

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



**PROCEDIMIENTOS PARA GARANTIZAR LA IDONEIDAD DE LOS INTEGRANTES
DE LAS JUNTAS DE LICITACIÓN**

YÉSICA AURORA BOCH CAMEY

GUATEMALA, FEBRERO DE 2018

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

**PROCEDIMIENTOS PARA GARANTIZAR LA IDONEIDAD
DE LOS INTEGRANTES DE LAS JUNTAS DE LICITACIÓN**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

YÉSICA AURORA BOCH CAMEY

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, febrero de 2018

**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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Carlos Erick Ortiz Gómez
Vicepresidente:	Lic.	Manuel Arturo Samayoa Domínguez
Secretaria:	Licda.	Alis Julieta Pérez Castillo

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Héctor Orozco y Orozco
Vicepresidente:	Lic.	Héctor Vinicio Calderón
Secretaria:	Licda.	Roxana Elizabeth Alarcón Monzón

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



USAC TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
23 de junio de 2016.

Atentamente pase al (a) Profesional, ERWIN IVAN ROMERO MORALES

_____ para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante

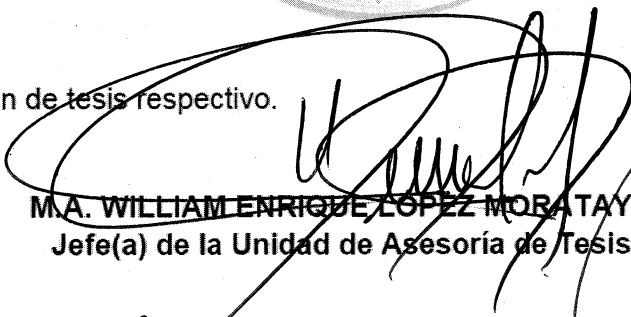
YÉSICA AURORA BOCH CAMEY, con carné 201211038,

intitulado PROCEDIMIENTOS PARA GARANTIZAR LA IDONEIDAD DE LOS INTEGRANTES DE LAS JUNTAS DE LICITACIÓN.

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.


M.A. WILLIAM ENRIQUE LÓPEZ MORATAYA
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción 17, 08, 2017

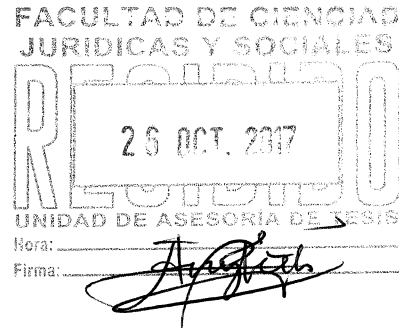
f) 
Erwin Iván Romero Morales
Asesor(a) ABOGADO Y NOTARIO
(Firma y Sello)





Guatemala, 19 de Octubre de 2017.

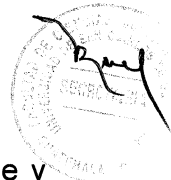
Licenciado Roberto Fredy Orellana Martínez.
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.
PRESENTE.



Licenciado Orellana Martínez:

Estimado Licenciado Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la tricentenaria Universidad de San Carlos, en cumplimiento del nombramiento recaído en mi persona para realizar la asesoría de la Tesis del estudiante **YÉSICA AURORA BOCH CAMEY**, sostuve varias reuniones con dicha estudiante, en donde se procedió a verificar la metodología y sistemática que se utilizó en el trabajo presentado, así como los aspectos de fondo del mismo, para lo cual manifiesto lo siguiente:

- 1.- En el trabajo presentado, se establecen criterios y contenido científico desde el punto de vista jurídico, que permite una integración del conocimiento de la figura de la Administración Pública, el Acto Administrativo, el Procedimiento de Licitaciones, así como la integración de las Juntas de Licitación de acuerdo con las normas aplicables con las cuales se respalda el criterio de la sustentante.
- 2.- Dentro de la metodología utilizada se aplicó conocimientos relativos a la interpretación y aplicación de las normas referentes dentro del Derecho Administrativo, cumpliéndose los objetivos trazados en el plan general de investigación.
- 3.- La sustentante aplicó con mucha propiedad las técnicas de redacción en esta clase de trabajos, logrando con rigor científico desarrollar figuras en forma concreta y detallada.
- 4.- De igual forma debo de manifestar mi discrepancia con el enumerar como única conclusión la figura de una **CONCLUSIÓN DISCURSIVA**, ya que considero que es necesario delimitar varias conclusiones, sin embargo la sustentante me indico la exigencia de la normativa en la elaboración de la tesis, lo cual respeto y dicha conclusión discursiva es producto de un estudio detallado de las figuras que contiene el presente trabajo de investigación que permiten observar un claro panorama general del procedimiento que tendería a garantizar la idoneidad de las personas que integran las juntas de licitación en los distintos procedimientos que se realizan en las instituciones del Estado, para garantizar principios de transparencia y publicidad de los actos públicos.



5.- Con respecto a la bibliografía de soporte, considero que la misma fue acorde y suficiente para el desarrollo de todas y cada una de las partes del contenido.

Luego de analizar algunos aspectos de fondo sobre el trabajo el mismo se le denomino "**PROCEDIMIENTOS PARA GARANTIZAR LA IDONEIDAD DE LOS INTEGRANTES DE LAS JUNTAS DE LICITACIÓN**", considero que en el mismo y su elaboración se cumplió con la sistemática planteada, concretándose el trabajo de tesis en cinco capítulos, que desarrollan efectivamente cada uno de los temas necesarios dentro del análisis promovido.

Por lo anterior considero que el trabajo de tesis revisado, reúne y cumple con todos los requisitos necesarios que establece esa casa de estudios para su elaboración, específicamente el artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, en razón de lo cual doy mi dictamen favorable al mencionado trabajo de tesis.

De igual forma indico con precisión que con la señorita **YÉSICA AURORA BOCH CAMEY**, no me une ninguna relación de parentesco dentro de los grados de ley.

Sin otro particular me suscribo de usted, en forma respetuosa,

Erwin Iván Romero Morales
ABOGADO y NOTARIO

M.A. Erwin Iván Romero Morales, Colegiado 3928.
5 Calle 12-05 zona 08, Mixco
Ciudad San Cristóbal, Sector B-3, Condominio Las Ceibas.
Teléfono: 24808779-57028188.



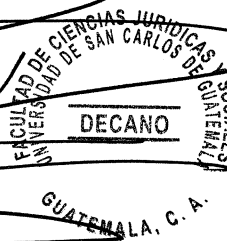
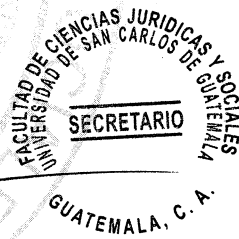
USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 25 de enero de 2018.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante YÉSICA AURORA BOCH CAMEY, titulado PROCEDIMIENTOS PARA GARANTIZAR LA IDONEIDAD DE LOS INTEGRANTES DE LAS JUNTAS DE LICITACIÓN. 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 su infinito amor y misericordia y por darme la sabiduría para alcanzar esta meta. A Él sea toda la gloria y la honra.

A MI ESPOSO:

Por su amor y apoyo incondicional a lo largo de la carrera. Este triunfo es de los dos. Gracias por ser mi ayuda idónea Mynor Suruy.

A MIS PADRES:

Abelino Boch Quirán y María Tomasa Camey Locón, por ser la mayor bendición en mi vida, por sus oraciones, su ejemplo y por la oportunidad que me brindaron. Los amo, que esto también sea un triunfo para ustedes.

