

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



**ÁMBITO Y APLICACIÓN DEL FRACCIONAMIENTO, SEGÚN
LO REGULADO EN EL ARTÍCULO 81 DE LA LEY
DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**

CARLOS OMAR ESTRADA VIRULA

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2017

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

**ÁMBITO Y APLICACIÓN DEL FRACCIONAMIENTO, SEGÚN
LO REGULADO EN EL ARTÍCULO 81 DE LA LEY
DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CARLOS OMAR ESTRADA VIRULA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, octubre de 2017

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

DECANO:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

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



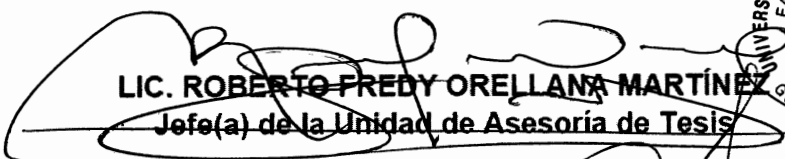
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 26 de julio de 2016.

Atentamente pase al (a) Profesional, **SERGIO ANTONIO ESCOBAR ANTILLON**
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
CARLOS OMAR ESTRADA VIRULA, con carné **200311476**,
 intitulado **ÁMBITO Y APLICACIÓN DEL FRACCIÓNAMIENTO, SEGÚN LO REGULADO EN EL ARTÍCULO 81 DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.**

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.

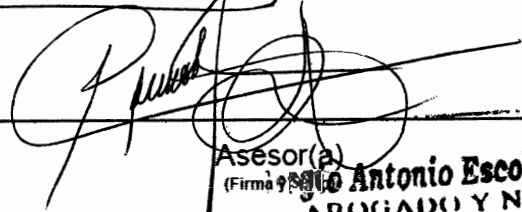
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros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


LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

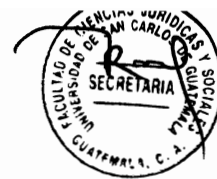


Fecha de recepción 10 / 05 / 2017



Asesor(a)
 (Firma) **Sergio Antonio Escobar Antillon**
ABOGADO Y NOTARIO





Lic. Sergio Antonio Escobar Antillon
Abogado y Notario
COLEGIADO No. 3653

Guatemala 02 de junio de 2017

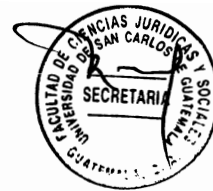
Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Estimado Lic. Orellana:

De manera atenta y respetuosa me dirijo a usted, a efecto de informar que, atendiendo resolución emitida por la Unidad de Tesis de dicha casa de estudios, efectué la revisión del trabajo de tesis del estudiante CARLOS OMAR ESTRADA VIRULA, intitulado: "ÁMBITO Y APLICACIÓN DEL FRACCIONAMIENTO, SEGÚN LO REGULADO EN EL ARTÍCULO 81 DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO", tomando en cuenta que es una problemática real y vigente que afronta el Estado de Guatemala en materia de contrataciones. Acorde con estos lineamientos, se arribó a los siguientes elementos:

1. Contenido técnico y científico: de acuerdo con los aspectos jurídicos y contextuales del tema de estudio, se estableció la relación existente entre la doctrina y el marco jurídico del país, verificando detenidamente cada uno de los apartados del tema sujeto de estudio; destacándose la utilización correcta de la redacción y ortografía, manifestándose un lenguaje apropiado y acorde con los aspectos del método científico.
2. Métodos y técnicas: se corroboró el uso apropiado del método analítico en el ámbito y aplicación del fraccionamiento, según lo regulado en el Artículo 81 de la Ley de Contrataciones del Estado y que están estrechamente relacionadas con el tema de estudio; en tanto que el método sintético, se utilizó en la integración del análisis efectuado con el método anterior; luego, a través del método inductivo se identificaron los elementos particulares que han propiciado el surgimiento del fraccionamiento en las adquisiciones de bienes y servicios del Estado; mientras que a través del método deductivo se abordaron los elementos jurídicos y doctrinarios, plasmados en el desarrollo investigativo; en cuanto a las técnicas utilizadas, se identificaron: la documental y bibliográfica, tales como: libros, artículos científicos, periódicos, revistas y fuentes electrónicas, circunstancia que facilitó destacar con detalle, el carácter cualitativo que presenta el informe final.
3. Redacción: se brindó el seguimiento correspondiente, a fin que el sustentante utilizara un lenguaje apropiado con las principales reglas gramaticales, sugiriendo algunas modificaciones que facilitaron adaptar la totalidad de los apartados de la estructura capitular del informe de tesis con la legislación nacional y la doctrina nacional e internacional, relacionando minuciosamente el contenido con la realidad del problema descrito con anterioridad; presentando una secuencia lógica de la totalidad de los elementos teóricos abordados, circunstancia que se manifiesta en la riqueza del lenguaje utilizado para su desarrollo.



Lic. Sergio Antonio Escobar Antillon
Abogado y Notario
COLEGIADO No. 3653

4. **Contribución científica:** se verificó la utilización de los aspectos contextuales del tema de investigación, presentando una problemática real, esencialmente porque se centra en el análisis minucioso de un tema que incide en la realidad económica y social del país; de esa cuenta, el desarrollo del tema contribuye determinadamente a la comprensión y solución de la problemática enunciada inicialmente.
5. **Conclusión discursiva:** se evaluó minuciosamente la correspondencia, claridad y sencillez con que se ha redactado, esencialmente porque en la misma se enfatizó en los supuestos que rodean el uso frecuente del fraccionamiento en las instituciones estatales, en contraposición con lo regulado en el Artículo 81 de la Ley de Contrataciones del Estado.
6. **Bibliografía:** de acuerdo con las regulaciones contenida en el normativo de tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, se verificó que las fuentes documentales utilizadas por el estudiante, contengan y aborden con precisión, las teorías que guardan estrecha relación con el tema de estudio, mismas que se consideran adecuadas y actualizadas al contexto de la investigación. En ese contexto, se determinó el uso adecuado de las citas textuales; verificando los créditos correspondientes para los autores citados y cuyas teorías sustentan y fortalecen el contenido de la investigación.

Es en este contexto que, luego de efectuar el análisis minucioso y exhaustivo del contenido del informe final de tesis, es consistente señalar que no tengo ningún parentesco con el estudiante CARLOS OMAR ESTRADA VIRULA.

Atendiendo estos preceptos, se estima pertinente señalar que, el presente informe de tesis, reúne los requisitos legales contenidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de la Universidad de San Carlos de Guatemala, por consiguiente, me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE** al presente informe, en el afán de brindarle y contribuir con la continuidad y celeridad del trámite correspondiente.

Sin otro particular, de Usted.

Deferentemente.


Sergio Antonio Escobar Antillon
ABOGADO Y NOTARIO
Lic. Sergio Antonio Escobar Antillon
Abogado y Notario
Colegiado No. 3653
Revisor de Tesis
Tels: 22305808 y 40941918



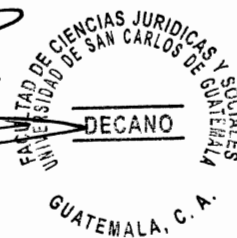
USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 07 de septiembre de 2017.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante CARLOS OMAR ESTRADA VIRULA, titulado ÁMBITO Y APLICACIÓN DEL FRACCIONAMIENTO, SEGÚN LO REGULADO EN EL ARTÍCULO 81 DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.





DEDICATORIA

A DIOS:

Por apartarme desde el vientre de mi madre y colmarme todos los días su amor y su misericordia, por enseñarme que el camino no es fácil pero que puestos los ojos en su hijo amado no hay obstáculo que no pueda vencer.

A MIS PADRES:

Por cuidar siempre de mí, por amarme incondicionalmente y por estar siempre presente en todos los momentos de mi vida, por el esfuerzo, por el dolor, por el cansancio y aun la humillación que muchas veces sufrieron para lograr ver lo que ahora estoy culminando. Desde lo más profundo de mi corazón le agradezco a mi princesa bella Carmen Elena Virula, mi madre.

A MI ESPOSA:

Por compartir toda una vida junto a mí, por cuidar de nosotros y apoyarme en los momentos más difíciles, por compartir mis alegrías y llorar mis tristezas, por amarme y enseñarme que la vida no es fácil pero que tomado de la mano de Dios tampoco es tan difícil.

A MIS HIJOS:

Anderson Omar Estrada Lemus y Sofía Abigail Estrada Lemus, que son la promesa de Dios hecha realidad en mi vida y por enseñarme que la vida es más hermosa cuando se tiene por quien luchar.

A MIS HERMANAS:

Por compartir momentos especiales e inolvidables en mi vida y por ser parte de la familia que tanto amo.



A MIS MAESTROS:

Quienes en esta etapa de mi vida, influyeron y generaron con sus lecciones y experiencias que me formara como una persona competente y preparada para los retos que me depara la vida; a todos y a cada uno de ellos mi cariño, admiración y agradecimiento.

A MIS AMIGOS:

Por el acompañamiento de esos momentos de alegrías que compartimos a lo largo de nuestra preparación académica.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, por permitirme culminar mis estudios superiores y formarme como un profesional con valores.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, mi eterno agradecimiento por ser parte de mi formación profesional.



PRESENTACIÓN

El fraccionamiento, es aquel vicio administrativo en el cual los funcionarios o empleados públicos adquieren por partes un bien, servicios u obra, siguiendo procedimientos independientes o fraccionados que tienden a evadir la práctica de la cotización y licitación pública, desdoblando en subgrupos y procedimientos más cortos las adquisiciones contempladas y aprobadas en los planes operativos y de compras de cada institución. En ese contexto, la investigación es de tipo cualitativo, pues evalúa las formas más comunes del fraccionamiento frente a las adquisiciones del Estado, en ese contexto se estima que a raíz de la incidencia que tienen estos procesos en la adquisición de bienes y servicios en las distintas entidades del Estado, el ámbito de la misma se localiza dentro de la rama del derecho administrativo.

Derivado de la importancia de esta figura y la escasa atención que se le brinda en tema de contrataciones y adquisiciones estatales, se estimó preciso abordar el periodo de tiempo de investigación entre el año 2015 al 2017, considerando como objeto de estudio el marco jurídico en materia de compras y contrataciones del Estado, refiriéndose expresamente al Decreto Número 57-92 Ley de Contrataciones del Estado, particularmente al Artículo 81 del mismo, y como sujeto del estudio, el fraccionamiento en sus distintas formas y modalidades. El principal aporte académico de la investigación, consiste en establecer parámetros doctrinarios que sirvan de sustento para el desarrollo de futuras investigaciones en la materia, así como eventualmente presentar un modelo de propuesta encaminado a mitigar o contrarrestar esta práctica recurrente en las adquisiciones de bienes y servicios del Estado.



HIPÓTESIS

En Guatemala todos los procesos de compras y contrataciones que realizan las distintas dependencias e instituciones del Estado, se efectúan conforme lo establecido en el Decreto Número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado, y el Acuerdo Gubernativo Número 122-2016 Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin embargo dentro de su ejecución existe un vicio administrativo llamado fraccionamiento, el cual tiene por objeto evadir la práctica de la cotización y licitación pública; aunque esta figura se encuentra regulada en el Artículo 81 de la Ley, así como en el Artículo 61 de su Reglamento, la misma carece de aspectos fundamentales que servirían para prevenir y sancionar a los funcionarios o empleados públicos que en el ejercicio de sus funciones cometan este tipo de ilicitud. Tomando en consideración la relevancia de la interrelación de las variables independiente y dependiente respecto a la hipótesis planteada, una reforma a estos cuerpos legales coadyuvaría a la administración pública a realizar los procesos de manera ágil y transparente.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Como respuesta tentativa al problema del fraccionamiento en las compras y contrataciones que realiza el Estado; para el efecto se requirió hacer uso de los métodos inductivo y deductivo, circunstancia que facilitó el análisis minucioso y exhaustivo de los aspectos condicionantes de esta práctica nociva en la administración pública del país. En ese contexto si, se comprobó la hipótesis planteada, derivado que al no existir en la Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento, una norma clara y precisa donde se indique el ámbito, aplicación, alcances, efectos administrativos, procedimientos para el análisis y revisión de expedientes, así como la imposición de sanciones pecuniarias respecto al fraccionamiento, los funcionarios y empleados públicos continúan realizando procedimientos independientes y fraccionados fuera del marco de la ley. Si bien es cierto que en el Artículo 81 de la Ley, así como en el Artículo 61 de su Reglamento se encuentra regulado el fraccionamiento, este se enfoca más a un simple concepto o descripción.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. La administración pública.....	1
1.1. Elementos	7
1.2. Principios	11
1.3. Sistemas o técnicas de organización administrativa.....	16
1.3.1. La centralización o concentración administrativa.....	18
1.3.2. La desconcentración administrativa.....	22
1.3.3. La descentralización administrativa.....	26

CAPÍTULO II

2. Ley de Contrataciones del Estado y sus reformas.....	29
2.1. Antecedentes.....	29
2.2. Objeto.....	31
2.3. Contrataciones administrativas.....	33
2.4. Principios que rigen la contratación.....	39
2.5. Elementos de la contratación.....	44

CAPÍTULO III

3. Aspectos generales y específicos en los procesos de contrataciones y adquisiciones según la Ley de Contrataciones del Estado.....	49
3.1. Objeto de los procesos de compras.....	49



	Pág.
3.2. Naturaleza jurídica de los procesos de compras.....	50
3.3. Formas de contratación según la Ley de Contrataciones del Estado.....	52
3.3.1. Compra de baja cuantía.....	52
3.3.2. Compra directa.....	54
3.3.3. Adquisición con proveedor único.....	55
3.3.4. Arrendamiento.....	56
3.3.5. Arrendamiento de bienes inmuebles.....	58
3.3.6. Dragado.....	59
3.3.7. Contrato abierto.....	59
3.3.8. Transparencia en el uso de fondos públicos y otros contratos.....	61
3.3.9. Cotización.....	63
3.3.10. Licitación pública.....	66
3.3.11. Casos por excepción.....	68
3.3.12. Subasta electrónica inversa.....	70
3.4. Procedimientos para llevar a cabo los procesos de contratación.....	72
3.5. Aspectos elementales en los procesos de compras.....	72
3.6. Generalidades en los procesos de compras.....	74
3.7. Guatecompras.....	74

CAPÍTULO IV

4. El fraccionamiento.....	77
4.1. Elementos de la práctica del fraccionamiento.....	77
4.1.1. La unidad objeto de los contratos firmada por la administración y el contratista por la forma de contratación.....	78
4.1.2. La celebración de los contratos celebrados en un mismo lapso por el tiempo.....	79



Pág.

4.1.3.	La cuantía de los contratos que sumada excede de la cuantía mínima exigida por la ley por la cuantía.....	80
4.1.4.	La vulneración de las normas de la contratación pública por medio de la simulación.....	82
4.2.	Clases de fraccionamiento.....	82
4.2.1.	El fraccionamiento a través de las compras directas.....	84
4.2.2.	El fraccionamiento por medio de concursos.....	85
4.3.	Casos donde no se da el fraccionamiento.....	86
4.4.	La Contraloría General de Cuentas frente a la fiscalización en los procesos de compras y contrataciones del Estado.....	88

CAPÍTULO V

5.	Ámbito y aplicación del fraccionamiento, según lo regulado en el Artículo 81 de la Ley de Contrataciones del Estado y sus reformas.....	93
5.1.	Origen del fraccionamiento.....	93
5.2.	Ámbito del fraccionamiento.....	94
5.3.	Aplicación del fraccionamiento.....	95
5.4.	Relación jurídica existente del Artículo 81 de la Ley de Contrataciones del Estado y 61 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.....	97
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....		103
BIBLIOGRAFÍA.....		105



INTRODUCCIÓN

En virtud que el fraccionamiento constituye uno de los mecanismos a través del cual se realiza más de una contratación para el mismo objeto, a pesar de disponer de los recursos necesarios, mismos que se encuentran debidamente financiados o presupuestados; sin embargo, el bien, servicio u obra en sus elementos componentes, se adquiere el mismo por partes, también se presenta cuando debiéndose contratar un conjunto de bienes, servicios y obras homogéneas, se desdoblán en subgrupos para desarrollar procedimientos de adquisición independientes.

El Acuerdo Gubernativo 122-2016 Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, desarrolla la figura del fraccionamiento, haciendo énfasis en las causas donde no se considera el fraccionamiento, por ello las compras y contrataciones se realizan sin el cuidado de ejecutar el presupuesto asignado, conforme una planificación de compras; teniendo como consecuencia que al no existir un procedimiento específico que abarque el análisis y aplicación de las sanciones en tema de fraccionamiento, las diligencias y conformación de hallazgos se realizan a criterio del ente fiscalizador provocando que en muchos de los casos esos actos administrativos sean arbitrarios a la ley.

En la investigación se cumplió con el objetivo consistente en evaluar el Artículo 81 de la Ley de Contrataciones de Estado, a efecto de determinar el ámbito y aplicación del fraccionamiento en los procesos de compras y adquisiciones del Estado. En tanto que se comprobó la siguiente hipótesis: En Guatemala todos los procesos de compras y contrataciones que realizan las distintas dependencias e instituciones del Estado, se



efectúan conforme lo establecido en el Decreto Número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado, y el Acuerdo Gubernativo Número 122-2016 Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin embargo en su ejecución existe un vicio administrativo denominado fraccionamiento, que tiene por objeto evadir la cotización y licitación pública; aunque esta figura se encuentra regulada en el Artículo 81 de la Ley, así como en el Artículo 61 de su Reglamento, la misma carece de aspectos fundamentales que prevengan y sancionen a funcionarios o empleados públicos que en el ejercicio de sus funciones cometan esta ilicitud.

La estructuración de los capítulos se integró de la siguiente forma: El capítulo I aborda los aspectos de la administración pública; el capítulo II se focaliza en analizar la Ley de Contrataciones del Estado; el capítulo III detalla los elementos generales y específicos de los procesos de contrataciones y adquisiciones según la ley; en tanto que el capítulo IV desarrolla los elementos del fraccionamiento en las contrataciones del Estado; finalmente, el capítulo V aborda el ámbito y aplicación del fraccionamiento, según el Artículo 81 de la Ley de Contrataciones del Estado.

En la integración de la investigación, se utilizaron los métodos analítico, sintético, deductivo, inductivo; en tanto que las técnicas fueron la bibliográfica, hemerográfica y documental, tales como libros, revistas, periódicos. El alcance investigativo, gira en torno a servir de sustento a estudios posteriores que se realicen sobre las compras y contrataciones de la administración pública de la República de Guatemala, a la vez que se espera contribuir a encontrar posibles alternativas para mitigar la práctica recurrente del fraccionamiento que se suscita en el marco de las contrataciones del Estado.



CAPÍTULO I

1. La administración pública

De acuerdo con el contenido que se pretende abordar en el proceso investigativo, relativo al establecimiento de la figura del fraccionamiento dentro de los procesos de contrataciones del Estado, misma que tiene la finalidad de sancionar pecuniariamente a los funcionarios y empleados públicos que con el propósito de evadir la práctica de la cotización y licitación, tienden a fraccionar deliberadamente los procesos de adquisiciones de bienes y servicios en el país; es por ello que dentro del presente capítulo se evaluarán de forma breve, los principales aspectos de la administración pública, con sus consiguientes elementos y principios, los sistemas o técnicas de organización administrativa, dentro de la cual se destacan la centralización o concentración administrativa, la desconcentración y descentralización respectiva.

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, dentro del cual se encuentra estructurado todo el Estado y sus organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial y casi totalidad de órganos administrativos, refiriéndose a sus entidades descentralizadas y autónomas, la cual brinda y detalla la estructura y el funcionamiento de los mismos, además de la estructura y funcionamiento de los organismos de Estado, la Carta Magna del país, regula de igual forma otros órganos administrativos, destacándose para el efecto instituciones como por ejemplo la Contraloría General de Cuentas, el Ministerio Público, por mencionar solo algunos de los más importantes.

Bajo esa premisa, a fin de profundizar en los elementos concernientes a este concepto se requiere primeramente conocer las principales acepciones que giran en torno a la administración pública, para el efecto se dice del mismo, lo siguiente: “Es la actividad permanente, concreta y practica del Estado que tiene a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran”.¹

De acuerdo con esta definición, el autor expone que en esencia se refiere a la dinámica que presenta el Estado en el marco de sus actividades relacionadas con la búsqueda del bien común de la ciudadanía; sin embargo, resulta todavía muy general para los propósitos de la investigación, es por consiguiente necesario hacer énfasis en exponer una segunda definición que pretende detallar con precisión a que se refiere.

