

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a crown on top, flanked by two lions. Below the shield are two figures, possibly saints or historical figures, holding a book. The shield is supported by two columns. The entire emblem is surrounded by a circular border containing the Latin text "UNIVERSITAS CAROLINA ACACIENSIS INTER AMERICAS CONSPICUA CAROLINA ACACIENSIS".

**VULNERABILIDAD EN LA DECISIÓN DE LA ADJUDICACIÓN REALIZADA POR
LAS JUNTAS DE COTIZACIÓN PÚBLICA, AL SER CONFORMADAS CON
PERSONAL EN RELACIÓN DE DEPENDENCIA LABORAL EN GUATEMALA**

ERICK VINICIO MAAS TEOS

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2016

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

**VULNERABILIDAD EN LA DECISIÓN DE LA ADJUDICACIÓN REALIZADA POR
LAS JUNTAS DE COTIZACIÓN PÚBLICA, AL SER CONFORMADAS CON
PERSONAL EN RELACIÓN DE DEPENDENCIA LABORAL EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ERICK VINICIO MAAS TEOS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

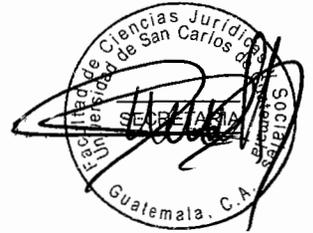
Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2016



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 20 de julio de 2015.

Atentamente pase al (a) Profesional, SARA EUGENIA JOCON HERNANDEZ
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
ERICK VINICIO MAAS TEOS, con carné 200032277,
 intitulado VULNERABILIDAD EN LA DECISIÓN DE LA ADJUDICACIÓN REALIZADA POR LAS JUNTAS DE
COTIZACIÓN PÚBLICA, AL SER CONFORMADAS CON PERSONAL EN RELACIÓN DE DEPENDENCIA LABORAL
EN GUATEMALA.

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.

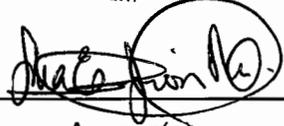
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros 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.


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 03 / 08 / 2015 1)

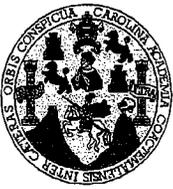


Asesor(a)
LICENCIADA
 Sara Eugenia Jacon Hernández
 ABOGADA Y NOTARIA

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 - Guatemala, Guatemala





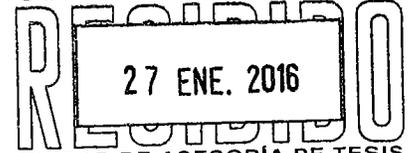
LICDA. SARA EUGENIA JOCON HERNÁNDEZ
Abogada y Notaria – Colegiada 4673
31 AVE. "A" 20-49 Zona 7. Colonia El Incienso
Tel. 53087522



Guatemala, 26 de octubre de 2015.

Dr. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la unidad de asesoría de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS

Hora: _____

Firma:

Distinguido Doctor:

En atención al nombramiento como Asesor de Tesis, del Bachiller **ERICK VINICIO MAAS TEOS**, me dirijo a usted, haciendo referencia a la misma, con el objeto de informar sobre mi labor y oportunamente emitir el Dictamen correspondiente; y habiendo asesorado el trabajo encomendado,

EXPONGO:

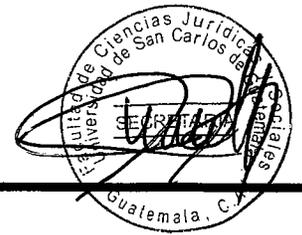
- A) Respecto al nombre del trabajo de tesis, se nomina de la siguiente manera: **"VULNERABILIDAD EN LA DECISIÓN DE LA ADJUDICACIÓN REALIZADA POR LAS JUNTAS DE COTIZACIÓN PÚBLICA, AL SER CONFORMADAS CON PERSONAL EN RELACIÓN DE DEPENDENCIA LABORAL EN GUATEMALA"**.
- B) En cuanto al contenido científico y técnico de la presente investigación, se evidencia que la relación funcional existente entre trabajador y autoridad superior del ente público que cotiza, vulnera el proceso derivado que puede existir injerencia o manipulación en la adjudicación y elección del oferente.
- C) En la revisión del trabajo de tesis, se discutieron algunos puntos en forma personal con el autor, realizando los cambios y correcciones que la investigación requirió, en argumento de lo anterior, procedí a revisar los diferentes métodos empleados, los cuales fueron; el analítico, cuyo cometido fue descomponer el tema central en varios subtemas, con el propósito de encontrar posibles soluciones; el deductivo que partió de generalizaciones universales permitiendo obtener inferencias particulares; el sintético mediante el cual se relacionaron hechos aislados para poder así formular una teoría unificando diversos elementos y el inductivo estableciendo enunciados a partir de la experiencia. La técnica utilizada fue la observación.



LICDA. SARA EUGENIA JOCON HERNÁNDEZ

Abogada y Notaria – Colegiada 4673

31 AVE. "A" 20-49 Zona 7. Colonia El Incienso
Tel. 53087522



- D) La contribución científica, es demostrar que la Ley de Contrataciones del Estado, debe ser reformada, en el sentido de que las juntas de cotización, deben ser independientes de las entidades públicas, integradas por profesionales, quienes realizaran una selección de la mejor oferta.
- E) Se comprobó que la bibliografía fuera la correcta, que los métodos y técnicas fueron aplicados adecuadamente, en virtud que con ellos, se obtuvo la información necesaria y objetiva para la elaboración, redacción y presentación final del presente trabajo; y en cuanto a la conclusión discursiva, comparto los argumentos vertidos por el autor, puesto que la misma se encuentra estructurada de acuerdo al contenido del plan de investigación y está debidamente fundamentada.
- F) Expresamente declaro que no soy pariente del estudiante dentro de los grado de ley.
- G) Se establece, que se cumplieron los requisitos exigidos por el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo cual resulta procedente dar el presente dictamen favorable, aprobando el trabajo de tesis asesorado.

Con la manifestación expresa de mi respeto, soy de Usted, su deferente servidora.

Licda. Sara Eugenia Jocon Hernandez

Abogado y Notario

Col. 4673





USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 11 de abril de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante ERICK VINICIO MAAS TEOS, titulado VULNERABILIDAD EN LA DECISIÓN DE LA ADJUDICACIÓN REALIZADA POR LAS JUNTAS DE COTIZACIÓN PÚBLICA, AL SER CONFORMADAS CON PERSONAL EN RELACIÓN DE DEPENDENCIA LABORAL EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.

Lic. Daniel Mauricio Tejeda Aiestas
Secretario Académico



Lic. Avicán Ortiz Orellana
DECANO



DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser mi creador y fuente de sabiduría que me ha permitido finalizar esta etapa de mi carrera profesional.
- A MIS PADRES:** José Benigno Maas Barrondo y Adela Olivia Teos Choc Por su amor, paciencia, comprensión y haberme educado con valores éticos, morales y cristianos. Hoy en gran parte gracias a ustedes he alcanzado esta meta
- A MI ESPOSA:** Ingrid Pilar Caal Macz, Por su amor y apoyo incondicional en esta nueva etapa de mi vida.
- A MI HIJO:** Vinicio Pablo Javier, por ser la persona más especial en mi vida y ser la fuente de mi inspiración.
- A MIS HERMANOS:** Marta Lidia, José Benigno y Arleny Xiomara, gracias por su amor, cariño y apoyo.
- A MIS SOBRINOS:** Lidia Carolina, Bayron Wilfredo, Dania Guadalupe y José Daniel, porque mi vida no hubiera sido la misma sin ustedes.
- A MI FAMILIA:** Por todo el apoyo y motivación brindada a lo largo de mi etapa como estudiante, en especial a mi tío Víctor Manuel y María Luisa, por las muestras de amor y cariño manifestadas a lo largo de mi vida.
- A MI TIO:** Miguel Ángel Maas Barrondo, por ser mi mentor desde los primeros años de vida, por su motivación constante y haberme guiado con sus sabias enseñanzas.
- A MIS AMIGOS:** Por su apoyo y amistad.
- A:** La Gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala por abrirme sus puertas y darme la oportunidad de realizar mis estudios universitarios permitiéndome cumplir uno de los sueños más anhelados de mi proyecto de vida.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y a cada uno de sus maestros quienes con sus sabias enseñanzas e instrucciones me permitieron adquirir los conocimientos necesarios para mi superación profesional.

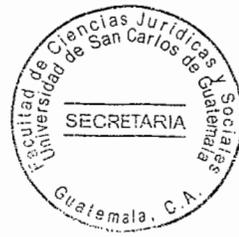


PRESENTACIÓN

Se realizó una investigación cuantitativa, para la obtención de mayor cantidad de datos válidos, para la presentación final. Siendo necesario determinar en la rama del derecho administrativo, cuáles son las consecuencias jurídicas, sociales y económicas derivadas, del establecimiento de que en la mayoría de procesos de cotización pública, existe controversia, porque es evidente que derivado de la relación funcional que existe entre los miembros de las juntas de cotización y las entidades públicas que cotizan, puede darse un acto de corrupción, manipulación o adjudicación arbitraria, derivado de que el trabajador, por el temor de perder su empleo, acepta la injerencia de las autoridades superiores del ente público. La investigación que abarca un período que inicia en el mes de enero del dos mil catorce a octubre del dos mil quince.

Como sujetos de la investigación se encuentran las entidades públicas y las juntas de cotización pública y como objeto de la misma están los actos y contratos administrativos, derivados de un proceso viciado lo cual afecta a los oferentes que de buena fe participan en dichos procesos públicos. No existe una certeza de que la administración pública, actúe dentro de sus facultades, lo que obliga al administrado a realizar un control de los actos administrativos.

Derivado del trabajo realizado, se determinó jurídicamente que la legislación actual, no responde ni garantiza la transparencia de los procesos de cotización pública.



HIPÓTESIS

La presente investigación de tesis, se realizó según la variable independiente y en el presente estudio influyen instituciones como las entidades públicas del Estado y la conformación de las juntas de cotización.

Como estudiante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, se encamino la investigación, tomando como unidad de análisis a los administrados, frente a las resoluciones o actos de la administración pública.

La hipótesis operativa utilizada en esta investigación, pretendió realizar un análisis de los efectos negativos que existen en los procesos de cotización pública, cuando existe una dependencia laboral, que permite influir en la decisión de adjudicación de un proyecto, obra o suministros que se coticen, así como los efectos que se producen frente a los oferentes y administrados, que se ven afectados por actos de corrupción.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

El método utilizada para la comprobación de la hipótesis, fue el deductivo, el cual consiste en la aplicación de este método se necesita de silogismos lógicos, en donde silogismo es el argumento que consta de tres proposiciones, es decir se comparan dos extremos denominados premisas o términos, con un tercero para descubrir la relación entre ellos.