A MIS HERMANOS:

Karina, Mariela, Flor, Isabel, Gladis, Álvaro y German, porque en todo momento estuvieron apoyándome, gracias por sus oraciones y por ser un ejemplo para mí.



A MIS SOBRINOS:

Jhonatan, Madaí, Josué, Luis David, Madein, Cindy y María Isabel, los amo y espero ser un ejemplo para ustedes, que con dedicación, esfuerzo y con la ayuda de Dios, pueden alcanzar sus sueños.

A MIS ABUELOS:

Valeriano Boch (Q.E.P.D), Dominga Quirán (Q.E.P.D) e Isabel Locón (Q.E.P.D), siempre los llevo en mi corazón.

A LA JORNADA MATUTINA:

A los catedráticos por formarme para el ejercicio de la carrera profesional, y a mis compañeras de promoción Cinthy, Mariandree y Melanie, por tantas alegrías y buenos momentos que pasamos juntas.

**A LA UNIVERSIDAD DE
SAN CARLOS DE GUATEMALA:**

Gloriosa y tricentenaria, por abrirme sus puertas y lograr de este sueño una realidad.

**A LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES:**

Porque en sus aulas fui instruida para alcanzar esta meta.



PRESENTACIÓN

En los últimos años Guatemala se ha visto afectada financieramente debido al mal uso que se le ha dado a sus recursos, específicamente en cuanto al gasto público que se realiza en las contrataciones mediante el proceso de licitación pública. Es por ello que el presente trabajo de investigación abarca la rama del derecho administrativo, dado que debe partirse de su teoría general, la función y el acto administrativo, para llegar finalmente a la contratación administrativa y el proceso de licitación pública.

Dicho trabajo es de tipo analítico, tomando como sujeto de estudio a las juntas de licitación y, como objeto de estudio, los mecanismos de control y criterios de idoneidad que deben cumplir los miembros de las juntas respectivas dentro de la legislación vigente. Las cuales tienen un papel fundamental dentro de la administración pública, dado que en su poder está recibir, calificar ofertas y adjudicar el negocio o contrato, dependiendo de ellas que se le el destino adecuado a los recursos financieros atendiendo a los intereses del Estado. El presente proyecto aporta académicamente una idea general, desde el punto de vista doctrinario y jurídico de cómo están integradas las juntas de licitación, el nombramiento de sus miembros y las calidades que deben reunir. Así mismo, los mecanismos de fiscalización que se emplean para verificar que cumplan con calidades de idoneidad. Finalmente, se realiza una propuesta que contribuya a una mayor participación ciudadana e interinstitucional para ejercer control externo en la designación de las juntas de licitación mediante una reforma de ley. Con esto el estudiante y el profesional podrán tener una visión amplia del tema respectivo, pudiendo criticarla y formular soluciones para la correcta aplicación del gasto público.



HIPÓTESIS

Para la presente investigación de tesis se planteó inicialmente que existe una mala inversión del gasto público al momento de realizar contratos mediante el procedimiento de licitación pública, derivado que las juntas de licitación están viciadas al no estar integradas por servidores públicos idóneos. Esto como consecuencia que la misma autoridad administrativa superior encargada de nombrarlos, es la encargada de verificar o comprobar que los integrantes de las juntas de licitación efectivamente sean idóneos. Realizándose de esa manera únicamente fiscalización o control de carácter interno dentro de la entidad administrativa contratante. Esto conlleva a que no se logre el desarrollo social y económico del Estado, pues no se satisfacen las necesidades colectivas ni se alcanza el interés social.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Por medio del método cualitativo, analítico, deductivo y sintético, se logró determinar y comprobar la validez de la hipótesis planteada. Se estableció que no se invierten de forma adecuada los recursos del Estado al realizarse contrataciones mediante licitaciones públicas, toda vez que los miembros de juntas de licitación nombrados no cumplen con méritos de idoneidad. Ello en virtud que no existen regulados mecanismos que faciliten el control externo interinstitucional y participación ciudadana en el nombramiento de los mismos por parte de la autoridad superior y que garanticen su idoneidad. Conllevando a realizar adjudicaciones de negociaciones sin transparencia y por ende, una mala administración de los recursos financieros del Estado.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. La administración pública y el derecho administrativo	1
1.1. La función administrativa del Estado	2
1.2. El derecho administrativo	7
1.3. Fuentes del derecho administrativo	12
1.3.1. La constitución	15
1.3.2. La ley.....	17
1.3.3. El tratado	18
1.3.4. El reglamento	20
1.3.5. Instrucciones y circulares	21
1.3.6. La costumbre.....	22
1.3.7. Actos y contratos administrativos	23
1.3.8. La jurisprudencia	24
1.3.9. La doctrina	24
1.3.10. Los principios generales del derecho	25
1.4. Principios del derecho administrativo	26
1.4.1. Principio de legalidad administrativa	28
1.4.2. Principio de juridicidad administrativa	30

CAPÍTULO II

2. La función pública	31
2.1. Los méritos de idoneidad, capacidad y honradez para el ejercicio de la función pública	32
2.2. Sistemas de función pública	37
2.2.1. Sistema cerrado	37



2.2.2. Sistema abierto	38
2.2.3. Sistema adoptado por Guatemala	39
2.3. Categorías de personas adscritas a la función pública	39
2.4. Formas de ingreso al servicio de la administración	40
2.4.1. La elección	41
2.4.2. El nombramiento	42
2.4.3. La contratación	43
2.5. Efectos jurídicos de la relación funcional	44
2.5.1. Derechos de los servidores públicos	44
2.5.2. Deberes de los servidores públicos	44
2.5.3. Responsabilidades de los servidores públicos	45
2.6. Extinción de la relación funcional	47

CAPITULO III

3. Los actos administrativos	49
3.1. Elementos del acto administrativo	51
3.1.1. Elementos esenciales de fondo	51
3.1.2. Elementos esenciales de forma	52
3.2. Características de los actos administrativos	53
3.2.1. Presunción de legitimidad	54
3.2.2. Ejecutividad	54
3.2.3. Unilateralidad	55
3.2.4. Revocabilidad	55
3.2.5. Definitivo	56
3.3. Clasificación de los actos administrativos	57
3.3.1. Según su contenido	57
3.3.2. Por el órgano que los dicta	58
3.3.3. Por el ámbito en donde produce sus efectos	58



3.3.4. Por la concurrencia de sus elementos	59
3.3.5. Por la decisión que contiene	59
3.4. Los actos discrecionales y la arbitrariedad	61
3.5. El control de los actos administrativos	62
3.5.1. Control parlamentario o político	62
3.5.2. Control administrativo	62
3.5.3. Control jurisdiccional	63

CAPÍTULO IV

4. Los contratos administrativos	65
4.1. Elementos del contrato administrativo	67
4.1.1. Sujeto	67
4.1.2. Voluntad	68
4.1.3. Contenido	68
4.1.4. Finalidad	69
4.1.5. La forma y el procedimiento	69
4.2. Características de la contratación administrativa	70
4.2.1. Preferencia del Estado	70
4.2.2. Acatamiento de la cláusula exorbitante	71
4.2.3. Principios especiales	71
4.2.4. Jurisdicción especial	71
4.3. Principios de la contratación administrativa	71
4.3.1. Principio de ley entre las partes y aplicación subsidiaria del derecho civil	72
4.3.2. Principio del interés público o bien común	72
4.3.3. Principio de publicidad del contrato administrativo	72
4.4. Clases de contratos administrativos	73
4.4.1. Contrato de obra pública	73



Pág.

