de lo contencioso administrativo, salas primera y quinta, de conformidad con la Ley de lo contencioso administrativo, Artículo 19.

3.2.5. Reglas de los contratos administrativos

Estas son normas que hay que tener en cuenta al crear, interpretar y ejecutar los contratos administrativos, estas son:

- a) El contrato es ley para las partes: se basa en el principio general de obligaciones, en virtud del cual una vez prestado el consentimiento de las partes, esta se vuelve ley para las mismas. Salvo, que existan controversias en cuanto al cumplimiento, rescisión, interpretación etc., se podrá dar la extinción del contrato, a través de lo contencioso administrativo.

- b) Buena fe: “[...] implica que cada uno de los contratantes ponga de su parte todos los medios a su alcance para cumplir sus respectivas obligaciones.”¹⁴

¹⁴ Castillo González, Jorge. **Derecho administrativo y teoría de la administración**. Pág. 259.



Obligando a lo establecido en el contrato y a los demás deberes que emanen de la naturaleza del mismo.

- c) Regla de la cláusula exorbitante del derecho civil: ya expuesta anteriormente en las características del contrato administrativo.

- d) Regla de la condición resolutoria: también llamada cláusula de caducidad. “En materia de contratación administrativa existe la posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento de una de las partes; a esta posibilidad se le da el nombre de condición resolutoria y funciona a favor de la administración por incumplimiento del contratista, y a favor del contratista por incumplimiento de la administración [...]”¹⁵

- e) Regla del equilibrio financiero de las partes: la Ley de contrataciones le da el nombre de fluctuación de precios, y establece en su Artículo sétimo: “Se entiende por fluctuación de precios el cambio en más (incremento) o en menos (decremento) que sufran los costos de los bienes, suministros, servicios y obras, sobre la base de los precios que figuran en la oferta de adjudicatarios e incorporados al contrato; los que se reconocerán por las partes y los aceptarán para su pago o para su deducción [...]”

A su vez el Artículo tercero del Reglamento de la Ley de contrataciones, establece: “[...] reconocerán y pagarán o deducirán al contratista el monto de las

¹⁵ **Ibid.** Pág. 260.



fluctuaciones de precios sobre la base de los que figuren en la oferta y estén incorporados al contrato [...].”

- f) Regla de la publicidad del contrato: los contratos administrativos, deben ser puestos al conocimiento del público, a efecto de garantizar la legalidad y transparencia.

3.2.6. Principios de la contratación administrativa

La contratación administrativa, además de aplicar las reglas establecidas anteriormente, también tiene principios propios que permiten mejorar su creación, interpretación y ejecución, estos son:

- a) Principio de legalidad: significa que la actividad de la administración, queda sometida a la ley, incluyendo los contratos. Por lo que todo contrato administrativo, debe estar basado en ley y en los principios generales del derecho, persiguiendo el interés público.

“El principio de legalidad, aplicado a la contratación administrativa, obliga a que los contratos expresamente previstos en la ley de contratos administrativos, se sometan a las normas determinadas en la propia ley.”¹⁶

¹⁶ **Ibid.** Pág. 256.



- b) Principio del interés público: se refiere a que el bien común debe prevalecer sobre cualquier interés privado. "El interés público adquiere especial importancia al tomarse conciencia de que la administración representa el interés de la colectividad y que su finalidad es alcanzar la realización del derecho y de la paz social [...] El principio del interés público obliga a que todo contrato administrativo tenga como fundamento el bien común, descartando el lucro privado, lucro que está reservado a los particulares; y que prevalezca el interés social sobre el interés individual."¹⁷
- c) Principio de la autonomía de la voluntad: este principio tiene aplicabilidad en la contratación administrativa, pero con diferentes alcances. En ese sentido, la autonomía de la voluntad se refiere a la capacidad que tienen los contratantes de regirse por los derechos y obligaciones establecidas en el contrato, siempre que no sean contrarias a la ley ni al orden público.
- d) Principio de transparencia: es decir, que debe existir integridad en los actos que se realicen en las contrataciones, sin sobornos ni obtención de ventajas impropias. Permite la imparcialidad y la igualdad al momento de elegir a los contratistas.
- e) Principio de competencia: deben existir varias ofertas, es decir, diversas propuestas presentadas ante la administración a fin de que esta pueda seleccionar a la que reúna las mayores condiciones.

¹⁷ Ibid. Pág. 257.

- f) Principio de selección objetiva: deben existir varias propuestas formuladas ante la administración, a fin de que ésta pueda elegir de manera objetiva la que más convenga a los intereses públicos.
- g) Principio de publicidad: la administración, debe dar a conocer las actuaciones administrativas y brindar la información que le sea solicitada, en virtud que esto favorece la transparencia, la competencia y participación de distintos oferentes en la contratación.
- h) Principio de economía o de racionalidad económica: no solo en cuanto al uso de la menor cantidad de gastos e inversiones realizadas, en los actos de los procedimientos administrativos, realizando la adjudicación a la oferta más adecuada, sino también en cuanto al tiempo empleado para llevar a cabo dicho proceso evitando trámites o requisitos innecesarios.
- i) Principio de responsabilidad: tanto el Estado como los contratistas, deben responder por toda actuación u omisión que cause daño o perjuicio.

3.2.7. Clasificación de los contratos administrativos

- a) De obra pública: considerado el más importante dentro de los contratos administrativos. Este tiene por objeto la construcción, mantenimiento, supervisión, modificación o reconstrucción de una obra pública, entre las que se encuentran los puentes, carreteras, edificios entre otros.

- b) De suministros: tiene por objeto la provisión periódica o continua de bienes muebles a entidades estatales, y es esta periodicidad o continuidad lo que lo diferencia de la compraventa de bienes muebles el cual es de ejecución instantánea.
- c) Obtención de bienes muebles e inmuebles.
- d) De concesión de servicios públicos: contrato a través del cual el co-contratante se obliga a prestar un servicio público, cobrando las tarifas previamente aprobadas por la administración pública, en las condiciones y horarios pactados. Por ejemplo el servicio público de transporte.
- e) De servicios al Estado o entidades públicas: por medio de este contrato, el co-contratante se obliga a prestar al Estado o a sus entidades públicas servicios específicos, tales como: vigilancia, limpieza entre otros.
- f) De servicios técnicos o profesionales: son también llamados de consultoría, por medio de los cuales los profesionales o técnicos prestan sus servicios al Estado por un plazo no mayor de un año calendario, percibiendo por ello honorarios, sin ninguna otra clase de prestación.
- g) De concesión o bien de exploración, explotación y trasiego de recursos naturales: a través de estos contratos el Estado permite al co-contratante, por medio de permisos o licencias, la explotación, apropiación, disfrute y aprovechamiento de recursos naturales, sean renovables o no, así como su transportación. A cambio el Estado obtiene regalías o royalties.



- h) Contratos de empréstito: obtenidos por el Estado a través de organismos internacionales o nacionales de crédito, para la provisión de recursos económicos.

3.2.8. Extinción de las obligaciones contenidas en los contratos administrativos

La terminación de los contratos administrativos, puede darse por una extinción normal, que tiene lugar cuando se ha cumplido con lo establecido en el contrato dentro del plazo y condiciones pactadas. O bien darse una extinción anormal, que tiene lugar cuando el contrato termina antes de cumplirse el objetivo, el plazo o cualquier otra condición a la que estaba afecto, por ello al no llegar a ningún acuerdo, debe acudir al Tribunal de lo contencioso administrativo.

3.2.9. Sistemas de contratación administrativa

3.2.9.1. Sistema de libre elección

En este sistema la administración pública, tiene la facultad de elegir al co-contratante, de manera directa y discrecional, y no debe seguirse un procedimiento específico, se da una negociación privada. Esto no significa, que no existan normas legales que la administración pública deba seguir, ya que la libertad reside en la forma o modo de selección del co-contratante, y no de las normas que permitan la legalidad dentro del proceso de contratación, como que efectivamente exista una necesidad de contratar, lo referente a aspectos financieros etc.