“Es el conjunto de órganos administrativos que desarrollan una actividad para el logro de un fin o bienestar general, a través de los servicios públicos (que es el medio de que dispone la administración pública para lograr el bienestar general, regulado en su estructura y funcionamiento, normalmente por el derecho administrativo”.²

En este planteamiento, se evidencia una similitud con la exposición anterior, sin embargo, profundiza un poco más en los verdaderos propósitos que persigue el concepto de objeto de estudio, sobre todo en cuanto a la gestión de las políticas públicas que desarrolla el Estado para atender las demandas sociales de la población guatemalteca y que es a quien se debe en esencia para su funcionamiento.

¹ Calderón Morales, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo I**. Pág. 4.

² **Ibid.** Pág. 6.

Una tercera definición sobre la administración pública indica que: “Es el medio por el cual el Estado ejecuta su actividad, demostrando un doble aspecto, el primero como sujeto que son órganos constituidos unidos por relaciones de jerarquía y coordinación y segundo como el objeto que es la labor orientada al cumplimiento del fin primordial que es el bien común”.³

Como se ha podido identificar, las definiciones relacionadas con anterioridad, hacen énfasis en que en general persigue la consecución del bien común de una sociedad en particular, puesto que en esencia persigue la satisfacción de las necesidades más elementales de la población, en esencia es también necesario hacer referencia del planteamiento que expone el tratadista Ossorio al respecto. “La administración pública la constituyen los organismos del Estado prestando servicios públicos”.⁴

Puede entreverse en esta última definición que el enfoque fundamental de la administración pública es la gestión y/o prestación de los servicios públicos esenciales para el funcionamiento de la sociedad, dejando por un lado si así se quiere ver, el objetivo medular de alcanzar el bien común, que al final de cuentas constituye el objetivo de su intervención dentro de las políticas de desarrollo sostenible. Es por ello que el término en mención ha sido concebido como uno de los procesos del gobierno, en ese entendido debe dejarse claro que la ciencia administrativa posea típicas cualidades frente a la administración industrial o comercial. En este orden, dicha administración debe

³ Aguirre Barrera, Miriam Judith. **La necesidad de desconcentrar la administración pública centralizada en las gobernaciones departamentales en Guatemala.** Pág. 4.

⁴ Ossorio Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 154.

considerarse como una rama de las ciencias sociales y políticas, puesto que guardan estrecha relación entre sí.

“La administración pública se presenta con un doble aspecto: Como sujeto, es un complejo de órganos armonizados, unido por relaciones de jerarquía y de coordinación, lo que se le denomina la jerarquía administrativa, aunque no todos los órganos administrativos son órganos jerarquizados; y su objeto, la acción, la actividad encaminada al cumplimiento de sus finalidades es, como ya lo indicamos, el bienestar de todos, regulada estructuralmente y en su competencia por el derecho administrativo, pues dentro del derecho administrativo encontramos toda la regulación legal que entraña los principios, normas, regulación de relaciones, control, etc.”.⁵

De acuerdo con estas concepciones, se tiene más que claro los aspectos que aborda la administración pública, puesto que a mayoría de los autores coinciden en la finalidad que tiene dentro de la actividad del Estado.

Para algunos estudiosos de esta disciplina, es un conjunto de técnicas y habilidades que debidamente aplicadas contribuyen a la eficiencia y eficacia del gobierno; otros sostienen que es una ciencia en gestación y desarrollo que se encuentra fragmentada, pero que tiene identidad y materia; los más radicales han dicho que no es una ciencia, arte o filosofía que solo puede ser considerada como una profesión o carrera administrativa.

⁵ Murcia Martínez, Lázaro Steve. **La función administrativa como una facultad exclusiva de los órganos de la administración pública guatemalteca.** Pág. 12.

“La administración pública es una ciencia, debido a que: 1) tiene un objeto de estudio tan antiguo como el gobierno; 2) cuenta con un estudio del objeto ancestral, que se consolida a partir de los cameralistas y en los siglos XIX y XX; 3) tiene un campo profesional para aplicar sus conocimientos en el gobierno; 4) existen carreras y universidades que ofrecen la profesión para su enseñanza y aprendizaje, que la constituyen en la ciencia administrativa; 5) existen disciplinas que han contribuido a su desarrollo teórico, pero el campo de estudio cuenta con su propio objeto de estudio; 6) es una disciplina aplicada en gestación, que en su ejercicio y práctica nace como arte y en su desarrollo se ha convertido en una ciencia embrionaria”.⁶

La ciencia de la administración pública es una de las disciplinas que, con mayor dignidad, cuenta en su haber con notables exposiciones sobre su finalidad esencial en la actividad política de un país en particular. Su origen se remonta a los principios del siglo XVIII, cuando los soberanos de Prusia establecieron las primeras cátedras de enseñanza científica de los aspectos administrativos, para los servidores del Estado.

Desde tiempos históricos, la administración pública es la ciencia social que estudia las relaciones entre el Estado y la sociedad, particularmente en aquella dimensión que se concebía como relaciones públicas administrativas y que eran vínculos que unían al Estado como totalidad a los individuos considerados como seres genéricos. Estos vínculos incluían a la esfera de vida de los particulares, pero solo cuando ella se relaciona de algún modo con el Estado.

⁶ Sánchez González, José Juan. **La administración pública como ciencia**. Pág. 19.

“La administración pública se ocupa del hombre en todos sus aspectos, cuida de él, le da comodidades, lo protege; pero ello no lo hace con un sentido altruista, está muy lejos de hacerlo, porque su único objeto es el Estado, cuida al hombre, porque de ello depende el cuidado del Estado; aquí no caben consideraciones éticas, sino científicas. Stein había advertido que una sociedad de pobres, empobrece al Estado, que una sociedad de ricos, enriquece al Estado. Está claro: la administración pública cuida al hombre, porque en ello va la existencia del Estado. Incluso, cuando la ciencia de la administración comprende entre sus materias a la moral, lo hace por mera conveniencia instrumental. Le interesa el hombre moral, solo en su condición de elemento de sus fuerzas, únicamente en condición de parte integrante del orden social”.⁷

Con todo este cúmulo de aspectos doctrinarios sobre el concepto de administración pública, es conveniente puntualizar que dicha ciencia ha llegado a constituirse como tal, como producto histórico, el resultado de un proceso que ha cruzado el tiempo, en su punto más remoto de origen, las disciplinas que estudiaban la administración pública habían tomado su nombre de una institución administrativa europea, conocida en ese entonces como cámaras, circunstancia que evolucionó hasta lo que se conoce ahora.

En síntesis, puede argumentarse que la administración pública existe como actividad, fenómeno real y objeto de estudio desde los albores de las primeras civilizaciones, confundido y mezclado con otras actividades de diversa naturaleza; en las comunidades más simples, un jefe o gobernante es quien mantiene el poder sobre los demás.

⁷ Guerrero, Omar. **La teoría de la administración pública**. Pág. 32.



1.1. Elementos

Como todo proceso administrativo, la administración pública funciona a base de algunos elementos que se consideran, son importantes de conocer, entre los que se pueden mencionar están, los medios personales o personas físicas que intervienen en ella; los tributos correspondientes a cada país que resultan ser los principales medios económicos de la administración pública, el orden y organización racional y coherente de todos los medios relacionados, los principios de la entidad administrativa correspondiente y la actuación eficiente dentro de un ámbito de competencia del órgano actuante.

La administración pública es una obligación con la cual tiene que cumplir cada gobierno de cada país, y aunque es muy difícil hallar alguna nación en donde la misma sea ignorada, debemos decir que se deben implementar modelos que resulten eficientes para que de esta manera se pueda lograr un desarrollo económico y social que tanto se necesita en países como Guatemala, donde tradicionalmente se presentan conflictos sociales de toda índole y que requiere de la efectividad del aparato estatal.

Dentro de este apartado, se expone la siguiente definición: “la administración pública consiste en las operaciones que tienen como propósito la realización o el cumplimiento de la política pública: Un sistema de administración pública es el conjunto de leyes, reglamentos, prácticas, planes, códigos y costumbres que prevalecen en un momento y sitio determinados para la realización y ejecución de la política pública”.⁸

⁸ Balbé, Manuel y Marta Franch. **Manual de derecho administrativo**. Pág. 109.



Acorde con esta premisa, es conveniente enfatizar en la necesidad de disponer de elementos para la administración pública, requiriéndose para el efecto señalar los elementos de mayor trascendencia, entre estos se encuentran la actividad que la administración realiza, la finalidad que pretende el Estado y el órgano administrativo que realiza las dos actividades anteriores, básicamente porque es a través de la administración y el medio que la administración pública dispone para la realización específica de sus propósitos fundamentales.

a) Actividad que realiza

En este apartado es conveniente destacar que los órganos de la administración pública desarrollan una actividad, y esta actividad se desarrolla a través de la prestación de los servicios públicos a los cuales está obligada la administración pública, para el logro de su finalidad, viendo al servicio público, como el instrumento o medio del que dispone esta para el logro de su propósito.

b) Finalidad que pretende

La finalidad es el elemento teleológico de la administración pública, como se verificó con anterioridad dentro de la definición, la administración pública tiene una finalidad y puede afirmarse que esta es el bien común o el bienestar general de toda la población, elemento no sólo doctrinario sino constitucional, expresado en el Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala donde se preceptúa: “El Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia, y su fin supremo es el bien común”.



c) El medio

En el este apartado, es necesario puntualizar que este elemento de la administración pública utiliza para el logro del bienestar general o el bien común, el servicio público. Significa esto que el servicio público se entiende como el medio de que dispone la administración pública para el logro de su finalidad, esta concepción conlleva a definir que, la administración pública va a desarrollar su actividad, a través del servicio público.

d) El órgano administrativo

Este elemento constituye el conducto por el cual se manifiesta la personalidad del Estado, a través de órganos que pertenecen directamente o dependen de la administración pública, en torno a esto, el autor refiere que:

“La calidad de órgano se deriva directamente de la propia Constitución Política de la República; la persona jurídica estatal no necesita un acto valorativo de determinación, pues el órgano integra la estructura de la persona, forma parte de ella, pues el órgano vale tanto como el instrumento o medio de acción, a través del cual el Estado se desenvuelve como sujeto”.⁹

De lo anterior se deduce que el Estado viene obligado a adoptar una estructura orgánica y funcional adecuada, como garantía del cumplimiento de sus fines, integrándose en un sistema que se constituye por, el aparato central, los consejos de dirección y técnico-asesor, las delegaciones territoriales, empresas, etc. La mayor parte de la actividad que

⁹ Calderón Morales. *Op. Cit.* Pág. 6.



impulsa la administración va dirigida a los ciudadanos, su principal acción se encamina a la sociedad, conformándola, moldeándola, la porción más importante de su acción, desborda sus límites; se verifica allí en la base de la pirámide estatal, donde la organización política se encuentra con el individuo; y sin duda, del intercambio Estado - ciudadano corresponde el sector más amplio a la actividad administrativa.

En general la administración pública, en virtud de los elevados fines que se propone y las complejas tareas que desarrolla, ha de responder oportuna y convenientemente, con pronunciamientos que traduzcan la voluntad estatal, a los cambios, modificaciones o nuevas realidades sociales que puedan sobrevenir, empeño que requiere el empleo de múltiples posibilidades de actuación, o sea, precisa del concurso de ciertos atributos que de modo suficiente garanticen el continuo y eficaz curso de su actividad, a estas propiedades que sustentan el normal desarrollo de la acción de la administración se les llama potestades administrativas, que no son sino, manifestaciones concretas y específicas de una relación general de poder.

Es la administración pública la parte del Estado con que más se encuentra estrechamente vinculado en general el ciudadano común, este aspecto ocurre básicamente a través del contacto usual con sus instituciones, funcionarios, agentes y policías.

Por su función, pone en contacto directo a la ciudadanía con el poder político, satisfaciendo los intereses públicos de forma inmediata, por contraste con los poderes legislativo y judicial, que lo hacen de forma mediata y sobre todo debe considerarse la finalidad de atender las demandas de la ciudadanía.



1.2. Principios

La estructura y organización de la administración del Estado, o administración pública, se encuentra regulada en sus bases generales en la Constitución Política de la República, contemplando una serie de principios, organismos y funciones, que forman parte fundamental de la administración.

Es necesario recordar que, la organización del Estado tiene como superior jerárquico máximo al Presidente de la República, que ejerce tanto el gobierno como la administración del Estado, para ello tiene la colaboración de órganos que se encuentran establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala o en las leyes que directa o supletoriamente puedan aplicarse. La administración pública, en el desarrollo de su actividad, ha de servir con objetividad los intereses generales y actuar siempre de acuerdo con los siguientes principios:

a) Principio de responsabilidad

El Estado es responsable por los daños que causen los órganos de la administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades de cualquier índole que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.

b) Principio de eficiencia y eficacia

Con este principio, las autoridades y funcionarios deben velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública.

c) Principio de coordinación

Los órganos de la administración deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones.

d) Impulsión de oficio del procedimiento

La administración debe actuar de propia iniciativa, sin necesidad de denuncias o requerimientos de interesados. Su actuación debe ser oportuna.

También es importante señalar que puede actuar a petición de parte cuando la ley lo exija expresamente o se haga uso del derecho de petición o reclamo, procurando la simplificación y rapidez de los trámites.

e) Impugnabilidad de los actos administrativos

Los actos administrativos son impugnables mediante los recursos que establece la ley, puede interponerse el de reposición y cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar.

f) Principio de servicio a los intereses generales o del interés público

Actúa respecto a los administrados desde una posición de superioridad, o lo que es lo mismo de poder público de carácter imperativo, pero ese poder no lo recibe para ejercerlo en su propio provecho, sino para servir con objetividad a los intereses generales de la colectividad a la que sirve. La administración tiene como fin el interés público.

g) Principio de eficacia

A través de este principio, la administración ha de tener un resultado efectivo en sus actuaciones, lo que exige una utilización idónea y razonable de los recursos humanos y materiales, una programación, mecanización y actualización de los trabajos; una simplificación y celeridad de procedimientos. Todo ello para lograr los más y mejores fines con la mayor economía.

h) Principio de jerarquía

Lleva consigo relaciones de subordinación e inversamente de supremacía entre los órganos. La preponderancia del órgano superior sobre el inferior se manifiesta en una serie de consecuencias, dentro de estas se requiere hacer énfasis en la posibilidad de que el superior dirija al inferior, de que le dicte normas internas de actuación, que le corrija y controle, y por último que resuelva los conflictos que surjan entre los inferiores y así en cada uno de estos elementos que lo conforman.

i) Principio de descentralización

A través de este principio se transfieren competencias de la administración central a las administraciones territoriales o bien disminuye la tutela de aquélla sobre éstas.

j) Principio de desconcentración

Básicamente con la utilización de este principio, se transfieren las competencias de los órganos superiores a otros inferiores dentro del contexto de una misma administración.



k) Control

Las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia.

Este control se extiende tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones.

l) Probidad, transparencia y publicidad

Los funcionarios de la administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan. La función pública debe ejercerse con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella. Son públicos los actos administrativos de los órganos de la administración del Estado y los documentos que les servirán de sustento o complemento directo y esencial.

De acuerdo con esta serie de argumentos doctrinarios que sobre los principios se plantean, es importante señalar que, la administración pública debe garantizar la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política de la República y otras leyes.



“La administración pública es un instrumento para alcanzar un desarrollo social y económico sostenido, pero también debe entenderse como un camino para lograr que los avances que se generan en el Estado puedan llegar también a las masas poblacionales y que la distribución favorezca también a los que más lo necesitan y no solo a los que más tienen. Sin embargo, dicho cometido no puede ser cumplido sin la estructuración de bases sólidas que permitan determinar cuándo nos encontramos frente la administración pública”.¹⁰

Respecto a esta definición, es importante señalar también como complemento que, la administración pública, tal como hoy la conocemos, nace con una clara dependencia del principio de separación de poderes y, como consecuencia, de la diferenciación de funciones entre esos mismos poderes, que para el contexto guatemalteco se refiere exclusivamente a los organismos ejecutivo, legislativo y judicial, como los máximos rectores de la administración pública en el país.

“La aparición de los procesos de descentralización y la aparición de entes territoriales y sujetos particulares que ejercen función administrativa lleva a que en la tradición peruana se quiebre la identificación entre órgano y función. La insuficiencia del criterio subjetivo lleva a que la doctrina comience a acuñar concepciones funcionales. De esta forma, la administración ya no puede identificarse por un órgano, de tal suerte que donde se encuentre la función se encontrará la administración pública, y ello con independencia del sujeto que está determinado a ejercerla”.¹¹

¹⁰ Rojas, Piero. **Administración pública y los principios del derecho administrativo en Perú**. Pág. 194.

¹¹ **Ibíd.** Pág. 197.

En esta definición se evidencia la concepción generalizada de que cada unidad u órgano administrativo constituya un ente independiente, confundiendo la función de la misma con su característica propia de conformar solo una parte de la entidad en su conjunto.

1.3. Sistemas o técnicas de organización administrativa

Es la forma de organización administrativa que se fundamenta en la concentración de poder de mando y en la jerarquía. “El sistema de organización administrativa en el conjunto ordenado de normas, criterios y metodologías, que a partir del marco jurídico administrativo del sector público, regulan el proceso de estructuración organizacional de las entidades públicas, contribuyendo al logro de los objetivos institucionales”.¹²

En ese orden de ideas, puede plantearse también que, el objetivo general de la organización administrativa, gira en torno a optimizar la estructura organizacional del aparato estatal, reorientándolo para prestar un mejor servicio a los usuarios, de forma que acompañe eficientemente los cambios que se producen en el plano económico, político, social y tecnológico de la circunscripción geográfica del Estado de Guatemala, esto implica en la totalidad de sus 22 departamentos y 340 municipios.

“La administración pública guatemalteca, se encuentra inmersa dentro de una serie de órganos que dentro de nuestro sistema institucional, el ejecutivo con un sistema centralizado, que funciona a nivel nacional, las gobernaciones departamentales, que son órganos centralizados, los municipios con sus órganos, el Concejo Municipal y el Alcalde,

¹² Ministerio de Hacienda de Bolivia. **Sistemas de organización administrativa**. Pág. 1.



las regiones, con los consejos de desarrollo urbano y rural. Hay que agregar los órganos investidos de personalidad jurídica, las empresas del Estado, las sociedades anónimas con aporte estatal y privado, etc.”.¹³

Algunos autores a los sistemas o técnicas de organización administrativa, les denominan formas de organización administrativa. El tratadista Acosta les denomina formas de organización administrativa:

“Formas de organización de la administración pública. Organizar significa ordenar y acomodar sistemáticamente, desde un punto de vista técnico, un conjunto de elementos para llevar a cabo una actividad, cumplir un fin u obtener un objetivo. La administración pública, como todo elemento del Estado, necesita ordenarse adecuada y técnicamente, es decir organizarse, para realizar su actividad rápida, eficaz y convenientemente. Para ello se ha tratado, a través de la evolución de la administración pública, de buscar formas de organización que respondan lo mejor posible a las necesidades del país en un momento determinado”.¹⁴

El Estado se organiza con el fin de proveer y satisfacer de mejor manera, en forma eficiente y eficaz, los servicios públicos que constituyen su finalidad; es decir, se deben ordenar los componentes para que haya coordinación de actividades y no se dupliquen las mismas, de tal forma que resulte que todos conlleven una sola dirección que constituye la búsqueda constante del bien común.

¹³ Castillo, María de los Ángeles. **La creación y modificación de entidades descentralizadas y autónomas como una facultad del Congreso de la República con una mayoría calificada.** Pág. 27.

¹⁴ Acosta Romero, Miguel. **Teoría general del derecho administrativo.** Pág. 46.

Atendiendo la totalidad de elementos doctrinarios expuestos con anterioridad, es importante señalar que, se presentan cuatro formas de organización de la administración pública, teniendo cada una de ellas sus ventajas y desventajas según cuáles sean los intereses de las personas que en su oportunidad estén dirigiendo los destinos de un Estado o país y son los siguientes:

1.3.1. La centralización o concentración administrativa

Esta 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.