4.4.2. Contrato de suministros	74
4.4.3. Contrato de concesión de servicios públicos	74
4.4.4. Contrato de servicios técnicos o profesionales	74
4.4.5. Contrato de servicios a entidades públicas	75
4.5. Procedimientos de contratación	75
4.5.1. Compra de baja cuantía	76
4.5.2. Contratación directa	76
4.5.3. Contrato abierto	76
4.5.4. Subasta electrónica inversa	77
4.5.5. Cotización	77
4.5.6. Licitación pública	78

CAPÍTULO V

5. La licitación pública en la legislación guatemalteca	79
5.1. Principios de la licitación pública	80
5.1.1. Principio de competencia entre los oferentes	80
5.1.2. Principio de igualdad entre los oferentes	81
5.1.3. Principio de publicidad del evento	81
5.2. Procedimiento de licitación pública	81
5.2.1. Programación de las negociaciones.	82
5.2.2. Elaboración de las bases.	82
5.2.3. Convocatoria a licitar	83
5.2.4. Nombramiento e integración de la junta de licitación	84
5.2.5. Autoridad responsable del nombramiento	84
5.2.6. Acreditación de idoneidad de los integrantes de las juntas de licitación	86
5.2.7. Presentación de ofertas	89
5.2.8. Apertura de plicas y calificación de ofertas	90



Pág.

5.2.9. Adjudicación	92
5.2.10. Aprobación de la adjudicación	93
5.3. Procedimientos de control en el nombramiento e integración de las juntas de licitación	93
5.4. Propuesta de mecanismos para garantizar la idoneidad de los integrantes de las juntas de licitación	94
CONCLUSIÓN DISCURSIVA	99
BIBLIOGRAFÍA	101

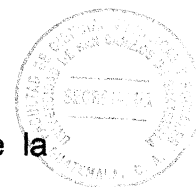


INTRODUCCIÓN

La presente investigación se centró en el proceso de licitación pública y la idoneidad de los integrantes de las juntas de licitación. Esto porque la legislación vigente en materia de contrataciones del Estado no regula mecanismos de control en el nombramiento de los miembros de las juntas de licitación. Entre los objetivos de este proyecto se encontraba verificar que se cumplieran los principios de publicidad y transparencia en el nombramiento, así como determinar los mecanismos para garantizar la idoneidad de los integrantes de las juntas de licitación.

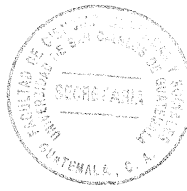
Esto se justifica derivado de la importancia que tienen las contrataciones administrativas mediante el proceso de licitación pública. Ello en virtud que el bien, la obra o el servicio que se pretende adjudicar es por cantidades monetarias considerables, cuyo monto está regulado en la Ley de Contrataciones del Estado. En dicho cuerpo normativo y su Reglamento, Acuerdo Gubernativo número 122-2016 del presidente de la república, se establecen los lineamientos que debe tomar en consideración la autoridad superior para realizar el respectivo nombramiento de miembros de la junta de licitación, sin embargo, no regula mecanismos de control eficientes con lo que verifique que la autoridad competente cumplió el mandato legal.

Es por tal razón que la presente tesis propone la participación activa de entes externos de control así como de la población, en la fiscalización del nombramiento de servidores públicos idóneos para que actúen en el proceso de licitación pública. Esto con el fin de resguardar el interés público y satisfacción de necesidades colectivas.



El trabajo de tesis se encuentra distribuido por capítulos, el primero trata sobre la administración pública y el derecho administrativo; el segundo capítulo sobre la función pública; en el tercer capítulo se desglosa el tema de los actos administrativos; en el cuarto capítulo se desarrolla lo referente a los contratos administrativos y; finalmente en el capítulo quinto se realiza el análisis de la licitación pública en la legislación guatemalteca y los procedimientos para garantizar la idoneidad de los integrantes de las juntas de licitación para lograr la satisfacción del interés social.

El contenido de la presente investigación de tesis contribuye al desarrollo académico en el ámbito social, económico y jurídico, pues aporta ideas generales a los individuos a quienes les afecta de forma directa o indirecta los actos y contratos realizados por la administración pública, para que estos puedan ser sujetos activos en la fiscalización de los mismos. Es de esa forma como se verificará si los funcionarios públicos actúan con transparencia y probidad en el manejo de los recursos del Estado. Finalmente, promover el desarrollo del Estado aplicando el ordenamiento vigente y promoviendo la transformación del mismo a través de reformas a leyes y reglamentos correspondientes para que se vaya adecuando a la realidad nacional.



CAPÍTULO I

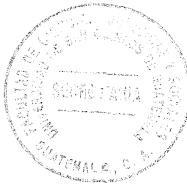
1. La administración pública y el derecho administrativo

La administración puede ser estudiada como una ciencia y como una técnica. A efectos de la presente investigación, es importante analizarla desde el punto de vista como técnica. Es la planificación, organización, dirección y control de los recursos de una organización, con el objeto de alcanzar sus fines. La planeación consiste en que primero deben fijarse los objetivos y estrategias con las que pretende alcanzarse; la organización se realiza a través de la coordinación de las actividades y su ejecución para el logro de los objetivos y, todo ello requiere que sea dirigido por una autoridad capaz de tomar decisiones y delegar funciones. Por último, cada uno de los aspectos mencionados deben estar sujetos a control, es decir, que deben haber mecanismos de fiscalización que garanticen que cada uno de los actos sean realizados de conformidad con los procedimientos y parámetros establecidos.

La Real Academia Española la define como la “acción y efecto de administrar”¹, entendiéndose como el acto de “dirigir una institución”². Debe tenerse presente que administrar proviene del latín *administrare*, siendo sus componentes léxicos el prefijo *ad*, que significa hacia y *ministrare*, que significa servir o suministrar. También se relaciona con *minister*, haciendo referencia a subordinado o servidor. En cuanto a lo público, hace

¹ <http://dle.rae.es/?id=0mCOzj6>. Consulta: 14 septiembre 2017.

² *Ibid.*



referencia a lo que es “perteneiente o relativo al Estado”³.

Dicho todo lo anterior, la administración pública, también conocida como administración del Estado, consiste en administrar o dirigir los recursos del Estado, por parte de los funcionarios y empleados públicos, quienes se encargan de la planificación, organización, dirección y control de los mismos, para alcanzar el fin supremo del Estado, el cual es la realización del bien común, tal como lo establece el Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Todo esto es estudiado por el derecho administrativo, como una rama del derecho público, el cual se desarrolla más adelante.

1.1. La función administrativa del Estado

Previo a realizar el estudio referente al derecho administrativo, es importante analizar la función administrativa del Estado. El Estado tiene tres funciones esenciales y permanentes, siendo la primera la de legislación, de jurisdicción y la función de administración. Para objetos de la presente investigación interesa la última. Pues es la administración pública, entendida como la función administrativa del Estado, el objeto de estudio de la rama del derecho mencionada.

De manera general, esta hace referencia a la “administración de los recursos ajenos, provenientes del pago de impuestos que hace la población. Esta administración está a cargo de funcionarios públicos o funcionarios estatales, que desarrollan las actividades

³ Ibid.



en nombre de la población”⁴.

La administración pública puede definirse desde diversos criterios o puntos de vista. Uno de ellos es el de “la administración como ejercicio de una actividad para la realización de fines. También, la función administrativa es la actividad del poder ejecutivo encaminada a la ejecución de la ley”⁵. La crítica realizada por el autor a esta noción es que se limita “solamente a ejecutar la ley: con ello quedarían excluidos ciertos actos, entre ellos los discrecionales y la contratación”⁶. Sin embargo, esto no puede ser aceptado toda vez que, tal como lo establece el Artículo 152 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el ejercicio del poder está sujeto a las limitaciones señaladas por la misma y por la ley.