La hipótesis planteada en el plan de investigación, fue validada al ser afirmada con la información y el análisis del trabajo final, llegando a la conclusión que la relación funcional, es decir, empleado público y la autoridad superior de las entidades públicas que cotizan, permite la corrupción en la adjudicación de proyectos, cuando no se les da la oportunidad a los otros oferentes de realizar un efectivo control del proceso público, lo que dificulta el ejercicio de derecho de defensa.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. La cotización pública en Guatemala.....	1
1.1. Orígenes de la cotización pública.....	2
1.2. Las bases de cotización y participación administrativa.....	4
1.3. Los oferentes en el proceso de cotización pública.....	6
1.4. La conformación de la junta de cotización.....	7
1.5. Los principios de la cotización pública.....	8
1.6. El contrato administrativo.....	10
1.7. Las mejores condiciones derivadas del proceso de cotización.....	14

CAPÍTULO II

2. La administración estatal y el control administrativo.....	17
2.1. El derecho administrativo.....	18
2.2. Organización de la administración pública.....	20
2.2.1. La concentración administrativa.....	21
2.2.2. La descentralización administrativa.....	21
2.2.3. La autonomía.....	23
2.2.4. La desconcentración administrativa.....	24
2.3. Formas de administrar.....	25
2.4. Gestión de los organismos públicos.....	29

CAPÍTULO III

3. El control de la actividad administrativa.....	37
3.1. La dos caras del y sus elementos.....	38
3.2. Principios de la actividad administrativa.....	41
3.3. El autoritarismo guatemalteco.....	43
3.4. Los fines del Estado y la actividad administrativa.....	44



CAPÍTULO IV

4. Vulnerabilidad en la decisión de la adjudicación realizada por las juntas de cotización pública, al ser conformadas con personal en relación de dependencia laboral en Guatemala	49
4.1. La administración armónica, técnica y eficiente de los trabajadores del Estado	50
4.2. El derecho de los ciudadanos a optar a empleos públicos	52
4.3. El ingreso al servicio público	54
4.4. La jerarquía administrativa	56
4.5. Integración de la junta de cotización	58
4.6. Vulnerabilidad en la decisión de la adjudicación realizada por las juntas de cotización pública, al ser conformadas con personal en relación de dependencia laboral en Guatemala	61
CONCLUSIÓN DISCURSIVA	69
BIBLIOGRAFÍA	71



INTRODUCCIÓN

La presente investigación se explica según la necesidad de realizar un análisis doctrinario, sobre la funcionalidad y transparencia del proceso de cotización pública, lo cual tiene como función principal, resolver el conflicto que emana de la manipulación autoritaria que surge de la relación funcional de los miembros de las juntas y el ente que cotiza.

El problema se centra en el análisis del Decreto número 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado, el cual dota de un mecanismo legal que regule la compra, venta y la contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requieran los organismos del Estado. La junta de cotización es considerada como el único órgano competente dentro de la entidad para recibir, calificar ofertas y adjudicar el negocio.

Los objetivos se centraron en determinar las formas de manipulación administrativa, que era para favorecer a terceros vinculados a la administración o al ente público y como regularizar dichos actos con la implementación de nuevos preceptos jurídicos, que permitan obtener la oferta más beneficiosa para la administración pública.

La hipótesis se comprobó al determinar que la conformación de las juntas de cotización en forma independiente al ente que cotiza, permite tener la certeza de haber realizado la adjudicación a la mejor oferta. La fase integrativa en forma independiente, da lugar a la voluntad objetiva y a su exteriorización con la

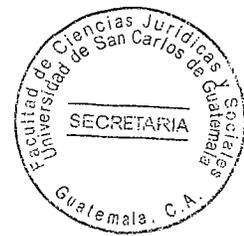


formalización de un contrato, perfeccionado en la forma en que el derecho positivo lo prevea.

El trabajo desarrollado se dividió en cuatro capítulos: El primero trata sobre la cotización pública en Guatemala; en el segundo se expone lo relativo a la administración estatal y el control administrativo; el tercero establece el control de la actividad administrativa; y el cuarto contiene vulnerabilidad en la decisión de la adjudicación realizada por las juntas de cotización pública, al ser conformadas con personal en relación de dependencia laboral en Guatemala.

En el desarrollo de la presente investigación, se utilizaron los siguientes métodos: El analítico para comprender los elementos y aspectos relevantes del fenómeno investigado; el deductivo para establecer la ubicación del problema de orden administrativo; las técnicas empleadas fueron la bibliográfica y documental, que permitieron la elaboración de los capítulos.

Finalmente, es una realidad que el Estado debe procurar un ordenamiento administrativo transparente, que permita realizar los procesos de cotización pública con juntas conformadas en forma independientes de los entes públicos.



CAPÍTULO I

1. La cotización pública en Guatemala

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

“La cotización consiste en el precio que en mercados públicos se fija para la venta o compra de mercancías. Todos los valores pueden ser objeto de cotización, pero generalmente en bolsa sólo lo son algunos.”¹

En el Estado de Guatemala, las instituciones públicas, los contratos administrativos ejercen prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo, por lo que la transparencia en el proceso de cotización, debe ser respetando las normas del proceso de cotización.

En todo contrato administrativo tiene que participar un órgano estatal en ejercicio de función y competencia administrativa.

¹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 404

El Estado como una persona jurídica, es sujeto de adquirir derechos y obligaciones, pero en el desarrollo de su actividad obtiene de los particulares prestación de servicios, compra de bienes o suministros, creación de obras, etc.

Derivado de que la administración pública, debe basar su actuación, sus funciones y actividades en la ley, en beneficio de la colectividad a la cual se deben los actos del Estado, es necesario tener en cuenta ciertas fases, siendo las que a continuación se desarrollan.

“Determinación del curso del cambio y del precio corriente de las mercaderías, fletes, seguros, fondos públicos nacionales y cualesquiera otros papeles de crédito, como resultado de las operaciones y transacciones reales y legítimas verificadas habitualmente en las bolsas o mercados.”²

1.1. Orígenes de la cotización pública

La palabra licitación se deriva de la voz latina licitationem, que es ablativo de licitatio, Licitatio-Onis, que significa el ofrecimiento de precio en cualquier venta o mejor, venta por alzas, por oferta, o venta en subasta.”³

“En cuanto al origen de la licitación es muy variado, en su sentido etimológico es sinónimo de subastar, y este término viene de los árabes, cuando vendían sub-

² Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 182

³ Salva, Vicente. **Diccionario latino-español.** Pág. 476



hasta: bajo el asta o la lanza para significar que nada se ocultaba y que nadie podría sospechar o criticar el contrato o negocio.

“La licitación parece haber sido utilizada en tiempos remotos por los chinos, encontrándose la legislada en el Código de Hammurabi.”⁴

Lo cierto es que el procedimiento de la licitación pública, como medio de celebrar los contratos en que interviene el Estado, fue conocido en el derecho romano. Desde las primeras épocas los bienes adquiridos por el Estado, ya sea por conquista, por la condenación criminal de un ciudadano o por el derecho de herencia, se vendían públicamente, a los mejores ofertantes.

El término subasta con que, en muchos países de lengua castellana se designa al procedimiento de licitación. Se generalizó el régimen de la venta en subasta pública, debiendo verificarse en esas condiciones todas las ventas de bienes fiscales.

“El Código de Justiniano. También se aplicó el procedimiento de la licitación en la contratación de las obras públicas. Y puede afirmarse que tanto en el derecho romano como en los demás sistemas, han sido las obras públicas las que han contribuido a generalizar este instituto de garantías de los intereses del Estado.”⁵

⁴ Lara Peinado, Federico. **Código de Hammurabi**. Pág. 96

⁵ Rondina, Homero. **Contrato de obra pública y privada**. Pág. 171



1.2. Las bases de cotización y participación administrativa

La cotización no es ni un contrato, ni un acto, es un conjunto de actos, en suma, un procedimiento administrativo especial que tiene que ver con la formación del vínculo jurídico, con la forma de celebrar los contratos.

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

El Artículo 18 de la Ley de Contrataciones del Estado establece: "Documentos de Licitación. Para llevar a cabo la Licitación Pública, deberán elaborarse, según el caso, los documentos siguientes: 1. Bases de Licitación. 2. Especificaciones generales. 3. Especificaciones técnicas. 4. Disposiciones especiales, y planos de construcción, cuando se trate de obras."

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

El Artículo 19 del mismo texto legal citado preceptúa: "Requisitos de las Bases de Licitación. Las bases de licitación, según el caso, deberán contener como mínimo lo siguiente: 1. Condiciones que deben reunir los oferentes. 2. Características



generales y específicas, cuando se trate de bienes y/o servicios. 3. Lugar y forma en donde será ejecutada la obra, entregados los bienes o prestado los servicios. 4. Listado de documentos que debe contener la plica, en original y copias requeridas, una de las cuales será puesta a disposición de los oferentes. 5. Indicación de que el oferente deberá constituir, según el caso, las garantías a que se refiere el Título V, Capítulo Único de la presente ley. 6. En casos especiales y cuando la autoridad superior lo considere oportuno, las garantías que deberá constituir el contratista, con indicación de los riesgos, a cubrir, su vigencia y montos. 7. Forma de pago de la obra, de los bienes y servicios. 8. Porcentaje de anticipo y procedimiento para otorgarlo, cuando éste se conceda. 9. Lugar, dirección exacta, fecha y hora en que se efectuará la diligencia de presentación, recepción y apertura de plicas. 10. Declaración Jurada de que el oferente no es deudor moroso del Estado ni de las entidades a las que se refiere el Artículo 1, de esta ley, o en su defecto, compromiso formal de que, en caso de adjudicársele la negociación, previo a la suscripción de contrato acreditará haber efectuado el pago correspondiente. 11. Indicación de la forma de integración de precios unitarios por renglón. 12. Criterios que deberán seguir la Junta de Licitación para calificar las ofertas recibidas. 13. Indicación de los requisitos que se consideren fundamentales; 14. Modelo de oferta y proyecto de contrato. Los requisitos anteriores también regirán en lo que fuere aplicable para los efectos de cotización...”



1.3. Los oferentes en el proceso de cotización pública

Las bases de cotización son el pliego y conjunto de disposiciones redactadas unilateralmente por la entidad interesada en cotizar, es el que regula el trámite, mecanismo y formalidades del procedimiento de preparación y ejecución ulterior del contrato.