"La centralización administrativa o administración directa tiene lugar cuando el conjunto de competencias administrativas se concentra en uno o más órganos superiores de la Administración que reúne las facultades de decisión. Presupone un proceso de unificación, de coerción, de elementos que se concentran en torno a un órgano central que absorbe a los órganos locales".¹⁵

En la centralización la actividad administrativa se realiza directamente por el órgano u órganos centrales, que actúan como coordinadores de la acción estatal. El órgano local carece, entonces, de libertad de acción, de iniciativa, de poder de decisión, los que son absorbidos por el órgano u órganos centrales, limitando con ello el dinamismo que puede resultar si el mecanismo de ejecución de las actividades, estuviera enfocado en un sistema mucho más versátil y que facilite el desarrollo de las políticas de Estado.

¹⁵ Dromi, José Roberto. **Instituciones de derecho administrativo**. Pág. 432.



“Se llama centralización administrativa al régimen que establece la subordinación unitaria coordinada y directa de los órganos administrativos al poder central, bajo los diferentes puntos de vista del nombramiento, ejercicio de sus funciones y la tutela jurídica, para satisfacer las necesidades públicas”.¹⁶

La centralización es una forma organizacional que se emplea tanto en el ámbito político como en la esfera administrativa del Estado, consistente en reunir en un punto de convergencia, configurado como un ente central, la toma de decisiones del poder público.

“La centralización puede ser política o administrativa. La unidad en la ejecución de las leyes y en la gestión de los servicios es producto de la centralización administrativa, que en su forma pura se caracteriza por depositar en el titular del máximo órgano administrativo el poder público de decisión, la coacción, y la facultad de designar a los agentes de la administración pública. Como en la centralización administrativa toda acción proviene del centro, el órgano central monopoliza las facultades de decisión, coacción y las de designación de los agentes de la administración pública, que por lo mismo no se deja a la elección popular; asimismo, la fuerza pública, o sea, la fuerza armada, está centralizada”.¹⁷

Se debe diferenciar la centralización administrativa de la concentración administrativa, porque en esta última los órganos inferiores o periféricos carecen de facultad de decisión; los asuntos administrativos, salvo escasas excepciones, los resuelven los órganos

¹⁶ Serra Rojas, Andrés. **Derecho administrativo**. Pág. 497.

¹⁷ <http://danielmvazquez91.blogspot.com/2012/07/la-centralizacion-administrativa.html> (Consultado: 05 de enero de 2017)



superiores o centrales, y cuando lo hacen los periféricos, el órgano central, dada su superioridad, está facultado para revocar tal resolución.

En cambio, en la desconcentración administrativa, es susceptible de localizar ciertas competencias decisorias que se atribuyen a órganos desconcentrados de la administración centralizada e, incluso, de la descentralizada o paraestatal.

La centralización administrativa cuenta entre sus ventajas el beneficio de la unidad de dirección, de impulsión y de acción, lo cual redundará en una administración uniforme, coordinada y fuerte. En cambio, su lejanía del administrado, así como la erradicación de la iniciativa individual, con el consiguiente burocratismo o excesivo formalismo procesal, le generan severas críticas.

“El esquema de la centralización administrativa descansa en su organización jerárquica estructurada piramidalmente, de tal manera que los órganos inferiores se subordinan a los inmediatos superiores y éstos a los contiguos de arriba, y así sucesivamente hasta llegar al vértice de la pirámide que es el órgano supremo de la administración, investido de la máxima autoridad, que conlleva una amplia potestad sobre sus subalternos merced a la cual los designa, manda, organiza, supervisa, disciplina y remueve conforme a un modelo de relación jerárquica que le es característico, mediante el ejercicio de los poderes de nombramiento, de remoción, de mando, de decisión, de vigilancia, de disciplina, y de revisión, así como del poder para la resolución de conflictos de competencia”.¹⁸

¹⁸ **Ibíd.**



En resumen, es importante señalar que, la centralización administrativa conduce a la unidad en la ejecución de las leyes y en la gestión de los servicios, en el ámbito administrativo, la centralización pura se caracteriza por depositar en el titular del máximo órgano administrativo el poder público de decisión, la coacción y la facultad de designar a los agentes de la administración pública. En la centralización administrativa toda acción proviene del centro, por ello los órganos centrales monopolizan las facultades coactivas, las de decisión y las de designar a prácticamente todos los agentes de la administración pública. Entre las ventajas de la centralización administrativa figura el beneficio de la unidad de dirección, de impulsión y de acción, lo que redundará en una administración uniforme, coordinada y fuerte.

“La centralización concentra las tareas administrativas en manos del Estado nacional dentro de su territorio, de una manera jerárquica y unificada. Todo está dependiendo del gobierno central. Y en sentido contrario, la descentralización quiebra dicha unidad y jerarquía, reservando a las colectividades locales el poder de realizar las respectivas tareas según sus propias necesidades, sin perjuicio del control”.¹⁹

En virtud de este planteamiento, es consistente señalar que en la centralización administrativa, la máxima autoridad central se encuentra revestida de una amplia potestad sobre sus subalternos que le permite designarlos, mandarlos, organizarlos, supervisarlos, disciplinarlos y consecuentemente removerlos de acuerdo con un esquema de relación jerárquica que le es característico, a través del ejercicio de los poderes de nombramiento, de mando, de decisión, de vigilancia, de disciplina y de revisión, así como del poder para

¹⁹ Canasi, José. **Derecho administrativo**. Pág. 298.

la resolución de conflictos de competencia. Acorde con ello, es importante señalar que la jerarquía comprende el vínculo jurídico que relaciona entre sí tanto a los órganos como a los funcionarios, por medio de poderes de subordinación encaminados a lograr unidad y coherencia en la administración pública.

La principal cualidad de la centralización administrativa, es que las entidades centralizadas se encuentran relacionadas entre sí por un vínculo jerárquico constante, en la cúspide de la administración pública centralizada se encuentra el Presidente de la República y subordinados al mismo como secretarios y ministros de Estado, se localizan dentro de los órganos públicos inferiores. Las órdenes y la toma de decisiones de la administración pública centralizada descienden invariablemente del órgano mayor al inferior, de tal manera que todas las entidades administrativas guardan un orden y obedecen a los imperativos que emite la cúspide de la organización central.

1.3.2. La desconcentración administrativa

“La figura de la personalidad jurídica de derecho público, con su relativa autonomía administrativa y financiera, es el instrumento básico de la descentralización administrativa y también para la política. En cambio, la desconcentración administrativa se produce al interior de la misma persona jurídica de derecho público, sea esta el Gobierno central del Estado o una entidad de derecho público. La administración del Estado moderno se facilita a través de estas figuras de la descentralización y de la desconcentración. La desconcentración es la delegación de importantes poderes decisorios que se hace a determinados agentes del poder con los que el Ejecutivo tiene una relación jerárquica. La



descentralización, en cambio, transfiere poderes a órganos con personalidad jurídica de derecho público distintos de los agentes del poder”.²⁰

La desconcentración es una de las formas de organización administrativa: modo de estructurar los entes públicos en su dependencia con el jefe del ejecutivo. Implica una manera de diluir el poder y la competencia en los subordinados para despachar asuntos. Los entes desconcentrados forman parte de los órganos centralizados, por lo tanto, no llegan a tener personalidad jurídica propia, esta ausencia de personalidad es la nota característica y diferenciadora de ellas, junto con su autonomía técnica.

La desconcentración en estricto sentido o funcional, consiste en una forma de organización administrativa en la cual se otorgan al órgano desconcentrado, por medio de un acto materialmente legislativo contenido en alguna ley o reglamento determinadas facultades de decisión y ejecución limitadas, que le permite actuar con mayor rapidez, eficacia y flexibilidad, así como de tener un manejo autónomo de su presupuesto, sin dejar de existir el nexo de jerarquía con el órgano superior.

“La desconcentración es la transferencia de la titularidad y ejercicio de una determinada competencia de un órgano jerárquicamente superior a uno inferior perteneciente a la misma administración pública. Esta técnica de traslación de competencias suele tener por sujetos a un órgano de carácter central frente a otro de competencia territorialmente limitada, pero puede también darse la desconcentración de un órgano jerárquicamente

²⁰http://courseware.url.edu.gt/PROFASR/Docentes/Facultad%20de%20Ciencias%20Pol%C3%ADticas%20y%20Sociales/Gu%C3%A9%20Docente%20Gerencia%20Social%201/Bibliograf%C3%ADa%20digital/Gu%C3%A9%20Unidad%205/PREZ_E1.DOC.
(Consultado: 06 de enero de 2017)



superior a otro inferior aun cuando ambos tengan la misma competencia territorial. La Constitución establece que el principio de desconcentración debe regir la actuación de la administración pública, junto a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización y coordinación. La desconcentración es un principio organizativo opuesto a la acumulación de funciones en órganos centrales mediante el que se pretende conseguir un mayor acercamiento de la Administración al ciudadano”.²¹

La desconcentración surge como un medio para facilitar el dinamismo de la actividad de determinados órganos de la administración. Las entidades desconcentradas de los órganos públicos centralizados reciben el nombre de organismos administrativos.

Los organismos desconcentrados dependen en todo momento del órgano administrativo al que se encuentran subordinados, sin embargo, el organismo no guarda una relación de subordinación jerárquica respecto a los otros órganos que forman parte de la administración pública central. Los organismos desconcentrados dependen directamente del titular de la entidad central de cuya estructura forman parte.

La desconcentración es un acto de legislación por medio del cual se transfieren ciertas facultades de un órgano central a los organismos que forman parte de su propia estructura con la finalidad de que la actividad que realiza la administración se haga de un modo pronto y expedito. El organismo desconcentrado tiene cierta autonomía a la que se le llama técnica, que significa el otorgamiento de facultades de decisión limitadas y cierta

²¹ <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/desconcentracion/desconcentracion.htm> (Consultado: 07 de enero de 2017)



autonomía financiera presupuestaria. No obstante, el otorgamiento que la ley hace de dicha autonomía técnica y presupuestaria, el organismo carece de capacidad jurídica.

El organismo administrativo además carece de patrimonio propio, por lo que no formula su propio presupuesto, sino que este le es determinado y asignado por el titular de la entidad central de la que depende. Respecto a las facultades administrativas que son otorgadas al organismo administrativo, estas pueden ser, en todo momento, desempeñadas directamente por el órgano central del cual depende, por lo que no existe una verdadera transferencia de facultades al órgano desconcentrado.

La desconcentración es "aquel principio jurídico de organización administrativa en virtud del cual se confiere con carácter exclusivo una determinada competencia a uno de los órganos encuadrados dentro de la jerarquía administrativa, pero sin ocupar la cúspide de la misma".²²

La desconcentración constituye una forma jurídico-administrativa en la cual la administración centralizada con organismos o dependencias propias, cumple con prestar servicios o desarrollar acciones en distintas zonas de un determinado territorio como departamentos o municipios del país. Persigue así un doble objeto: por una parte, permite acercar la prestación de servicios en el lugar o domicilio del usuario, con economía para éste, y a la vez pretende descongestionar al poder de tipo central. De este modo, los órganos desconcentrados forman parte de la centralización administrativa cuyas

²² Vallina Velarde, Juan Luis. **La desconcentración administrativa**. Pág. 25.

atribuciones o competencia la ejercen en forma regional o local, fuera del centro geográfico en que tiene su sede el poder central.

1.3.3. La descentralización administrativa

“La descentralización constituye un concepto que engloba distintos elementos como proyectos, expectativas, determinados anhelos, al igual que incorpora ciertos descontentos y en muchos casos saltaban a la luz reclamos respecto a temas que no fueron resueltos, reclamos, por parte de las poblaciones que se ubican en una posición de desventaja, comparado con un centro de tipo totalizador”.²³

Dentro de la descentralización administrativa existen dos modalidades, la descentralización territorial y la descentralización especializada o por servicios. El desarrollo de la descentralización explica por qué las entidades que hacen parte del sector descentralizado fueron dotadas de personería jurídica, autonomía financiera y autonomía administrativa, circunstancia que no sucede en la práctica en Guatemala.

“La descentralización, la cual consiste en confiar la realización de algunas actividades administrativas a órganos que guardan con la administración central una relación que no es la de jerarquía”²⁴. La descentralización para el derecho administrativo califica como una de las formas jurídicas a través de la cual se organiza la administración pública, ya sea que se manifiesta en la creación de determinados entes públicos por el legislador, los que

²³ <http://blog.pucp.edu.pe/blog/blogdemarioalva/2009/04/29/la-desconcentracion-y-la-descentralizacion/>
(Consultado: 07 de enero de 2017)

²⁴ Fraga, Gabino. **Derecho administrativo**. Pág. 58.



se encuentran dotados de personalidad jurídica y a la vez de patrimonio propios, sin dejar de mencionar que son responsables de una actividad específica de interés público.

La desconcentración es un concepto diferente a la centralización y la descentralización, la desconcentración consiste en transferir el poder de decisión de las autoridades centrales a los representantes locales que nombran ellas mismas y que son dependientes de la administración central.

La desconcentración no crea agentes administrativos independientes; se limita a desplazar la sede de la decisión, puede llevarse a cabo perfectamente en regímenes autoritarios, pues excepto en los estados muy pequeños, la centralización implica necesariamente la existencia de eslabones sucesivos y centros locales que representan a la autoridad central.

La desconcentración es una de las formas de organización administrativa, modo de estructurar los entes públicos en su dependencia con el jefe del ejecutivo. Implica una manera de diluir el poder y la competencia en los subordinados para despachar asuntos. Los entes desconcentrados forman parte de los órganos centralizados; por lo tanto, no llegan a tener personalidad jurídica propia. Esta ausencia de personalidad es la nota característica y diferenciadora de ellas, junto con su autonomía técnica.

La descentralización alude a un sistema propenso a transferir de un centro de toma de decisiones, un conjunto de atribuciones, funciones, facultades actividades y recursos, en favor de entes, órganos, instituciones o regiones que se hallan en una situación de cierta



subordinación, más no en una relación de jerarquía, respecto del centro. En todo aparato político o administrativo contemporáneo se advierte la presencia de la centralización y de la descentralización como formulas o directivas de organización coexistentes; pese a su contraposición como dos valores opuestos, en realidad, lejos de excluirse se complementan.

Como fórmula de organización, la descentralización puede suscitarse en diferentes ámbitos, como el político, administrativo o económico, debiéndose hablar de descentralización política, administrativa o económica, dependiendo del ámbito en que se desarrolle. En ese contexto, se considera que esta concepción es una tendencia organizativa de la administración pública, conforme a la cual se confiere personalidad jurídica propia a ciertos entes a los que se les otorga autonomía orgánica relativa, respecto del órgano central, básicamente para encargarles las principales actividades de índole estrictamente de carácter administrativo.

En esencia, la descentralización administrativa implica la creación de personas jurídicas de derecho público, distintas al Estado y a la administración pública y tiene diversas modalidades, pero en esencia se considera que por lo general existen tres formas de descentralización, refiriéndose expresamente a la de tipo regional, funcionalista, patrimonial y concesionada, como las más importantes de este tipo.



CAPÍTULO II

2. Ley de Contrataciones del Estado y sus reformas

Los aspectos medulares del presente capítulo giran en torno al análisis minucioso y exhaustivo del Decreto Número 57-92 Ley de Contrataciones del Estado y sus reformas, requiriendo para el efecto, abordar en primer lugar sus principales antecedentes, el objeto de la misma, los aspectos relativos a las contrataciones administrativas, los principios que rigen la contratación en Guatemala y los consiguientes elementos que intervienen durante los procesos de contratación en el país.

2.1. Antecedentes

La actual Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92, se remonta al tiempo en que fungió como presidente de la República, el Ingeniero Jorge Serrano Elías, puesto que fue durante su administración cuando se emitió dicha normativa y desde esa fecha ha sufrido en promedio, más de 25 reformas y la comisión legislativa acumula 23 iniciativas de reformas que han sido engavetadas, lo cual demuestra la falta de voluntad para transparentar los procesos de compras y contrataciones del Estado.

Adicionalmente se requiere puntualizar en que la ley fomenta una intervención humana discrecional excesiva que abre focos de corrupción en los diferentes procesos, alta burocracia e ineficiencia. No resuelve las necesidades del Estado en cuanto a la adquisición de bienes y servicios con calidad y a los mejores precios. Los procesos son poco transparentes y se aplican con criterios no unificados.



Acorde con estos preceptos, es conveniente enfatizar en lo siguiente: "El Decreto Número 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado, surge de la necesidad de reformar el Decreto 35-80 del Congreso de la República, Ley de Compras y Contrataciones, ya que al aplicar este último se habían presentado serios problemas y obstáculos en la pronta adquisición de bienes, suministros y contratación de obras de las diferentes entidades que conforman el Sector Público, lo que repercutía en el adecuado ejercicio de sus funciones".²⁵

Sin embargo, efectuando una remembranza mucho más específica se puede encontrar aspectos jurídicos y doctrinarios que propiciaron lo que finalmente se consolidó como el marco regulatorio en materia de contrataciones en el país; cabe resaltar que el origen de este marco normativo de las contrataciones del Estado de Guatemala, tienen sus cimientos en la Constitución Política de la República de Guatemala, particularmente en el Artículo 118 en donde establece lo siguiente:

"El régimen económico de la República de Guatemala se funda en principios de justicia social. Es obligación del Estado orientar la economía nacional para lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano, para incrementar la riqueza y tratar de lograr el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional. Asimismo, el Artículo 119 establece que es obligación del Estado, mantener dentro la política económica, una relación congruente entre el gasto público y la producción nacional".

²⁵ Miller Orozco, Mary Ann. **Estudio jurídico de la falta de aplicación del régimen de compra por contrato abierto, de parte de las entidades reguladas por el Artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado.** Pág. 28.



2.2. Objeto

En esencia, el Decreto Número 57-92 Ley de Contrataciones del Estado de Guatemala, regula en su Artículo uno, el objeto de la misma y su ámbito de aplicación, para el efecto, es conveniente establecer lo siguiente: “Esta ley tiene por objeto normar las compras, ventas, contrataciones, arrendamientos o cualquier otra modalidad de adquisición pública que realicen:

- a) Los organismos del Estado
- b) Las entidades descentralizadas y autónomas, incluyendo las municipalidades
- c) Las entidades o empresas, cualquiera sea su forma de organización, cuyo capital mayoritariamente esté conformado con aportaciones del Estado.
- d) Las organizaciones no gubernamentales y cualquier entidad sin fin de lucro, que reciba, administre o ejecute fondos públicos. Se exceptúan las organizaciones de padres de familia -OPF-, comités, consejos educativos y juntas escolares del Ministerio de Educación para los programas de apoyo escolar y las subvenciones y subsidios otorgados a los centros educativos y privados gratuitos.
- e) Todas las entidades de cualquier naturaleza que tengan como fuente de ingreso, ya sea total o parcialmente, recursos, subsidios o aportes del Estado, respecto a los mismos.
- f) Los fideicomisos constituidos con fondos públicos y los fondos sociales.
- g) Las demás instituciones que conforman el sector público.



Las entidades anteriores se sujetan a la presente Ley, su reglamento y a los procedimientos establecidos por la Dirección General de Adquisiciones del Estado del Ministerio de Finanzas Públicas, dentro del ámbito de su competencia, en lo relativo al uso de fondos públicos. El reglamento establecerá los procedimientos aplicables para el caso de las entidades incluidas en las literales d), e) y f).

Las adquisiciones cuya fuente de financiamiento sean recursos del crédito público, incluyendo la deuda pública de mediano o largo plazo, o fondos de contrapartida de donaciones que hagan personas, entidades, asociaciones u otros Estados a favor del Estado de Guatemala, sus dependencias, instituciones o municipalidades, se regirán por esta ley. Sin embargo, en el caso de los contratos, convenios o tratados internacionales de los cuales la República de Guatemala sea parte podrán someterse a las disposiciones de tales entidades. En estos casos, las adquisiciones siempre deberán cumplir con un proceso de concurso público”.

Respecto a este Artículo, es importante señalar que el objeto de esta ley se había modificado ya en el Artículo dos del Decreto Número 11-2006 del Congreso de la República de Guatemala, específicamente el 30 de mayo del año 2006 y nuevamente se modificó el objeto de esta ley, a través del Artículo uno del Decreto Número 9-2015 del Congreso de la República, en el mes de diciembre del año 2015, este aspecto conlleva a inferir que desde la vigencia de esta ley, han existido evidentes contradicciones en la estructuración del artículo en mención, circunstancia que ha motivado o propiciado que el legislador busque nuevos planteamientos que estén acorde con el objetivo de la ley.