En ese sentido, dentro del expediente 2909-2008, la Corte de Constitucionalidad ha manifestado que “tanto las funciones como las atribuciones deben estar contempladas en las leyes y los órganos o funcionarios a quienes son asignadas, deben ejercerlas de conformidad con la ley”. Esto quiere decir que la función administrativa está previamente establecida y señalada en la ley, incluidos los actos discrecionales, debiendo el funcionario público actuar dentro de los parámetros señalados por el ordenamiento jurídico.

Otra corriente considera a la administración pública como actividad de uno de los poderes

⁴ Godínez Bolaños, Rafael. **Administrar y administración**. Pág. 4

⁵ Meza Duarte, Eric. **Compendio de derecho administrativo**. Pág. 15

⁶ **Ibid.**



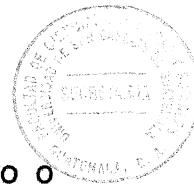
del Estado. Este criterio considera que la función administrativa es la actividad realizada por el poder u organismo ejecutivo. Sin embargo, lo anterior es criticable en principio, porque el poder del Estado es uno solo, habiendo únicamente división de funciones entre los organismos. Por otra parte, la función administrativa del Estado no es atribuida exclusivamente al organismo ejecutivo, ya que tanto el legislativo como el judicial realizan ciertos actos administrativos aparte de sus funciones principales de legislación y jurisdiccional respectivamente.

Para Meza Duarte “la función administrativa es la actividad concreta, práctica, desarrollada por el Estado para la inmediata obtención de sus objetivos”⁷. De esa manera, “el objetivo de la función administrativa es perfectamente perceptible; persigue realizar concretamente determinadas tareas que el derecho objetivo ha puesto a cargo de las entidades estatales; lo esencial en la función administrativa es esa finalidad de llevar concretamente a los hechos los cometidos estatales que requieren una ejecución material”⁸. Esto quiere decir que la administración pública consiste entonces en la realización de diversos actos de planeación, organización, dirección y control de los recursos financieros, materiales y humanos del Estado por parte de los funcionarios y empleados públicos a través de la prestación de servicios y ejecución de obras para alcanzar el bien común como su fin supremo.

Considerada la función administrativa como una actividad, han surgido diferentes doctrinas para lograr su definición. “Las concepciones que tratan de definir a la función

⁷ Op. Cit. Pág. 26

⁸ Ibid.



administrativa como una actividad son de sentido subjetivo u orgánicas y objetivo o material”⁹. Estas corrientes hacen referencia a los órganos que realizan la función administrativa y que actividades comprende la misma.

Dentro de la concepción subjetiva “se hallan las tendencias que consideran a la función administrativa como toda o la mayor parte de la actividad que realiza el poder ejecutivo y los órganos y sujetos que actúan en su esfera”¹⁰. Esta doctrina es del criterio que la función administrativa es exclusivamente del organismo ejecutivo, además excluye la actividad reglamentaria y judicial que es realizada por el mismo.

Como ya se mencionó anteriormente, el poder del Estado es indivisible, habiendo únicamente una separación de funciones. Tal como lo establece el Artículo 141 de la Constitución Política de la República de Guatemala “la soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los organismos legislativo, ejecutivo y judicial”. Pero ello no quiere decir que las funciones administrativas sean una atribución exclusiva del organismo ejecutivo. Cada uno de los organismos de Estado tiene delimitadas sus funciones y aunque sea el organismo ejecutivo quien realice mayor actividad de administración, ello no excluye a los demás organismos para actuar administrativamente.

En contraposición a la doctrina anterior se encuentra el criterio objetivo o material. “Las concepciones que fundan la noción de función administrativa en el criterio material tienen en común el reconocimiento de las actividades materialmente administrativas no solo del

⁹ Cassagne, Juan Carlos. **Derecho administrativo**. Tomo I. Pág. 80

¹⁰ **Ibid.**



poder ejecutivo, sino también de los órganos legislativo y judicial”¹¹. Y es que, según esta corriente, la función administrativa tiene características propias que la diferencian de la función de legislación y judicial. La función administrativa se distingue por su carácter concreto, pues las decisiones administrativas están encaminadas a asuntos específicos; la inmediatez, toda vez que las resoluciones administrativas deben cumplirse al ser dictadas por el órgano facultado; la continuidad, pues no puede darse la paralización de sus servicios ya que resultarían vulnerados los derechos de los usuarios de la administración y; es una actividad práctica y espontánea, porque está dirigida a la realización de actos para lograr el interés público.

“En consecuencia, la función administrativa, en sentido material, puede ser considerada como aquella actividad que en forma inmediata, permanente, concreta, práctica y normalmente espontánea, desarrollan los órganos estatales para alcanzar el bien común, conforme a regímenes jurídicos de derecho público”¹². Puede verse entonces que los partidarios de esta concepción añaden un aspecto teleológico, porque aseveran que la función administrativa tiene como fin principal la satisfacción de necesidades colectivas o del interés público, logrando así el bien común.

De las diversas corrientes que estudian la función administrativa del Estado se adopta el criterio que la administración pública es una función del Estado, la cual puede ser practicada por cualquiera de los tres organismos del Estado, sin embargo, principalmente es ejercida por el organismo ejecutivo. No obstante, en caso de duda sobre la naturaleza

¹¹ **Ibid.** Pág. 81

¹² **Ibid.** Pág. 82



jurídica de un acto estatal, es decir, si se trata de un acto legislativo, administrativo o jurisdiccional, ha de estarse a su contenido y no al carácter del órgano que lo ha producido o a la forma que reviste.

Finalmente, la definición más acertada de administración pública o función administrativa del Estado establece que “la administración es la actividad permanente, concreta y práctica del Estado, que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que la integran”¹³. En ella se recogen todos los elementos, pues la función administrativa es entendida como una actividad del Estado y su fin es satisfacer las necesidades de la población logrando así el fin supremo del Estado.

1.2. El derecho administrativo

En principio, Castillo González determina que el derecho administrativo “es el derecho de la administración pública del Estado”¹⁴. La noción anterior es aceptable tomando en consideración lo dicho de la administración pública o función administrativa del Estado, la cual es considerada el objeto de estudio del derecho administrativo. Sin embargo, deben considerarse otros elementos para definir esta rama del derecho que suele ser tan amplia y compleja. En ese sentido, Cassagne manifiesta que “no puede considerarse al derecho administrativo como el derecho de la administración”¹⁵.

¹³ Meza Duarte, Eric. **Op. Cit.** Pág. 27

¹⁴ **Derecho administrativo, teoría general y procesal.** Pág. 11

¹⁵ **Op. Cit.** Pág. 109



Es importante mencionar que el derecho se divide en dos grandes ramas, siendo estas la del derecho público y la del derecho privado. La primera de ellas trata las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares o entre entes estatales entre sí. Por su parte, el derecho privado se encarga de las relaciones entre particulares. Tal como lo establece Agustín Gordillo, se diferencian en las relaciones que afectan siendo “el interés público, colectivo o el interés privado, individual”¹⁶.

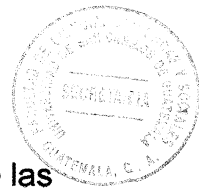
Dicho lo anterior, se establece que al ser la función administrativa del Estado el objeto de estudio del derecho administrativo, este es una rama del derecho público. Y es que “todo lo relativo a la organización, funcionamiento y actividad de los poderes públicos y las entidades estatales requiere principios diversos de los del derecho común”¹⁷.

Corresponde determinar qué es derecho administrativo. Son muchos los autores que han definido esta rama del derecho público a lo largo de la historia tomando en cuenta el orden jurídico y realidad de un determinado Estado. De esa manera, los puntos de vista para establecer su definición son sumamente variados, encontrando en la doctrina diferentes criterios o corrientes. Es conveniente citar algunas de ellas, para lograr establecer lo qué es el derecho administrativo, acorde con las diversas realidades jurídicas existentes.