3.2.9.2. Sistema de restricción

En este sistema la administración pública, no tiene la facultad discrecional de elegir al co-contratante, ya que la ley de la materia regula el proceso específico o las normas que han de seguirse para que la contratación sea válida, caso contrario es decir que no se observe lo preceptuado, la contratación podrá redargüirse de nulidad, sin perjuicio de responsabilidad de las personas y funcionarios que hayan participado en ella. En el caso de Guatemala, se sigue este sistema de restricción, debido a que todos los tipos de contrataciones que realiza el Estado, están reguladas principalmente por la Ley de Contrataciones y su reglamento, el cual es de observancia obligatoria.

3.3. Diferencias entre contratos administrativos, civiles y mercantiles

La principal diferenciación radica, en el interés que persiguen, en el caso de las contrataciones del Estado, se persigue un interés público (bien común), a diferencia de los contratos civiles y mercantiles que buscan satisfacer un interés privado.

Los contratos administrativos se rigen por normas de orden público, como lo es la Ley de Contrataciones y su reglamento, entre otras. En tanto, que los contratos civiles y mercantiles se rigen por normas de carácter privado, como lo son el Código civil y el Código mercantil. Las controversias suscitadas dentro de la contratación pública, se resuelven en lo contencioso administrativo, jurisdicción privativa. En tanto, que los otros se resuelven por la jurisdicción común.



3.4. Regímenes de contratación administrativa

En Guatemala, el régimen de contratación que se deberá seguir dependerá de varios factores entre ellos, dependerá de los bienes y servicios a adquirir, así como de la cuantía a que esté afecto el contrato, la cuantía es entendida como el valor o monto del contrato. Estos factores determinarán la forma en que se llevará a cabo la contratación pública, ya sea compra directa, por excepción, por contrato abierto, por cotización o licitación.

En la Ley de Contrataciones del Estado, se contemplan los diversos regímenes de contratación que la administración pública puede realizar, y cada uno de ellos contempla sus propias características, por lo que dependiendo de la compra que se realice la misma debe estar ubicada en uno de estos determinados regímenes, a continuación se hace un resumen de las diversas formas de contratación que regula la mencionada ley.

3.4.1. Compra directa

También llamada procedimiento negociado, contratación directa o adjudicación directa. La compra directa tiene lugar cuando el Estado elige directamente al contratista o proveedor sin concurrencia u oposición, analizando las cotizaciones u ofertas, teniendo libertad de contratar en forma directa con quien considere más conveniente.



De conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, en su Artículo 43 se regula la compra directa como un régimen de contratación del Estado.

La cual debe efectuarse en un solo acto, con una misma persona y hasta por un monto de Q. 90, 000.00, esto bajo la responsabilidad y autorización previa de la autoridad administrativa superior, tomando en cuenta el precio, calidad, plazo de entrega y otras condiciones que favorezcan los intereses del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas.

De ahí que las características de la compra directa sean:

- El monto del contrato no debe ser mayor a Q. 90, 000.00
- La contratación debe efectuarse en un solo acto y con una misma persona.
- Debe tener la autorización previa de la autoridad administrativa superior, bajo cuya responsabilidad y autorización se realiza la contratación.
- Es un proceso restringido, en virtud que en él participan un número reducido de oferentes.
- En relación con los demás regímenes de contratación, es sencillo y no necesita de mayores formalismos para su realización.

La compra directa, también puede proceder cuando en los procesos de licitación y cotización no concurren oferentes. De conformidad con el Artículo 32 de la referida Ley, se establece: "En el caso de que a la convocatoria a la Licitación no concurren ningún oferente, la Junta levantará el acta correspondiente y lo hará del conocimiento de la



autoridad administrativa superior respectiva, para que se prorrogue el plazo para recibir ofertas. Si aún así no concurriere algún oferente, la autoridad superior quedará facultada a realizar la compra directa a que se refiere esta Ley.”

El Artículo anterior, menciona únicamente a la Licitación, sin embargo, el Artículo 42 de la referida Ley establece: “Las disposiciones en materia de licitación, regirán supletoriamente en el régimen de cotizaciones en lo que fueren aplicables”. En ese sentido, en caso de no haber oferentes en una cotización, procedería la compra directa.

3.4.2. Compras por casos de excepción

En estos casos no hay un monto específico, sino que se da al ocurrir ciertas situaciones especiales las cuales están determinadas en la Ley de Contrataciones del Estado, en su Artículo 44.

3.4.3. Contrato abierto

Es una forma de contratación pública, entre el Estado y determinadas empresas para la provisión masiva de bienes, suministros o prestación de servicios, a todo el sector público.

Mediante el cual los proveedores que han presentado las mejores ofertas celebran un contrato (abierto) con el Ministerio de Finanzas Públicas, para que posteriormente cualquier entidad pública pueda comprar en forma directa, sin licitación ni cotización, los



productos disponibles en el catálogo electrónico publicado en el Sistema de publicación del Estado, denominado GUATECOMPRAS.

Por ello, se dicen que son contratos abiertos, porque no existen licitaciones ni cotizaciones, tampoco existe un límite de tiempo, sino únicamente se establecen determinados precios y condiciones de compra durante un periodo de tiempo definido.

Esta contratación, se encuentra regulada en la Ley de Contrataciones del Estado, en su Artículo 46. El procedimiento de la contratación abierta es el siguiente:

“PASO 1: A lo largo del año, la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (DNCAE), del Ministerio de Finanzas Públicas, convoca a concursos para la provisión de diferentes tipos de bienes y suministros de uso frecuente en los organismos públicos.

PASO 2: Los proveedores que presentan las mejores ofertas son adjudicados y firman un Contrato Abierto con el Ministerio de Finanzas Públicas (eventualmente otras entidades públicas también participan de la firma del contrato).

PASO 3: Los productos incluidos en los Contratos Abiertos son incluidos en el Catálogo Electrónico de Contrato Abierto disponible en GUATECOMPRAS.

PASO 4: Cualquier entidad pública puede comprar en forma directa y sin licitación ni cotización, la cantidad que necesite de los productos disponibles en el Catálogo Electrónico.”¹⁸ (sic)

3.4.4. Cotización

De conformidad, con la Ley de Contrataciones del Estado en su Artículo 38, es otro régimen de contratación pública que tiene lugar cuando el monto del contrato exceda de Q. 90, 000.00 y no sobrepase los Q. 900, 000.00.

En la doctrina es llamada licitación privada, ya que antes de que existiera el sistema de GUAATECOMPRAS, únicamente podían participar las empresas que hubieran sido invitadas por la administración pública.

Sin embargo, con la creación de GUAATECOMPRAS el proceso se tornó público, a manera que puedan ofertar todas las empresas que lo deseen y llenen los requisitos establecidos en las bases de cotización. El régimen de cotización, se encuentra regulado en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, a partir del Artículo 14.

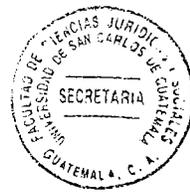
¹⁸ <http://www.guatecompras.gt/info/preguntasfreccabierto.aspx> (4 de marzo de 2015).



3.4.5. Licitación

Régimen de contratación pública, que tiene lugar cuando el monto de los bienes, suministros y obras exceden de Q. 900,000.00 por medio de la cual la administración pública invita a los interesados a formular propuestas u ofertas, de conformidad con las bases de licitación, de las cuales la administración seleccionará y aceptará la que ofrezca las mejores condiciones, adjudicando el contrato a su favor.

En este tipo de contratación, existe un número indeterminado de oferentes que pueden presentar sus ofertas, por lo que es un tipo de contratación pública, abierta e ilimitada.



CAPÍTULO IV

4. Licitación pública internacional

4.1. Clases de licitación en general

La licitación en términos generales puede ser:

- a) De carácter privada; o,
- b) De carácter pública, y a su vez esta última puede ser internacional o nacional (local).