La invitación a los interesados oferentes, se traduce en un acto administrativo concreto de llamado a cotizar, emitido por el órgano competente del ente público estatal o no estatal de que se trate.

La invitación es un pedido de ofertas, una invitación ad offerendum, que debe ser enunciado en la forma que el derecho positivo lo determina, por vía de la publicación como instrumento técnico para promover la concurrencia.

Este recaudo o etapa procesal de la licitación pública, le da especialidad respecto de los otros procedimientos de contratación en particular respecto de la contratación directa y la cotización privada. En cuanto al concurso, la invitación ofrece características analógicas a las de la licitación pública.

Los oferentes deben ajustar sus propuestas al pliego, bajo sanción de ser estas declaradas inadmisibles y rechazar la oferta.



El Artículo 23 de la Ley de Contrataciones del Estado establece: “Publicaciones. Las convocatorias a licitar se publicarán dos veces en el diario oficial y en otro de mayor circulación, dentro de un plazo de diez días. Entre la última publicación y el día fijado para la presentación y recepción de ofertas, deberá mediar, por lo menos un término de ocho días.”

El Artículo 30 del mismo texto legal señala: “Rechazo de Ofertas. La Junta de Licitación rechazará, sin responsabilidad de su parte, las ofertas que no se ajusten a los requisitos fundamentales definidos como tales en las bases o cuando los precios, calidades u otras condiciones ofrecidas sean inconvenientes para los intereses del Estado.”

1.4. La conformación de la junta de cotización

“Las juntas de licitación y de cotización son el único órgano que tiene la competencia, para recibir, calificar ofertas y adjudicar el negocio...”⁶

La integración de la junta de cotización que es la parte central de la presente investigación será con un número de tres miembros, nombrados por la autoridad administrativa superior, de preferencia entre servidores públicos de la entidad contratante.

⁶ Calderón. **Op. Cit.** Pág. 223



Salvo el caso de que la entidad no cuente con personal idóneo, podrá nombrarse a servidores públicos de otras dependencias del Estado que tenga experiencia en la materia de que se trate.

La junta en este caso de cotización, tomará sus decisiones por mayoría del total de sus miembros, quienes no podrán abstenerse de votar, dejando constancia en una acta de su forma de actuar dentro del proceso de cotización.

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

1.5. Los principios de la cotización pública

"Los principios inspiradores de la contratación administrativa, y establecía que esos principios tenían dos aspectos previos; por un lado, las singularidades del contrato administrativo respecto a la contratación privada (aspecto sustantivo) y, por otro, la dependencia de las ideologías dominantes (aspecto dinámico)."⁷

⁷ Retamozo Linares, Alberto. **Los principios inspiradores de la contratación administrativa en el derecho español.** Pág. 41



El contrato administrativo, al igual que otras instituciones empleadas por el derecho administrativo, es una categoría importada del derecho privado que al entrar al servicio de la administración ha sufrido una metamorfosis.

La igualdad de las partes desaparece ante la peculiar posición de la administración. Las ideas del liberalismo económico y del intervencionismo estatal, afectan sensiblemente a la figura del contrato administrativo.

La administración, en mayor o menor medida, puede hacer uso de sus poderes exorbitantes, en donde al asumir el cumplimiento de los fines del Estado, en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general, no puede vincularse de forma absoluta y definitiva al cumplimiento rígido de sus contratos.

Lo anterior supone una excepción a dos de los principios cardinales de la contratación: el de la fuerza vinculante del acuerdo de voluntades y el de igualdad de las partes.

El interés público que los contratos administrativos deben perseguir, justifica estas excepciones.

La licitación y cotización pública, como institución de derecho administrativo tienen diversos principios; aún la doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre la cantidad y calidad de los mismos.



Los principios de la licitación y cotización pública son: igualdad, legalidad, impersonalidad, moralidad y probidad, publicidad, vinculación con el instrumento convocatorio, juzgamiento objetivo, adjudicación compulsoria y de amplia defensa.

1.6. El contrato administrativo

Los contratos administrativos son aquellos por los cuales el Estado satisface indirectamente el interés general.

“Se entiende por contrato administrativo, el que celebra la administración pública con los particulares a efectos de asegurar la ejecución de obras de prestación de servicios o el suministro de materiales. Estos contratos no se rigen por las normas del derecho civil, sino por las derecho administrativo.”⁸

El concepto de contrato administrativo no difiere del concepto de contrato en el derecho privado, pero al ser una de las partes el Estado, tiene características propias.

El Estado para su actividad necesita de la compra de inmuebles, bienes, obras, arrendamiento de bienes inmuebles o muebles, que le son necesarios para desarrollar su finalidad.

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



En este caso la administración pública se ve en la necesidad de contratar **con los particulares**, contratos que son de la misma naturaleza que los contratos civiles. Los contratos administrativos tienen una característica especial y es que en ellos una de las partes de la administración pública y que la competencia de los órganos.

Se regula por el derecho administrativo y dentro de la misma ley administrativa, se regulan requisitos de forma y solemnidades especiales en su creación, las que son distintas de las que exige la ley civil.

Las leyes administrativas imponen especiales procedimientos para llegar a la contratación administrativa. Un ejemplo claro es la licitación, mientras que en el derecho civil o mercantil lo que importa es únicamente la voluntad de las partes.

Para desarrollar las características del contrato administrativo, se enuncian las siguientes:

a) Cláusulas exorbitantes

Esto significa que algunas de sus condiciones contenidas en las cláusulas, serían inválidas en un contrato civil o mercantil, pero no en lo administrativo, debido al bien jurídico que se tutela y que es el interés social.



b) Principios especiales

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

c) Preferencia del Estado

La administración pública, impone sus condiciones para contratar y en su caso, para obligar al cumplimiento coactivo del contrato.

d) Jurisdicción especial

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

Respecto del contrato con la administración pública, existen necesariamente dos partes, es bilateral.

El Estado y sus entidades así como la persona jurídica individual o colectiva, manifiestan su voluntad libremente.



Debe referirse a hechos lícitos, ciertos y determinados, relacionados con la gestión patrimonial del Estado, ya sea compra de bienes, suministro de utensilios, alimentos, construcción de obras públicas, prestación de servicios públicos.

Deben constar por escrito con o sin intervención notarial, según la ley. No obstante la manifestación de voluntad del particular frente al estado en un contrato administrativo, están en un plano desigual.

En los contratos administrativos desaparece el principio de igualdad entre las partes, que es uno de los elementos básicos de los contratos civiles. La administración aparece en una situación de superioridad jurídica respecto del contratista.

Cuando una de las partes contratantes es la administración, se imponen ciertas prerrogativas y condiciones que subordinan jurídicamente al contratista.

El principio de la inalterabilidad de los contratos no puede ser mantenido, sino que cede ante el ius variandi que tiene la administración a introducir modificaciones en ellos, y que son obligatorias, dentro de los límites de la razonabilidad, para el contratista.

Esta desigualdad jurídica se traduce en la competencia que tiene la administración para adaptar el contrato a las necesidades públicas, variando



dentro de ciertos límites las obligaciones del contratista, es decir modificación unilateral, mutabilidad del contrato.

El contrato administrativo carece de la rigidez e inmutabilidad del contrato civil, porque cede ante el interés público. Esta subordinación o desigualdad jurídica del contratista respecto de la administración pública, con quien celebra un contrato, tiene su origen en la desigualdad de propósitos perseguidos por las partes en el contrato, pues al fin económico privado se opone y antepone un fin público o necesidad pública colectiva que puede afectar su ejecución.

1.7. Las mejores condiciones derivadas del proceso de cotización

La licitación y cotización pública tiene un ascendente universal. Este tipo de procedimientos, la licitación y cotización, han sido aceptados por la administración pública de los más diversos países para la formalización de sus contratos administrativos.

Esta tiene como propósito principal, el que la administración pública obtenga las mejores condiciones disponibles, en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás características.

Se protege la administración de las colusiones entre contratantes y agentes administrativos. Se busca sanear la administración, evitando colusiones



fraudulentas entre los funcionarios encargados de celebrar los contratos **que** requieren funcionamiento de los servicios públicos, y los particulares interesados.

La administración está obligada a adjudicar la licitación o cotización al proponente que ha ofertado condiciones más ventajosas, el margen de libre elección de los funcionarios queda de tal modo restringido, que resulta imposible prácticamente entrar en combinaciones con terceros.

Los funcionarios del poder público no pueden ser sospechosos de corrupción, el principio fundamental de la cotización es el de la moralidad administrativa, impidiendo mediante la observación estricta de sus reglas, el favoritismo y negociado.

La propia cotización estimula la competencia entre los industriales o empresarios que están en condiciones de contratar con la administración pública, ya sea vendiéndoles bienes y servicios o ejecutando, para ella, obras públicas.

La cotización permite un mejor sistema de control, tanto por parte de la administración de los fondos públicos, como por parte de los particulares, ya que determinan previamente los aspectos a evaluar y controlar del procedimiento administrativo, crea un sistema de control recíproco entre los concurrentes, constituyendo un freno a la discrecionalidad de los funcionarios públicos, para adjudicar contratos.



Evita el favoritismo, interés o dádivas, no permite que se formalicen contratos administrativos desventajosos, con el consiguiente perjuicio para el Estado.

El hecho de que toda propuesta deba ajustarse al pliego de condiciones y trámite exigidos por la legislación, y de que todos y cada uno de los oferentes puedan ejercer su fiscalización, hasta el momento de la formalización del contrato administrativo, son requisitos decisivos para la seriedad del acto contractual, el cumplimiento fiel de todas las formalidades y muy especialmente, para evitar la complicidad o la parcialidad de los funcionarios del gobierno hacia determinados particulares.



CAPÍTULO II

2. La administración estatal y el control administrativo

La administración en sí, caracterizada con amplitud como aplicación de medios afines, puede considerarse en las diversas esferas jurídicas, es decir en el derecho privado y derecho público.

“Administración. Ordenamiento económico de los medios de que se dispone y uso conveniente de ellos para proveer a las propias necesidades.”⁹

El Estado de Guatemala, ejerce sobre las diferentes instituciones públicas, el ejercicio de su poder soberano, basando su actuar, en normas de carácter administrativo. Es una rama del derecho público que tiene por objeto el estudio del régimen jurídico de la administración pública y sus relaciones con los particulares.

“Es un conjunto de normas y de principios de derecho público interno que regulan las relaciones entre los entes públicos y los particulares o entre aquéllos entre sí, para la satisfacción concreta, directa o inmediata de las necesidades de la colectividad, bajo el orden jurídico estatal.”¹⁰

⁹ **ibid.** Pág.36

¹⁰ Sinex, Jeanne. **Desconcentración administrativa.** Pág. 230



La administración pública, como todo elemento del Estado, necesita ordenarse adecuada y técnicamente, es decir, organizarse, para realizar su actividad en forma rápida, eficaz y conveniente.