Meza Duarte clasifica los criterios expuestos por la doctrina en dos, teniendo en primer lugar los criterios de estricta base jurídica y, los criterios basados en la estimación de la

¹⁶ **Tratado de derecho administrativo y obras selectas.** Tomo 8. Pág. 103

¹⁷ **Ibid.** Pág. 104



función administrativa. “Dentro del primer grupo se enuncia el criterio legalista y el de las relaciones jurídicas. Mientras que el segundo comprende la consideración subjetiva, la formal y la objetiva”¹⁸.

Para el criterio legalista, el derecho administrativo es un “conjunto de leyes que tienen por objeto la materia propia de la administración”¹⁹. Sin embargo, esta consideración no es aplicable actualmente, porque hace referencia únicamente al derecho positivo, excluyendo los principios e instituciones propias de esta rama del derecho.

En cuanto al criterio de las relaciones jurídicas, define al derecho administrativo como “un conjunto de normas-destinado a regular las relaciones entre el Estado y los ciudadanos o administrados”²⁰. Como se mencionó al principio de este apartado, el derecho administrativo, al ser una rama del derecho público, le interesan las relaciones entre el Estado y los particulares. Si bien es cierto, esta corriente toma en consideración tal aspecto, deja de lado las relaciones existentes entre entes estatales entre sí. De esa manera deja de lado las normas de organización y competencia que surgen entre las entidades administrativas entre sí.

En esa línea de ideas se manifiesta Gordillo, quien establece que “no sería suficiente con indicar que el derecho administrativo estudia las relaciones entre los entes públicos y los particulares o entre aquéllos entre sí, porque también estudia la organización interna de

¹⁸ **Op. Cit.** Pág. 32

¹⁹ **Ibid.**

²⁰ **Ibid.** Pág. 33



la administración, su estructura orgánica y funcional, y también los medios de la actividad administrativa y la forma que ella adopta”²¹.

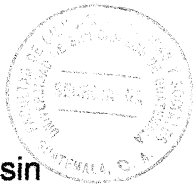
Dentro de los criterios basados en la estimación de la función administrativa se encuentra la consideración subjetiva. Esta hace referencia al sujeto que realiza la función administrativa. De esa manera, Vicente Santa María de Paredes, citado por Meza Duarte establece que es “el derecho referente a la organización, funcionamiento y procedimiento del poder ejecutivo, según la Constitución, para el cumplimiento de la misión del Estado en la vida”²². Tal como se expuso en el apartado de la administración pública, la función administrativa del Estado no se le puede atribuir única y exclusivamente a ese organismo del Estado, además, el mismo también realiza otros actos que no son puramente de administración. En consecuencia, el derecho administrativo estudia toda la actividad de índole administrativa, independientemente si es realizada por el organismos ejecutivo, legislativo o judicial.

Meza Duarte establece que Adolf Merkl ha sido el más notable defensor de la consideración formal, para quien el derecho administrativo es “la suma de normas jurídicas que regulan aquellas funciones jurídicas determinables mediante instrucciones”²³. El autor citado considera que la administración comprende subordinación al momento de realizar la función pública y es la norma jurídica la que da la instrucción de cómo deben ser las relaciones al realizar dicha actividad. No obstante,

²¹ Op. Cit. Pág. 109

²² Op. Cit. Pág. 34

²³ Ibid. 36



esta rama del derecho no puede encuadrarse simplemente en un qué hacer jurídico sin considerarse los fines de esta función.

Por otra parte, la consideración objetiva toma en cuenta diversos matices para definir al derecho administrativo. Así, algunos autores toman en cuenta la actividad total del Estado para el logro de sus fines, los servicios públicos, la protección jurisdiccional de los administrados y la función administrativa como rasgos característicos y fundamentales del derecho administrativo. Sin embargo, tales elementos no pueden considerarse de manera aislada, pues la mayoría de ellos son parte de esta rama del derecho público.

Tal como lo establece Gordillo, “ese conjunto de normas y principios no se refieren exclusivamente a la creación y gestión de los servicios públicos, sino que abarcan a toda la función administrativa, tratándose o no de servicios públicos”²⁴. Esto quiere decir que el derecho administrativo comprende, además de los servicios públicos, la función pública, los actos y contratos administrativos, la responsabilidad del Estado, entre otros.

Las corrientes anteriores, en su intento por definir al derecho administrativo han caído en deficiencias y otras en excesos. Es importante hacer referencia a la orientación contemporánea. Entre los juristas que siguen esta corriente se encuentran Sayagués Laso, Manuel María Díez y Miguel Marienhoff. Establecen que el derecho administrativo “abarca la estructura y el funcionamiento de la administración y el ejercicio de la función administrativa, o la organización y la actividad de la administración pública, o la

²⁴ Op. Cit. Pág. 108



organización y el funcionamiento de la administración pública, así como la regulación de las relaciones interorgánicas, interadministrativas y las de las entidades administrativas con los administrados”²⁵. Esta doctrina parece ser la más acertada, pues toma en consideración diferentes elementos e instituciones de esta rama del derecho público.

Finalmente puede definirse al derecho administrativo como la rama del derecho público integrado por un sistema de normas, principios e instituciones que regulan el ejercicio de la función administrativa, así como las relaciones interorgánicas y de las entidades administrativas con los administrados.

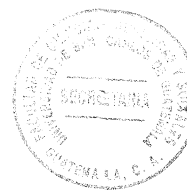
1.3. Fuentes del derecho administrativo

Es importante establecer qué se entiende por fuente del derecho. Marienhoff indica que “los autores, en general, entienden por fuente del derecho los lugares de donde brota o mana la regla jurídica”²⁶. Otros juristas la consideran como el hecho creador del derecho, es decir, a la causa de origen de este. En sentido general, fuente es todo acto a través del cual se da la producción normativa.

El concepto básico y esencial indica entonces que las fuentes del derecho son los medios o formas que dan origen al ordenamiento jurídico. En ese sentido se manifiesta Cassagne quien indica que “el ordenamiento jurídico-administrativo no se integra sólo con normas positivas. Sin desconocer la trascendencia de la norma positiva como fuente del derecho

²⁵ **Ibid.** Pág. 109

²⁶ **Tratado de derecho administrativo.** Tomo I. Pág. 98



—en tanto sea justa y emitida conforme a las condiciones previstas en el propio ordenamiento positivo jerárquicamente superior (v.gr. las normas y principios constitucionales)— no puede limitarse ni circunscribirse lo jurídico a las normas escritas”²⁷. En un sistema positivista, la norma jurídica será la fuente suprema del derecho, sin embargo, deben considerarse otras que son de trascendencia para la creación del ordenamiento jurídico.

Fuente del derecho tiene además tres acepciones, por lo que se habla de fuentes reales, formales y las históricas. Tal como lo establece Meza Duarte, “serán fuentes reales todos aquellos factores o elementos que en un momento dado influyen en el contenido de las reglas de derecho; en un sentido formal se entiende como tales a todos aquellos procesos de creación de tales preceptos; y por fin, se considera fuentes históricas a todos aquellos documentos que encierran el contenido de una norma o normas de derecho vigentes en alguna etapa del devenir histórico y cuya importancia es relevante”²⁸. Debe considerarse entonces los factores sociales, políticos, económicos y culturales de un Estado. Crearlo según el procedimiento establecido por la misma legislación, en el caso de Guatemala es a través del proceso legislativo regulado del Artículo 174 al 180 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Por último, las fuentes históricas se basan principalmente en escritos del pasado que aporten información significativa para la creación de nuevas normas jurídicas.