2.3. Contrataciones administrativas

Inicialmente es importante manifestar que, el contrato administrativo se puede definir de la siguiente manera: “Aquel acuerdo que se celebra entre la administración y un particular, tendiente a que éste dé, haga algo, o se obtenga de hacer algo a favor de aquella, previo lleno de ciertos requisitos y teniendo en cuenta que la administración obra en nombre del Estado.”²⁶

En este entendido, Zavalía citado por Carlos Fernández menciona lo siguiente “Los contratos administrativos se caracterizan por ser celebrados por la administración pública, por lo general como un particular, con un fin público o relativo a la satisfacción de una necesidad pública, sometidos al derecho público, con cláusulas exorbitantes del derecho privado, a causa de un interés público implícito en el objeto del contrato. Ante todo, debe prevalecer la existencia del contrato administrativo como categoría diferente al contrato de derecho privado. Empero, considera que sólo una parte de los celebrados por la administración pública son contratos administrativos, habida cuenta que también celebra otros de derecho privado”.²⁷

Uno de los aspectos ampliamente discutidos en la doctrina, es la determinación de los elementos del contrato administrativo que hacen procedente la aplicación de un derecho especial distinto del que se aplica en la contratación privada, es por todo esto que el autor enfatiza en la caracterización que tienen este tipo de contrataciones en general.

²⁶ Franco Gutiérrez, Omar. **La contratación Administrativa**. Pág. 32.

²⁷ Fernández Ruíz, Carlos. **Derecho Administrativo**. Pág. 145.

La contratación administrativa es un procedimiento utilizado por las Administraciones Públicas para hacer efectiva la ejecución de gran parte de los trabajos que no pueden ser realizados por ellas mismas, su ámbito de aplicación es ciertamente amplio, y por ello, no es objeto de este apartado el estudio de todas sus posibles variantes, sino el acercamiento a aquellos tipos de contratos o las fases del procedimiento que particularmente resultan más relevantes para la producción de una exposición.

“Debe prevalecer el criterio mixto, conforme al cual se pueden considerar contratos administrativos, aquellos en los que, cuando menos, una de las partes es una persona de derecho público, en ejercicio de una función administrativa, con observancia de formalidades especiales, y posible contenido de cláusulas exorbitantes del derecho privado y no contrarías al derecho público, destinados a la satisfacción de necesidades de carácter general o del interés público, o al logro de la utilidad pública, y cuyas controversias que pudieran suscitarse deberán ser de la competencia del órgano jurisdiccional facultado para conocer de asuntos de derecho administrativo”.²⁸

Las administraciones públicas, para poder llevar a cabo las tareas encomendadas por la sociedad, en muchos casos debe recurrir a la contratación de obras o servicios con empresas o particulares. De esto se puede poner como ejemplo, el caso donde la administración repara y construye las carreteras mediante contratos de obras con empresas privadas, el servicio de recolección de basura, la limpieza de calles y avenidas, entre otros que la sociedad encomienda a las diferentes administraciones públicas bien

²⁸ *Ibíd.* Pág. 149.



sea a través de un mecanismo de compra directa, cotización o licitación, deben ser realizados por éstas mediante la contratación con empresas de servicios.

Cuando una administración contrata con un particular o con una empresa, puede hacerlo de varias maneras, dependiendo en qué área jurídica se esté desarrollando el contexto de la prestación del servicio, así, puede realizar un contrato civil, en caso que se alquile una oficina, un contrato mercantil, si compra algún producto; un contrato laboral, si contrata a un empleado, o bien puede realizar un contrato administrativo. Los contratos administrativos están regulados por la legislación administrativa, y aparecen en el momento en que la administración pública realiza algún acto jurídico de los que, por propia obligación legal, se encuentran regulados por la legislación administrativa.

Todos los actos relativos a la actividad de contratación administrativa deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos institucionales. Las disposiciones que regulan la actividad de contratación administrativa, deberán ser interpretadas de la manera que más favorezca la consecución de los objetivos de la entidad que realiza la contratación.

Es necesario acentuar que, el procedimiento de contratación se iniciará con la decisión administrativa de promover el concurso, emitida por el jerarca o titular subordinado competente de la entidad centralizada, descentralizada, autónoma o semiautónoma, dependiendo del giro de las actividades que realice en la gestión local. Esta decisión encabezará el expediente que se forme y contendrá una justificación de su procedencia,



una descripción y estimación de costo del objeto, así como el cronograma con las tareas y los responsables de su ejecución.

Por lo tanto, se concluye que un contrato administrativo, no es más que la celebración de un acto que vincula a la Administración Pública con particular sea esta persona individual o jurídica; este contrato debe de cumplir con elementos y características que lo diferencian de los demás. Se observa que el contrato administrativo no se da solamente por concepto de servicios, esta también adecuado para adquisición de algún bien.

Cuando se realiza la celebración de un contrato la persona individual o jurídica debe de tomar en cuenta que se encuentra en una posición en la que el Estado tiene ventajas para exigir sus derechos, por la naturaleza del mismo.

a) Características de los contratos administrativos

Dentro de los aspectos que merecen resaltarse sobre el tema de las contrataciones administrativas, es importante señalar entre otras, las siguientes:

- **Juridicidad y legalidad**

“De acuerdo con este principio el contrato administrativo debe sujetarse a un régimen jurídico determinado con precisión. La administración es una función esencialmente ejecutiva; ella tiene en la ley el fundamento y el límite de su acción”.²⁹

²⁹ **Ibíd.** Pág. 151.

De esa cuenta y atendiendo este planteamiento, Cabanellas se refiere en relación a la jurisdicción administrativa así: “Es la potestad que reside en la Administración, o en los funcionarios o cuerpos que representan esta parte del Poder ejecutivo, para decidir sobre las reclamaciones a que dan ocasión los propios actos administrativos”.³⁰

De igual forma, este mismo autor describe legalidad como “Calidad de legal o proveniente de la ley. Legitimidad. Licitud. Régimen político fundamental de un Estado; especialmente el establecido por su Constitución”.³¹

De lo anterior se interpreta que la juridicidad en un contrato administrativo es la característica que nos indica el lugar en que podrá ser aplicado el mismo, por otro lado, la legalidad nos hace referencia a que el contrato debe de estar regido por la ley del lugar en donde se han obligado las partes. El principio de legalidad menciona que el contrato a celebrar debe de estar regido en la jurisdicción donde sea celebrado para tener efecto.

- Bilateralidad del contrato

“La administración pública realiza actos bilaterales que, de acuerdo a su contenido, son de naturaleza contractual; de ellos deriva una relación jurídica de derecho administrativo, lo cual evidencia su sostenimiento a ciertas normas jurídicas, muchas de las cuales son distintas de las del derecho privado. Estos contratos forman, dentro de los contratos de la administración, la categoría particular de los contratos administrativos”.³²

³⁰ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario Jurídico Elemental**. Pág. 177.

³¹ **Ibíd.** Pág. 182.

³² **Ibíd.** Pág. 150.

Cabanellas define la bilateralidad como “Lo que consta de dos lados o partes. En Derecho se aplica a los contratos en que ambas partes quedan obligadas a dar, hacer o no hacer alguna cosa, que compensa la prestación de la otra parte con mayor o menor igualdad; como en la compraventa (cosa y precio), en la permuta (cosa por cosa distinta), en la sociedad (aportación contra eventual ganancia), etc.”³³

La característica de la bilateralidad es totalmente necesaria en un contrato, ya que una sola persona, en este caso la administración pública, no puede ser quien preste el servicio y esta misma recibirlo. Por lo tanto, para que exista un contrato administrativo, deben de participar dos o más personas ya sean individuales o jurídicas, una que sea la obligada quien debe prestar el bien o servicio y otra que sea la beneficiaria.

En el caso de los contratos administrativos por lo general la personas que presta el servicio es individual o jurídica que no forma parte de la organización Estatal; así mismo la persona que recibirá el bien o servicio, debe de ser el Estado.

- Preferencia del Estado

“El contrato administrativo es una forma de crear obligaciones y derechos, como resultado de una relación plurilateral consensual, con frecuencia caracterizada por la situación privilegiada que una de las partes, la administración pública, guarda respecto de la otra, pudiendo ser un particular, en lo concerniente a las obligaciones pactadas, sin que por tal motivo disminuyan los derechos económicos atribuidos a la otra parte.”³⁴

³³ **Ibíd.** Pág. 41.

³⁴ Fernández Ruíz, Carlos. **Op. Cit.** Pág. 150.

A través de esta definición se verifica la forma en que el Estado establece la relación contractual con la contraparte, circunstancia que implica en consecuencia, los parámetros bajo los cuales se llevará a cabo esta relación.

“La administración goza de unos privilegios que no tienen los participantes, privilegios que se justifican en vista de su naturaleza y sus objetivos. Pero esta característica, conocida de antemano por el particular, no obsta para que se pueda realizar el contrato entre ambas partes, y que los elementos de tal contrato continúen siendo los normales con la precipitada ventaja administrativa”.³⁵

Es acorde con estos preceptos que puede señalarse con precisión que, entre las características del contrato administrativo la que más desventajas ofrece a la persona que presta el servicio, es esta, ya que como se ha referido con anterioridad el particular no celebra contrato con un igual, el Estado tiene privilegios y en el caso de la realidad guatemalteca se tiene conocimiento de demandas hacia las entidades estatales por incumplimiento de las cláusulas del instrumento suscrito.

2.4. Principios que rigen la contratación

A partir de la serie de características que respecto a la contratación administrativa se han detallado, es conveniente hacer énfasis en la serie de principios que hacen de este apartado como uno de los de mayor importancia en los procesos de contrataciones. En ese contexto, es necesario enfatizar en los siguientes principios:

³⁵ Franco Gutiérrez, Omar. **Op. Cit.** Pág. 32.

a) Principio de la limitación a la libre voluntad de las partes

“La autonomía de la voluntad de las partes, piedra angular del derecho privado, queda bastante disminuida en el campo de la contratación administrativa. Lo anterior, tanto de la perspectiva del aparato estatal, como del particular. El primero, básicamente, por la existencia de otro principio cual es el de juridicidad o legalidad, en donde debe estarse a los mecanismos previstos por la ley para efectos de contratar, y ello entendido en su más amplia perspectiva, como el con quién contratar, cómo contratar, y qué contratar, sin perjuicio de otros aspectos involucrados”.³⁶

Derivado de este planteamiento, puede adicionarse que, la administración pública no goza de libertad ni para elegir la persona de su contratante como ocurre en los casos en que la ley obliga a seguir el procedimiento de la licitación pública como cuando la ley determina el sistema que ha de seguirse, ya sea la licitación pública, la licitación privada, la compra directa, el remate el concurso.

Por su parte, el particular, debe someterse a un régimen preestablecido. No le es permitido discutir los términos de la contratación, prácticamente se trata de una especie de contrato de adhesión, en todo está prefijado de antemano, por el Estado a través de las diversas normas que rigen el respectivo proceso, como por las pautas prefijadas por la administración en razón de las mismas reglas, esta circunstancia implica que la gestión pública, está o se encuentra esencialmente apegado al consentimiento que para el efecto establezcan las partes.

³⁶ Marroquín Díaz, Pablo. **Principios generales de la contratación administrativa**. Pág. 6.



b) Principio de la desigualdad jurídica de las partes

Las partes contratantes en materia administrativa, se encuentran en un plano de diferencia manifiesta. En los contratos administrativos, virtualmente queda sin efecto el principio de igualdad de las partes, cual es uno de los principios básicos tratándose de contratos regido por un estatuto de derecho privado. La administración se impone en una situación de superioridad jurídica respecto del particular que contrata con aquella.

La situación referida se configura en virtud de que una de las partes contratantes es la administración, la cual goza de ciertas prerrogativas y es capaz de imponer ciertas condiciones que subordinan y relegan jurídicamente a la contraparte.

c) Principio de legalidad

Afecta las actuaciones de la administración del Estado al principio de legalidad, su actividad bilateral corre la misma suerte. Por su parte, este principio se encuentra vinculado al antes enunciado principio de la limitación de la voluntad de las partes, toda vez que las limitaciones emanan precisamente del ordenamiento jurídico. En relación al punto, es dable destacar que la administración, limitada en su actuar por la satisfacción del interés público, también debe actuar respetando los principios de buena administración.

Estas limitaciones, si bien no determinan el contenido de los pliegos de condiciones del contrato, puesto que allí la administración si tiene cierto grado de libertad contractual, imponen el deber de respetar los límites de validez señalado por las normas.



d) Principio de la mutabilidad del contrato administrativo

Atendida la finalidad última de la contratación administrativa, y el hecho de concurrir en ella especiales caracteres, es que se estima que el Estado administrador, puede llevar a efecto ciertas modificaciones o variaciones a las condiciones o términos del convenio.

Se trata de una manifestación de las prerrogativas exorbitantes de las cuales está dotada la administración, sin embargo, debemos hacer presente que tales poderes no son ni ilimitados, ni susceptibles de ser ejercidos en forma arbitraria, y deberán obedecer a un cambio de circunstancias que hagan procedente la pretendida modificación.

Cabe destacar que la posibilidad o poder de variar, debe obedecer a una armonización entre la finalidad y las condiciones y términos de la convención, susceptibles de ser modificadas a virtud de la concurrencia de ciertas causales previstas expresamente, a efectos de lograr la armonización señalada. Entonces, puede considerarse que este principio proyecta en definitiva la importancia que tienen dentro de la contratación, la observancia precisa de las causales implícitas de la contratación administrativa.

e) Principio de la libre concurrencia

En cuanto a este principio, la doctrina lo suele citar como uno privativo de la contratación pública a través del mecanismo de licitación pública. Sin perjuicio de ello, se estima conveniente tratarlo y entenderlo, como un principio de carácter general, o por lo menos con campo de aplicación muy superior al enunciado.

Este principio se traduce en la circunstancia de que hade permitirse a todos quienes tengan interés en poder participar, en igualdad de condiciones, en la contratación administrativa. Con lo anterior, se ha pretendido rebajar la discrecionalidad de la administración pública a fin de que los respectivos procesos sean lo más objetivos y transparentes posibles.

Alternamente, es importante precisar que, dentro del contrato administrativo, deben observarse de igual forma los siguientes principios:

- a) Igualdad del Estado frente a particulares: el Estado debe ponerse en igualdad de los particulares para poder contratar.
- b) Manifestación de voluntad: tanto el Estado como las personas individuales o jurídicas deben manifestar su voluntad.
- c) No alterar el orden público: dentro del contrato administrativo debe cuidarse que en el mismo no sea alterado el orden público.
- d) Cumplimiento de formalidades: dentro del contrato administrativo deben observarse las formalidades, contenidas normalmente dentro del Derecho Administrativo.
- e) Cumplimiento de procedimientos: para la suscripción de los contratos administrativos debe cuidarse de cumplir con los procedimientos previos contenidos en la ley.
- f) Deber dirigirse al cumplimiento de finalidades del Estado: todo contrato administrativo debe llevar implícita la finalidad de la administración pública.

La aplicación de criterios uniformes para la contratación en la administración pública serviría para agilizar los procesos administrativos en sus diferentes órganos,

imposibilitando actos de corrupción y malversación de fondos que inevitablemente atentan contra las instituciones del Estado.

2.5. Elementos de la contratación

Los elementos del contrato administrativo son aquellos que se vuelven indispensables para que este acto se produzca, no necesariamente deben de guardar un orden dentro del contrato físico, pero es imperativo que el contrato los deba contener. Por lo tanto, es importante señalar que se observa que en Derecho Administrativo los autores no coinciden con unos elementos del contrato administrativo, por lo que a continuación se detallan algunos de ellos:

a) Sujetos

“Todo contrato es imposible sin los sujetos o partes que lo celebran. En los contratos administrativos, por lo menos una de las partes, que pueden ser dos o más, habrá de ser un órgano del poder público en cumplimiento de una función administrativa; el otro sujeto será un particular o, en el caso del llamado contrato interadministrativo, otro órgano del poder público. El órgano del poder público podrá ser un órgano administrativo, lo mismo que uno legislativo o uno jurisdiccional, pero siempre en cumplimiento de una función administrativa. Cuando el otro sujeto del contrato administrativo sea, como suele ocurrir, un particular, éste deberá satisfacer el requerimiento de tener capacidad para contratar, y lo mismo podrá ser una persona física que una persona jurídica”.³⁷

³⁷ Fernández Ruíz. **Óp. Cit.** Pág. 156.

Los sujetos son los elementos fundamentales del contrato donde las personas que contraen la obligación o derecho a recibir un bien o servicio, que para el caso de un contrato son la administración pública y una persona individual o jurídica; esta circunstancia debe cumplirse para brindarle certeza jurídica a la contratación.

b) El consentimiento de los sujetos

“Celebrado el convenio y producido el acuerdo entre la administración y el particular, previo el lleno de los requisitos que esta clase de acuerdos implica, nace el vínculo de obligatoriedad entre la administración y el particular contratante, vínculo jurídico que permite que la administración pueda exigir el cumplimiento del contrato particular, forzosamente, si fuera el caso, o al particular pedir el cumplimiento de lo suyo, ante la administración”.³⁸

De acuerdo con este autor, se puede decir que, el consentimiento de los sujetos no es más que la aceptación de las partes a cumplir con los términos estipulados en el contrato hasta que este tenga vigencia; en esencia es la manifestación de voluntad que deben de expresar libremente las partes, cuidando que no adolezca de vicio alguno.

c) Causa

“Se entiende por causa el móvil o principio impulsor de la voluntad de las partes para su celebración; la causa del órgano público es diferente de la de su contratante, cuando este

³⁸ Franco Gutiérrez, Omar. *Óp. Cit.* Pág. 32.

es un particular, y en ese caso no tiene mayor relevancia. No ocurre lo mismo con la causa del órgano público contratante, cuya importancia es de tal magnitud que si desaparece, el contrato administrativo se extingue, lo cual significa que es la causa impulsora de la voluntad del órgano público, y no la del particular contratante, la que configura este elemento esencial de dicho contrato”.³⁹

A través de este planteamiento, puede inferirse que el contenido en un contrato administrativo son las cláusulas que tiene el contrato para definir obligaciones o derechos de cada una de las partes.

d) Forma

“La forma no es un elemento del contrato, sino que un requisito que habrá de satisfacer tanto respecto al consentimiento y en particular a la manifestación de la voluntad, como a la instrumentación del contrato. En otro orden de ideas, es importante recordar la necesidad de preservar la voluntad contra todo vicio que la violente o deforme, que afecta el consentimiento respecto de los contratos administrativos”.⁴⁰

De acuerdo con estos preceptos, se requiere señalar que, en resumen, este es el mecanismo como quedará representado o materializado el contrato administrativo y las formalidades que se deberán cumplir para el perfeccionamiento del mismo. La Ley de Contrataciones del Estado establece que los contratos deben constar por escrito y deberán ser aprobados por la autoridad correspondiente y que se puede omitir el contrato cuando

³⁹ *Ibid.* Pág. 157.

⁴⁰ *Ibid.*



el monto de la negociación no sobrepase de cien mil quetzales, pero igualmente se tendrá que dejar constancia en acta.

Como aspecto complementario, puede citarse en este contexto por ejemplo el caso de un contrato de concesión de servicios públicos, que al final de cuentas constituye una forma de la contratación administrativa, en tal sentido. “El contrato de concesión debe estar autorizado legalmente, en virtud de leyes nacionales o provinciales, u ordenanzas municipales, y suele contener cláusulas que limitan la actividad del concesionario evitando abusos en cuanto a las tarifas, multas por incumplimiento del servicio, etcétera, siempre bajo la vigilancia del Estado, ya que se supone que el contratista buscará su propia ganancia, pudiendo impedir el fin de utilidad común para el que fue contratado”.⁴¹

Atendiendo esta serie de aspectos enumerados en torno a la contratación administrativa, es importante destacar el incumplimiento de plazos por parte de los contratistas, aspecto que está sujeto a la sanción y que según lo regulado en el Artículo 85 de la Ley de Contrataciones del Estado, se sancionará con el pago de una multa por cada día de atraso equivalente al cero punto cinco por millar del valor total del contrato. Dichas multas no podrán exceder del cinco por ciento del valor del contrato, en caso de exceder, la entidad contratante deberá rescindir el contrato sin responsabilidad de su parte y sin perjuicio de aplicar otras medidas reguladas en la ley de la materia y su Reglamento, como por ejemplo la inhabilitación del proveedor en el Registro de Proveedores del Estado adscrito a Guatecompras.