4.2. Origen de la licitación pública internacional

La licitación, también es conocida con los nombres de concurso o subasta, dependiendo de la legislación de cada país. Sin embargo, el término correcto es el de licitación, pues los términos concurso o subasta hacen referencia a figuras jurídicas con significado distinto. “Variadas son las denominaciones que la doctrina y la legislación le han conferido a esta institución. En Italia se le llama asta pubblica, en España subasta pública, subasta y concurso subasta, en Francia l’adjudication, y en Brasil Licitação.”¹⁹

¹⁹ López Elías. *Op. Cit.* Pág. 51



La palabra licitación, se deriva del término latino *licitationem* que es el equivalente a la palabra *licitatio* o *licitatio-onis* que significa: ofrecimiento de precio en cualquier venta o venta por oferta o en subasta.

En cuanto al origen histórico de la licitación, en su sentido etimológico licitar es sinónimo de subastar, y esta a su vez deviene del término árabe *sub-hasta*, que hace referencia a la venta que éstos hacían en donde no se ocultaba nada, tratando de que posteriormente no se dudara de ese negocio. Posteriormente en roma, los bienes adquiridos por el Estado, cualquiera que fuera la razón de su adquisición, eran vendidos públicamente a los mejores oferentes, a esto se le llamaba *Bonorum sectio* o *venditio* aunque también se le conocía como *subhastatio*, debido a que en el lugar en donde se realizaría la venta se clavaba una hasta (arma utilizada por los romanos).

Roma desarrolló la figura de la licitación, mayoritariamente en la construcción de obras públicas que estaba a cargo del censor. Era el censor la autoridad pública encargada de adjudicar el contrato a la mejor oferta, es decir, a quien presentare el monto más bajo, gozare de honorabilidad y solvencia etc.

Posteriormente, en Europa durante la Edad Media, se utilizó la subasta conocida como "a mata candela" o bien "a vela y pregón", esta consistía en que los oferentes podían proponer sus ofertas durante el tiempo en que una vela estuviera encendida, al momento de que esta se apagara se adjudicaba el contrato a quien hubiera ofrecido el menor precio. Llegado el siglo XVIII se convirtió en una práctica generaliza por la administración pública en Europa.



Finalmente, a raíz de la segunda guerra mundial, se crearon organizaciones internacionales de crédito, que tenían como objetivo ayudar económicamente a los países europeos que habían sufrido las consecuencias de esta guerra, brindándoles préstamos o donaciones destinados a la construcción de obras, prestación de servicios o compra de bienes, utilizándose la licitación internacional para el efecto. Posteriormente una vez estos países lograron una estabilidad económica, se trasladó esta ayuda a otros continentes como lo fueron los países en Latinoamérica.

4.3. Naturaleza jurídica de la licitación pública internacional

La naturaleza jurídica de la licitación pública en general, puede ser explicada desde dos posiciones. La primera la ubica dentro del marco del derecho financiero, como ejemplo está Italia, que regula la licitación pública dentro de una ley financiera. En tanto, que la otra la ubica, dentro del derecho administrativo, ya sea como un acto condicionado o como un procedimiento administrativo. En Guatemala, se estudia a la licitación desde el derecho administrativo, vista como un proceso de índole administrativo que tiene por objeto que la administración elija al mejor oferente mediante un proceso, previo a la contratación.

En el caso de la licitación internacional, si bien es cierto que sigue siendo parte del derecho administrativo, también debe tenerse en cuenta los principios y normas internacionales que la rigen, reguladas por los organismos internacionales de crédito o bien por tratados o convenios internacionales.

4.4. Sujetos que participan en la licitación pública internacional

- a) Banco: Se refiere a la organización internacional de crédito, que brinda financiamiento económico a un Estado, ya sea través de un convenio de préstamo, o bien por medio de una donación.

El banco tiene a su cargo examinar los procedimientos de contrataciones, los documentos de licitación, las evaluaciones de ofertas, las recomendaciones de adjudicación y el contrato (del cual no es parte), esto con el objeto de asegurar transparencia en el proceso de licitación.

- b) Licitador: también llamado prestatario, contratante, dueño de la obra, comprador. Se refiere al Estado, que toma prestado del Banco y que llama a la licitación.
- c) Licitante: también llamado proveedor, contratista, oferente, postulante, proponente, postor. Son las empresas que presentan sus ofertas con respecto a bienes y obras, esperando la adjudicación de un contrato a su favor.

Dentro de sus responsabilidades, se encuentra la de examinar los documentos de licitación a efecto de decidir si puede cumplir efectivamente con lo solicitado, y en caso afirmativo, proceder a realizar la oferta respectiva. A su vez, le corresponde el derecho a participar en dicho proceso, si cumple con los requisitos requeridos.

4.5. Concepto de la licitación pública internacional

De conformidad, con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento,²⁰ los contratos administrativos tienen por objeto satisfacer finalidades públicas, observando el bien común, enfocándose específicamente en la regulación sobre la adquisición que hace el Estado de bienes, obras y servicios públicos.

Conforme se establece en las Especificaciones Generales para la Construcción de Carreteras y Puentes²¹, estas contrataciones que realiza el Estado pueden darse por medio de licitaciones, que pueden ser restringidas al ámbito local o bien pueden ser internacionales. Siendo la licitación pública internacional el procedimiento más beneficioso y favorable para el Estado, entendida esta como el procedimiento administrativo internacional basada en los principios de publicidad, igualdad y no discriminación, por medio del cual se solicitan, reciben y evalúan ofertas para la adquisición de bienes, obras o servicios, adjudicando el contrato al licitador (nacional o internacional) que haya cumplido con los requisitos y condiciones establecidos, en los documentos de licitación y que ofrezca la propuesta más ventajosa y conveniente para los intereses del Estado.

²⁰ Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento-Banco Mundial. **Normas: contrataciones con préstamos del BIRF y créditos de la AIF.** Pág. 1.

²¹ Dirección General de Caminos, Ministerio de Infraestructura y Vivienda. **Especificaciones generales para construcción de carreteras y puentes.** Pág.102-1.

En definitiva, se puede definir a la licitación como: el procedimiento formal y competitivo de adquisiciones, que tiene como finalidad determinar a la persona que ofrezca las condiciones más ventajosas; lo cual se logra mediante la invitación a los interesados, quienes se sujetan a los pliegos de condiciones o bases de licitación, formulando su propuesta u oferta, seleccionándose la más ventajosa mediante la adjudicación, con lo cual queda perfeccionado el contrato, basándose en los principios de economía, eficiencia, transparencia e igualdad.

4.6. Principios de la licitación pública internacional

De conformidad, con las políticas básicas y procedimientos de adquisiciones del BID²² los principios básicos de la licitación pública son:

- a) **Competencia:** es la base de la eficiencia de toda contratación pública, que tiene por objeto asegurar la participación del mayor número de oferentes calificados, para lo cual se busca dentro del mercado a oferentes que puedan presentar a los prestatarios las condiciones más favorables, atendiendo a los intereses y necesidades del Estado, cumpliendo así con la libre competitividad entre empresas.

- b) **Publicidad:** entendida como el acceso a la información referente a la licitación, abierta al público, específicamente a los contratistas, ya sea en la etapa inicial de

²² Banco Interamericano de Desarrollo. **Políticas básicas y procedimientos de adquisiciones del BID.**
Pág. 14.

participación, como en la apertura de sobres y aclaraciones. Este principio permite la legalidad y transparencia dentro del proceso.

- c) **Igualdad:** pretende evitar preferencias o discriminaciones, al momento de seleccionar a un oferente, ya que todas las propuestas deben ser evaluadas en igualdad de condiciones, sin favoritismos que perjudiquen una competencia real al contratar.

- d) **Debido proceso:** significa que debe respetarse el procedimiento establecido, sin alteraciones o arbitrariedades de ningún tipo, y que toda controversia pueda ser discutida mediante medios idóneos establecidos, así como la facultad de los oferentes de poder realizar impugnaciones procedentes o defenderse de las que se les hagan.

En base a estos principios, toda licitación pública internacional pretende evitar:

- a) **Prácticas corruptas:** es decir, evitar que se hagan ofrecimientos y solicitudes ilegales para obtener contrataciones, influyendo impropriamente en las actuaciones del funcionario público.