Para algunos autores como Agustín Gordillo, las fuentes del derecho administrativo son

²⁷ Op. Cit. Pág. 124

²⁸ Op. Cit. Pág. 45



únicamente aquellas normas y principios que tienen imperatividad, es decir, “que integran el orden jurídico positivo; todo aquello que pueda contribuir al nacimiento de una regla o principio imperativo, pero que no sea imperativo en sí mismo, es fuente en sentido social o político, pero no fuente en sentido jurídico.”²⁹ Para el mencionado jurista, son fuentes del derecho administrativo la Constitución, la ley, los reglamentos, la jurisprudencia y la costumbre, únicamente cuando contenga la creación de derechos para los administrados frente a la administración.

Meza Duarte determina que son fuentes del derecho administrativo los modos de creación de preceptos, aunque no sean producto de la administración propiamente dicha, siendo los siguientes: “la Constitución, la ley, el tratado, el reglamento, el estatuto autónomo, la circular o instrucción, la costumbre, la práctica administrativa, la jurisprudencia, la analogía, los principios generales del derecho, la equidad y la doctrina”³⁰.

En el mismo orden de ideas, Castillo González establece que en el derecho administrativo las fuentes del derecho reciben el nombre de formas legislativas, siendo aquellas que existen en cada Estado en particular. En el caso del Estado de Guatemala, la ley es la principal forma o fuente del derecho administrativo, entendida como toda clase de norma jurídica. Además, establece que en nuestro Estado “son fuentes: la Constitución Política de la República de Guatemala y las leyes constitucionales, los decretos, reglamentos y

²⁹ Op. Cit. Pág. 130

³⁰ Op. Cit. Pág. 46



los acuerdos gubernativos”³¹. Además de las fuentes citadas, también deben considerarse otras establecidas por la doctrina, como el tratado, las instrucciones y circulares, la costumbre, los actos y contratos administrativos, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho.

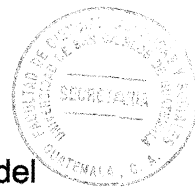
1.3.1. La Constitución

La Constitución es la principal fuente del derecho administrativo. En Guatemala, es la ley suprema del Estado que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico. El principio de supremacía constitucional se encuadra en los Artículos 44, 175 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala, los cuales regulan que la misma prevalece sobre cualquier ley o tratado y que serán nulas *ipso jure* las leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

Al haber supremacía constitucional, ninguna ley puede contradecir, disminuir o desconocer las normas constitucionales. Ello en virtud que “la Constitución estatuye el conjunto de principios y normas supremas del ordenamiento positivo, cuya jerarquía normativa es superior a la ley y al reglamento, imponiéndose a todos los actos que dicta la administración pública”³². En ese sentido, la Corte de Constitucionalidad, dentro del expediente 280-90 establece que se “reconoce que la Constitución es una norma que incorpora los valores y principios esenciales de la convivencia política que conforman

³¹ Op. Cit. Pág. 28

³² Cassagne, Juan Carlos. Op. Cit. Pág. 126



todo el ordenamiento jurídico. Por ello, todos los poderes públicos y los habitantes del país están ligados a su imperio y el derecho interno sometido a su supremacía". En ese mismo sentido, en el expediente 4084-2008 determinó que "su jerarquía normativa la convierte en parámetro de validez de todas las disposiciones que emitan los distintos órganos estatales". En ese sentido, todas las normas jurídicas, principios e instituciones del derecho administrativo deben estar en armonía con la norma suprema, caso contrario carecen de validez. De esa manera, la función pública y los preceptos jurídico-administrativos cuentan con mayor estabilidad y rigidez.

Actualmente, las constituciones modernas contienen gran cantidad de preceptos administrativos. Este es el caso de la Constitución Política de la República de Guatemala. De esta manera se ha desarrollado el proceso de constitucionalización del derecho administrativo. En el Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se establece que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, siendo su fin supremo la realización el bien común. Es por ello que todas las disposiciones del derecho administrativo deben fundamentarse en ella, y de esa forma lograr que el ordenamiento jurídico administrativo esté encaminado a lograr el fin supremo del Estado.

Es la fuente del derecho administrativo de mayor jerarquía. En ella se encuentran normas de carácter jurídico-administrativas como las referentes a la organización y competencia del organismo ejecutivo, los ministerios de Estado, la descentralización y centralización, régimen municipal, régimen de control y fiscalización, régimen financiero, entre otros.



1.3.2. La ley

En sentido formal, "norma legal toda aquella que emane de los órganos legislativos, vale decir, de los instituidos por la norma fundamental para crear reglas jurídicas de carácter general y por los procedimientos en ella señalados"³³. Es decir que ley será aquella que, para su creación, ha pasado por todo el proceso legislativo. Mientras que, en sentido material, se entiende por ley todo acto o norma jurídica que crea, modifica o extingue un derecho de carácter general y obligatorio.

Las leyes administrativas se clasifican en tres categorías:

- "Leyes administrativas de relación: delimitan las esferas jurídicas subjetivas de la administración y de los particulares.
- Leyes administrativas de organización: determinan la estructura orgánica de la administración.
- Leyes administrativas de acción: señalan los fines y objetivos que la administración debe perseguir con su actuación y el modo y forma en que debe realizarse"³⁴.

La ley es considerada fuente del derecho administrativo por lo preceptuado en la Constitución Política de la República de Guatemala, al establecer que los órganos del Estado no tienen más atribuciones que las expresamente señaladas por la ley. Tal como lo establece en el Artículo 152, el ejercicio del poder está sujeto a las limitaciones

³³ Meza Duarte, Eric. **Op. Cit.** Pág. 48

³⁴ **Ibid.** Pág. 52



señaladas por la Constitución y la ley. Es decir, que el ejercicio de la función pública debe ser con estricto apego a la ley. Además, el Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial regula que la ley es la fuente del ordenamiento jurídico. Y es que Guatemala, al adoptar un sistema positivista, considera a la ley como única fuente o fuente exclusiva del derecho administrativo.

1.3.3. El tratado

Algunos autores sostienen que los tratados internacionales son fuente jurídico-administrativo. En ese sentido, “para que el tratado sea una verdadera fuente de Derecho Administrativo es indispensable: a) su recepción en el ordenamiento jurídico interno; y b) que posea un contenido jurídico material, específicamente administrativo”³⁵. Lo anterior quiere decir que los tratados celebrados por el organismo ejecutivo y aprobados por el Congreso de la República se consideran parte del ordenamiento jurídico. Pero, para ser una verdadera fuente del derecho administrativo, deben estatuir preceptos de índole administrativa.

Dentro de la legislación guatemalteca puede citarse la Convención Americana sobre Derechos Humanos como fuente del derecho administrativo. Y esto no es solo en la creación de normas jurídicas administrativas, sino en su interpretación. Pues debe ser en armonía con los derechos protegidos en este instrumento jurídico internacional. Tal como lo establece el Artículo 2 del Pacto de San José, “los Estados partes se comprometen a

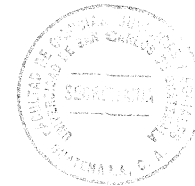
³⁵ **Ibid.** Pág. 55



adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

En su Artículo 8 determina que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable (...) para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. En virtud de lo anterior, la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe servir de fundamento para la aplicación del derecho administrativo, al regular requisitos que deben observarse ante los órganos administrativos, ello con la finalidad que los usuarios de la administración pública cuenten con parámetros de defensa de sus derechos ante cualquier proceso administrativo o resolución dictada por órganos de la administración pública que pueda afectarles.