⁴¹ <http://derecho.laguia2000.com/derecho-administrativo/concesion-de-servicios-publicos>, (Consultado: 08 de enero de 2017).



El sistema o portal electrónico Guatecompras es un mercado electrónico que funciona desde octubre de 2003, en el cual las entidades del Estado deben publicar todo proceso de venta, compra y contratación de bienes, suministros, obras y servicios, lo que permite visualizar desde una dirección de internet, que institución pública, a través de qué procedimiento, en qué momento y lugar se está realizando un proceso de adquisición, así como el precio y el proveedor con quien se está contratando. También tiene como propósito esencial, transparentar los procesos de compra y obtener mejores ofertas gracias a la competencia que genera.

Como aspecto complementario, se han adoptado nuevos criterios técnicos y tecnológicos con el fin de garantizar la transparencia y probidad en la utilización del erario público, lo cual se refleja entre otros con el Sistema Integrado de Administración Financiera -SIAF- mismo que tiene que ser complementando con el Sistema de Auditoría Gubernamental, que se han establecido como mecanismos de control en los aspectos administrativos y financieros del país, fundamentalmente en torno a las compras y contrataciones de bienes y servicios del Estado.

CAPÍTULO III

3. Aspectos generales y específicos en los procesos de contrataciones y adquisiciones según la Ley de Contrataciones del Estado

El presente capítulo aborda de forma detenida, la totalidad de elementos que deben tomarse en cuenta para los procesos de contrataciones de bienes y servicios en Guatemala, requiriéndose para el efecto, aspectos medulares de esta normativa, como por ejemplo el objeto de los procesos de compras, la naturaleza jurídica de los mismos, las formas de contratación de conformidad con la ley, dentro de la cual se establecen la compra directa, el contrato abierto, la transparencia en el uso de fondos públicos y otros contratos, cotización, licitación y casos por excepción, se completa este apartado con el abordaje de los procedimientos para llevar a cabo los procesos de contratación, los aspectos elementales en los procesos de compras, las generalidades en los procesos de compras y por último los aspectos centrales del portal Electrónico Guatecompras.

3.1. Objeto de los procesos de compras

De acuerdo con el contexto investigativo, es imperativo señalar que el objeto fundamental de los procesos de compras o contrataciones en el Estado y particularmente en el de Guatemala, se circunscribe a la adquisición o abastecimientos de las entidades, centralizadas, descentralizadas, autónomas o semiautónomas, entre otras, de los principales insumos y servicios esenciales para el funcionamiento de las entidades en el ámbito de su competencia y actividad, en ese sentido debe observarse de igual forma, la debida ejecución del gasto, debiéndose suplir las necesidades de corto, mediano y largo



plazo que se deriven de las obligaciones dentro de la estructura del aparato estatal y procurando siempre alcanzar o garantizar el bien común de la ciudadanía.

Debe considerarse que, en la actualidad, si bien se elabora el presupuesto de cada institución por programas, hay mucha deficiencia técnica para entender e identificar los objetivos y los productos, así como los indicadores de desempeño.

Mayor dificultad se presenta en el seguimiento y evaluación de esos objetivos o resultados, fundamentalmente por la falta de voluntad política y compromiso institucional hacia la planificación por parte de los actores en los procesos de adquisición, agravado por la escasez de personal técnico calificado, frecuentemente removido aun sean parte de la carrera administrativa. De esta manera, la programación de las compras en el sector público refleja las deficiencias derivadas de la ausencia de planificación.

3.2. Naturaleza jurídica de los procesos de compras

“Normar las compras, ventas y contrataciones de bienes, suministros, obras y servicios que requieran los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, municipalidades y empresas públicas, estatales y municipales, para cumplir en forma eficaz y eficiente sus funciones o atribuciones, estipulado en el Artículo uno de la Ley de Contrataciones del Estado. En esta ley encontramos los mecanismos, las herramientas, la forma para la adquisición de un terminado bien, nos orienta evitando ciertos obstáculos para la pronta ejecución, permitiendo así el desarrollo eficiente de la



administración pública, los criterios que se utilizan en los procesos de compra, son el precio, la calidad, plazo de entrega y demás condiciones que favorezcan al Estado”.⁴²

En virtud de este planteamiento, es consistente señalar que como aspecto determinante de la naturaleza jurídica de este marco normativo se encuentra el hecho determinante de dictar normas e instructivos de carácter general para desarrollar o mejorar los sistemas de contratación administrativa en sus aspectos operativos, técnicos y económicos, así como, la prestación de asesoría y la coordinación de actividades que orienten y sistematicen los procesos de contratación del sector público.

Es de esa cuenta que se han tomado en consideración los aspectos relativos a lograr los objetivos dispuestos por el Organismos Ejecutivo a través de su representante, el Presidente de la República de Guatemala, generando los lineamientos para orientar estos procesos de contrataciones a la transparencia, la rendición de cuentas, el fomento de una cultura ética, el respeto a la ley y la seguridad jurídica, considerados como ejes transversales de la transparencia.

Estos preceptos en general, deben prevalecer en la totalidad de los procesos de contrataciones en el país; debiéndose generar en consecuencia, los lineamientos básicos y herramientas necesarias que permitan de forma precisa, la capacitación y adquisición de conocimientos básicos en materia de contrataciones públicas de bienes y servicios para el Estado de Guatemala.

⁴² Pineda Herrera, Ana Isabel. **La burocracia en los procesos de compras de bienes y servicios, incide en el gasto público del Ministerio de Gobernación del Organismo Ejecutivo de la República de Guatemala.** Pág. 13.



3.3. Formas de contratación según la Ley de Contrataciones del Estado

En virtud que la contratación de bienes y servicios en el Estado de Guatemala, constituye en esencia, el procedimiento por el cual un ente del sector público selecciona a la persona física o jurídica que tiene que ejecutar una obra, prestar un servicio o suministrar un bien, para satisfacer una finalidad pública.

Con regularidad pueden contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, radicadas en el territorio nacional y que tengan plena capacidad de obrar, que no estén incursas en prohibición de contratar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, cuando proceda, se encuentren debidamente clasificadas.

De acuerdo con estos preceptos, es necesario señalar los mecanismos contemplados en el Decreto Número 57-92 Ley de Contrataciones del Estado y sus reformas, para el efecto se contemplan los siguientes mecanismos: compra directa, contrato abierto, transparencia en el uso de fondos públicos y otros contratos, cotización, licitación pública y como último aspecto se resaltan los casos por excepción.

3.3.1. Compra de baja cuantía

Dentro de los aspectos normativos contenidos en el Artículo 43 del Decreto Número 57-92 Ley de Contrataciones del Estado, se establece este mecanismo de adquisición, destacándose como una modalidad específica dentro de la serie de elementos y para el efecto se hace énfasis en los siguientes aspectos regulatorios:



“La modalidad de compra de baja cuantía consiste en la adquisición directa de bienes, suministros, obras y servicios, exceptuada de los requerimientos de los procesos competitivos de las demás modalidades de adquisición pública contenidas en la presente Ley, cuando la adquisición sea por un monto de hasta diez mil Quetzales (Q.25,000.00), de acuerdo con las reformas establecidos en el Artículo ocho del Decreto Número 46-2016 del Congreso de la República de Guatemala, de fecha 27 de octubre de 2016.

La compra de baja cuantía se realizará bajo la responsabilidad de quien autorice la adquisición pública. Las compras de baja cuantía deberán publicarse en GUAATECOMPRAS, una vez recibido el bien, servicio o suministro, debiendo publicar la documentación de respaldo, conforme al expediente administrativo que ampare la negociación realizada, por constituir información pública de oficio. Cada entidad determinará los procedimientos para la aplicación de esta modalidad”.

Es importante manifestar que esta modalidad fue introducida con las reformas al decreto en mención en el mes de octubre del año 2016, cuando el Congreso de la República de Guatemala, atendiendo las demandas de varios sectores de la sociedad civil y principalmente de la Contraloría General de Cuentas, quien emitió las recomendaciones pertinentes sobre la necesidad de modificar los mecanismos a través de los cuales se puede efectuar las contrataciones en el Estado.

En ese sentido se considera de especial relevancia, los cambios introducidos en este marco normativo, puesto que, con anterioridad, únicamente se tenía regulado el mecanismo de compra directa y que de alguna forma propiciaba el hecho determinante de

que se incidiera en el fraccionamiento para efectuar las compras y adquisiciones de bienes y servicios en el Estado.

3.3.2. Compra directa

De igual forma, a raíz de las reformas suscitadas a través del Decreto Número 46-2016 del 27 de octubre de 2016, se estableció que este marco normativo y particularmente el Artículo 43, debe contener entre otros aspectos relevantes, las modalidades para las adquisiciones en el Estado, se modificaron los lineamientos para efectuar los procesos de adjudicación a través del mecanismo de compra directo y para el efecto, en la literal b, de esta ley en la materia, se establece lo siguiente:

“La modalidad de compra directa consiste en la adquisición de bienes, suministros, obras y servicios a través de una oferta electrónica en el sistema GUAATECOMPRAS, prescindiendo de los procedimientos de licitación o cotización, cuando la adquisición sea por montos mayores a diez mil Quetzales (Q.25,000.00) y que no supere los noventa mil Quetzales (Q.90,000.00). Entre la publicación del concurso en GUAATECOMPRAS y la recepción de ofertas deberá mediar un plazo no menor a un día hábil. Para la adjudicación deberán tomarse en cuenta el precio, la calidad y otras condiciones que se definan previamente en la oferta electrónica, cuando corresponda. Esta modalidad de compra se realizará bajo la responsabilidad de quien autorice la adquisición.

La oferta electrónica se publicará en GUAATECOMPRAS y debe incluir como mínimo: detalle del bien o servicio ofertado, número de identificación tributaria y nombre o razón social del oferente y el monto de la oferta. Luego de la adjudicación se publicará en

GUATECOMPRAS, como mínimo, el número de identificación tributaria y el nombre o razón social del proveedor adjudicado y el monto adjudicado”.

En relación con estos elementos normativos, se estima preciso señalar las modificaciones sufridas en este apartado, toda vez que, en las directrices establecidas hasta antes de diciembre del año 2015, no se tenía tan específica la regulación concerniente a la adquisición a través de la compra directa.

3.3.3. Adquisición con proveedor único

“La modalidad de adquisición con proveedor único es en la que el bien, servicio, producto o insumos a adquirir, por su naturaleza y condiciones, solamente puede ser adquirido de un solo proveedor. Para establecer el extremo al que se refiere el párrafo anterior, el organismo, dependencia o entidad interesada hará una publicación en el Diario Oficial, otra en uno de los diarios de mayor circulación en el país y en GUATECOMPRAS, invitando a los interesados en ofertar la contratación de los bienes, suministros o servicios solicitados, señalando día, hora y lugar para que presenten su interés a ofertar.

En dicha invitación se especificarán las características de lo que se desea adquirir y el plazo para presentar la manifestación de interés, el cual no podrá ser mayor de cinco (5) días hábiles a partir de la última publicación.

Se designará una comisión receptora formada por tres miembros nombrados por la autoridad administrativa superior de la dependencia interesada en la negociación. Si a la

hora señalada no concurrieren interesados o se presente uno solo, se hará constar en el acta de recepción, y la autoridad competente podrá contratar con el proveedor único.

Si se presentare más de un oferente, la comisión receptora, después de levantar el acta respectiva, procederá de inmediato a rendir un informe escrito a la autoridad superior de la entidad interesada en la negociación para que proceda a efectuar la modalidad de adquisición aplicable. En este proceso se deberá publicar la documentación e información que el sistema GUAATECOMPRAS requiera”.

Nuevamente cabe resaltar la importancia que conlleva esta nueva forma de adquisición dentro de la administración pública guatemalteca y cuyo propósito central gira en torno a regular la practica recurrente de adquirir bienes y servicios a través de este mecanismo.

3.3.4. Arrendamiento

Con las reformas presentadas en octubre del año 2016, específicamente a través del Decreto Número 46-2016, se establece este mecanismo de contratación, destacando para el efecto, lo preceptuado en la literal d, del artículo 8, estableciendo lo siguiente:

“Los arrendamientos de bienes muebles o equipo se sujetarán a la modalidad de contratación que corresponda, según el monto a contratar, para establecer el monto que determina la modalidad de contratación se tomará como referencia el valor anual del arrendamiento o el valor total del mismo si fuere por un plazo menor. En cualquier caso,



deberán elaborarse bases de contratación y especificaciones técnicas, las que deberán requerir como mínimo:

1. Valor de compra del bien a arrendar.
2. Valor total del contrato o sumatoria de las cuotas y la opción a compra en su caso.
3. Valor mensual de las rentas o cuotas
4. Causales de resolución del contrato.
5. En caso hubiere opción de compra, esta no podrá en ningún caso ser mayor al valor de una cuota mensual.
6. Detalle de la integración de la cuota o renta, especificando cargos por uso o goce, mantenimiento, seguros, costos implícitos u otros cargos, cuando hubiere.
7. Los seguros y garantías necesarias.

En todos los contratos de arrendamiento se incluirá la obligación de realizar inspecciones físicas del bien, como mínimo, una vez al año. Las inspecciones serán realizadas por el arrendatario por medio de un delegado. Estas inspecciones contendrán, como mínimo, un reporte general del estado y funcionamiento de los bienes arrendados, así como el cumplimiento del programa de mantenimiento. A las inspecciones se acompañará la documentación necesaria para comprobar la veracidad del reporte, tales como fotografías y videgrabaciones, entre otros.

Cuando se ejerza la opción a compra se deberá solicitar la garantía establecida en el artículo 67 de esta Ley. Los plazos serán establecidos en base a la naturaleza del bien y a la utilidad y necesidad del requirente. El plazo del arrendamiento solo podrá prorrogarse

por única vez, si está contemplado en el contrato respectivo y no existe incremento en el valor contratado”.

Como ha podido evidenciarse, son estas las nuevas disposiciones que las reformas a la Ley de Contrataciones del Estado, han establecido para optimizar los procesos de arrendamiento de bienes muebles o equipo necesario para el funcionamiento del conglomerado de instituciones del Estado.

3.3.5. Arrendamiento de bienes inmuebles

Consistente con los planteamientos expuestos con anterioridad y que se estipularon a partir de la reforma en el Decreto Número 9-2015, precisamente en el mes de diciembre del año 2015, estableciéndose para ello, la literal e, del Artículo 43 del Decreto Número 57-92 Ley de Contrataciones, que preceptúa lo siguiente:

“El arrendamiento de bienes inmuebles puede efectuarse siempre que el organismo, dependencia o entidad interesada careciere de ellos, los tuviere en cantidad insuficiente o en condiciones inadecuadas. Para el efecto, la dependencia o unidad interesada debe justificar la necesidad y conveniencia de la contratación, a precios razonables en relación a los existentes en el mercado. Con estos antecedentes, si lo considera procedente, la autoridad administrativa superior de la entidad interesada aprobará el contrato o acta, según corresponda, de acuerdo a la ley y al reglamento, sin perjuicio que se podrá aplicar cualquier modalidad de compra de acuerdo al monto.



No será obligatoria la licitación ni la cotización en la compra de bienes inmuebles que sean indispensables por su localización, para la realización de obras o prestación de servicios públicos, que únicamente puedan ser adquiridos de una sola persona, cuyo precio no sea mayor al avalúo que practique el Ministerio de Finanzas Públicas”.

Importante resulta identificar la amplitud de los mecanismos de adjudicación, ya con las reformas establecidas en el marco normativo en materia de contrataciones del país.

3.3.6. Dragado

La limpieza del fondo de los ríos, puertos y zonas navegables que requieran las entidades, únicamente se podrán realizar por administración; salvo situaciones derivadas de los estados de excepción declarados conforme la Ley de Orden Público, Decreto Número 7 de la Asamblea Nacional Constituyente.

3.3.7. Contrato abierto

Bajo los mismos preceptos, es importante hacer énfasis en que esta modalidad de adjudicación, se establece en el Artículo 46 del Decreto Número 57-92 Ley de Contrataciones, reformada en el mes de octubre de 2016, quedando establecido de la siguiente manera:

“Contrato abierto es la modalidad de adquisición coordinada por el Ministerio de Finanzas Públicas, a través de la Dirección General de Adquisiciones del Estado, con el objeto de



seleccionar proveedores de bienes, suministros y servicios de uso general y constante, o de considerable demanda, previa calificación y adjudicación de los distintos rubros que se hubieren convocado a concurso público, a solicitud de dos o más instituciones de las contempladas en el artículo 1 de esta Ley, a excepción de los Ministerios de Salud Pública y Asistencia Social, Educación, Gobernación y el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, que lo podrán hacer de manera individual.

De acuerdo con estos elementos, el reglamento establecerá los procedimientos y requisitos mínimos para las solicitudes del contrato abierto.

Para los efectos del contrato abierto, deberán tomarse en cuenta la compra por volumen que incide en mejores precios y la estandarización de especificaciones que hacen más económica y práctica la adquisición.

Queda exonerada de los requisitos de licitación y cotización, la compra y contratación de bienes suministros y servicios que lleven a cabo las entidades a las que se refiere el Artículo 1 de esta Ley, quienes lo podrán hacer directamente con los proveedores seleccionados, por medio de contrato abierto, por el Ministerio de Finanzas Públicas”.

Por ningún motivo se realizarán contratos abiertos con proveedores únicos. Las unidades ejecutoras, previo a emitir la orden de compra para adquisiciones por contrato abierto, deben verificar los precios de referencia que publica el Instituto Nacional de Estadística - INE- y dejar constancia de dicha verificación para garantizar que, en el mercado, los precios de los bienes a adquirir son iguales o mayores a los de contrato abierto”.

De conformidad con este precepto legal, es consistente señalar de igual forma que los aspectos relativos al procedimiento de contratación bajo esta modalidad se encuentran contenidos en el Artículo 46 Bis, detallando minuciosamente los elementos regulatorios que deben observarse para llevar a cabo este régimen de adjudicación.

3.3.8. Transparencia en el uso de fondos públicos y otros contratos

Este apartado específico se localiza en el Artículo 54 del Decreto Número 57-92 Ley de Contrataciones del Estado, circunstancia que hasta antes de la reforma, el 17 de septiembre del año 2009, se hacía referencia únicamente como otros contratos y en esencia se refería a que, los contratos que celebrara el Estado, por medio de sus entidades centralizadas o descentralizadas, que no provengan de procedimientos que determinaba la ley o en los que el ente administrativo actúe como sujeto de derecho privado, se aplicarán las normas del derecho común. Con las nuevas disposiciones establecidas en el Decreto Número 27-2009 del Congreso de la República de Guatemala, que modificó y estableció las reformas a la ley en materia de contrataciones, se normó que este artículo quedaba de la siguiente manera:

“Las organizaciones no gubernamentales, asociaciones, fundaciones, patronatos, cooperativas, comités, organismos regionales e internacionales, fideicomisos y toda entidad privada o mixta, nacional o extranjera que reciba y/o administre fondos públicos, deben publicar y gestionar en GUATECOMPRAS, las compras, contrataciones y adquisiciones que realicen, cuando superen el monto de la compra directa establecido en esta Ley, publicando para el efecto, como mínimo, la siguiente documentación: bases o



términos de referencia, especificaciones técnicas, criterios de evaluación, preguntas, respuestas, listado de oferentes, actas de adjudicación y contratos. Asimismo, deben utilizar procedimientos de adquisición competitivos y evaluar las ofertas con criterios imparciales y públicos.

La Contraloría General de Cuentas debe fiscalizar la negociación y todos los contratos que se suscriban en aplicación de este artículo, los cuales para su validez y ejecución deben registrarse en el Registro de Contratos de dicha Contraloría. Si en la fiscalización se detectaren anomalías, la Contraloría General de Cuentas deberá denunciar a los órganos respectivos, según la materia de que se trate, después de agotado el procedimiento administrativo que corresponda.

Cuando se trate de compra directa se observará lo establecido en el Artículo 43 de esta Ley. En los contratos y convenios que celebren las entidades reguladas en esta Ley, que no provengan de procedimientos que determina la misma, se aplicarán las normas del derecho común, debiendo publicar y gestionar en GUAATECOMPRAS la negociación y contrato respectivo. El reglamento de esta ley establecerá las condiciones en la materia”.