- b) **Prácticas fraudulentas:** se pretende con la licitación pública internacional, evitar toda clase de actuaciones u omisiones que pretendan desorientar al funcionario público de su deber, a fin de obtener un beneficio ya sea financiero o de otra índole.



- c) **Prácticas de colusión:** se pretende evitar que dos o más empresas acuerden presentar precios de oferta a niveles artificiales y no competitivos.

- d) **Prácticas de obstrucción:** toda práctica que tienda a destruir, alterar o falsificar documentos presentados en una licitación a fin de obtener la adjudicación de un contrato de manera impropia.

4.7. Procedimiento de la licitación pública internacional

El procedimiento a seguirse, dependerá del organismo de crédito o banco que esté otorgando el crédito. En la presente investigación, se manejarán las políticas o normas comunes a esta clase de procesos, tomando en cuenta políticas específicas de organismos de crédito tales como, el Banco Mundial, el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Centroamericano de Integración económica.

4.7.1. Casos en que se sigue el procedimiento de licitación pública internacional

Los bancos o los organismos internacionales de crédito, establecen en los contratos de préstamo un monto relativo a obras, bienes y servicios relacionados, a partir de los cuales, estos bienes, obras y servicios deben ser adquiridos mediante licitación pública internacional. Dichos montos son fijados de conformidad con cada caso en particular, es decir, que el banco realiza un análisis de cada proyecto.

Para ello, el banco utiliza como criterio fundamental el de fomentar la competencia internacional. En base a este criterio, se fijan montos que permitan la participación de empresas contratistas de los países miembros del banco. En sí debe tomarse en cuenta que los montos de los contratos van a depender de la magnitud, características y ubicación del proyecto, obra o servicio que se desea contratar.

En ese sentido, se debe tener en claro que la fijación de montos bajos desalienta la competencia internacional, por lo que está prohibido reducir o disminuir el monto de los contratos, por debajo de los límites establecidos por los organismos internacionales. Por ejemplo en el caso del BID los límites para obras son de cinco millones de dólares, y para bienes y servicios es de trescientos cincuenta mil dólares, en esa dirección si el monto del contrato es equivalente o mayor a ese límite deberá seguirse necesariamente por licitación pública internacional. Ahora que si el monto es menor se sigue a través de los procedimientos de compra que regule la legislación local.

Para el efecto, cada organización internacional de crédito, cuenta con una entidad encargada de establecer parámetros para fijar dichos montos, mediante guías por país o sector, por ejemplo en el caso del Banco Interamericano de Desarrollo, es la Oficina de Política y Coordinación de Adquisiciones.

Además de esos parámetros, se toman en cuenta otros criterios como lo son:

- Promover paquetes de licitaciones que atraigan proveedores;
- Opiniones de posibles proveedores o contratistas;



- Conocer del historial de participación extranjera para el tipo de contratación que se quiera realizar;
- Conocer los límites que fijan otros organismos internacionales de crédito;
- Tomar en cuenta la complejidad y magnitud del tipo de contrato que se pretende celebrar;
- La economía del país;
- Las capacidades de producción o disponibilidad de contratistas a nivel nacional.

4.7.2. Publicidad

Por ser este procedimiento de índole internacional, la publicidad juega un papel importante, pues con ella se logrará obtener la mayor participación de licitantes, los requisitos que a nivel internacional que se manejan para la publicidad en la licitación son los siguientes:

Aviso general de adquisición (AGA): tiene lugar cuando el prestatario va a desarrollar proyectos y el banco hace una publicación general de adquisiciones. Por lo que el prestatario en colaboración con el organismo de crédito, publican avisos con la anticipación debida, estos funcionan como notificaciones a los interesados sobre los contratos que se pretenden adjudicar. Este aviso contiene como mínimo los aspectos básicos del proyecto, el nombre del país prestatario, el Organismo que presta el financiamiento, el monto, objeto del préstamo, números de teléfono en donde podrán obtener más información entre otros datos.



La publicación se realiza en el lugar que el banco determine, en el caso del Banco Mundial y sus instituciones publican se realizan en el periódico de las Naciones Unidas, conocido como Development Business, por medio del cual contratistas de todo el mundo pueden conocer y consultar sobre contrataciones internacionales, o por medio de revistas y periódicos de amplia circulación internacional (generalmente en casos de urgencia, causados por desastres naturales). En el caso que el organismo de crédito sea el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento BIRF, las publicaciones se realizan en UN development Business online (UNDB online) y en el Development Gateway's dgMarket.²³

Avisos para licitaciones específicas (AEA): tiene lugar cuando se anuncia la precalificación o licitación, con especificaciones. En el caso, de las licitaciones internacionales, se requiere la publicación en un periódico de mayor circulación del país prestatario o bien en un portal electrónico de libre acceso. A nivel internacional se hará como se indicó en el numeral 1.

4.7.3. Precalificación

La precalificación, procede en los casos de contratos de obras de gran magnitud o naturaleza compleja; para la adquisición de bienes o servicios especializados; o, cuando el Banco o el prestatario lo estimen pertinente. La precalificación, sirve como un filtro a fin de evitar que empresas que no cumplan con los requisitos mínimos, o que no

²³ Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Banco Mundial. **Op. Cit.** Pág. 9.



cuentan con la seriedad suficiente queden descartadas, con el objeto que únicamente participen empresas competentes, es decir, aquellas que cuenten con la capacidad y recursos necesarios. La invitación a precalificación, debe publicarse y notificarse de conformidad con lo establecido anteriormente. En la precalificación, se toman en cuenta los siguientes criterios:

- Experiencia, cumplimiento y resultados de los contratistas en contratos similares;
- El personal y equipo con el que cuenta para realizar la obra o prestar el servicio de que se trate, que se traduce en capacidad en materia de personal, equipo e instalaciones de construcción;
- Que la empresa cuente con una situación financiera estable;
- La existencia de otras obligaciones;
- Juicios o arbitrajes referentes a contratos que han ejecutado o que se encuentren en ejecución.

Posteriormente, a la precalificación puede seguirse el sistema de dos sobres (salvo que quiera utilizarse cualquier otro procedimiento). En este sistema el oferente presenta dos sobres, el primero contiene información sobre la capacidad financiera legal y técnica de la empresa. El segundo sobre contiene información, sobre la oferta propiamente dicha con la cotización de precios respectiva.

Se procede a realizar la precalificación, abriendo el primer sobre, si esta no reúne los requisitos necesarios, es rechazada y se devuelve al contratista el segundo sobre sin abrir. Hay que tener claro que si la empresa no fue rechazada en la precalificación, no



podrá ser descalificada para la licitación, salvo que haya presentado información no veraz. Posteriormente, de realizada la precalificación se procede en una ceremonia pública aparte a la apertura del sobre número dos.

4.7.4. Documentos de licitación

“En los documentos de licitación debe proporcionarse toda la información necesaria para que un posible licitante prepare una oferta con respecto a los bienes que deban suministrarse o las obras que hayan de construirse.”²⁴

Los documentos de licitación, deben ser redactados en el idioma del país prestatario, siendo conveniente que estos sean publicados en alguno de los idiomas oficiales que maneje el organismo de crédito, los cuales generalmente son en idioma inglés, español, francés entre otros, esto en virtud que participaran empresas de todo el mundo. Es importante que se establezca el idioma que prevalecerá en caso de conflicto de interpretación. Así también, cuando se ha aceptado que los documentos de precalificación y licitación sean redactados en dos idiomas, los oferentes podrán presentar sus ofertas en cualquiera de esos idiomas. Sin embargo, posteriormente los contratos no podrán ser firmados en dos idiomas.

²⁴ **Ibid.** Pág. 11.

Así también, los documentos de licitación pueden ser redactados en papel o bien el prestatario puede utilizar un sistema electrónico para darlos a conocer, en este caso debe crearse un sistema de publicación seguro a fin de que estos no sean modificados.