Es importante hacer referencia también al Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo. Fue aprobado mediante el Decreto número 9-96 del Congreso de la República de Guatemala. Es considerada fuente del derecho administrativo en virtud en el Artículo 6 preceptúa “al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Por lo tanto, al emitirse actos, contratos, resoluciones o reglamentos administrativos que les afecten a estos pueblos, es indispensable tomar en consideración los derechos y garantías establecidas en dicho



convenio y de esa forma lograr su protección y garantizar el respeto a su integridad, igualdad y desarrollo social, cultural y económico.

1.3.4. El reglamento

El reglamento es la fuente más importante del derecho administrativo. Su existencia se fundamenta en ser normas que desarrollan una ley de carácter ordinario, sin las cuales resultaría imposible la aplicación de los preceptos generales y abstractos de la ley. Puede citarse por ejemplo el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Acuerdo número 122-2016. Este contempla los procedimientos que deben cumplirse para las diferentes modalidades de compras y contrataciones regulados en la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala.

Los reglamentos son “las disposiciones dictadas por el poder ejecutivo destinadas a regular la ejecución de las leyes, el ejercicio de facultades propias y la organización y funcionamiento administrativo”³⁶. Sin embargo, lo anterior no es del todo acertado debido a que también entes administrativos descentralizados y autónomos tienen la potestad reglamentaria. Por ello, debe hacerse “referencia a órganos estatales actuando en función administrativa o ejecutiva”³⁷. Es decir, que el reglamento es creado en ejercicio de la función administrativa por el organismo ejecutivo.

³⁶ Castillo González, Jorge Mario. **Op. Cit.** Pág. 63

³⁷ Meza Duarte, Eric. **Op. Cit.** Pág. 58



En cuanto al fundamento de la potestad reglamentaria por parte de la administración pública, han surgido dos corrientes. La primera señala que es el organismo legislativo quien debe delegar a los órganos administrativos la potestad reglamentaria, al ser una función legislativa propiamente dicha. Al contrario, la otra corriente considera que la potestad reglamentaria es propia de la administración, por lo que no necesita delegación alguna. Ello es necesario para regular la actuación de sus propios órganos, por lo que “el poder reglamentario descansa en la naturaleza misma de la función administrativa”³⁸. En Guatemala, tal como lo determinan los expedientes acumulados: 145, 196 y 212-91 de la Corte de Constitucionalidad, “la Constitución faculta al Presidente a emitir reglamentos para el estricto cumplimiento de las leyes sin alterar su espíritu, aunque en la ley no se le asigne expresamente la obligación de reglamentarla”. Esto de conformidad con el Artículo 183 literal e) de la Constitución Política de la República de Guatemala. Es decir, que la potestad reglamentaria es parte de su función administrativa ejercida por el presidente de la república, siendo la condición *sine qua non* que los reglamentos no deben alterar el espíritu de la ley.

1.3.5. Instrucciones y circulares

Son consideradas fuentes limitadas y relativas, ya que su finalidad es la de uniformar y coordinar las actividades propias o internas de los órganos administrativos. Pero “se hace indispensable que su contenido imponga obligaciones funcionales y que su incumplimiento produzca determinada sanción disciplinaria”³⁹. Esto quiere decir que, para

³⁸ **Ibid.** Pág. 60

³⁹ **Ibid.** Pág. 74



ser considerada fuente del derecho administrativo, debe producir efectos jurídicos, lo cual no solo puede ser dentro del órgano, sino aplica también a otros entes de la administración pública.

Puede citarse por ejemplo la Circular número 01-2017, emitida por el Ministro de Finanzas Públicas dirigido a la presidencia de la república, ministros de estado, secretarías y otras dependencias del ejecutivo, Procuraduría General de la Nación, empresas públicas, entidades descentralizadas y autónomas que reciben aportes de la administración central, en el cual se fijan los lineamientos para la eficiencia, calidad y control del gasto público para el ejercicio fiscal 2017. Esto en ejercicio de la facultad otorgada en la Ley del Organismo Ejecutivo, que en el Artículo 27 literal m) faculta a los ministros de Estado “dictar circulares y otras disposiciones relacionados con su despacho”, debiendo actuar siempre de conformidad con la ley.

1.3.6. La costumbre

Se han establecido diferentes criterios sobre aceptar si la costumbre es o no una fuente del derecho administrativo. Una de ella determina que “la costumbre sólo puede ser aceptada como fuente cuando contiene la creación de derechos para los particulares frente a la administración”⁴⁰. Esto quiere decir que, si impone obligaciones no será una fuente. Otra corriente señala que lo es únicamente en aquellos casos en que la ley se lo faculta, es decir, que está subordinada a ella y únicamente puede aplicarse a falta de ley

⁴⁰ Gordillo, Agustín. **Op. Cit.** Pág. VII-50



aplicable, toda vez que no sea contraria a la moral y al orden público. Por último, el criterio que niega que pueda ser fuente del derecho por carecer de obligatoriedad.

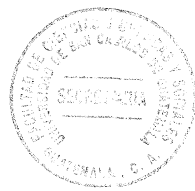
Gabino Fraga niega que se le pueda considerar fuente, sin embargo, establece que “en donde tal vez pudiera encontrarse un campo propicio para que la costumbre opere, es en el procedimiento de tramitación de los asuntos administrativos, pues en él, a falta de disposiciones legales detalladas, se originan de hecho prácticas que por su continua repetición pueden crear normas para ese procedimiento”⁴¹. Por su parte, Cassagne citando a García de Enterría y Tomás Fernández, indica que “el precedente administrativo, cuando tiene una aplicación reiterada por parte de los órganos del Estado, constituye, a nuestro juicio, una fuente del derecho, ya que configura una forma peculiar en que se manifiesta la costumbre en el derecho administrativo”⁴². Sin embargo, es difícil admitir la práctica administrativa como fuente del derecho administrativo dado que su fuerza jurídica deviene de los reglamentos, instrucciones y circulares que ella pone en práctica, por lo que se podría decir que en Guatemala no existe en el ámbito administrativo como fuente.

1.3.7. Actos y contratos administrativos

Miguel Marienhoff, citando a los juristas Fernández de Velasco Calvo y Sayagués Laso, indica que “los actos y contratos administrativos sí constituyen fuente del derecho administrativo toda vez que inciden dentro de su esfera jurídica, limitando el actuar entre

⁴¹ **Derecho administrativo.** Pág. 115

⁴² **Op. Cit.** Pág. 171



los sujetos o actos particulares a los cuales van dirigidos”⁴³. En Guatemala los contratos administrativos deben celebrarse de conformidad con las pautas reguladas en la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala. Al adjudicarse, crean relaciones jurídicas entre la administración pública y el co-contratante.

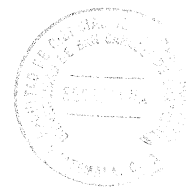
1.3.8. La jurisprudencia

Es considerada únicamente fuente indirecta o material del derecho administrativo. Únicamente puede ser vista como un instrumento de interpretación de una norma en particular, no tiene carácter imperativo. Esto se ve reflejado en el Artículo 2 de la Ley del Organismos Judicial, que preceptúa que “la ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia la complementará”. En consecuencia, no es fuente creadora de normas jurídico-administrativas.

1.3.9. La doctrina

No es apreciada como fuente del derecho administrativo debido a la carencia de su fuerza obligatoria. No obstante, las teorías o estudios de los juristas contribuyen en la toma de decisiones administrativas, en la interpretación y creación de la ley así como en los criterios para resolver conflictos de carácter administrativo.