Para ello a través de la evolución de la administración pública, se trata de buscar formas de organización que respondan lo mejor posible a las necesidades del país en un momento determinado.

2.1. El derecho administrativo

La administración pública, se basa en un conjunto de doctrinas, principios y normas jurídicas que regulan la actividad, estructura, organización y funcionamiento de la administración pública, así como sus relaciones con los administrados.

“El conjunto de normas reguladoras de las instituciones sociales y de los actos del poder ejecutivo para la realización de los fines de pública utilidad... rama del derecho referente a la organización, funciones y procedimientos del poder ejecutivo, según la Constitución, para el cumplimiento de la misión del Estado en la vida”¹¹

¹¹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 572



Como características del derecho administrativo, se pueden enunciar que **es Dinámico o mutable, debido a que es un derecho cambiante, debe ajustarse a una realidad social y en beneficio de la población más que cualquiera otra ciencia jurídica.**

El constante desarrollo y evolución que tiene la administración pública para obtener el bienestar general que realiza a través del servicio público es la principal causa de mutación.

Es una rama del derecho público, en el se establece la actividad del Estado la cual se encuentra encaminada al cumplimiento y satisfacción de los intereses públicos.

No codificado, derivado de la variedad de leyes administrativas que la conforman, no se ha logrado su unificación en un solo cuerpo de leyes y autónomo, por su independencia al abarcar un conjunto de doctrinas propias, tener métodos específicos, un contenido extenso que merece un estudio conveniente y particular, tener leyes propias y contar con órganos jurisdiccionales que dirimen exclusivamente conflictos de la materia.

Es subordinado, se encuentra subordinado a la ley constitucional, lo cual doctrinariamente se llama constitucionalización del derecho administrativo, ya que la administración pública, solo puede realizar los actos que permite la ley.



2.2. Organización de la administración pública

“La actividad administrativa de los órganos del Estado en todas sus escalas o jerarquías. La entidad que administra. Constituye función típica del poder ejecutivo, nacional o provincial, y de los municipios. Sus actividades son las que regula el derecho administrativo.”¹²

Los sistemas de organización de la administración pública, son las formas o el modo de ordenar o de estructurar las partes que integran el Organismo Ejecutivo y las entidades públicas de la administración estatal, con la finalidad de lograr la unidad de la acción, dirección y ejecución, evitar la duplicidad de los esfuerzos y alcanzar económicamente, los fines y cumplir las obligaciones del Estado, señalados por la Constitución Política.

“La administración pública debe entenderse desde el punto de vista formal, como el organismo público que ha recibido del poder político la competencia y los medios necesarios para la satisfacción de los intereses generales y que desde el punto de vista material es la actividad de este organismo considerado en sus problemas de gestión y de existencia propia tanto en sus relaciones con otros organismos semejantes como los particulares para asegurar la ejecución de su misión”¹³

¹² Montano, Agustín. **Manual de administración municipal**. Pág.37

¹³ Fraga, Gabino. **Derecho administrativo**. Pág. 4



2.2.1. La concentración administrativa

Se caracteriza principalmente por dos circunstancias, la primera establecida por todas las funciones estatales que se concentran en un órgano superior, ejerciendo todas las facultades públicas de decisión, revisión, mando, vigilancia, disciplina y nombramiento.

La segunda la existencia de una relación de jerarquía entre los órganos inferiores con el superior. Ese órgano superior jerárquico o jefe supremo de la administración pública, lo constituye el Presidente de la República, como titular del Organismo Ejecutivo.

Es aquella forma de organización administrativa que tiene lugar cuando los órganos de la administración tienen una relación de dependencia y subordinación directa e inmediata con el órgano superior de la misma.

2.2.2. La descentralización administrativa

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



La descentralización administrativa se caracteriza principalmente porque el órgano central les ha transferido a los órganos descentralizados los poderes de decisión y de mando.

Sin perder su calidad de estatal, el órgano descentralizado goza de independencia administrativa, es decir, que realiza todas sus funciones sin depender directamente del gobierno central, sin perjuicio a que en ciertos casos se ejerza determinado control o vigilancia.

Para ejercer mejor sus facultades y atribuciones el Estado a través de la ley ordinaria les ha dado personalidad jurídica y patrimonio propio para que puedan ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismos. Se crea una nueva persona jurídica de carácter público distinta del Estado, pero parte de la estructura estatal.

Poseen un régimen jurídico propio, constituido por su Ley Orgánica, la cual regula su personalidad, su patrimonio, su denominación, su objeto y su actividad.

Pueden manejar su presupuesto con el objeto de que administren sus recursos y realicen sus actividades económicas por sí mismos. Ésta independencia financiera es relativa, pues deben hacerlo conforme a su Ley Orgánica, Ley Orgánica del Presupuesto, el Presupuesto General del Estado, la Ley de Contrataciones del Estado, sus estatutos y reglamentos propios, además de la vigilancia que debe



mantener por mandato constitucional la Contraloría General de Cuentas. Pueden emitir sus propias normas jurídicas, estatutos y reglamentos, pero sin violar la Ley Orgánica que las creó ni la Constitución Política de la República.

2.2.3. La autonomía

Es aquella forma de organización administrativa que tiene lugar cuando el Estado por disposición de la ley transfiere determinadas facultades y atribuciones a un órgano administrativo, otorgándole personalidad jurídica y patrimonio propio para la realización de las mismas, actuando con plena independencia funcional y autofinanciamiento (autarquía).

Se caracteriza porque generalmente la autonomía es reconocida por la ley constitucional y los órganos autónomos están dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio, por lo que sin perder su calidad de estatal constituyen una persona jurídica de carácter público distinta del Estado, contando con capacidad para tomar sus propias decisiones y gestionar sus asuntos por sí mismos.

Las entidades autónomas no dependen del Organismo Ejecutivo, el cual no ejerce ninguna clase de control político o financiero, pues no manejan fondos públicos sino privativos. Los órganos autónomos pueden designar a sus propias autoridades, teniendo su propio representante legal.



Se rigen por sus propias leyes, lo que los faculta a crear sus estatutos y reglamentos, su grado de emancipación funcional, administrativa y financiera es mayor que la descentralización, pues tiene como elemento esencial la autarquía, lo cual les permite el autofinanciamiento, gozando de gran independencia económica al disponer libremente de sus propios recursos y captarlos por sí mismos sin depender del Presupuesto General del Estado.

Técnicamente no existe una verdadera autonomía, ya que las entidades denominadas autónomas carecen de suficientes ingresos propios, por lo que se encuentran presupuestadas, dependiendo así financieramente del Estado, por lo que al captar fondos públicos son fiscalizadas por mandato constitucional por la Contraloría General de Cuentas.

El órgano central ejerce control sobre las mismas y en algunos casos dependen del nombramiento de funcionarios por parte del ejecutivo, de allí que se hable de una semiautonomía.

2.2.4. La desconcentración administrativa

Existe una independencia relativa o parcial, pues aún existe vínculo de dependencia entre el órgano superior y el inferior. La competencia del inferior es limitada, pues las facultades son dadas en cierta materia, generalmente en la prestación de servicios públicos específicos, en sus demás actividades el órgano



está centralizado. El traspaso de poderes debe tener origen legal, al órgano desconcentrado se le puede otorgar cierto patrimonio y manejo autónomo de su presupuesto.

Forma de organización administrativa que tiene lugar cuando a un órgano inferior se le confieren ciertos poderes de administración del que jerárquicamente depende, para que los ejerza a título de competencia propia, bajo determinado control del órgano superior.

El órgano superior es quien nombra a su personal y el que ejerce control sobre la actividad que el órgano desconcentrado desarrolla en ejercicio de los poderes que le fueron dados.

“El derecho administrativo sitúa la desconcentración administrativa como un punto intermedio entre la centralización y la descentralización.”¹⁴

2.3. Formas de administrar

Fundamentalmente dentro de la administración pública, existen cuatro clases de administración o formas de administrar, siendo las siguientes: De planificación; ejecutiva; de control; y de asesoría.

¹⁴ **Ibid.**



a) Planificación

“Establecimiento de una estructura coherente al servicio del progreso nacional o del bienestar público mediante la ejecución de obras, la intensificación productora, la creación o activación de instituciones en plazos de intermedia duración... En este último sentido, en moderna aceptación, la Academia habla de un plan general, científicamente organizado y frecuentemente de gran amplitud, para obtener un objeto determinado; tal como el desarrollo económico, la investigación científica o el funcionamiento de una industria.”¹⁵

La planificación va de la mano con la coordinación, que significa la armonización de toda la organización y sus componentes, en los que se puede involucrar tanto a órganos centralizados como a órganos descentralizados de la administración pública e incluso a otros organismos del Estado.

“Es necesario obtener los elementos materiales y humanos que llenen los marcos teóricos formados por la planeación. Puesto que en las funciones que se ejerce se estudia la integración de cosas, refiriéndose especialmente a las personas y sobre todo, al aspecto específicamente administrativo.”¹⁶

La planificación, no es más que fijar con precisión lo que va a realizarse a futuro, es fijar el curso concreto de la acción que ha de seguirse, estableciendo los

¹⁵ Cabanellas. **Op. Cit.** pág. 259

¹⁶ Castillo González, Jorge Mario. **Derecho administrativo y teoría de la administración.** Pág. 54



principios que habrán de orientar a la administración al desarrollo de **sus** operaciones determinando el tiempo y los números, necesarios para su realización.

Será entonces dirigir a la administración pública al desarrollo de sus actividades, estableciendo las soluciones necesarias, en base a planes de gobierno que se ejercen durante el ejercicio de un período presidencial.

La actividad de planificar es tan importante como el que hacer de la administración pública, ya que los planes deben ser de tal naturaleza que pueda decirse que existe uno solo objetivo, un solo plan general.

b) Ejecutiva

La administración ejecutiva es la que decide y ejecuta, realmente tiene y ejerce la competencia administrativa. Posee la facultad legal para poder actuar, a través de las decisiones, actos o resoluciones administrativas, como autoridad máxima de la entidad.