En cuanto a los documentos de licitación como tal, estos funcionan como bases de licitación, son medio a través del cual el prestatario da a conocer a los oferentes los requisitos y condiciones de la licitación, a manera que los licitantes puedan adecuar sus ofertas a las condiciones establecidas. “Los documentos de licitación deben especificar claramente el tipo de contrato que ha de celebrarse y las estipulaciones contractuales adecuadas propuestas al efecto.”²⁵

Para lo cual estos documentos, deben ser redactados de la manera más clara posible, observando como mínimo lo siguiente:

- Determinar y precisar los bienes, obras o servicios que se requieren;
- Criterios a ser empleados para la evaluación y comparación de ofertas;
- Plazo para la recepción de ofertas;
- Formulario para la oferta;
- Requisitos sobre garantías;
- Modelo de contrato;
- Especificaciones técnicas (incluyendo características geológicas y ambientales);
- Listado de bienes o cantidades; y,

²⁵ *Ibid.* Pág. 8.

- Tabla de precios.

En el caso del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, éste cuenta con su propio *Documento de licitación estándar (SBD)*, el cual funciona como un modelo al cual se le harán las modificaciones únicamente pertinentes, de todas formas el organismo internacional de crédito siempre debe aprobar los documentos de licitación.

También, hay que tomar en cuenta que en los documentos de licitación no debe hacerse referencia a marcas determinadas, salvo que sea necesario para especificar determinado diseño, características o funcionalidad. Sin embargo, deberá ponerse la palabra “o su equivalente”, ya que podrán presentar otra marca si cumple con los requisitos requeridos.

Las cantidades dinerarias establecidas en las bases de licitación, podrán estar en moneda nacional del país prestatario, o bien en la moneda que el prestatario elija, los tipos de cambio a utilizarse serán los indicados por el licitador en su oferta.

Otro aspecto a regular dentro de los documentos de licitación, son las garantías, estas se constituyen para proteger al prestatario en caso de incumplimiento del contrato por parte del contratista. El monto de la garantía se determinará, de acuerdo a las características y magnitud de la obra. Estas garantías pueden ser:

- a) **Garantía de mantenimiento de oferta o garantía de seriedad:** como su nombre lo indica, pretende que los oferentes mantengan su oferta hasta la celebración del



contrato, para lo cual depositan una cantidad dineraria, que permita al prestatario en caso de incumplimiento llevar a cabo una nueva licitación.

- b) **Garantía de ejecución:** tiene por objeto, asegurar la ejecución del contrato en el plazo y bajo las condiciones pactadas. Generalmente se garantizan mediante bonos de ejecución o garantías bancarias.

Una vez establecidos los documentos de licitación, se debe tener *libre acceso al prestatario*, por lo que una vez retirados los documentos de licitación, el prestatario deberá estar disponible por determinado plazo para resolver dudas o realizar aclaraciones.

Sin embargo, los documentos de licitación deben diferenciar entre errores u omisiones subsanables de aquellos que no lo sean. Por lo general, son considerados errores subsanables, aquellos que no alteran la sustancia de la oferta, que podrán ser subsanados en el plazo establecido. Ahora bien, son errores no subsanables aquellos que alteran la sustancia de la oferta, tales como no haber firmado la oferta o no haber presentado garantía, entre otros.

En relación a los bienes a licitar desde el extranjero, estos se basan en los llamados *INCOTERMS*²⁶, generalmente sobre la base CIP o EXW. Es a los licitantes, a quienes se les permite elegir en la contratación sobre el transporte de estos bienes y lo referente

²⁶ Los términos internacionales de comercio *INCOTERMS*, son términos aceptados a nivel internacional por la Cámara de Comercio Internacional, utilizados para regir transacciones comerciales, estableciendo lo referente a la responsabilidad del comprador y vendedor, medios de transporte, seguros entre otros.



a los seguros de los mismos. Salvo, que el prestatario se reserve el derecho a elegir el transporte y el seguro de los bienes a compañías nacionales u otras fuentes.

En los documentos de licitación, debe establecerse lo referente a ajustes de precios, ya que se podrá regular que los precios de las ofertas sean fijos, es decir, que no puedan cambiarse, o bien que podrá hacerse un ajuste de precios, es decir, un aumento o disminución en el precio, en caso de que existan cambios en los componentes de los costos del contrato como lo son mano de obra, equipos, materiales y combustible.

Cada organismo de crédito, tiene sus propias políticas al respecto, por ejemplo en el caso del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, su política consiste en que si el contrato es simple, en los cuales el suministro de bienes o terminación de la obra se realizará y completará en un periodo menor a 18 meses, no se realiza ajuste de precios.

4.7.4.1. Márgenes de preferencia

Aunque se trate de un procedimiento a nivel internacional, se otorga preferencia a la economía nacional del país prestatario a fin de estimular el desarrollo de su industria. En el caso de las licitaciones para la adquisición de bienes, se toma un margen de preferencia a favor de bienes nacionales o regionales de hasta un 15% del valor de la licitación respectiva. Sin embargo, para los contratos de construcción los bancos tienden a no reconocer márgenes de preferencia.



4.7.4.2. Margen de preferencia nacional

Este tipo de margen de preferencia tiene lugar, cuando se comparan ofertas de bienes nacionales con ofertas que provengan de otros Estados. Brindándoles a los contratistas de bienes provenientes del país prestatario, un margen de preferencia nacional de hasta un máximo del 15%.

4.7.4.3. Margen de preferencia regional

Este tipo de margen de preferencia tiene lugar, cuando se comparan ofertas de bienes provenientes de países regionales que formen parte de los acuerdos, reconocidos por las instituciones de crédito. Por ejemplo, en el caso del BID, se reconocen acuerdos subregionales o regionales de integración, tales como: Mercado Común Centroamericano; Comunidad del Caribe; Acuerdo de Cartagena; Asociación Latinoamericana de Integración, entre otros.

4.7.4.4. Aclaración de documentos de licitación

Los oferentes tienen la facultad de solicitar a los prestatarios, le sean resueltas las dudas que puedan tener en relación a los documentos de licitación. Sin embargo, esto no afecta el plazo para presentar ofertas. En estos casos, no se identifica al oferente que solicitó la consulta, sino que se envía a todos los oferentes.



4.7.5. Modelos contractuales

Los documentos de licitación deben establecer el tipo de contrato que se realizará, así como las estipulaciones o condiciones contractuales que el mismo llevará. El tipo de contrato a celebrarse dependerá de la magnitud, características y ubicación del proyecto que se desee realizar. Cuando el proyecto requiera una cantidad de una variedad de obras y equipo, generalmente se adjudican dos contratos por separado uno para obras civiles y otro para suministro e instalación.

Sin embargo, podrán celebrarse los llamados *contratos llave en mano o turnkey contract*, por medio de este tipo de contrato el contratista asume una responsabilidad global, comprometiéndose a realizar la obra, suministro de materiales y maquinaria, el transporte de éstos, y en sí a la instalación, montaje y puesta en funcionamiento del mismo, en un solo contrato.

4.7.5.1. Condiciones contractuales

Las condiciones contractuales, son las cláusulas que regulan el contrato que se adjudicará a la empresa favorecida, y del cual se inserta un modelo en el documento de licitación. Estas cláusulas son utilizadas para regular todos los aspectos que regirán la relación entre empresa, prestatario y banco. Estos contratos contienen condiciones de carácter general y de carácter especial.



4.7.5.2. Condiciones generales del contrato

Son aquellas cláusulas comunes o frecuentes, aplicables a este tipo de contratos que son resultado de una licitación pública internacional.

“Los contratos con los proveedores deberán incluir condiciones generales en que figuren, entre otras, obligaciones generales del contratista, disposiciones sobre fianzas, indemnizaciones y seguros, cláusulas penales y bonificaciones, porcentaje de retención de pagos, terminación, anticipos, forma y moneda de pago. Cuando corresponda deberán incluir también los deberes y responsabilidades del (los) consultor (es), modificaciones, partidas adicionales y situaciones particulares del lugar donde se efectúen las obras que puedan afectar su construcción.”²⁷

Las cláusulas generales utilizadas comúnmente a nivel internacional son las siguientes:

- a) Elegibilidad de gastos imputables al financiamiento del banco: todos los gastos derivados de la adjudicación de un contrato, debe hacerse en países que sean miembros de estas organizaciones internacionales de crédito.
- b) Pagos: todo lo referente a pagos a favor del contratista, deben estar establecidos y detallados claramente, así como todos los pagos que se harán en concepto de anticipo.