En este contexto, la Contraloría General de Cuentas, en su naturaleza jurídica es una institución técnica y descentralizada que goza de independencia funcional, técnica y administrativa con competencia en todo el territorio nacional, le corresponde la función fiscalizadora en forma externa de los activos y pasivos, derechos, ingresos y egresos del Estado, entidades autónomas y descentralizadas, las municipalidades y sus empresas y demás instituciones que conforma el sector público y que conforman el sector público no financiero de toda persona, entidad o institución que reciba fondos del Estado o haga

colectas públicas; de empresas no financieras en cuyo capital participe el Estado, bajo cualquier denominación así como las empresas en que estas tengan participación.

Es importante señalar también que esta institución tiene como propósito fundamental, velar también por la probidad, transparencia y honestidad en la administración pública, así como también por la calidad del gasto público, todos estos aspectos se encuentran contemplados en los Artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas de Guatemala. En los contratos y convenios que celebren las entidades reguladas en esta Ley, que no provengan de procedimientos que determina la misma, se aplicarán las normas del derecho común, debiendo publicar y gestionar en GUATECOMPRAS la negociación y contrato respectivo. El reglamento de esta ley establecerá las condiciones relacionadas con esta materia.

En este entendido, se evidencia claramente la intencionalidad del legislador, por establecer y priorizar los aspectos concernientes a la transparencia en el uso de fondos públicos y otro tipo de contratos, que era esto último lo único que se menciona hasta antes de la reforma, ahora queda claramente definido esta nueva regulación.

3.3.9. Cotización

De acuerdo con los aspectos abordados con anterioridad. Este mecanismo de adjudicación se encuentra regulado en el Artículo 38 del Decreto Número 57-92 Ley de Contrataciones del Estado, donde se preceptúa lo siguiente:



“Cuando el precio de los bienes, de las obras, suministros o remuneración de los servicios exceda de noventa mil Quetzales (Q.90,000.00) y no sobrepase los siguientes montos, la compra o contratación podrá hacerse por el sistema de cotización así:

- a) Para las municipalidades, que no exceda de novecientos mil Quetzales (Q.900,000.00).
- b) Para el Estado y otras entidades, que no exceda de novecientos mil Quetzales (Q.900,000.00).

En la cotización, la presentación de las bases, designación de la Junta y la aprobación de la adjudicación, compete a las autoridades administrativas que en jerarquía le siguen a las nominadas en el artículo 9 de esta Ley. Si los bienes, suministros o remuneración de los servicios se adquieren a través del contrato abierto, entonces no procederá la cotización. De realizarse la misma, será responsable el funcionario que le autorizó”.

De acuerdo con estas disposiciones, es conveniente puntualizar que este aspecto se conserva en su esencia, puesto que la última reforma suscitada se presentó en el mes de septiembre del año 2009.

En ese mismo contexto, resulta fundamental señalar a grandes rasgos, el procedimiento de cotización, que de igual forma fue reformada en mayo del año 2006 y posteriormente el 17 de septiembre del año 2009, específicamente en el Decreto Número 27-2009, mismo que se encuentra contenido en el Artículo 39 de la Ley de Contrataciones del Estado, mismo que refiere lo siguiente:



“El procedimiento de cotización consiste en solicitar, mediante concurso público a través de GUAATECOMPRAS, ofertas firmes a proveedores legalmente establecidos para el efecto y que estén en condiciones de vender o contratar los bienes, suministros, obras o servicios requeridos. Los interesados deberán adquirir las bases en papel o en medio electrónico descargándolas de GUAATECOMPRAS.

En el caso que las obras, bienes o servicios requieran documentos que no pueden ser incluidos en GUAATECOMPRAS, tales como planos no elaborados por medios electrónicos o cualquier otro que por su naturaleza no lo permita, se deberá pagar únicamente el costo de reproducción de los mismos.

Entre la publicación de la convocatoria y bases en GUAATECOMPRAS y el día fijado para la presentación y recepción de ofertas, deberá mediar un plazo mínimo de ocho (8) días hábiles. La entidad contratante no deberá fijar especificaciones técnicas o disposiciones especiales que requieran o hagan referencia a determinadas marcas, nombres comerciales, patentes, diseños, tipos, orígenes específicos, productores o proveedores, salvo que no exista otra manera suficientemente precisa y comprensible para describir los requisitos de la adquisición y siempre que en tales casos se incluya en las especificaciones, requisitos y documentos de cotización, expresiones como, o equivalente, o semejante, o similar o análogo”.

Como aspecto complementario, se puede enfatizar en la aprobación del formulario y documentos de cotización, puesto que se estableció en la reforma a la ley en el 2015.



3.3.10. Licitación pública

Este apartado se regula en el Artículo 17 del Decreto Número 57-92 Ley de Contrataciones del Estado, mismo que hace énfasis en lo siguiente:

“Cuando el monto total de los bienes, suministros y obras, exceda de las cantidades establecidas, en el artículo 38, la compra o contratación deberá hacerse por Licitación Pública, salvo los casos de excepción que indica la presente ley, en el capítulo III del Título III. Si no excede de dicha suma, se sujetará a los requisitos de cotización o a los de compra directa, conforme se establece en esta ley y en su reglamento”.

Atendiendo estos preceptos regulatorios, se estima pertinente hacer referencia de sus registros históricos, para el efecto es oportuno mencionar que, en el derecho romano, la licitatio era la condición esencial para que la obra se adjudicara y, en general, era obligatorio concederla a quien solicitara cantidad menor. El censor era el encargado de realizar discrecionalmente la adjudicación, pudiendo excluir a las personas que no juzgase idóneas, que estimara poco honorables o que incumplieran contratos anteriores.

De acuerdo con estos aspectos históricos, es pertinente enfatizar en la siguiente definición:

“Licitación es el procedimiento administrativo por medio del cual la administración selecciona a sus proveedores o contratistas, para obras o servicios, o finalmente enajena bienes”.⁴³

⁴³ Valle Figuereido, Lucía. **Licitación y administración indirecta**. Pág. 134.



La licitación, es considerada, como un procedimiento administrativo por el cual la administración pública elige como contratante a la persona, física o jurídica, que le ofrece las condiciones más convenientes para el Estado. “Constituye el medio más idóneo para la contratación administrativa y se fundamenta en el doble propósito de lograr las mejores condiciones técnicas y económicas para la administración pública”.⁴⁴

Esta definición conlleva a exponer que la licitación en esencia, es un procedimiento, en virtud de que comprende una serie de actos regulados por las normas administrativas, dicho procedimiento, tiene como objetivo seleccionar a la persona, física o jurídica, con la cual la administración pública celebrará un contrato determinado.

Finalmente es importante señalar los aspectos relativos a la adjudicación a través de este sistema de adjudicación, para ello el Artículo 33 del Decreto Número 57-92, preceptúa lo siguiente: “Dentro del plazo que señalen las bases, la Junta adjudicará la licitación al oferente que, ajustándose a los requisitos y condiciones de las bases, haya hecho la proposición más conveniente para los intereses del Estado.

En ningún caso se llevarán a cabo adjudicaciones, si existe sobrevaloración del suministro, bien o servicio ofertado. Para los efectos de esta Ley, sobrevaloración significa ofertar un producto, bien, servicio o suministro a un precio mayor al que los mismos tienen en el mercado privado nacional, tomando en cuenta las especificaciones técnicas y la marca del mismo”.

⁴⁴ Serrano Rodríguez, Carlos Eduardo. **La contratación administrativa**. Pág. 98.



Es en este entendido que se considera que las nuevas regulaciones vienen a ser mucho más complementarias de los requerimientos establecidos hasta antes de diciembre del año 2015, cuando se validaron por el Congreso de la República de Guatemala, las reformas que en materia de contrataciones estaban vigentes en el país.

3.3.11. Casos por excepción

Lo concerniente a este apartado, se regula con precisión dentro del Artículo 44 del Decreto Número 57-92 Ley de Contrataciones del Estado, mismo que hace énfasis en los siguientes aspectos:

- a) No será obligatoria la licitación ni la cotización en las contrataciones en dependencias y entidades públicas, conforme el procedimiento que se establezca en el reglamento de esta Ley la adquisición de bienes, suministros, obras y servicios indispensables para solucionar situaciones derivadas de los estados de excepción declarados conforme la Ley de Orden Público, que hayan ocasionado la suspensión de servicios públicos o que sea inminente tal suspensión.
- b) El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social -IGSS-, podrán adquirir, de manera directa, vacunas, medicamentos antirretrovirales, métodos de planificación familiar, fármacos, micronutrientes, suministros quirúrgicos y de laboratorio, al amparo de convenios o tratados internacionales suscritos con los organismos siguientes: la Oficina Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud -OPS/OMS-; agencias del Sistema de Naciones Unidas, el Fondo Mundial -FM-; el Fondo de Población de las Naciones



Unidas -UNFPA- o por negociación regional de precios que efectúe la Secretaría Ejecutiva del Consejo de Ministros de Salud de Centroamérica y República Dominicana -SE-COMISCA-. La ejecución de estas negociaciones se sujetará a los términos de los instrumentos contractuales suscritos.

- c) Las entidades del Estado podrán realizar, de manera directa, las adquisiciones que se realicen en el extranjero.
- d) El Banco de Guatemala, por la naturaleza de sus funciones, podrá realizar de manera directa, la contratación de la acuñación de moneda metálica terminada, la compra de metales necesarios para la acuñación de moneda, la compra de sistemas, de equipos y la impresión de formas de billete de banco y de títulos valores. La compra de oro y plata deberá hacerse a los precios del día, o a uno menor, según cotización internacional de la Bolsa de Valores de Londres.
- e) Los sujetos obligados de conformidad con la presente Ley, podrán realizar de manera directa, la contratación de servicios técnicos y profesionales individuales en general.
- f) El Tribunal Supremo Electoral podrá, durante el ejercicio fiscal en el que se realicen procesos electorales y de consulta popular, realizar de manera directa, las adquisiciones públicas directamente vinculadas a la realización de estos eventos”.

En torno a estos mecanismos de adjudicación, que en el pasado eran utilizado como estandarte para justificar en muchas ocasiones, la adjudicación fraccionada de las adquisiciones y que en realidad implicaba la comisión de un ilícito, de esa cuenta se estima que a través de la propuesta oportuna que se detallará en el apartado correspondiente del presente informe, a fin de ahondar en mayores detalles sobre la problemática.

3.3.12. Subasta electrónica inversa

Dentro de las reformas a la Ley de Compras y Contrataciones del Estado, una de las que más llamaron la atención, fue el cambio en la modalidad de adquisiciones priorizando la subasta inversa. Un sistema novedoso que tiene como objetivo modernizar la gestión del Estado, simplificar los procedimientos y garantizar su transparencia.

En una subasta inversa, la entidad contratante elige al proveedor que haya ofrecido el precio más bajo. Entre las diferentes características técnicas de la oferta, el factor precio es fundamental para elegir a la empresa adjudicada. Entre otros, no aplican las puntuaciones, bonificaciones, promociones u otros beneficios adicionales. Este apartado se encuentra plenamente regulado en el Artículo 54 Bis, del Decreto Número 57-92 Ley de Contrataciones del Estado, el cual hace énfasis en lo siguiente:

“La subasta electrónica inversa es una modalidad de adquisición pública de obra pública, construcciones por contrato, bienes y servicios estandarizados u homologados, dinámica, operada en el sistema GUAATECOMPRAS, en la cual los postores habilitados pujan de forma pública, electrónica y en tiempo real, durante un plazo preestablecido, con base a un precio de referencia de conocimiento público previo al evento, el cual servirá como techo de partida para el proceso.

Las posturas durante la puja no podrán proponer precios superiores al de referencia y deberán aceptarse solo posturas con precios menores a la postura anterior. La adjudicación se hará a la postura con el precio más bajo obtenido durante el proceso.



El precio de referencia techo lo proporcionará el Instituto Nacional de Estadística -INE-, de conformidad con lo establecido en el Artículo ocho de esta Ley y su reglamento. Para los efectos de la subasta electrónica inversa, debe tomarse en cuenta la compra por volumen que incida en mejores precios y la estandarización de especificaciones que hacen más económica y práctica la adquisición. La entidad contratante establecerá los requisitos y criterios que se deberán cumplir para habilitarse como postores en un evento de subasta electrónica inversa. Además, será responsable de definir las especificaciones técnicas y las condiciones de la negociación, debiendo asegurarse que dichos documentos permitan la competencia. La autoridad administrativa superior de la entidad contratante será responsable de aprobar la adjudicación.

La puja mediante este tipo de procedimiento deberá ser autorizada únicamente cuando el número de postores habilitados sea mayor o igual a tres. La entidad contratante realizará en el sistema GUAATECOMPRAS la convocatoria para la subasta electrónica inversa, con un plazo no menor de ocho (8) días antes del inicio del proceso. El reglamento de la ley regulará todas las condiciones de las etapas en las que se sustenta esta modalidad”.

Al respecto de esta regulación, es importante hacer referencia de la opinión que al respecto emitió la Contraloría General de Cuentas, misma que enfatiza en que este mecanismo es en esencia, una nueva modalidad de adquisición pública de bienes y servicios estandarizados u homologados, que será operada en el sistema GUAATECOMPRAS, en la cual los postores habilitados pujan de forma pública, electrónica y en tiempo real, con base a un precio de referencia establecido por el Instituto Nacional de Estadística (INE). Con la implementación de esta modalidad, se espera que los niveles

de transparencia en las compras y contrataciones públicas sea mayor y se vayan erradicando las malas prácticas del pasado.

3.4. Procedimientos para llevar a cabo los procesos de contratación

En torno a este apartado, es importante hacer el señalamiento preciso de que los procedimientos en materia de contrataciones de la administración pública, son regulados tanto por el Decreto Número 57-92 Ley de Contrataciones del Estado, así como en su reglamento correspondiente al Acuerdo Gubernativo 122-2016.

Es importante señalar que mediante el Decreto Número 46-2016, el Congreso de la República de Guatemala, introdujo reformas a la Ley de Contrataciones del Estado, derivado a la necesidad de fortalecer y normar los procedimientos que deben cumplirse para las diferentes modalidades de compras y contrataciones, por lo que, para dinamizar y agilizar dichos procesos, era necesario realizar las reformas pertinentes al Reglamento de esa Ley.

En el Artículo uno de dicho reglamento se preceptúa la filosofía del mismo, enfatizando en que tiene por objeto, regular, desarrollar y facilitar la aplicación de las normas contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado de Guatemala.

3.5. Aspectos elementales en los procesos de compras

Como se indicó con anterioridad, en resumen puede exponerse que todos los aspectos concernientes a la contratación de bienes y servicios en la República de Guatemala, se

circunscriben a la observancia precisa de las regulaciones contenidas en la ley y reglamento correspondiente en materia de contrataciones del Estado, donde se establecen con precisión los regímenes de contratación pública, requiriéndose en consecuencia, tomar muy en cuenta que, la adquisición deberá estar incluida en el Programa Anual de Adquisiciones Públicas, para el ejercicio fiscal respectivo, además deberá contarse con la requisición suscrita por el responsable que corresponda, que justifique la necesidad de la compra o contratación de los bienes, suministros, obras o servicios, debiendo contarse con la descripción y especificaciones de lo que se requiere, bases de contratación cuando proceda y en el caso de obras, también con estudios, diseños, planos y referencias sobre el costo probable de las mismas, todo aprobado por la autoridad competente.

En ese contexto, el Artículo 14 del Acuerdo Gubernativo Número 122-2016 Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se refiere a la requisición del bien o servicio cuya necesidad lo manifieste la entidad respectiva y para ello, en el segundo párrafo, se hace mención particular de lo siguiente:

“La requisición no deberá fijar especificaciones técnicas especiales que requieran o hagan referencia a determinadas marcas, nombres comerciales, diseños, tipos, orígenes específicos, productores o proveedores, salvo que no exista otra manera suficientemente precisa y comprensible para describir los requisitos de la adquisición y siempre que en tales casos se incluya en las especificaciones, requisitos o documentos de cotización, expresiones como: o equivalente, o semejante, o similar análogo”.



3.6. Generalidades en los procesos de compras

Es fundamental puntualizar en que, la práctica de una correcta gestión de compras asegura que el Estado y la totalidad de sus entidades centralizadas, descentralizadas, autónomas o semiautónomas, tengan los mejores proveedores para abastecer los mejores productos y servicios, al mejor valor total. En caso de discrepancia en los documentos del expediente, la prevalencia de los mismos será en el orden en que se cita a continuación: Disposiciones Especiales, Especificaciones Técnicas, Especificaciones Generales, Planos y Bases de Contratación”. En este entendido, son claras las regulaciones que deben tomarse en cuando, siendo específicas en materia de contratación, de acuerdo con la normativa vigente como único cuerpo legal que rige las compras y contrataciones, teniendo como prioridad la calidad del gasto público.

3.7. Guatecompras

“Guatecompras es un mercado electrónico que funciona desde octubre de 2003, en el cual las entidades del Estado deben publicar todo proceso de venta, compra y contratación de bienes, suministros, obras y servicios, lo que permite visualizar desde una dirección de internet, que institución pública, a través de qué procedimiento, en qué momento y lugar se está realizando un proceso de adquisición, así como el precio y el proveedor con quien se está contratando. También sirve para transparentar los procesos de compra y obtener mejores ofertas gracias a la competencia que genera”.⁴⁵

⁴⁵ Miller Orozco, Mary Ann. **Op. Cit.** Pág. 30.



De acuerdo con estas concepciones doctrinarias, puede complementarse las mismas, indicando que, GUATECOMPRAS es el nombre asignado al Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. GUATECOMPRAS es un mercado electrónico, operado a través de Internet, tal y como se preceptúa en la página electrónica del sistema en mención. “Guatecompras permite que las etapas del proceso de adquisiciones estén a la vista de todos. De esta manera los empresarios conocen las oportunidades de negocios, los organismos públicos compradores conocen tempranamente todas las ofertas disponibles, la ciudadanía vigila los procesos y conoce los precios pagados para cada adquisición. Esto aumenta la competencia y reduce la corrupción. El catálogo electrónico de contratos abiertos crea una vitrina virtual con los productos seleccionados, sus proveedores, precios y condiciones”.⁴⁶

En el Artículo 4 del Decreto Número 57-92 Ley de Contrataciones del Estado, se preceptúa de manera detalla en sus primeros tres párrafos lo siguiente: “El Sistema de información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado denominado GUATECOMPRAS, es un sistema para la transparencia y la eficiencia de las adquisiciones públicas. Su consulta será pública, irrestricta y gratuita, y proveerá información en formatos electrónicos y de datos abiertos sobre los mecanismos y las disposiciones normadas en esta Ley y su reglamento.

El sistema será desarrollado, administrado y normado por el Ministerio de Finanzas Públicas, el cual es el órgano rector del sistema, y será utilizado por todos los sujetos

⁴⁶ <http://guatecompras.gob.gt/info/queEsGuatecompras.aspx> (Consultado: 10 de enero de 2017)



obligados por esta Ley, para las compras, ventas, contrataciones, arrendamientos o cualquier otra modalidad de adquisición pública. En él se debe publicar la información relativa a todas las fases del proceso de adquisición pública, así como las codificaciones o catálogos que se establezcan para las adquisiciones públicas”. El sistema GUAATECOMPRAS es un portal de información sistematizado, cuyo fin es la transparencia de las adquisiciones que realicen las entidades del Estado, mismo que mantiene una interrelación con los demás sistemas de gestión y registro del Estado.



CAPÍTULO IV

4. El fraccionamiento

Paulatinamente se ha ido generando la base jurídica y doctrinaria que permite arribar a un mayor grado de discernimiento en el análisis medular del presente apartado, en ese sentido, el presente capítulo aborda, los aspectos vinculantes y estrechamente relacionados con el fraccionamiento en los procesos de adjudicaciones o contrataciones que realice la administración pública del Estado de Guatemala.

Es por ello que resulta consistente señalar que, dentro del presente apartado, se enfocan los elementos que rodean a la práctica del fraccionamiento, las clases de fraccionamiento, los casos donde se presenta y el papel que juega la Contraloría General de Cuentas en torno a esta práctica que erosiona la buena gestión en las contrataciones del Estado.

4.1. Elementos de la práctica del fraccionamiento

En virtud del planteamiento de la problemática presentada inicialmente, es conveniente señalar la serie de elementos que rodean esta constante en algunas instituciones del Estado, para ello se requiere abordar con sumo detalle, algunos de los aspectos que inciden en su manifestación, como por ejemplo la unidad objeto de los contratos firmada por la administración y el contratista por la forma de contratación, la celebración de los contratos celebrados en un mismo lapo, la cuantía de los contratos que sumada excede la cuantía mínima exigida y la soslayación de las normas en materia.