Dentro de la administración pública existen otros órganos que no deciden ni ejecutan como los órganos de control, los órganos asesores, como es el Presidente de la República, Ministros de Estado, Directores Generales, Concejos Municipales.



c) De control

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

Se trata de órganos con independencia de funciones, tales como la Contraloría General de Cuentas, el Procurador de los Derechos Humanos, la Corte de Constitucionalidad, el Congreso de la República.

d) De asesoría

“Administración consultiva. El conjunto de órganos técnicos que asesoran a la administración central, formado por diversos Consejos, juntas, institutos, comisiones. Realizan estudios, preparan informes, evacúan consultas de las autoridades ejecutivas y cumplen otras funciones asignadas.”¹⁷

Se desarrolla a través de órganos que su función es aconsejar o asesorar al órgano ejecutivo sobre la conveniencia legal y técnica de las decisiones que tomará quien tiene o ejerce la competencia administrativa, se puede citar como ejemplo a la Procuraduría General de la Nación.

¹⁷ **Ibid.** pág. 168



2.4. Gestión de los organismos públicos

Los medios de control deben estar bien establecidos, para estar vigilantes con el actuar de los funcionarios y empleados públicos de las diferentes instituciones del Estado, debe implementarse el control, naturalmente en normas legales, para que estos controles sean efectivos.

Debe realizarse un cambio democrático, evaluando y haciendo más transparente el funcionamiento de la administración pública, lo que significa permitir el acceso a la información para que la ciudadanía exija cuentas sobre la gestión pública.

Existe una creciente conciencia sobre la necesidad de evaluar la gestión de los organismos públicos, estableciendo para ello sistemas internos y externos de control que examinen el cumplimiento de las políticas, metas y objetivos propuestos, y la calidad de los servicios prestados a la ciudadanía del territorio guatemalteco.

En este contexto parece recomendable además la creación de instituciones nacionales de evaluación que permitan desarrollar estos sistemas, se hace necesario simplificar la relación de los ciudadanos con los distintos niveles de la administración pública, deben crearse instancias transversales de decisión y de gestión, haciendo a ésta más ágil y eficiente. Los procesos de control deben ser reforzados y profundizados.



La utilización intensiva de las nuevas tecnologías de la información, tanto para mejorar el funcionamiento interno de la administración pública como para hacerlo más transparente a la ciudadanía.

Las reformas del Estado no deben apuntar sólo a lograr servicios públicos más eficientes y de mayor calidad, sino también a la construcción de ciudadanía y al fortalecimiento de la democracia.

El control implica que las tareas se realicen conforme a las normas establecidas, tomando en cuenta control de calidad, auditorías, especificaciones técnicas, procedimientos establecidos, máxime cuando se realizan al amparo de una Ley de Contrataciones del Estado, que invita a licitar o cotizar un producto o servicio y tanto los oferentes como el resto de la ciudadanía, confían en el buen actuar de la administración pública y en la transparencia del proceso. En la actividad administrativa hay varias clases de control y se pueden clasificar de la forma siguiente: Interno; directo; judicial; constitucional; parlamentario; de respecto a los derechos humanos; del gasto público.

a) Control interno

Es el que se realiza internamente en la administración pública, por los órganos superiores sobre los subordinados, como ejemplo: El Ministro ejerce control sobre sus directores generales.



Se da normalmente dentro de los órganos jerarquizados y es uno de los poderes que otorga la jerarquía, el poder disciplinario, de revisión, de revocatoria.

Siendo un tipo de control basado en jerarquía, no es una garantía para el particular en la actividad desarrollada por las diferentes dependencias del Estado, puesto que el administrado no interviene en esta actividad, pues éste es interno y no existe una notificación previa al particular, es decir que no es una obligación del superior que controla, el hacerlo saber al particular.

La importancia radica en la administración pública cuando concurre ciertos elementos tales como: Que exista una jerarquía plena entre los órganos administrativos, siendo de una misma competencia. Que el control se dé previamente al acto de la notificación al particular, quien al consentir la resolución, solo él puede exigir el control a petición de parte.

b) Control directo

Es el que ejercen los particulares sobre los actos de la administración pública, a través de los recursos administrativos. Estos recursos se encuentran enmarcados en diversas leyes y aunque se denominen de igual forma, se encuentran regulados con distintos procedimientos. A través de los recursos administrativos, se controlan los actos de la administración que les afectan. Los medios de impugnación o recursos administrativos, son un medio de control directo o una



facultad que la ley le otorga a los particulares, para oponerse a las resoluciones o actos de los órganos administrativos.

De los mismos se hará uso si la administración pública no basa sus actos en el principio de legalidad o en el principio de juridicidad y en lo que se denomina justicia administrativa.

“Esos derechos del administrado necesitan protegerse en forma de dar a su titular los medios legales para obtener la reparación debida en caso de violación, es decir, para lograr el retiro, la reforma o la anulación del acto lesivo.”¹⁸

c) Control judicial

El que se ejerce ante los tribunales de justicia a través del proceso de lo contencioso administrativo y el proceso de amparo.

El proceso contencioso administrativo es un medio de control privativo, que los particulares tienen, una vez agotada la vía administrativa. El Artículo 221 de la Constitución Política de la República establece: “Su función es de contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contiendas por actos o resoluciones de la administración y de las entidades

¹⁸ Fraga. *Op. Cit.* Pág. 434



descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas.”

La Corte de Constitucionalidad, en el texto que contiene la Constitución Política de la República y su interpretación, establece: “... el principio de control jurídico de los actos de la administración, de manera que sus resoluciones directas o de sus entidades pueden ser revisadas a fin de evitar a los gobernados la lesión de sus derechos fundamentales y legales. El cuerpo procesal aplicable para tal objeto es la Ley de lo Contencioso Administrativo, la que a fin de concentrar y reducir diversos medios de impugnativos dispuestos en materia administrativa, para agotar esta vía que previamente obliga a acudir a la jurisdicción, los redujo a los recursos de revocatoria y reposición.”

d) Control constitucional

El que ejerce la Corte de Constitucionalidad, para que la administración pública y otros órganos del Estado, no violen con sus actos los preceptos y garantías que la Constitución Política de la República garantiza a todos los administrados en un territorio determinado.

La Corte de Constitucionalidad debe responder en todo ámbito de la vida del Estado de Guatemala, para que se cumpla con los preceptos constitucionales y que no se violen los mismos.



e) Control parlamentario

El que ejercita el Congreso de la República a través de la interpelación dirigida hacia los diferentes Ministros de gobierno.

El Artículo 166 de la Constitución Política preceptúa: “Los Ministros de Estado, tienen la obligación de presentarse al Congreso, a fin de contestar las interpelaciones que se les formulen por uno o más diputados. Se exceptúan aquéllas que se refieren a asuntos diplomáticos u operaciones militares pendientes.”

f) Control de respeto a los derechos humanos

Es el que se realiza para garantizar el respeto a los derechos humanos y se ejerce por una figura creada por la Constitución y recae en dos órganos: La Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República; y, el Procurador de los Derechos Humanos.

g) Control del gasto público

La Contraloría General de Cuentas es una institución técnica descentralizada con funciones de fiscalización de los ingresos, egresos y en general, de todo interés hacendario de los organismos del Estado, los contratista de obras públicas y de



cualquier persona que por delegación del Estado, invierta o administre fondos públicos.

El Artículo 323 de la Constitución Política establece: "... La Contraloría General de Cuentas es una institución técnica descentralizada, con funciones fiscalizadoras de los ingresos, egresos y en general de todo interés hacendario de los organismos del Estado, los municipios, entidades descentralizadas y autónomas.,

Cualquier persona que reciba fondos del Estado o que haga colectas públicas. También están sujetos a esta fiscalización los contratistas de obras públicas y cualquier otra persona que, por delegación del Estado, invierta o administre fondos públicos. Su organización, funcionamiento y atribuciones serán determinados por la ley.





CAPÍTULO III

3. El control de la actividad administrativa

El Estado es la organización jurídico-política más perfecta que se conoce hasta el presente. Es un ente orgánico unitario, estructurado jurídicamente bajo la forma de una corporación, que detenta el ejercicio del poder. También se le ha llamado poder público o poder estático, porque es uno y único.

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

“La representación política de la colectividad nacional, para oponerlo entonces a la nación, en el sentido estricto o conjunto de personas con comunes caracteres históricos y sociales, regido por las mismas leyes y un solo gobierno.”¹⁹

El Estado es una sociedad humana, establecida en el territorio que le corresponde, estructurada y regida por un orden jurídico, creado, aplicado y sancionado por un poder soberano, para obtener el bien público temporal.

¹⁹ Cabanellas. *Op. Cit.* Pág. 219



“Estado, en sentido amplio, es un conglomerado social, político y jurídicamente constituido, asentado sobre un territorio determinado, sometido a una actividad que se ejerce a través de sus propios órganos y cuya soberanía es reconocida por otros Estados.”²⁰

3.1. La dos caras del y sus elementos

“Una realidad social y política integrada por un conjunto de hombres con asiento en un determinado ámbito territorial, con potestad soberana en lo interior e independiente en las relaciones internacionales”²¹

Las dos caras del Estado, una como creador del ordenamiento jurídico y otra como entidad sometida a él, es decir el autosometimiento del Estado, es la teoría del Estado bifronte.

La misión ideológica de esta teoría es clara: Se pretende justificar el mero hecho de poder que se encuentra en el Estado por el derecho que elabora.

Pero esta pretensión sólo puede justificarse si en alguna medida se claudica del principio positivista y se supone al derecho como un orden necesariamente recto o justo, tornándose de este modo subrepticamente al iusnaturalismo.

²⁰ Prado, Gerardo, **Teoría del Estado**. Pág. 22

²¹ Dromi, José Roberto, **Instituciones del derecho administrativo**. Pág. 53



El Estado no es otra cosa que la personificación del orden jurídico nacional, facultado u obligado por el orden jurídico nacional e internacional, a cumplir con sus fines determinados a favor de los individuos quienes son los sujetos gobernados, quienes han de cumplir con la observancia del derecho vigente.

“El orden jurídico nacional Estado, determina los derechos y deberes de todos los habitantes del territorio y, por otra parte, imputa a un orden jurídico parcial, el Estado como persona jurídica sometida al derecho, ciertos derechos y obligaciones bien determinados.”²²

Es necesario tener claro que los elementos del Estado, sólo adquieren plena verdad y realidad en su recíproca interrelación, lo cual deja clara la evidencia de que la falta de esos elementos podría dar lugar, si no a la desaparición del ente estatal, a una situación anómala.

a) Población

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

²² Canasi, José. **Derecho administrativo.** Pág. 45
39



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

b) Territorio

“Soporte físico común de las comunidades políticas. Algunos autores lo califican como elemento previo del Estado y su estudio se lo adjudican a ciencias como la geografía, o la geopolítica. A la primera, porque se ocupa de la descripción de la Tierra; a la segunda, porque tiene a su cargo el estudio de las materias que la componen; y a la tercera... la dependencia de los hechos políticos con relación al suelo...”²³

En territorio comprende el suelo, subsuelo, espacio aéreo y el espacio marítimo de cada nación.

c) Poder público o autoridad

Energía o fuerza necesaria con que cuenta el Estado para llevar a cabo sus objetivos. La finalidad del Estado es la realización de objetivos comunitarios.