²⁷ Banco Interamericano de Desarrollo. *Op. Cit.* Pág. 34.



- c) **Reajuste de precio:** son cláusulas que regulan aquellos casos en los cuales se podría dar una elevación o disminución en los precios.
- d) **Retención de pagos:** podrá pactarse que de cada pago hecho al contratista se retendrá un porcentaje en concepto de garantía, para cumplimiento de las obligaciones del contrato.
- e) **Cláusulas penales:** tendrán lugar en los casos de incumplimiento del contratista, tales como el no terminar el proyecto en el plazo pactado o la no terminación de la obra.
- f) **Cláusula de bonificación:** tendrá lugar en los casos, que el contratista cumpla con su obligación antes del tiempo estipulado o bien por sobrepasar los criterios mínimos de rendimiento.
- g) **Fuerza mayor:** el contrato deberá regular, lo que se hará por incumplimiento del mismo derivado de un hecho de fuerza mayor.
- h) **Leyes aplicables y resolución de desacuerdos:** en cuanto a controversias derivadas del cumplimiento y ejecución del contrato, deberá establecerse el derecho aplicable y el foro al cual se someten para la resolución de controversias. Algo que hay que tomar en cuenta, es que los organismos internacionales de crédito no pueden nombrar árbitros ni funcionar como tales. Asimismo, se establece que el arbitraje comercial internacional tiene ventajas prácticas con respecto a otros medios para el arreglo de controversias, salvo los funcionarios del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI.
- i) **Responsabilidad:** hay que tener en claro, que el contrato se celebrará entre el prestatario y el proveedor o contratista, por lo que el banco no es parte en el



contrato. De ahí, que la responsabilidad en la ejecución del proyecto y pago de la obra, servicios o bienes adquiridos corresponda únicamente al prestatario, correspondiéndole al banco, únicamente desembolsar los fondos de los prestamos que otorga solo a medida que el prestatario incurre en gastos. Estos desembolsos, se realizan conforme la solicitud de retiro de fondos que presente el prestatario.

4.7.5.3. Condiciones especiales del contrato

Son cláusulas específicas para cada contrato, dependiendo de las obras a ejecutar o de los bienes a prestar, haciendo una descripción detallada de cada una de las condiciones del mismo.

4.7.6. Convocatoria a la licitación pública internacional

Si tuvo lugar una precalificación, el prestatario únicamente deberá enviar invitaciones para presentar ofertas a las empresas que fueron precalificadas. Si no hubo una precalificación, se procede a la publicidad de convocatoria, a través de los medios de comunicación descritos anteriormente.

4.7.7. Validez de las ofertas

Previo a evaluar las ofertas, se debe exigir a los licitantes la presentación de ofertas que permanezcan válidas durante un cierto periodo, el cual deberá especificarse en los



documentos de licitación. Esto con el fin, que el prestatario tenga el tiempo suficiente para comparar y evaluar ofertas, con la seguridad que al terminar dicha evaluación la oferta seguirá en pie y podrá adjudicar el contrato respectivo.

Lo anterior va ligado a la llamada **garantía de seriedad**, que permite a los prestatarios hacerla efectiva en caso de que la oferta no permanezca en pie, ya sea que la retiren o la modifiquen. Dicha garantía, deberá ser devuelta a los oferentes cuyas ofertas hubieren sido rechazadas.

4.7.7.1. Criterios de evaluación de ofertas

Se refiere a las reglas que deben cumplirse, para que el prestatario pueda seleccionar la oferta que más le convenga. Es decir, que la oferta que cumpla con los criterios de evaluación y obtenga la puntuación más alta, obtendrá la adjudicación. Para tal efecto los documentos de licitación, deben determinar de manera clara los factores que el prestatario tomará en cuenta al momento de realizar la evaluación y el valor que será otorgado a cada factor.

Los factores que generalmente se toman en cuenta son: el precio total de la obra o servicio a prestarse; los costos de transporte al proyecto; calendario de pagos; el plazo para la prestación de servicios o entrega de obras; los costos operativos; la eficiencia y compatibilidad de los equipos; lo referente a la disponibilidad de servicios de mantenimiento y repuestos y los métodos de construcción propuestos.



4.7.7.2. Plazo para la preparación de ofertas

Entre la convocatoria y la apertura de ofertas debe mediar un plazo razonable. El plazo para poder presentar ofertas, debe determinarse conforme las circunstancias especiales del proyecto que se trate, así como de la complejidad del mismo. Por lo general, en las licitaciones internacionales se concede un plazo no menor a seis semanas a partir de la convocatoria a licitación. Sin embargo, cuando se refiera a obras complejas o de gran magnitud se concede un plazo no menor a doce semanas.

Por lo que los documentos de licitación, deben determinar el plazo y la hora límite para entrega de las ofertas. En el caso del BID, este concede por lo menos 45 días calendario, que empiezan a contarse desde la fecha de la última publicación a convocatoria. Cuando se trate de obras que requieran mayor complejidad, se podrá ampliar el plazo, el BID concede hasta 90 días.

4.7.7.3. Apertura y presentación de ofertas

Una vez llegada la fecha y la hora límite de entrega de ofertas, se procede a la apertura de las mismas. Las ofertas deben presentarse en sobres cerrados, por escrito y estar firmadas por los representantes legales de la empresa contratista.

Deberá velarse por su seguridad para lo cual serán guardados en un lugar seguro. Asimismo, serán abiertas en un lugar público en la fecha y hora establecidas, en



presencia tanto de los oferentes como de los representantes de los organismos de crédito.

Si las ofertas fueron presentadas fuera del plazo establecido, estas no son abiertas y se envían nuevamente al oferente. De todo lo actuado, se debe levantar acta. Los prestatarios tienen la facultad de solicitar que se aclaren puntos dudosos de las ofertas presentadas.

4.7.7.4. Confidencialidad de las ofertas

Una vez realizada la apertura de las ofertas, se debe guardar confidencialidad de la información presentada en cada una de ellas, salvo a las personas que estén relacionadas directamente con el proceso.

4.7.7.5. Análisis y evaluación de ofertas

“Al analizar las ofertas, el prestatario examinará especialmente que éstas:

- (i) Estén debidamente firmadas;
- (ii) Se hayan incluido las garantías requeridas;
- (iii) Cumplan sustancialmente con los requisitos de los documentos de licitación;
- (iv) Cumplan con los requisitos de nacionalidad de contratistas de obras civiles y origen de los bienes según los establecido por el Bando; y



- (v) No contengan errores de cálculos.”²⁸

4.7.7.6. Comparación de ofertas

Posterior al análisis de ofertas, procede la comparación de las mismas en base a los criterios de evaluación que se establecieron, para determinar cuál de ellas es la evaluada más baja.

La oferta evaluada como la más baja, se refiere a la oferta más ventajosa o conveniente para el prestatario, por lo que esta oferta ha cumplido satisfactoriamente con los criterios de evaluación.

4.7.7.7. Rechazo de ofertas

El prestatario deberá analizar todas las ofertas, sin embargo, aquellas que no cumplan con los requisitos esenciales, cuando no exista competencia efectiva, o bien cuando los precios de las ofertas sean sustancialmente más elevados que los presupuestos disponibles, el prestatario podrá rechazar todas las ofertas.

En cuanto, a la falta de competencia efectiva, esta se determina no en cuanto a la base del número de licitantes, ya que será válida la licitación aun cuando solo una oferta haya sido entregada, siempre que la licitación haya sido notificada y los precios sean

²⁸ *Ibid.* Pág. 40.



razonables. En ese sentido, el prestatario deberá analizar los documentos de licitación y convocar a una nueva licitación.