4.1.1. La unidad objeto de los contratos firmada por la administración y el contratista por la forma de contratación

Dentro de las deficiencias que se considera que se manifiestan en este tipo de actividad incorrecta e ilícita, se ha podido identificar plenamente que el mismo se presenta con frecuencia, en el caso en que la unidad u órgano de la administración que contrata, incumple la normativa en materia de contrataciones del Estado, al omitir los requerimientos en donde se detallan las especificaciones técnicas o términos de referencia que supuestamente la misma unidad había diseñado o colaborado, esto es el área usuaria y el órgano encargado de las contrataciones, de manera correcta o con intención o culpa fraccione las solicitudes de compra.

Para este caso se enlaza con lo relativo a la falta de planificación, dentro del proceso administrativo específico.

En torno a este apartado es importante señalar que esta práctica recurrente, muchas veces se simulaba por las autoridades de las entidades contratantes, ocultando dentro de los contratos que firmaba la administración, las necesidades inmediatas del bien o servicio que se requería contratar y en la práctica, el contratista, firmaba por la forma de contratación que se le ofrecía, básicamente para no llegar a tener que presentar un proceso burocrático en el proceso de cotización o licitación, entonces en concreto se concertaba por la autoridad correspondiente, dividir la adquisición de ese bien o servicio, firmando por las características requeridas y luego el contratista, se plegaba o debía consentir que firmaba por la forma de la contratación.



4.1.2. La celebración de los contratos celebrados en un mismo lapso -por el tiempo-

En este apartado es conveniente resaltar que, el fraccionamiento consiste básicamente en el vicio administrativo de fraccionar operaciones respecto a necesidades previsibles, con el propósito de evadir los procedimientos normales u ordinarios de contratación administrativa. De tal manera, el fraccionamiento se tiene como ilícito, cuando contándose con los recursos necesarios debidamente presupuestados y financiados y conociéndose la necesidad administrativa concreta o el suministro necesario que se pretende obtener, se realiza más de una contratación sobre el mismo objeto.

En virtud de lo relativo al presente apartado, es necesario circunscribirse a los aspectos regulatorios contenidos en el Artículo 81 del Decreto Número 57-92 Ley de Contrataciones del Estado, particularmente en su tercer párrafo, donde de forma precisa, se regula lo siguiente:

“También se incurrirá en fraccionamiento cuando una misma unidad ejecutora realice varias cotizaciones de un mismo bien o servicio, dentro de un mismo ejercicio fiscal, cuya suma exceda el monto a partir del cual la licitación pública es obligatoria”.

Como se aprecia, este apartado, regula o pretende contrarrestarse en este apartado en particular, puesto que se toma la precaución de limitar las contrataciones en un mismo periodo fiscal, minimizando entonces que se realiza en un mismo lapso o tiempo. Previo a las reformas a la Ley de Contrataciones del Estado, en diciembre del año 2015, el reglamento de esta ley, en el Artículo 55, desarrollaba todo lo relacionado a esta figura,



sin embargo la enfocaba únicamente a un concepto, obviando que por su complejidad el mismo necesita de una explicación precisa en cuanto a su ámbito, aplicación, alcance y efectos administrativos y jurídicos que pudiera tener, además de los procedimientos administrativos que se deben de utilizar para la aplicación de las sanciones pecuniarias.

Debido a esto los procesos de compras y contrataciones se realizan sin el más mínimo cuidado de ejecutar el presupuesto asignado, conforme la planificación de compras previamente establecida; teniendo como consecuencia otro grave problema, ante la inexistencia de un procedimiento administrativo regulado que abarque el análisis, estudio y aplicación de las sanciones en tema de fraccionamiento, las diligencias y conformación de hallazgos se realizan a criterio del ente fiscalizador provocando que en muchos de los casos esos actos administrativos sean arbitrarios a ley.

4.1.3. La cuantía de los contratos que sumada excede de la cuantía mínima exigida por la ley por la cuantía

En este apartado se considera también la existencia de fraccionamiento, cuando se incurra en la vulneración de los preceptos regulatorios concernientes a la contratación de un mismo o varios bienes o servicios por partes o por lotes, es decir que simulando la compra de baja cuantía o de compra directa, tal y como se regula en la actualidad en las modalidades específicas de adquisiciones del Estado, contenidas en el Artículo 43 del Decreto Número 57-92, se efectúe la adquisiciones de un determinado bien o servicio en forma segmentada o por lotes si se le quiere ver de esa forma, pero que al efectuar la sumatoria, se identifique que se exceden los montos mínimos requeridos, por ejemplo en



el de baja cuantía superaría, los Q.25,000.00 y en el de compra directa, supere los montos establecidos entre Q.25,000.00 y que no supere los Q.90,000.00

En tal caso se estaría considerando de igual forma como un mecanismo de fraccionamiento y para el efecto en el Artículo 81 de la ley en materia de contrataciones, ya con las reformas relacionadas en diciembre del año 2015, regula en su segundo párrafo lo siguiente:

“Se incurrirá en fraccionamiento cuando una misma unidad ejecutora realice compras directas de baja cuantía o compras directas del mismo bien o servicio, durante un mismo cuatrimestre del ejercicio fiscal, cuya suma exceda el monto a partir del cual la cotización pública es obligatoria”.

Puede producirse un fraccionamiento indebido dirigido a evadir una licitación pública, un concurso público, u otro, presuponiendo que alguna de estas modalidades es la aplicable por razón de la materia y de su monto, conforme a ley. La normativa sigue así la tendencia tradicional que identifica el fraccionamiento indebido con la evasión a la realización de un proceso adquisitivo específico. De lo expuesto con anterioridad, puede advertirse que uno de los elementos del delito de fraccionamiento se configura cuando la entidad, teniendo la posibilidad de prever sus necesidades y contando con el presupuesto para la satisfacción oportuna de las mismas, programa la realización de varios procesos menores en lugar de uno mayor; es decir, cuando estamos frente a un determinado proceso de selección programable, entendiéndose este como aquel en el cual la entidad, antes de la aprobación del plan anual de compras, conocido como -PAC- puede determinar de forma indubitable

las necesidades y requerimientos de bienes, servicios u obras que deberá convocar en el transcurso del ejercicio presupuestal que premeditadamente es convocado a través de otros procesos menores.

4.1.4. La vulneración de las normas de la contratación pública por medio de la simulación

El primer elemento, de carácter objetivo, es que los encargados de efectuar las adquisiciones en las diversas entidades de la administración pública guatemalteca, desdoblén o fragmenten una adquisición o contrato que conforme a las normas o a la naturaleza de las cosas debieran ser estimados unitariamente, y por ende, ser objeto de un procedimiento adquisitivo unitario.

En este sentido, el fraccionamiento tipificado como delito en la normativa de contratación pública se configura cuando concurre la división artificial de una adquisición o contratación unitaria debidamente programada y que cuenta con disponibilidad presupuestal; y la finalidad del funcionario de cambiar la modalidad o tipo del proceso de selección a fin de que los procesos se revistan de menores requisitos de transparencia.

4.2. Clases de fraccionamiento

En función de los elementos jurídicos y doctrinarios observados con anterioridad, es necesario señalar que, generalmente por fraccionamiento se entiende la división de un objeto o bien o en este caso de un pago, para entender más sobre el fraccionamiento la Ley de Contrataciones del Estado indica lo siguiente: Se entenderá que existe



fraccionamiento, cuando una misma unidad ejecutora realice varias adquisiciones con el propósito de evadir la cotización y licitación públicas.

Para la Real Academia de la Lengua, fraccionamiento significa acción y efecto de fraccionar, éste último se refiere a dividir algo en partes o fracciones, y el último cortar en partes pequeñas.

Se conceptualiza esta figura como aquel vicio administrativo que consiste en fraccionar operaciones respecto de necesidades previsibles, con el propósito de evadir los procedimientos normales u ordinarios de contratación administrativa.

El fraccionamiento se tiene como ilícito cuando, contándose con los recursos necesarios debidamente presupuestados o financiados y conociéndose la necesidad administrativa concreta o el suministro necesario que se pretende obtener, se realiza más de una contratación para el mismo objeto.

El fraccionamiento es definido en la doctrina también como “una acción fraudulenta de un funcionario público consistente en el abierto desconocimiento de la unidad física o jurídica de una contratación o prestación, para en vez de esta necesaria unidad, aparentar una escasa cuantía en la adquisición y proceder así mediante procedimientos más expeditivos, menos concurrentes, competitivos y que garanticen unidad de trato a todos los potenciales postores”.⁴⁷

⁴⁷ Morón Urbina, Juan Carlos. **El fraccionamiento ilícito en la contratación administrativa**. Pág. 333.



Esto significa que las entidades no deberían contratar diversos procesos de selección o ninguno de estos, como por ejemplo simulando compras de baja cuantía o bien de compra directa, cuando pueden contratarse en un solo proceso, siempre y cuando tenga una relación directa y común entre ellas, como es la identidad de objeto contractual. En consecuencia, el fraccionamiento se configura cuando la entidad, teniendo la posibilidad de prever sus necesidades y, en consecuencia, programarlas, determina de forma deliberada la realización de varios procesos menores en lugar de uno mayor, con el firme propósito de evadir la rigurosidad de este último.

4.2.1. El fraccionamiento a través de las compras directas

El presente apartado, contempla los aspectos normativos del Artículo 81 del Decreto Número 57-92 Ley de Contrataciones del Estado, particularmente en su párrafo segundo, donde literalmente se expresa lo siguiente: “Se incurrirá en fraccionamiento cuando una misma unidad ejecutora realice compras directas de baja cuantía o compras directas del mismo bien o servicio, durante un mismo cuatrimestre del ejercicio fiscal, cuya suma exceda el monto a partir del cual la cotización pública es obligatoria”.

En este entendido, es prudente señalar que se considera la existencia de fraccionamiento a través de este mecanismo, cuando se tiene como propósito simular esta práctica, a través de la adquisición de bienes o contratación de servicios durante cuatro meses consecutivos, excediendo en ese lapso de tiempo, el monto máximo autorizado, que para el presente caso es de 90 mil quetzales. Esta circunstancia conlleva a establecer que esos 90 mil quetzales no deberían de ejecutarse en un mismo rubro durante ese lapso de



tiempo, puesto que de lo contrario se estaría ante un evidente caso de fraccionamiento durante dicho proceso de adjudicación.

Acorde con ello, si se contratan bienes y/o servicios de manera continua, la contratación entre la primera y la segunda se suscitaría en periodos de cuatro meses hacia arriba, de lo contrario, si este plazo fuera menor, estaría constituyéndose en un fraccionamiento.

4.2.2. El fraccionamiento por medio de concursos

Este aspecto del fraccionamiento se suscita, a tenor de lo regulado en el Artículo 81 del Decreto Número 57-92 Ley de Contrataciones del Estado, dado que con anterioridad se identificó que era este un mecanismo alternativo encaminado a simular un concurso de cotización, pero que se efectuaba varias veces en un mismo año; por ello en la ley en materia, de forma específica en su tercer párrafo, se manifiesta lo siguiente:

“También se incurrirá en fraccionamiento cuando una misma unidad ejecutora realice varias cotizaciones de un mismo bien o servicio, dentro de un mismo ejercicio fiscal, cuya suma exceda el monto a partir del cual la licitación pública es obligatoria”.

Evidentemente, se encuentra ante un caso donde las entidades de la administración pública del Estado de Guatemala, tienden a efectuar varios concursos de cotización, por el mismo bien o servicio dentro de un mismo ejercicio fiscal, que regularmente se comprende que va del uno de enero de un año al 31 de diciembre de ese mismo año.



En este entendido se tiene por fraccionamiento esta práctica recurrente en algunas instituciones del Estado, puesto que en el afán de concretar la adjudicación de un mismo bien o servicio, se realizan varios concursos de cotización para su contratación, en consecuencia es evidente la forma manifiesta del fraccionamiento a través de esta actividad, cuyo propósito es la simulación periódica o continua de la necesidad de adquirir un bien o servicio particular, con el claro propósito de beneficiar a uno o varios oferentes con los cuales se ha pactado algún arreglo, circunstancia que aunado al fraccionamiento, se estaría constituyendo en el delito de pacto colusorio en las adquisiciones públicas, contenido en el Artículo 25 Bis del Decreto Número 57-92, Ley de Contrataciones del Estado de Guatemala y cuya pena comprende, prisión de uno a cuatro años y multa de cinco mil a veinticinco mil quetzales.

En concordancia con estos aspectos normativos, es importante resaltar también que el último párrafo del Artículo 81 de la ley en materia de contrataciones del Estado, en relación al fraccionamiento establece que, el funcionario o empleado público que haya autorizado adquisiciones que incurrieron en fraccionamiento; será sancionado con una multa equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total de la negociación, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y penales derivadas del acto.

4.3. Casos donde no se da el fraccionamiento

En el Acuerdo Gubernativo Número 122-2016 de la Presidencia de la República de Guatemala, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, emitido el dos de agosto del año 2016, a través del cual se derogó el anterior reglamento, particularmente el Acuerdo Gubernativo Número 1056-92 de fecha 22 de diciembre del año 1992.

Atendiendo estos nuevos preceptos, el nuevo reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, puntualiza en su Artículo 61, la totalidad de los aspectos relativos al fraccionamiento, en ese entendido y para los propósitos investigativos desarrollado en la presente tesis, se considera oportuno enfatizar en este nuevo marco normativo, toda vez que con anterioridad, este apartado regulatorio se determinaba en el Artículo 55 del Acuerdo Gubernativo vigente desde 1992 hasta el año 2016.

En función de estos preceptos, en el nuevo reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado en 2016, se establece lo siguiente:

Para efectos de la aplicación del Artículo 81 de la Ley de Contrataciones del Estado, se entenderá que no existe propósito de evadir las modalidades de licitación y cotización y, por lo tanto, no deberán considerarse fraccionamiento los siguientes casos:

- a. “Cuando la entidad contratante demuestre que realizó todos los actos necesarios e indispensables para adquirir y contratar mediante licitación o cotización, en los cuales la junta no haya podido realizar la adjudicación por razones no imputables a la junta o a la entidad contratante, debiendo además demostrar que ha iniciado inmediatamente después de los anteriores procesos, un nuevo proceso competitivo de compra.
- b. Cuando las compras se hagan por producto. Para este efecto, se debe tomar en cuenta que, conforme al Manual de Clasificación Presupuestaria, el renglón de gasto que corresponda aplicar puede englobar una diversidad de productos.
- c. Cuando se adquieran, alimentos no preparados y otros productos perecederos, que presentan dificultad para almacenamiento, pues su descomposición es acelerada.

d. El arrendamiento de bienes inmuebles”.

Bajo estos preceptos, claro están los mecanismos a través de los cuales no se considera como fraccionamiento los aspectos detallados con anterioridad, entendiéndose en consecuencia que sus contrapartes serían dentro de los cuales se englobaría en esencia el fraccionamiento. Es por todos estos aspectos, que podría tener cabida esta actividad cuando las entidades de la administración pública, carecen o no cuentan oportunamente con la disponibilidad presupuestaria suficiente para efectuar un proceso de selección de la totalidad del requerimiento de bienes o servicios.

Acorde con ello, solo podría sustentarse el hecho de contratar o adquirir por etapas o por fraccionamiento, lotes, tramos o paquetes como también puede denominarse a cualquier actividad que podría implicar o simular la ocurrencia y recurrencia de la práctica de fraccionamiento; en tal sentido sería una condición para efectuar cada contratación en la oportunidad respectiva.

4.4. La Contraloría General de Cuentas frente a la fiscalización en los procesos de compras y contrataciones del Estado

En el Artículo 82 del Acuerdo Gubernativo Número 122-2016 Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, con vigencia desde agosto 2016, establece la participación que tiene la Contraloría General de Cuentas, como ente fiscalizador del Estado y para el Estado mismo, consiguientemente este artículo hace énfasis preciso en lo siguiente:

“Para la emisión de reglamentos complementarios a cargo del Instituto Nacional de Estadística y el Ministerio de Finanzas Públicas, deberá darse participación a la Contraloría General de Cuentas”.

En este entendido, es comprensible que el grado de participación de esta institución, será el de ser un ente eminentemente fiscalizador de la actividad contractual para la adjudicación de bienes y servicios en el Estado de Guatemala, verificando que no se presenten entre otros aspectos las siguientes prohibiciones para contratar, contenidas en el Artículo 80 del Decreto Número 57-92 Ley de Contrataciones del Estado.

No podrán concursar o celebrar contratos con el Estado, o tener otra calidad referida a los proveedores y contratistas del Estado:

- a) Quienes estén obligados a inscribirse en los registros establecidos en la presente Ley y que no se hayan inscrito o se encuentren inhabilitados en alguno de esos registros al momento de participar en un concurso de adquisición pública. Toda entidad contratante que determine que, de acuerdo a la legislación aplicable, una persona debe ser inhabilitada como proveedor o contratista del Estado, registrará la inhabilitación donde corresponda.

Concluidos los procedimientos administrativos de la entidad contratante, quedarán inhabilitados por un plazo mínimo de dos (2) años en los registros establecidos en la presente Ley, los proveedores y contratistas del Estado que hayan incumplido el objeto del contrato por causas imputables al proveedor o contratista. En el caso que el proveedor



o contratista sea una persona jurídica, concluido el procedimiento administrativo en la entidad contratante, la inhabilitación aplicará por un plazo mínimo de dos (2) años a los propietarios y representantes legales del contratista.

- b) Quienes tengan obligaciones tributarias formales pendientes de cumplimiento, o que tengan saldos líquidos exigibles pendientes de pago ante la administración tributaria. En estos casos, la administración tributaria registrará la inhabilitación.
- c) Quienes tengan pendientes obligaciones ante el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social -IGSS-. En estos casos, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social -IGSS- registrará la inhabilitación.
- d) Quien esté privado, por sentencia firme, del ejercicio de sus derechos civiles.
- e) Las entidades cuyos representantes legales, directivos o gerentes hayan sido condenados por la comisión de delitos contra la administración pública, contra la fe pública, defraudación tributaria, contrabando, defraudación aduanera, o delitos tipificados en las convenciones internacionales de las que Guatemala sea signataria.
- f) Los dignatarios de la Nación, funcionarios públicos, empleados públicos o las autoridades de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, así como sus cónyuges. Esta prohibición aplicará durante el ejercicio del cargo. Se exceptúa de la prohibición, las contrataciones de personas individuales que realicen en relación de

dependencia o dentro de los renglones 029 o 189, o cualquiera otra forma de contratación que sea por servicios técnicos o profesionales.

- g) Los parientes dentro de los grados de ley de los dignatarios de la Nación, funcionarios públicos, empleados públicos o de las autoridades de las entidades a los que se refiere el artículo 1 de esta Ley, cuando los contratos deban celebrarse con las entidades en las que el pariente funja, labore, preste servicios o se encuentre bajo su autoridad. Esta prohibición no aplicará a los cónyuges, en virtud de lo establecido en la literal f) anterior.
- h) Quienes hayan intervenido en los procedimientos de adquisición pública, particularmente la emisión de dictámenes, determinación de características técnicas y valores referenciales, elaboración de bases, selección y evaluación de ofertas, adjudicación, aprobación, suscripción de contratos y autorización de pagos. Esta prohibición se hace extensiva a los parientes dentro de los grados de ley.
- i) Quienes hayan financiado organizaciones políticas o campaña electoral en el proceso electoral inmediato anterior al periodo presidencial o legislatura en curso, y que el monto del aporte realizado sea superior a treinta mil Quetzales (Q.30,000.00) anuales.
- j) Los proveedores del Estado, las empresas dedicadas a la producción, fabricación y comercialización de medicamentos que otorguen directa o indirectamente cualquier tipo de incentivo, beneficios, bonificaciones, descuentos, primas u obsequios a empleados del sector salud que tengan relación con la compra, prescripción,, dispensación y administración de medicamentos, igualmente quedarán excluidos



como proveedores del Estado; asimismo, aquellos proveedores que proporcionen directamente viajes, seminarios o becas que no sean estrictamente de interés científico profesional o que Incluyan actividades lúdicas o aceptación de acompañantes, y en los casos que proceda, deberán de ser otorgados a través de las autoridades superiores de la entidad correspondiente, quienes bajo su responsabilidad podrán autorizar este tipo de actividades.