²³ Prado, Gerardo. **Op. Cit.** Pág. 65



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

Originalmente fue un atributo otorgado a un solo hombre y dio lugar al surgimiento del absolutismo, lo cual significó ejercer la autoridad por un individuo en forma personal y por delegación divina.

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

3.2. Principios de la actividad administrativa

El Estado y toda su actividad administrativa, se considera sometida a la ley. Tal sometimiento equivale a la aceptación del principio de legalidad. Los contratos y actos administrativos, deben respetar la legislación vigente, la doctrina y los principios jurídicos aplicables.

Es la tendencia y el criterio favorable al predominio de soluciones de estricto derecho en los asuntos sociales, políticos, económicos, culturales y de cualquier otra naturaleza.



El principio de legalidad, es aplicar el derecho por medio de principios jurídicos incluyendo la doctrina jurídica administrativa.

La juridicidad como principio es necesario en la administración pública, elimina el empleo de la discrecionalidad y de la fuerza. Plantea la utilización del derecho como método e instrumento de las actividades y decisiones administrativas.

En tanto no existió la juridicidad como principio, el vacío y la ausencia de ley se aprovechó para actuar y decidir en forma discrecional, utilizando la fuerza. La juridicidad se justifica por la necesidad de limitar la discrecionalidad y la fuerza.

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

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



“Principio de Legalidad. Este debe entenderse desde el punto de vista de ley... el administrador no puede actuar si no existe una norma legal que le otorgue competencia... Principio de Juridicidad... En este caso ni la Constitución ni la ley indican que la Administración Pública y sus entidades deben actuar en base al principio de juridicidad, pero desde el momento en que la Constitución indica que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es Contralor de la Juridicidad, significa que la autoridad administrativa debe someter su actuación a la juridicidad y en consecuencia debe aplicar este principio en sus actuaciones, decisiones, actos administrativos o resoluciones”.²⁴

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

3.3. El autoritarismo guatemalteco

El autoritarismo guatemalteco se a utilizado durante años como método de hacer gobierno. La discrecionalidad, sirve de fundamento para afirmar que los funcionarios y empleados públicos deben y pueden actuar y decidir

²⁴ Calderón Morales, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo**. Pág. 28



discrecionalmente, siempre que sea necesario para resolver asuntos del Estado, sin tener en cuenta el bien común.

El verdadero objetivo que persigue la confusión de los términos juridicidad y legalidad por parte de la administración pública, es someter las actividades y las decisiones a la ley, para aprovechar la inexistencia y las deficiencias de la misma, para justificar la discrecionalidad y la fuerza.

Mediante el abuso y desviación de poder, se hace caso omiso de la discrecionalidad, es decir que se limita la misma por la oportunidad de escoger opciones y medios para ejecutar las actividades y tomar la decisión arbitraria.

La conveniencia que obliga a la obtención de resultados finales favorables a los intereses de la administración pública, no son observados, por lo que las opciones y los medios seleccionados causan daños y perjuicios y, la utilidad que obliga a la obtención del bien común o interés general o público es inexistente.

3.4. Los fines del Estado y la actividad administrativa

El fin es el objetivo que se desea alcanzar con la ayuda y participación del poder y establecimiento del orden. En relación con las necesidades de los habitantes de la citada organización, ya que esos individuos buscan su perfeccionamiento y su desarrollo.



Fines subjetivos de los hombres, o sea los múltiples fines que, con el Estado persiguen lograr todos o la mayoría de los hombres.

Fin objetivo del Estado, o fines que causal o teleológicamente le dan sentido; esto significa que es aquello que debe realizar o cumplir el Estado como organización de un pueblo, quedando implícitas las causas finales de la conservación del orden que determinan la organización, o sea el para qué existen el Estado y el Poder.

El fin del Estado es el bien común como principio del orden social, distinto de los bienes particulares.

El bien común o bien público, es un bien humano; es en último término, una nueva forma y un nuevo valor del bien de los hombres en cuanto se integran dentro de una comunidad.

Esta nueva forma del bien humano, supone la realización, participación y comunicación en la vida social. Es, pues, el bien humano participado y enriquecido aunque en parte limitado por la vida social.

La proyección del bien humano en la vida social, se realiza mediante la unidad y articulación del orden que se cumple a través del derecho. Se puede hablar entonces de que el bien común es el fin que persigue todo tipo de sociedad, y bien público es el fin específico que trata de alcanzar la sociedad estatal.



Siempre que los hombres se agrupen socialmente para obtener un fin que beneficie a todos, será éste un bien común.

La competencia administrativa son las diferentes atribuciones y funciones que la ley le otorga a los órganos administrativos. Debe tomarse en cuenta que sólo la ley puede dar competencia.

La administración pública se desenvuelve dentro de un ordenamiento jurídico que va desde la Constitución Política de la República de Guatemala, que ocupa dentro de la pirámide jerárquica el primer lugar, derivado de un poder constituyente, en la cual se encuentra estructurado todo el Estado y sus organismos: Legislativo, Ejecutivo y Judicial y, en su mayoría, los órganos administrativos.

En ella se regula otros órganos administrativos, como la Procuraduría de los Derechos Humanos, la Universidad de San Carlos, la Contraloría General de Cuentas, Ministerio Público.

Las leyes ordinarias tienen gran importancia pues en ella se encuentra enmarcada las funciones actividades y funciones que desarrolla el Estado a través de sus diferentes dependencias y organismos.

La ley orgánica es otra fuente importante del derecho administrativo y es en la que se encuentra creado un órgano administrativo y la competencia general del mismo.



Los Convenios y Tratados Internacionales, regulan muchas de las funciones que desarrolla la administración pública, la cual debe someter su actuación estrictamente a la ley y fundamentalmente a los principios de legalidad y juridicidad. Los órganos administrativos no pueden actuar arbitrariamente, pues su actuación debe estar enmarcada dentro de los límites que legalmente existan.

Los órganos de la administración estatal, tienen como finalidad el bienestar común, utilizando para ello el servicio público. La competencia administrativa de los órganos administrativos del Estado queda sometida a la ley, puesto que un órgano que actúe sin competencia cae dentro de la figura jurídica del abuso de poder.

Algunos autores hablan de sujeto o de capacidad legal del órgano en vez de competencia. El acto administrativo debe ser realizado dentro del límite de la competencia del órgano administrativo para que la declaración de voluntad formulada tenga plena validez legal.

La competencia administrativa, revista ciertas características que es necesario resaltar tales como: La legalidad en la esfera de atribuciones debe ser determinada por la ley. Irrenunciabilidad de la competencia, pues la misma es establecida en interés público y por una ley, lo que significa que es obligatoria y debe ser ejercida en forma independiente de la voluntad del funcionario público que la ejerce.



La inderogabilidad que significa que no puede ser derogada por el propio órgano administrativo, ni particular o funcionario, ni por acto administrativo, ni reglamento.

La atribución de la competencia pertenece al órgano administrativo y no a quien la desempeñe como titular; y la improrrogabilidad de la competencia, que no puede ser transferida o trasladada a otro órgano administrativo si la misma ha sido asignada en forma taxativa por la ley.

Esta última característica, tiene sus excepciones cuando se hace referencia a la avocación, que es el acto por el cual sin que medie recurso alguno, un órgano superior atrae para sí el conocimiento y resolución de un asunto que es competencia de un órgano inferior; y la delegación, que es el acto por el cual un órgano jerárquicamente superior transfiere a un órgano jerárquicamente inferior el conocimiento y resolución de un asunto determinado que es de su competencia. Esta debe ser parcial y temporal.



CAPÍTULO IV

4. Vulnerabilidad en la decisión de la adjudicación realizada por las juntas de cotización pública, al ser conformadas con personal en relación de dependencia laboral en Guatemala

“La primera referencia del Sistema de Servicio Civil Guatemalteco se encuentra en la Constitución de la República de 1945, en donde se consigna que su objetivo es el de regular la relación del Estado y sus empleados. Fue hasta 1956 se aprueba el Estatuto Provisional de los Trabajadores del Estado Decreto Presidencial No. 584 del 29 de febrero de 1956, el cual contenía una serie de normas para regular el sistema técnico administrativo del sector público. El 1 de mayo de 1957, se establece el Departamento Nacional de Personal, del cual dependían 26 oficinas de personal de distintos Ministerios de Estado y en 1958 este Departamento fue sustituido por el Departamento de Servicio Civil, creado para elaborar los estudios necesarios para la adopción de un plan de clasificación de puestos.”²⁵

La Ley de Servicio Civil contempla los fundamentos y principios filosóficos del sistema, las normas básicas y estructura técnico-administrativa para su operación, designando a la Oficina Nacional de Servicio Civil ONSEC como ente responsable de velar por su adecuada aplicación.

²⁵ Roca Ruano, Carolina. **El servicio civil en Guatemala**. Pág. 3



La actual Constitución Política de República, respetó e incluso amplió los derechos de los trabajadores, al incluir en su texto lo referente a los Trabajadores del Estado, ratificando que la Ley de Servicio Civil es la que rige las relaciones entre los servidores públicos y el Estado, excepto en los casos de aquellas instituciones que posean su propio régimen de personal.

4.1. La administración armónica, técnica y eficiente de los trabajadores del Estado

Estableciendo los lineamientos legales que permitieran al Estado completar la legislación social de Guatemala establecida, además del Código de Trabajo y de la Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, en beneficio de los trabajadores del Estado.

Era necesaria una ley de Servicio Civil que permitiera la realización y desarrollo de los principios contenidos en los Artículos 118 Principios del Régimen Económico y Social.

Para el Estado era urgente mejorar la Administración Pública estableciendo un sistema técnico, armónico, dinámico y eficiente de la Administración del personal a su servicio, para garantizar al país el desempeño económico y efectivo de la labor institucional de Gobierno en beneficio de todos los sectores nacionales, es decir, de la población guatemalteca.



Los objetivos y principios de la Ley de Servicio Civil, garantizan a la Nación la eficiente operación de los servicios públicos, afirmar y proteger la dignidad de los trabajadores del Estado.

Debe remunerar el correcto desempeño de cada cargo público en forma justa y decorosa; establecer que a igual trabajo desempeñado igual salario.

Es obligación del Estado estabilizar el desempeño de los distintos puestos de la administración pública mediante la eliminación de factores de preferencia puramente personal, el respectivo nombramiento, ascensos y despidos.