Los oferentes, tienen el derecho a *protestar* es decir, a presentar por escrito su inconformidad, impugnación u objeción de determinado acto realizado por el prestatario, en cualquier etapa del proceso.

4.7.8. Adjudicación del contrato

La oferta evaluada como la más baja y que se ajuste a lo establecido en los documentos de licitación, es la que resultará favorecida con la adjudicación del contrato. Para realizar la adjudicación, el prestatario debe tener la aprobación del organismo internacional de crédito.

A ningún licitante, se le puede establecer como obligación para la adjudicación del contrato, que asuma la responsabilidad por trabajos que no estén establecidos en los documentos de licitación, o que realice modificaciones en la oferta que se presentó originalmente. Asimismo, una vez adjudicado el contrato el prestatario queda obligado a formalizar el contrato respectivo.

4.7.9. Firma del contrato

La adjudicación del contrato se perfecciona con la firma del beneficiado y el prestatario. Posteriormente, se procede a redactar el contrato de conformidad con los documentos



de licitación y el modelo del contrato presentado en dichos documentos. En cuanto a la redacción propiamente del contrato, el prestatario puede hacer uso de su legislación local, siempre que no contraríe los principios que rigen a la licitación pública internacional.

CAPÍTULO V

5. Vulnerabilidad de principios en la contratación pública

5.1. Análisis de caso concreto en contratación de obra

En relación a la contratación pública y cuando esta se deriva de un contrato de préstamo, es importante analizar un caso concreto, para que a partir de ese análisis, se pueda estar en la capacidad de considerar si existe vulnerabilidad a los principios generales de la contratación, como es lo relacionado con la libertad de participación derivado de la libre competencia, la publicidad, transparencia, la selección adecuada del oferente que ofrezca las mejores condiciones técnicas y económicas que le permitan al Estado, realizar una contratación adecuada y si esta contratación debe realizarse dentro del ámbito nacional o internacional.

El Congreso de la República de Guatemala, con fecha 11 de octubre de 2012, emitió el Decreto número 29-2012 y al analizarse el mencionado Decreto se establece lo siguiente:

En los considerandos, se establece que entre las funciones del Estado se encuentra la promoción del desarrollo económico de la Nación estimulando la iniciativa en actividades agrícolas, pecuarias, industriales, turísticas y hace relación a que los servicios de infraestructura física, especialmente carreteras no han recibido el mejoramiento y ampliación adecuada, y que corresponde al Ministerio de



Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda la ejecución de proyectos de infraestructura como el Proyecto denominado “Rehabilitación de la Ruta Existente y Ampliación a Cuatro Carriles de la Ruta CA-2 Occidente” Tramo Cocales - El Zarco – Tecún Umán, el cual se enmarca en el plan de desarrollo vial 2008-2017, que pretende la integración regional y supra-regional de la red de carreteras mejorando la funcionalidad de Guatemala con sus países vecinos, México, El Salvador, Honduras y Belice.

Se hace relación, a que es necesario reforzar los grandes corredores centroamericanos y que el Ministerio de Comunicaciones Infraestructura y Vivienda, solicitó al Ministerio de Finanzas Públicas, presentar solicitudes oficiales de financiamiento ante el Banco Nacional de Desarrollo E Social - BNDS-, hasta por un monto de doscientos ochenta millones de dólares de los Estados Unidos de América y el Banco Centroamericano de Integración Económica -BCIE-, hasta por un monto de ciento diecinueve millones cuatrocientos mil dólares de los Estados Unidos de América, para financiar el referido proyecto.

Al analizar los considerandos del mencionado decreto, se establece que en principio se hace referencia a la obligatoriedad del Estado en el Desarrollo de las distintas actividades de carácter económico y social para el desarrollo de la Nación y que en relación a la infraestructura vial, la necesidad de reforzar los corredores centroamericanos, así también se indica que la ejecución del proyecto carretero relacionado, se financiará con fondos provenientes de financiamiento externo, financiamiento que se obtendrá a través de dos instituciones de crédito, siendo una de



ellas el Banco Nacional de Desarrollo E Social –BNDES- y el Banco Centroamericano de Integración Económica -BCIE- en los montos ya relacionados.

Asimismo, se establece que corresponde al Congreso de la República de Guatemala, emitir la disposición legal mediante la cual se autorice la suscripción del contrato de préstamo.

En el Decreto mencionado, el Congreso de la República en ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171 literal a) e I), de la Constitución de la República de Guatemala, decreta, la aprobación de las negociaciones de los financiamientos con las instituciones de crédito, ya relacionados anteriormente, y el Gobierno de la República de Guatemala.

Asimismo, se autoriza al Organismo Ejecutivo para que por medio del Ministerio de Finanzas Públicas, se suscriba los financiamientos ya relacionados, determinándose las condiciones fundamentales que deben de observarse en dicha contratación, lo anterior se encuentra establecido en los Artículo 1 y 2.

Además, entre las condiciones específicas para cada uno de los contratos con las Instituciones de crédito, se establecen los aspectos específicos como: 1) los montos, el destino que es para el financiamiento del proyecto: “Rehabilitación de la Ruta Existente y Ampliación a Cuatro Carriles de la Ruta CA-2 Occidente”; 2) En forma expresa se indica que el organismo ejecutor es el Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda, y que el plazo es hasta quince (15) años que incluye 42 meses de período de



gracia para el contrato con el BNDES y veinte (20) años y cuarenta y dos (42) meses de período de gracia para el contrato con el BCIE; 3) lo relacionado con los intereses, las amortizaciones, que se dan mediante cuotas semestrales, consecutivas y constantes, indicando que el Importador de los Bienes y Servicios a Adquirir, es el Ministerio de Comunicación Infraestructura y Vivienda y el exportador de los Bienes y Servicios a Adquirir es la Constructora Norberto Odebrecht, S.A.

En el Decreto en mención, específicamente en el Artículo 4 literalmente se indica lo siguiente: **“Artículo 4. Autorización para la suscripción del contrato comercial.** En el marco de los contratos de financiamiento, aprobados en el Artículo 1 del presente Decreto, se autoriza al Ministerio de Comunicaciones Infraestructura y Vivienda, a suscribir con la empresa Constructora Norberto Odebrecht, S.A. El contrato comercial correspondiente”.

En el Decreto en mención y específicamente en el Artículo 4. Literalmente transcrito, expresamente se hace constar que la contratación de carácter comercial, está relacionada para la ejecución del proyecto: “Rehabilitación de la Ruta Existente y Ampliación a Cuatro Carriles de la Ruta CA-2 Occidente”, debe hacerse específicamente con la empresa que en el propio Decreto se menciona, este Decreto cabe mencionar, que fue declarado de urgencia nacional y con el voto favorable con más de las dos terceras partes del número total de diputados del Congreso de la República, y entraría en vigencia el día siguiente de su publicación en el diario oficial, dicho Decreto fue publicado el jueves 8 de noviembre de 2012 en el Diario de Centro América.



Derivado del Decreto emitido por el Congreso de la República de Guatemala, con fecha trece de diciembre de dos mil doce, se suscribió entre el Estado de Guatemala y los representantes legales de la entidad ya relacionada, el contrato de obra identificado con el número cero cincuenta y tres guión dos mil doce guión DGC guión construcción, el cual fue aprobado, mediante Acuerdo Ministerial número diez sesenta y uno guión dos mil doce de fecha veinte de diciembre de dos mil doce.

Procede en consecuencia, establecer que en el referido Decreto, ya se establece en forma directa con quien debe contratarse la ejecución del proyecto carretero.

5.1.1. La inobservancia al principio de libertad de competencia

La Ley de Contrataciones del Estado de Guatemala, establece en el Artículo 1º que la compra, venta y la contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requieren los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, y otras entidades que ahí se refiere, se deben sujetar a dicha Ley y su Reglamento, no obstante esa norma general tiene una excepción, pues en el mismo Artículo se hace constar lo siguiente en el segundo párrafo: “En lo relativo a lo dispuesto en convenios y tratados internacionales de los cuales la República de Guatemala sea parte, las disposiciones contenidas en la presente Ley y reglamento de la materia se aplicarán en forma complementaria, siempre y cuando no contradiga los mismos.