En esencia, puede considerarse que la participación de la Contraloría General de Cuentas, debe limitarse a efectuar las observaciones, recomendaciones y reparos correspondientes que se susciten en torno a las prohibiciones anteriores y como ente fiscalizador debe ser garante del cumplimiento preciso de estas restricciones, en aras de promover y fortalecer la transparencia en la administración pública del Estado de Guatemala, circunstancia que involucra a la totalidad de sus instituciones.



CAPÍTULO V

5. Ámbito y aplicación del fraccionamiento, según lo regulado en el Artículo 81 de la Ley de Contrataciones del Estado y sus reformas

Dentro de los aspectos finales del presente trabajo de investigación, resulta fundamental efectuar el análisis minucioso y exhaustivo de las consideraciones contenidas en el Artículo 81 del Decreto Número 57-92 Ley de Contrataciones del Estado, concretamente se abordarán los factores desencadenantes del fraccionamiento, su ámbito de ocurrencia, la aplicación del mismo y la relación jurídica existente entre el Artículo citado con anterioridad y el Artículo 61 del Acuerdo Gubernativo Número 122-2016 Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

5.1. Origen del fraccionamiento

Los aspectos de mayor relevancia del fraccionamiento se remontan a más de cuatro décadas, periodo previo al Decreto Número 35-80 Ley de Compras y Contrataciones del Estado, donde no se contemplaba esta figura con precisión, dejando abierta la posibilidad de que se contrataran bienes y/o servicios de forma arbitraria y sin ningún tipo de control, continuando así durante más de una década, se suscitó este aspecto, hasta el punto de que era una práctica recurrente en la adquisición de bienes y servicios que eran requeridos por las diversas instituciones pertenecientes a la administración pública de la República de Guatemala. Fue en la administración presidencial del Ingeniero Jorge Serrano Elías, donde se generaron los elementos técnicos, jurídicos y administrativos para establecer un marco normativo de este tipo de eventualidades que hasta ese momento eran un aspecto



cotidiano. En ese orden de ideas, se consideró prudente regular algunos apartados que en el decreto anterior no se contenían y en función de ello se desarrollaron los elementos legislativos que permitieron regular entre otros aspectos, el fraccionamiento de las contrataciones en el Estado.

5.2. Ámbito del fraccionamiento

De acuerdo con el contexto jurídico y doctrinario que se ha abordado hasta el momento, es oportuno señalar que el ámbito en el que se suscita con mayor frecuencia este tipo de actividad, por estar regulado de esa manera, es dentro de las contrataciones de bienes y/o servicios que realizan las diversas instituciones centralizadas, descentralizadas, autónomas o semiautónomas del Estado de Guatemala, para el efecto, se considera oportuno hacer énfasis en que dicho elemento nocivo para la administración pública del país, constituye un evidente limitación a la competitividad en Guatemala, puesto que restringe la participación oportuna de diferentes concursantes.

Sin embargo, ya con las reformas aprobadas al Decreto Número 57-92 Ley de Contrataciones del Estado y fortalecidas a través del Acuerdo Gubernativo Número 122-2016 Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se han dado pasos importantes para contrarrestar la incidencia del fraccionamiento. En este contexto, debe recordarse que, el fraccionamiento se tiene como ilícito cuando, contándose con los recursos necesarios debidamente presupuestados o financiados y conociéndose la necesidad administrativa concreta o el suministro necesario que se pretende obtener, se realiza más de una contratación para el mismo objeto.



5.3. Aplicación del fraccionamiento

La modalidad más frecuente de fraccionamiento, se presenta cuando se adquiere por partes un bien, servicio u obra en sus elementos componentes, para seguir procedimientos adquisitivos independientes. Así sucede, si en vez de adquirir un vehículo se adquieren por separado los diversos componentes del bien, y se integra por administración directa. En este caso se está ante el mismo objeto contractual específico, es decir tienen la misma naturaleza, ambos contratos satisfacen lo mismo.

En una segunda modalidad de fraccionamiento se presenta cuando la acción deliberada del funcionario que debiendo contratar un conjunto de bienes, servicios y obras homogéneos, artificialmente los desdobla en subgrupos para seguir procedimientos adquisitivos independientes. Así sucede, si en vez de adquirir un lote de uniformes para el personal, se adquieren por separado clasificando subgrupos arbitrariamente de profesionales, secretarias, obreros, directivos, etc.

Otra modalidad de fraccionamiento está constituida por el desdoblamiento de adquisiciones o contratos por bienes, servicios y obras complementarios que, si bien son divisibles físicamente, por mandato legal deben ser adquiridas unitariamente. Es ejemplo de fraccionamiento de este tipo, si alguna entidad, adquiere por separado, materiales constructivos, tales como tubos, cemento, arena, bloques, piedras, fierros, etc., o equipos de oficina, como sillas, mesas, tachos, archivadores, entre otros; esta circunstancia era de práctica frecuente en la totalidad de las entidades pertenecientes a la administración



pública y se carecía de un marco específico que limitara este tipo de actividad dentro del contexto de las contrataciones del Estado.

Atendiendo los preceptos del ordenamiento jurídico guatemalteco, las compras y contrataciones del sector público son reguladas única y exclusivamente por el Decreto Número 57-92 Ley de Contrataciones del Estado y sus reformas y a través del Acuerdo Gubernativo Número 122-2016 Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; en el Artículo 81 de la ley se regula la figura denominada fraccionamiento, misma que tiene por finalidad, sancionar pecuniariamente a los funcionarios y empleados públicos que con el objeto de evadir la práctica de la cotización y licitación, fraccionen deliberada y maliciosamente, el proceso de adquisición en la entidad que representa.

Dentro de los informes emitidos por la Contraloría General del Cuentas, respecto a las modalidades de contrataciones en la administración pública del país, particularmente en temas de fraccionamiento, se ha podido establecer que existe una gran cantidad de expedientes auditados en cuestión de compras directas; pero en temas donde la cotización fracciona a la licitación son muy pocos, por no decir nulos. Esta circunstancia conlleva a inferir que en mucho de los casos se tiene la idea que el origen del fraccionamiento inicia con las compras o contrataciones desmedidas por medio de la modalidad de compra directa, cuando en realidad se origina desde la mala programación de compras o bien desde la inobservancia de este.

Siguiendo con la serie de elementos que se han venido exponiendo respecto al fraccionamiento en el país, es posible deducir y resaltar desde el punto de vista jurídico,



pudiéndose establecer que el Estado tiene como fin primordial el bienestar de todos sus habitantes y para ello debe de emplear métodos lícitos que sean necesarios para lograr su finalidad, es por ello que delega esta responsabilidad administrativa en los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales; esto conforme lo regulado en el artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado.

De acuerdo con el enfoque que se le ha brindado al proceso investigativo en general, puede y merece destacarse el particular punto de vista social desde donde aborda, la falta de una explicación clara en la norma, lo que ocasiona que las personas que están a cargo de los procesos de compras y contrataciones en el Estado, minimicen las consecuencias que conlleva una mala ejecución del presupuesto; por ende, la mala utilización del recurso afecta directamente el interés social. Es por ello que debe tomarse en consideración que, desde el punto de vista económico, el tema principal se sustenta en aquellas sanciones pecuniarias impuestas de forma arbitraria, debido que no existe un procedimiento administrativo específico que abarque el análisis, estudio y aplicación de las sanciones en tema de fraccionamiento.

5.4. Relación jurídica existente del Artículo 81 de la Ley de Contrataciones del Estado y 61 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

Con la época del cambio en las políticas económicas y financieras internacionales, Guatemala ha tenido el reto de adaptar los procedimientos o mecanismos funcionales de la administración pública y del sector privado, a las exigencias de la globalización del



comercio internacionales, así como plantear sus propias estrategias de acuerdo a sus necesidades e intereses específicos como país. Aunado a ello, el incremento de la población, el modernismo, la tecnología y los factores políticos que suman valiosas oportunidades económicas para el desarrollo, se crea la primera ley en materia de adquisiciones, a través del Decreto Número 35-80 del Congreso de la República de Guatemala, denominada Ley de Compras y Contrataciones.

No obstante, y con el transcurrir del tiempo se empiezan a dar serios obstáculos para la pronta ejecución de obras y adquisiciones 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, teniendo atraso en la realización de los programas de desarrollo nacional

De esa cuenta y con la necesidad ya planteada, se aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala. La cual pretende recopilar en una sola ley de fácil acceso, los temas relacionados a la materia, a efecto que esta permita el desarrollo eficiente en la administración pública.

Hoy en día, Guatemala no solo afronta retos de cambio en materia administrativa, sino una lucha frontal contra la corrupción y el crimen organizados, que de forma severa se ha introducido en todas las esferas del Estado, aprovechándose que muchas personas por ignorancia o por temor a perder su trabajo, realicen actos anómalos a favor de estos grupos. Por aparte, en muchas ocasiones los funcionarios o empleados públicos, sin ánimo de perjudicar al Estado o de incurrir en actos anómalos, dentro de su actuar



comenten infracciones, debido que no existe una norma clara y precisa que les indique cuales son las consecuencias a la inobservancia o infracción a la ley.

Es de suma importancia establecer que dentro del segundo considerando del Decreto Número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado, se establece “Que las contrataciones administrativas se encuentran en diferentes cuerpos legales con criterios obsoletos que no permiten el desarrollo eficiente de la administración pública, siendo necesario emitir una sola ley de fácil aplicación.

En el Artículo uno de este cuerpo legal se especifica cuál es el objeto de la misma, sin embargo, habrá que analizar que esta también tiene por objeto, regular los procedimientos de compras, ventas y contrataciones, así como las actuaciones de los funcionarios y empleados públicos que intervienen en ellos, específicamente en materia administrativa y sobre todo enfocado en mitigar o contrarrestar la práctica frecuente y recurrente del fraccionamiento a través de cualquiera de las modalidades descritas oportunamente en el marco regulatorio establecido para el efecto.

De esa cuenta, en la presente investigación se evaluaron, las actuaciones de los funcionarios o empleados públicos frente a los procesos administrativos en materia de compras y contrataciones, así como las atribuciones y responsabilidades de cada uno de ellos en cada etapa de los procesos.

De este planteamiento, se considera de especial relevancia, las reformas establecidas en el mes de octubre del año 2016, específicamente en el Decreto Número 46-2016, sobre



todo en el apartado relativo al establecimiento del Registro General de Adquisiciones del Estado, específicamente en el Artículo 71 del Decreto Número 57-92 Ley de Contrataciones del Estado, donde se hace referencia al registro en mención, estableciendo para el efecto, lo siguiente:

“El Registro General de Adquisiciones del Estado está adscrito al Ministerio de Finanzas Públicas. Tiene por objeto registrar a las personas individuales o jurídicas, nacionales o extranjeras, para poder ser habilitadas como contratistas o proveedores del Estado, en las modalidades de adquisición pública establecidas en esta Ley. El Registro verificará la capacidad financiera y técnica, así como la experiencia y especialidad necesarias para ser contratista o proveedor del Estado y relacionadas con los negocios con el Estado de que se trate. Cuenta con personal interdisciplinario y los recursos necesarios para poder cumplir con objetividad y calidad sus fines.

El Registro es el responsable del control, actualización, vigencia, seguridad, certeza y publicidad de la información y derechos de las personas inscritas. El Registro es electrónico y utilizará medios tecnológicos actualizados para asegurar el cumplimiento de lo establecido en la Ley de Acceso a la Información Pública, Decreto Número 57-2008 del Congreso de la República. El Organismo Ejecutivo, por medio del Ministerio de Finanzas Públicas, emitirá el reglamento del Registro, en donde se establecerán los respectivos aranceles a cobrar a sus usuarios, los cuales serán privativos para el funcionamiento, fortalecimiento y modernización del mismo. El Registro General de Adquisiciones del Estado, por conducto del Ministerio de Finanzas Públicas, está facultado para celebrar contratos y convenios de cooperación técnica y financiera, los que serán públicos”.



Este planteamiento normativo, debe ir estrechamente relacionado con los preceptos vertidos en el Artículo 81 del mismo decreto, puesto que es en el mismo donde se establece lo relativo al fraccionamiento como un ilícito, destacándose dentro del mismo que por fraccionamiento se entiende la circunstancia cuando una misma unidad ejecutora realice varias adquisiciones con el propósito de evadir la cotización y licitación pública.

Regulándose de igual forma que dentro de los parámetros que deben observarse con precisión, se encuentra su contenido regulatorio, mismo que enfatiza en lo siguiente:

“Se incurrirá en fraccionamiento cuando una misma unidad ejecutora realice compras directas de baja cuantía o compras directas del mismo bien o servicio, durante un mismo cuatrimestre del ejercicio fiscal, cuya suma exceda el monto a partir del cual la cotización pública es obligatoria. También se incurrirá en fraccionamiento cuando una misma unidad ejecutora realice varias cotizaciones de un mismo bien o servicio, dentro de un mismo ejercicio fiscal, cuya suma exceda el monto a partir del cual la licitación pública es obligatoria. El funcionario o empleado público que haya autorizado adquisiciones que incurrieron en fraccionamiento; será sancionado con una multa equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total de la negociación, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y penales derivadas del acto”.

Esta regulación, se complementa con los aspectos contenidos en el Artículo 61 del Acuerdo Gubernativo Número 122-2016 Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, puesto que en el mismo se indica con precisión, los aspectos o circunstancia bajo



los cuales se estima que no existe causal para considerarse como fraccionamiento, las actividades siguientes:

Cuando la entidad contratante demuestre que realizó todos los actos necesarios e indispensables para adquirir y contratar mediante licitación o cotización, en los cuales la junta no haya podido realizar la adjudicación por razones no imputables a la junta o a la entidad contratante, debiendo además demostrar que ha iniciado inmediatamente después de los anteriores procesos, un nuevo proceso competitivo de compra.

Cuando las compras se hagan por producto. Para este efecto, se debe tomar en cuenta que, conforme al Manual de Clasificación Presupuestaria, el renglón de gasto que corresponda aplicar puede englobar una diversidad de productos. Cuando las instituciones adquieran, alimentos no preparados y otros productos perecederos, que presentan dificultad para almacenamiento, pues su descomposición es acelerada. Incluyéndose dentro de estas exclusiones, el arrendamiento de bienes inmuebles.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

A raíz de las nuevas disposiciones normativas, se tiene por fraccionamiento, el vicio o deficiencia administrativa que gira en torno a fraccionar operaciones encaminadas a las contrataciones de bienes y/o servicios en la administración pública y cuyo propósito está encaminado a evadir los procedimientos normales u ordinarios de contratación administrativa, de esa cuenta se tiene como tal esta figura, cuando disponiendo de los recursos necesarios debidamente presupuestados y financiados, donde conociéndose la necesidad concreta o el suministro necesario que se pretende obtener, se realiza más de una contratación para el mismo objeto.

La problemática del fraccionamiento en las contrataciones del Estado de Guatemala, se encuentra particularmente establecido en el Artículo 81 del Decreto Número 57-92 Ley de Contrataciones del Estado y en el Artículo 61 del Acuerdo Gubernativo Número 122-2006 Reglamento de la ley en mención, en virtud que en la ley se establece la forma en que se considera la existencia del fraccionamiento y en el reglamento, se estipula los casos en que no se considera el mismo; pero más que describir los casos que no se consideran, debería de incluir un procedimiento específico para mitigar o contrarrestar la ocurrencia y recurrencia de esta práctica en los procesos de contratación del Estado, en consecuencia, se estima pertinente la evaluación y consiguiente reforma del Artículo correspondiente, en virtud de la ambigüedad que se considera y genera en este apartado, a pesar de las reformas suscitadas al mismo en el mes de octubre del año 2016, fundamentalmente en el Decreto Número 46-2016, a través del cual se derogó el reglamento anterior, sin considerar en el mismo, ninguna solución práctica.



BIBLIOGRAFÍA



ACOSTA ROMERO, Miguel. **Teoría general del derecho administrativo.** México D.F.: Ed. Porrúa S.A., 1979.

AGUIRRE BARRERA, Miriam Judith. **La necesidad de desconcentrar la administración pública centralizada en las gobernaciones departamentales en Guatemala.** Tesis Universidad de San Carlos de Guatemala. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala: (s.e), 2009.

BALBÉ, Manuel y Marta Franch. **Manual de Derecho Administrativo.** Catalunya, España: Ed. Talleres Gráficos Marqués, 1986.

BORJA, Rodrigo. **Enciclopedia Política.** México: Ed. Fondo de cultura económica. 1997.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario Jurídico Elemental.** 11ª, ed, Buenos Aires Argentina. Ed. Heliasta S.R.L. 1993.

CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo I.** 8ª. ed. Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix. 2005.

CANASI, José. **Derecho administrativo.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1981.

CASTILLO, María de los Ángeles. **La creación y modificación de entidades descentralizadas y autónomas como una facultad del Congreso de la República con una mayoría calificada.** Tesis Universidad de San Carlos de Guatemala. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala: (s.e), 2005.

DROMI, José Roberto. **Instituciones de derecho administrativo.** Buenos Aires Argentina: Ed. De Palma, 1973.

FERNÁNDEZ RUÍZ, Carlos. **Derecho Administrativo.** 1ª. ed. México D. F.: Ed. McGraw-Hill/Interamericana Editores, S.A. de C.V. 1997.

FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo.** México: Ed. Porrúa, 2001.



FRANCO GUTIÉRREZ, Omar. **La contratación Administrativa**. 4ª. ed. Guatemala: Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2000.

GUERRERO, Omar. **La teoría de la administración pública**. México D.F. Ed. Harla, 1986.

<http://danielmvazquez91.blogspot.com/2012/07/la-centralizacion-administrativa.html>
(Consultado: 05 de enero de 2017)

http://courseware.url.edu.gt/PROFASR/Docentes/Facultad%20de%20Ciencias%20Pol%C3%ADticas%20y%20Sociales/Gu%C3%ADa%20Docente%20Gerencia%20Social%201/Bibliograf%C3%ADa%20digital/Gu%C3%ADa%202/Unidad%205/PREZ_E1.DOC. (Consultado: 06 de enero de 2017)

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/desconcentracion/desconcentracion.htm>
(Consultado: 07 de enero de 2017)

<http://blog.pucp.edu.pe/blog/blogdemarioalva/2009/04/29/la-desconcentracion-y-la-descentralizacion/> (Consultado: 07 de enero de 2017)

MARROQUÍN DÍAZ, Pablo. **Principios generales de la contratación administrativa**. Universidad de Concepción. Facultad de Derecho. Programa Magister en Derecho 2008-2009. Chile: (s.e), 2009.

MILLER OROZCO, Mary Ann. **Estudio jurídico de la falta de aplicación del régimen de compra por contrato abierto, de parte de las entidades reguladas por el Artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado**. Tesis Universidad de San Carlos de Guatemala. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala: (s.e), 2008.

MORÓN URBINA, Juan Carlos. **El fraccionamiento ilícito en la contratación administrativa**. Revista de Derecho de la Universidad de Lima, Perú. Número 2002-II.

MURCIA MARTÍNEZ, Lázaro Steve. **La función administrativa como una facultad exclusiva de los órganos de la administración pública guatemalteca**. Tesis Universidad de San Carlos de Guatemala. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala: (s.e), 2007.



OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, 28a. Ed.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta. S. R. L. 2001.

PINEDA HERRERA, Ana Isabel. **La burocracia en los procesos de compras de bienes y servicios, incide en el gasto público del Ministerio de Gobernación del Organismo Ejecutivo de la República de Guatemala.** Tesis Universidad de San Carlos de Guatemala. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala: (s.e), 2009.

ROJAS, Piero. **Administración pública y los principios del derecho administrativo en Perú.** Revista digital de derecho administrativo. No. 13. Lima Perú: (s.e), 2015.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Juan. **La administración pública como ciencia.** 1ª. ed. México D.F.: Ed. Plaza y Valdés, S.A. de C.V., 2001.

SERRA ROJAS, Andrés. **Derecho administrativo.** 8ª. ed. Tomo I. México D.F.: Ed. Porrúa S.A., 1977.

VALLINA VELARDE, Juan Luis. **La desconcentración administrativa.** Revista de administración pública. No. 35. Mayo-agosto. Madrid España: (s.e). 1961.

Legislación:

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

Ley Preliminar de Descentralización del Estado de Guatemala. Decreto Número 70-86 del Congreso de la República de Guatemala. Guatemala, 1986.

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

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Acuerdo Gubernativo 122-2016 del Congreso de la República de Guatemala. Guatemala, 2016.