El Decreto Número 1748 del Congreso de la República de Guatemala, en su Artículo 1 establece: "Esta ley es de orden público y los derechos que consigna son garantías mínimas irrenunciables para los servidores públicos, susceptibles de ser mejoradas conforme las necesidades y posibilidades del Estado. De consiguiente, son nulos ipso jure, todos los actos y disposiciones que impliquen renuncia, disminución o tergiversación de los derechos que la Constitución establece, de los que esta ley señala y de todos los adquiridos con anterioridad."

Es necesario que la Administración Pública invierta sus recursos económicos en forma ordenada y cuidadosa en el pago de servicios personales, mantenimiento estos gastos dentro del mínimo compatible con las necesidades del país.



Reconocer que la relación de trabajo de los empleados del Estado constituye una función pública, cuyo acertado desempeño es fuente de deberes y de derechos especiales.

El Artículo 2 del mismo texto legal preceptúa: "El propósito general de esta ley, es regular las relaciones entre la Administración Pública y sus servidores, con el fin de garantizar su eficiencia, asegurando los mismos, justicia y estímulo en su trabajo, y establecer las normas para la aplicación de un sistema de Administración de personal."

4.2. El derecho de los ciudadanos a optar a empleos públicos

Los principios consagrados en la Ley de Servicio Civil, hacen referencia a la oportunidad que tiene todo ciudadano de optar a un cargo público y a ninguno puede impedírsele el ejercicio de este derecho, sí reúne los requisitos y calidades que las leyes exigen. Dichos cargos deben otorgarse atendiendo únicamente a méritos de capacidad, preparación, eficiencia y honradez.

Para el otorgamiento de los cargos públicos no debe hacerse ninguna discriminación por motivo de raza, sexo, estado civil, religión, nacimiento posición social o económica u opiniones políticas. El defecto físico o dolencia de tipo psiconeurótico no es óbice para ocupar un cargo público, siempre que estos estados no interfieran con la capacidad de trabajo al cual sea destinado el



solicitante ajuicio de la Junta Nacional de Servicio Civil. Se trata de que a igual trabajo prestado en igualdad de condiciones, eficiencia y antigüedad, corresponderá igual salario; en consecuencia, los cargos de la Administración Pública deben ordenarse en un plan de clasificación y evaluación que tome en cuenta los deberes, responsabilidades y requisitos de cada puesto, asignándoles una escala de salarios equitativa y uniforme.

Los trabajadores de la administración pública deben estar garantizados contra despidos que no tengan como fundamento una causa legal. También deben estar sujetos a normas adecuadas de disciplina y recibir justas prestaciones económicas y sociales.

El sistema nacional de Servicio Civil debe fomentar la eficiencia de la Administración Pública y dar garantías a sus servidores para el ejercicio y defensa de sus derechos.

Los puestos de la Administración Pública deben adjudicarse con base en la capacidad, preparación y honradez de los aspirantes.

Es necesario que se establezca un procedimiento de oposición para el otorgamiento de los mismos, instituyendo la carrera administrativa. Los puestos que por su naturaleza y fines deban quedar fuera del proceso de oposición, deben ser señalados por la ley.



4.3. El ingreso al servicio público

Para los efectos de esta ley, se considera servidor público, la persona individual que ocupe un puesto en la Administración Pública en virtud de nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo legalmente establecido, mediante el cual queda obligado a prestarle sus servicios o a ejecutarle una obra personalmente a cambio de un salario, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata de la propia Administración Pública.

Para la Ley de Servicio Civil, los puestos en el servicio del Estado se clasifican y comprenden los tipos de servicios siguientes: Servicio exento, servicio sin oposición, servicio por oposición.

En Guatemala se pone de manifiesto la carencia de una planificación de recursos humanos. No se posee un análisis que muestre cuáles son las necesidades de recursos humanos que el sector público guatemalteco muestra. Tampoco es posible identificar acciones que podrían corregir actuales fallos en el Servicio Civil Guatemalteco.

En cuanto al tamaño del sector público, éste se ha venido conformando de una forma empírica, vegetativa y con base en las decisiones políticas que han determinado su crecimiento o contracción.



El número de servidores públicos no se conoce a cabalidad, por la falta de instrumentos informáticos que permitan reunir la información pertinente.

El dato más cercano a la realidad, lo constituye la nómina de empleados que se lleva en la Dirección de Contabilidad del Estado y en las oficinas de personal de las Entidades Descentralizadas, sin embargo ésta no está al día, toda vez que las alzas y bajas de empleados y de puestos –creados y suprimidos- se contabilizan con cierto rezago.

“En la práctica cuando se identifican necesidades de recursos humanos en las diferentes instituciones que abarca el Servicio Civil, se utilizan medidas no sistematizadas, que únicamente resuelven de manera temporal la necesidad de personal existente en alguna institución. Guatemala cuenta con un sistema de clasificación de puestos en donde posee un instrumento conocido como Plan de Clasificación por medio del cual se determinan los deberes y responsabilidades de todos los puestos comprendidos en los servicios.”²⁶

Todas las instituciones reguladas por la Ley del Servicio Civil deben acomodar sus puestos a esta clasificación. Técnicamente la ONSEC no está preparada para atender la dinámica administrativa actual, independientemente del tamaño del Sector Público. La ONSEC dispone de un instrumento técnico titulado “Manual de Nombramientos y Acciones de Personal”, el cual no es un manual en el sentido

²⁶ Roca Ruano, Carolina. *Ibid.* Pág. 21



estricto, porque se limita a copiar el conjunto de disposiciones legales que regulan la materia.

No existe un sistema de desarrollo de personal que pueda calificarse como tal. La Ley marco no lo previó así y tampoco quienes lo administran se han preocupado de ordenar sistemáticamente el conjunto de disposiciones y normas que determinan qué hacer para resolver una solicitud o situación que se le presente durante el tiempo en el que el empleado esté al servicio de la Administración Pública.

4.4. La jerarquía administrativa

Siendo la mayoría de órganos que se encuentran dentro de la administración pública guatemalteca son centralizados, por consecuencia pertenecen a una escala jerárquica. Las características de la jerarquía varían según el autor que las establezca, por lo que a continuación se enuncian simplemente algunas de éstas.

Se trata de una relación entre órganos de un mismo ente administrativo, es decir no se da entre distintos sujetos. El poder jerárquico se da cuando hay centralización, desconcentración o delegación.

La relación jerárquica se da entre un superior de grado, en la línea de competencia y un órgano inferior, ambos tienen la misma competencia en razón



de la materia. Existe la posibilidad de recurrir los actos del inferior jerárquico a través de recursos, la jerárquica es un poder que se da de manera total y constante. El poder jerárquico abarca la totalidad del órgano inferior.

La administración pública dentro de su campo de atribuciones realiza una serie de actividades a través de sus órganos que tienen por finalidad buscar la satisfacción de las necesidades públicas, es decir, alcanzar el bien común de los habitantes del Estado.

Esa actividad del Estado, llamada específicamente actividad administrativa se hace efectiva por medio del acto administrativo, en el cual se proyectan las decisiones de los órganos administrativos.

Es una declaración unilateral de voluntad, concreta y directa de un órgano o entidad administrativa del Estado que produce efectos jurídicos derechos y obligaciones directas e inmediatas para la administración pública y los particulares.

En ese sentido, el acto administrativo es el producto de un procedimiento legal e intelectual por parte de los funcionarios o empleados públicos que lo realizan. Se trata de una declaración de voluntad en nombre del Estado. El acto administrativo se considera como una declaración unilateral de voluntad, porque emana sólo de la administración pública, es ella la que toma sus propias decisiones sin consulta

previa a los interesados. Esto se debe a que el Estado actúa investido de prerrogativas que le otorga la ley que lo elevan a una categoría superior con relación a los administrados, actuando bajo un régimen de derecho público.



En la bilateralidad, en cambio, supone la conjunción de dos voluntades que implica la creación de una relación mutua y equitativa, en donde los sujetos o partes se encuentran en una misma posición o plano de igualdad verbigracia los contratos.

4.5. Integración de la junta de cotización

La forma de integrar cada junta de cotización, según la entidad de que se trate, es la parte central de la presente investigación. Debe ser integrada con tres miembros, nombrados por la autoridad administrativa superior, de preferencia entre servidores públicos de la entidad contratante.

Salvo el caso de que la entidad no cuente con personal idóneo, podrá nombrarse a servidores públicos de otras dependencias del Estado que tenga experiencia en la materia de que se trate.

La junta en este caso de cotización, tomará sus decisiones por mayoría del total de sus miembros, quienes no podrán abstenerse de votar, dejando constancia en una acta de su forma de actuar.



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

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

Aparentemente se cumplen los presupuestos jurídicos conforme lo estipula nuestra legislación, sin embargo, el problema no es simplemente llenar requisitos y lograr que toda la operación de un proceso de cotización este blindado y no se detecten las irregularidades en que se incurre, logrando así que los órganos de control, tanto gubernamentales como de la sociedad civil, den por aprobado el proceso.

El principio del procedimiento de la cotización, hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de este, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas. Por razones expuestas y en tutela del principio de igualdad, son nulas las cláusulas que impliquen monopolio y que tiendan a corromper o limitar los derechos de los empresarios guatemaltecos.



Tampoco pueden fijarse cláusulas determinantes de circunstancias subjetivas ni señalar marcas de fabricación o rótulos comerciales preferenciales.

La necesidad de agilizar y transparentar el uso de medios electrónicos para comprar y contratar bienes y servicios, es lo que lleva al gobierno a implementar el sistema de Guatecompras, el cual comenzó a funcionar hasta el año 2004, cuando se hizo obligatorio su utilización y que definitivamente se tomó la bandera de transparentar la gestión pública.

Su uso es obligatorio por todas las entidades del sector público, incluyendo a las municipalidades, pueden publicar y gestionar sus compras, contrataciones y enajenaciones. El lema de la Institución es "Todo a la vista de todos", ya que permite publicar todas las compras o contrataciones, las preguntas de los proveedores y sus respectivas respuestas, los montos y proveedores adjudicados.

Esto, tiene como supuesto preponderante, que se aumenta la transparencia y eficiencia en el gasto público al aumentar la oferta, al mismo tiempo que reduce la corrupción.

La experiencia ha determinado que, si bien el proceso ha informado a la mayoría de ofertantes, existen dudas sobre la adjudicación debido al procedimiento a través del cual se nombra a la junta de cotización y la forma en que esa junta



realiza la evaluación de las ofertas, que en el 90 % de los casos investigados es realizada a puerta cerrada.