La disposición anterior, se debe interpretar que la Ley de Contrataciones se aplicará en forma complementaria, siempre que no se esté en contra de lo dispuesto en los



convenios y tratados internacionales, en el caso de análisis, se suscribió un contrato de préstamo y en el mismo se establece específicamente que entidad debe ser contratada para la ejecución de un proyecto nacional.

Al amparo, de lo dispuesto en el propio contrato de préstamo, lo anterior implica que al realizarse una contratación de carácter directo y con fundamento en lo dispuesto en el propio Decreto del Congreso y el contrato de préstamo, ya no le da margen al Estado a realizar un proceso de contratación pública, a efecto de que a través de esa libre participación y competencia se pueda calificar y seleccionar a la entidad que reúna los mejores criterios técnicos, de equipamiento y de experiencia, y a través de esa calificación, seleccionar bajo los parámetros que se ofrezcan, los mejores beneficios económicos al país, de la entidad que debería ser la encargada de la ejecución de los trabajos de un proyecto de tal magnitud.

La contratación directa, amparados según Decreto del Congreso y de un contrato de préstamo y bajo las directrices de la entidad de Crédito, limita y vulnera el principio de la libertad de competencia, mediante la cual pueda el Estado seleccionar a la Entidad encargada de la ejecución de proyectos, principio de libertad de competencia que se ve seriamente limitado y en consecuencia resulta el Estado indefenso en aplicar una libertad de contratación.



5.1.2. La inobservancia al principio de transparencia

La contratación en forma directa, también viene a ser un limitante al principio de transparencia, toda vez que no se tiene una pública calificación de toda la capacidad técnica y de experiencia que puede tener una empresa directamente contratada, pues la contratación directa impide poder analizar todos esos parámetros.

5.1.3. La inobservancia a los principios de eficacia y eficiencia administrativa

La contratación directa, no permite desarrollar un proceso de calificación y selección, que permita desarrollar todo el principio de una libre contratación, y desarrollo de todo un proceso administrativo, y de control en relación a todos los egresos que tienen que derivarse de un proceso de esta clase de contratación, el cual tiene que realizarse durante todo el proceso que resulte no solo de la contratación y ejecución, sino todo el plazo relacionado con los contratos de préstamo, y de allí que la eficacia y eficiencia administrativa no tienen una presencia inmediata en el desarrollo de estos temas.

5.2. Limitaciones legales

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece como uno de los deberes del Estado proteger a la persona y a la familia y su fin supremo es la realización del bien común, así mismo garantizar el desarrollo integral de la persona y entre las obligaciones fundamentales está, el de promover el desarrollo económico de la Nación estimulando la iniciativa en las actividades, agrícolas, agropecuarias, turísticas y



de otra naturaleza y el Artículo 43, indica que se reconoce la libertad de industria, de comercio y de trabajo, salvo por las limitaciones que por interés nacional impongan las leyes.

La ejecución de trabajos o de proyectos que realiza el Estado, deben de realizarse a través de la obtención de recursos económicos que le permitan su ejecución, en el caso de la ejecución de proyectos con recursos externos, el Estado se ve obligado a la obtención de Créditos que le permitan la obtención de dichos recursos. Sin embargo, para realizar o formalizar dichas contrataciones de préstamo, se deben realizar las gestiones ante las diferentes instituciones de crédito y estas como es natural, establecen las condiciones de conformidad con las cuales se debe suscribir dichos contratos de préstamo, y entre estas condiciones aparecen algunas que sujetan al Estado a su cumplimiento.

Sin embargo, algunas de esas condiciones lesionan la libertad de decisión que debe de tener el Estado, en cuanto a considerar la mejor forma de contratación y la más conveniente, pues en definitiva el contrato de crédito le obliga no solo a devolver la cantidad entregada en calidad de crédito, sino los correspondientes intereses y multas por incumplimiento.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Actualmente, el Estado de Guatemala al ejecutar obra pública derivada de los convenios de préstamo, está condicionado a no poder seleccionar libremente al ente que debe de ejecutar dicha obra, toda vez que en el mismo contrato de préstamo se indica que contratista debe ejecutar la obra.

Lo indicado anteriormente, limita la libertad de contratación que debe tener el Estado, debido a que no puede seleccionar al oferente que se ajuste a los requisitos y condiciones que más convengan a los intereses nacionales, lo cual conlleva a vulnerar los principios generales de la contratación, tales como la libertad de participación derivado de la libre competencia, la publicidad, transparencia, la selección adecuada del oferente que ofrezca las mejores condiciones técnicas y económicas que le permitan al Estado, realizar una contratación adecuada.

Con base en lo expuesto en los párrafos precedentes, se establece que el procedimiento de licitación pública internacional, le permitirá al Estado seleccionar al mejor oferente y con ello, ejecutar una mejor calidad de obra pública, en el menor tiempo posible y con la menor cantidad de recursos, basados en los principios de eficacia y eficiencia de la función administrativa del Estado.





BIBLIOGRAFÍA

- Banco Interamericano de Desarrollo. **Políticas básicas y procedimientos de adquisiciones del BID**. 1995.
- Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento-Banco Mundial. **Normas: contrataciones con préstamos del BIRF y créditos de la AIF**. Washington D.C. 2006.
- BELTRÁN, Gambier. **El principio de igualdad en la licitación pública y la potestad modificatoria en los contratos administrativos**. Buenos Aires, Argentina, 1994.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 16^a. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 1979.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge. **Derecho administrativo y teoría de la administración**. Guatemala, Centro América, 1997.
- CHICAS HERNÁNDEZ, Raúl, José Alejandro Alvarado Sandoval, Ottoniel López Cruz y Guillermo Fernández y Fernández. **Apuntes de derecho tributario y legislación fiscal**. Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, Centro América, 2007.
- DELPIAZZO, Carlos. **Los tres tránsitos de la contratación pública**. Revista de derecho público, 2013.
- Dirección General de Caminos, Ministerio de Infraestructura y Vivienda. **Especificaciones generales para construcción de carreteras y puentes**. Guatemala, 2000.
- GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **Los contratos administrativos**. Colección Juritex, Guatemala, 2012.
- <http://www.bancomundial.org/es/about/what-we-do/brief/ibrd>, consultado el 3 de marzo de 2015.
- http://www.funcionpublica.gob.mx/unaopspf/credito/birf99_2.htm, consultado el 3 de marzo de 2015.
- <http://www.iadb.org/es/acerca-del-bid/licitacion-publica-internacional,6252.html>, consultado el 3 de marzo de 2015.
- <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/glances.htm>, consultado el 3 de marzo de 2015.



<http://www.guatecompras.gt/info/preguntasfreccabierto.aspx>, consultado el 4 de marzo de 2015.

LÓPEZ AGUILAR, Santiago. **Introducción al estudio del derecho**. Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, Centro América, 1985.

LÓPEZ ELÍAS, José Pedro. **Aspectos jurídicos de la licitación pública en México**. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (UNAM), México, D. F. 1999.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. 32ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 2000.

PEÑA PUIG, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 3ª ed. Madrid España: Ed. Pirámide, S.A. 1976.

SIERRA GONZALEZ, José. **Derecho constitucional guatemalteco**. Guatemala, Centro América: Ed. Piedra Santa, 2000.

Transparency International. **Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción**. Guatemala, Centroamérica: Ed. Serviprensa, S. A. 2010.

VILLEGAS, Héctor. **Derecho tributario**. Buenos Aires, Argentina: Ed. de Palma, 1984.

Legislación:

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

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

Convenio constitutivo del Banco Centroamericano de Integración Económica. Banco Centroamericano de Integración Económica. Suscrito por los países centroamericanos. Managua, República de Nicaragua, 1960.

Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional. Fondo Monetario Internacional. Adoptado en la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas, celebrada en Bretton Woods, New Hampshire, 1944.

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

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



Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Acuerdo Gubernativo Número 1056-92, Presidente de la República de Guatemala, 1992.