4.6. Vulnerabilidad en la decisión de la adjudicación realizada por las juntas de cotización pública, al ser conformadas con personal en relación de dependencia laboral en Guatemala

El Decreto número 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado, pretendió evitar los serios obstáculos, para la pronta ejecución de obras y adquisición de bienes, suministros y servicios que requiere el Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las Municipalidades y las empresas públicas estatales y municipales, lo que no permite la realización de los programas de desarrollo nacional.

El objeto principal de la ley consistió en dotar, de un mecanismo legal que regule la compra, venta y la contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requieran los organismos del Estado incluyendo a las Municipalidades.

Como parte del mecanismo existente establecido en la ley referida anteriormente, debe conformarse una junta de cotización, la cual es considerada como el único órgano competente dentro de la entidad que desea cotizar, para recibir, calificar ofertas y adjudicar el negocio. La integración de la junta de cotización será integrada por tres miembros nombrados por la autoridad administrativa superior,



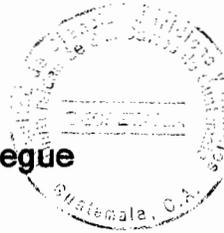
entre servidores públicos que laboran en dicha entidad. Salvo el caso de que la entidad no cuente con personal idóneo, podrá nombrarse a servidores públicos de otras dependencias del Estado que tenga experiencia en la materia de que se trate.

La junta en este caso de cotización, tomará sus decisiones por mayoría del total de sus miembros, quienes no podrán abstenerse de votar, dejando constancia en una acta de su forma de actuar.

El proceso de cotización conlleva una fase preparatoria, en la cual se cumplen los presupuestos que tornan jurídicamente posible la manifestación de voluntad contractual administrativa.

Esta fase es puramente interna de la administración, sin intervención ni participación de los administrados, oferentes o terceros interesados. Comprende, pues, los estudios de factibilidad física, jurídica, contable, financiera, económica y política de la obra o servicio objeto de la futura contratación, la imputación previa de conformidad al crédito presupuestario y la preparación del pliego de condiciones.

Llegado el momento oportuno, se adopta la decisión de llevar a cabo un proceso de cotización, se realizan los proyectos de orden técnico en cuanto a las ventajas, beneficios y posibilidad de realización del evento de cotización, contando ya con



los recursos económicos respecto al costo del futuro contrato que desea se llegue a culminar y su asignación presupuestaria.

Luego continúa una fase esencial, que comprende la cotización propiamente dicha, o sea, los actos dirigidos a lograr la manifestación de voluntad común del ente público que cotiza y de la otra parte que es el oferente.

En esta fase, las relaciones que se entablan son bilaterales, afectan o pueden afectar a terceros y se desarrolla a través del llamado a cotizar, la publicación de las bases, la apertura de las ofertas, la admisión de oferentes, el estudio de las propuestas y la adjudicación.

El procedimiento de cotización, debería constituir un procedimiento de selección del contratista, que sobre la base de una previa justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, tienda a establecer qué persona jurídica individual o colectiva es la que ofrece el precio más conveniente o la mejor oferta.

Si bien es cierto que la invitación a cotizar es un pedido de ofertas, que debe ser enunciado en la forma que el derecho positivo lo determina, es decir por la vía de la publicación como instrumento técnico que promueva la concurrencia, esto no determina la legalidad de los actos que deben ser desarrollados por el ente público al calificar y adjudicar el proyecto que necesita.



Los oferentes se apegan al pliego de requisitos que como conjunto de disposiciones redactadas unilateralmente por la entidad pública que cotiza, regula el trámite, mecanismo y formalidades del procedimiento de preparación y ejecución ulterior del contrato.

Aun cuando el procedimiento de cotización este reglamentado, permite efectuarse adjudicaciones indebidas pues la inmoralidad y preponderantemente la relación funcional basada en la jerarquía administrativa es una limitante en su actuación.

Derivado que el personal que ha sido nombrado para integrar la junta de cotización, no tienen una independencia en sus decisiones y la adjudicación del proyecto, obra o suministro que se cotiza queda viciado, al influir en sus decisiones la autoridad superior de la entidad que cotiza, pues se aprovecha la necesidad que tiene el trabajador de conservar su plaza en la institución pública.

La autoridad que se ejerce sobre el personal de las instituciones estatales, limita la voluntad de los miembros de la junta de cotización, debido a que la misma se encuentra doblegada, por temor a que de no adjudicar el proyecto a quien la autoridad superior desea, puedan existir represalias tales como un despido por reorganización, que si bien no afectan el record laboral del empleado lo deja cesante. Existe entonces una cotización aparentemente correcta, pero la misma puede encubrir y simular una flagrante desviación de poder, pues los pliegos de condiciones pueden haber sido redactados de manera tal que, solo la persona a quien se quiere favorecer quede en condiciones de prestar ofertas admisibles.



La facultad discrecional de nombrar a los miembros de la junta de cotización por el ente público que quiere cotizar, vicia el procedimiento para calificar las ofertas que se reciban y adjudicar el negocio al que según ellos cumple con los requisitos exigidos.

A través de la jerarquía que existe entre las autoridades superiores de cada Institución pública y los subordinados que serán nombrados para la conformación de una junta de cotización, estarán siempre influenciados por esa subordinación a regirse por las instrucciones que reciban de la autoridad superior.

La junta de cotización no goza de una autonomía total para decidir sobre el evento de cotización, su integración por personal en relación de subordinación es un vicio inminente, puesto que no existirá transparencia en la adjudicación del evento que cotizan las entidades del Estado.

En Guatemala, los funcionarios de alto rango e inclusive las autoridades superiores de cada institución pública, pueden ejercer presión sobre la decisión de los miembros de la junta de cotización en cuanto a la entidad a la que debe adjudicársele el proyecto o suministros cotizados.

La mayoría de órganos que se encuentran dentro de la administración pública guatemalteca son centralizados, por consecuencia pertenecen a una escala jerárquica y por consiguiente, existen influencias que no pueden ser detectadas

por los administrados en el momento de realizarse un evento de cotización pública.



La integración arbitraria de las juntas de cotización con personal de la propia Institución del Estado que desea cotizar, aunado a la subordinación jerárquica y la dependencia de la relación funcional – autoridad y empleado-, no garantiza la transparencia de un proceso de cotización pública, puesto que existe temor de ser despedido del trabajo, es el vicio principal de los procesos de cotización en Guatemala.

Por lo que se hace necesario establecer mecanismos que permitan profesionalizar las juntas de cotización, desligando a la autoridad superior de cada institución gubernamental de la arbitrariedad de su elección y nombramiento.

Se hace necesario reformar el Artículo 15 del Decreto 57-92 del Congreso de la República, en relación a la forma de integrar las juntas de cotización, con los siguientes aspectos.

- Conformada por tres miembros, quienes deberán ser profesionales o técnicos en la materia, según el proyecto, obra o suministro que se cotice.
- Los profesionales deben tener conocimiento en la obra, suministro o proyecto para el cual fueron nombrados.



- Serán responsables de su decisión y adjudicación que realicen de cada obra, suministro o proyecto que adjudiquen.

- Tendrán plena independencia de las entidades del Estado.



03

03



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

En las entidades del Estado, las juntas de cotización, son nombradas por la autoridad administrativa superior de la Institución, lo cual sujeta a los miembros que la integra, a cumplir con las orientaciones que de los funcionarios de alto rango impongan. El sistema nacional de Guatecompras, por los vacíos legales que presenta la Ley de Contrataciones del Estado, deja abierta la posibilidad de que el personal del ente administrativo que realiza el proceso de cotización, pueda manipular la información y la forma de calificación de ofertas.

Las autoridades de los entes estatales que cotizan, se integran, en la mayoría de los casos, con personal que no posee los conocimientos ni la experiencia necesaria para desarrollar adecuadamente su función, lo que permite que sean vulnerables en sus decisiones. Se hace necesario que el Estado, implemente como política pública, la transparencia en el proceso de cotización pública, desde el momento mismo de la selección de las personas que integran las juntas de cotización quienes deben estar calificados como profesionales con conocimientos prácticos en proyectos.



()

()



BIBLIOGRAFÍA

ABINADER, José Rafael. **La corrupción administrativa en la América Latina.** República Dominicana: Ed. Panamericana, 1992.

ADAMS CLARKE, John. **El derecho administrativo norteamericano.** Traducción del Dr. Dionisio Pietriella, Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina: 1964.

BÁEZ MARTÍNEZ, Roberto. **Manual de derecho administrativo.** México: Ed. Trillas, 1997.

BREWER CARIAS, Allan R. **Estado de derecho y control judicial.** España: (s.e.), 1987.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** Argentina: Ed. Heliasa S.R.L., 1979.

CANASI, José. **Derecho administrativo.** Argentina: Ed. de Palma, 1974.

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo y teoría de la administración.** Guatemala: Ed. Impresos Industriales, 1987.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD. **Constitución Política de la República de Guatemala y su interpretación por la Corte de Constitucionalidad.** Guatemala: (s.e.), 1999.



DROMI, José Roberto, **Instituciones de derecho administrativo. Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1973.**

FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo. México: Ed. Porrúa, S.A. 1981.**

GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **Los contratos administrativos. Guatemala: (s.e.), 1990.**

GODINEZ BOLAÑOS, Rafael. **Marco jurídico político de la administración pública guatemalteca. Guatemala: (s.e.), 1989.**

LARA PEINADO, Federico. **Código de Hammurabi. España: Ed. Madrid. 1982.**

MONTANO, Agustín. **Manual de administración municipal. México: Ed. Litográfica Tavera, S.A., 1987**

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. México: Ed. Porrúa. D.F., 1982.**

PRADO, Gerardo. **Teoría del Estado. Guatemala: Ed. Pirámide, S. A. 2001.**

SALVA, Vicente. **Diccionario latino-español Francia: Ed. Garnier Hermanos, 1876.**

SINEX, Jeanne. **Desconcentración administrativa. México: Ed. Mexicano, S.A., 1976.**



SOPENA, Ramón. **Diccionario enciclopédico ilustrado de la lengua española**. España: (s.e.), 1980.

RETAMOZO LINARES, Alberto. **Los principios inspiradores de la contratación administrativa en el derecho español**. España: Ed. Salvat, 1995.

ROCA RUANO, Carolina. **El servicio civil en Guatemala**. Guatemala: Ed. Roca Hnos, 2001.

RONDINA, Homero. **Contrato de obra pública y privada**. Argentina: Ed. El Litoral, 1993

Legislación

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

Código Municipal. Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala, 2002.

Código Civil. Decreto Ley 106. Del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1974.

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

Ley de lo Contencioso Administrativo. Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, 1996.



Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural. Decreto 11-2002 del Congreso de la República de Guatemala, 2002.

Ley General de Descentralización. Decreto 14-2002 del Congreso de la República de Guatemala, 2002.

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