⁴³ **Tratado de derecho administrativo.** Tomo I. Pág. 139



1.3.10. Los principios generales del derecho

“La doctrina dominante suele considerar que los principios generales del Derecho constituyen una fuente de normas jurídicas en los casos de falta de reglas expresas. Los ordenamientos prescriben, en último término, en casos de falta, oscuridad, ambigüedad, insuficiencia o silencio de ley”⁴⁴. Al respecto, cabe destacar el Artículo 15 de la Ley de Organismo Judicial, que establece que, “los jueces (...) en casos de falta, oscuridad, ambigüedad o insuficiencia de ley, resolverán de acuerdo con las reglas establecidas en el Artículo 10 de esta ley”. Este último artículo hace referencia a las reglas de interpretación de las normas.

De conformidad con el Artículo 10 del mismo cuerpo legal, cuando una norma no pueda interpretarse conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales, debe realizarse conforme a su finalidad y espíritu, la historia fidedigna de la institución, a las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas y; al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho. Y es que los mismos constituyen la base del ordenamiento y existen con independencia de su reconocimiento legal o jurisprudencial.

Los principios generales del derecho se encuentran estipulados en el Artículo 2 de la Ley de lo Contencioso Administrativo: “los expedientes administrativos deberán impulsarse de oficio, se formalizarán por escrito, observándose el derecho de defensa asegurando

⁴⁴ Meza Duarte. *Op. Cit.* Pág. 81



la celeridad, sencillez y eficacia del trámite”. La Corte de Constitucionalidad, con base en dicha disposición, en retirados fallos, entre ellos el expediente 1932-2009, ha sostenido que el derecho administrativo se ejercita bajo principios que, atendiendo al derecho de defensa, persiguen la oficiosidad, celeridad, sencillez y eficacia de su trámite, eso es así, por tratarse de un proceso eminentemente antiformalista. De esta manera, la legislación guatemalteca sí reconoce a los principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo.

1.4. Principios del derecho administrativo

Se reconoce la legalidad y juridicidad como principios supremos del derecho administrativo, los cuales están reconocidos en la Constitución Política de la República de Guatemala. El primero de estos principios se encuentra regulado en el Artículo 152, estableciendo que el ejercicio público está sujeto a las limitaciones señaladas por la Constitución y la ley; el Artículo 154 señala que los funcionarios públicos están sujetos a la ley y jamás superiores a ella y; el Artículo 239 que, si bien hace referencia al principio de legalidad en materia tributaria, es propio del derecho administrativo. En términos generales, regula que toda la administración pública debe actuar de conformidad con lo establecido en la ley, comprendiéndose las normas constitucionales, ordinarias y reglamentarias, caso contrario, sus actos y resoluciones carecerían de efectos jurídicos.

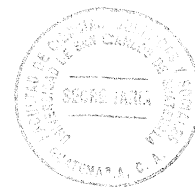
El principio de juridicidad está contemplado en el Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Dicho precepto no hace referencia a qué debe entenderse como juridicidad. Únicamente atribuyen la función del tribunal de lo contencioso-



administrativo de ser contralor de la juridicidad de la administración pública, y esto es a través del procedimiento contencioso administrativo.

Como ya se mencionó, estos principios rigen al derecho administrativo y todas sus instituciones. La Corte de Constitucionalidad, en el expediente 1628-2010 señala que “dentro de esos principios, se encuentra el de legalidad en el ejercicio de la función pública, que implica que tanto las funciones como las atribuciones deben estar contempladas en las leyes, así como que los órganos o los funcionarios a quienes sean asignadas, deban ejercerlas de conformidad con la ley”. Establece de forma expresa que la función administrativa debe ejercerse de conformidad con la ley, es decir, que los funcionarios públicos únicamente pueden hacer lo que la ley les permite.

Además de ello, dentro del expediente 219-00 ha determinado que “el derecho administrativo se ejercita bajo principios que, atendiendo al derecho de defensa persiguen la oficiosidad, celeridad, sencillez y eficacia de su trámite, esto es, un proceso eminentemente antiformalista. En esa concepción, los requisitos que impone para el trámite de inconformidades deben aplicarse de modo flexible atendiendo a su finalidad. La Constitución Política de la República de Guatemala establece (Artículo 221), el principio de control jurídico de los actos de la administración, de manera que sus resoluciones directas o de sus entidades, pueden ser revisadas a fin de evitar a los gobernados la lesión de sus derechos fundamentales y legales”. Para aplicar el principio de juridicidad debe atenderse a lo que establece la ley en consonancia con los principios generales del derecho que, tal como lo ha establecido la Corte de Constitucionalidad, son los contemplados en el Artículo 2 de la Ley de lo Contencioso Administrativo.



1.4.1. Principio de legalidad administrativa

Este principio establece que toda actividad administrativa debe estar basada en la ley. Todos los funcionarios y empleados públicos, en el ejercicio del poder público, tienen la obligación de actuar conforme a lo establecido en las leyes. De esa manera, se está en cumplimiento con lo establecido en los Artículos 152 y 154 de la Constitución Política de la República de Guatemala. En consecuencia, únicamente les está permitido hacer lo que ella les ordena. La finalidad del principio de legalidad es dar seguridad jurídica a la población. Por tal razón, la Corte de Constitucionalidad, en el expediente 350-2008 manifiesta que “las autoridades en el ejercicio de sus facultades legales, deben actuar observando dicho principio, respetando las leyes vigentes y principalmente la ley fundamental”. Al actuar conforme al ordenamiento jurídico, la población tendrá plena confianza en la administración pública.

Los funcionarios públicos no pueden ejercer otras funciones y atribuciones distintas a las legalmente establecidas en las normas constitucionales, ordinarias o reglamentarias. En ese sentido se ha pronunciado la Corte de Constitucionalidad, en los expedientes 441-98 y 3461-2008: “tanto las funciones como las atribuciones deben estar contempladas en las leyes y los órganos y funcionarios a quienes son asignados, deben ejercerlas de conformidad con la ley. La función pública debe realizarse de acuerdo con un marco normativo, pues todo acto o comportamiento de la administración debe estar sustentado en una potestad conferida por el ordenamiento jurídico vigente”. Esto indica claramente que los funcionarios y empleados públicos no pueden arrogarse funciones para los cuales



no están facultados. En caso de hacerlo, habría abuso de poder y en consecuencia tales actos serían considerados arbitrarios.

En relación con lo anterior puede mencionarse el Artículo 239 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Si bien es en materia tributaria, regula el principio de legalidad. Esto constituye un claro ejemplo de tal principio, al determinar que corresponde con exclusividad al Congreso de la República, decretar impuestos ordinarios y extraordinarios, arbitrios y contribuciones especiales, conforme a las necesidades del Estado y de acuerdo a la equidad y justicia tributaria. En tal sentido, es la norma fundamental quien se otorga tan función, no pudiendo otro órgano de la administración realizarlo, pues sería ilegal.

Así mismo, para el debido cumplimiento de este principio, los funcionarios y empleados públicos subordinados o dependientes deben cumplir las decisiones administrativas de sus superiores únicamente cuando sean apegadas a la ley. Dicho de otra manera, ninguno está obligado a cumplir órdenes manifiestamente ilegales o que impliquen la comisión de un delito. El Artículo 156 de la Constitución Política de la República de Guatemala confiere la facultad de desobediencia de órdenes ilegales.

Los elementos de este principio son: 1. "Normatividad jurídica: toda la actividad administrativa debe basarse en las normas jurídicas. 2. Jerarquía normativa: las normas y actos de un órgano inferior no debe contradecir las normas o decisiones de un ente superior. 3. Igualdad jurídica: la administración pública no debe conceder o negar privilegios y prerrogativas de forma desigual. 4. Razonabilidad: todo acto o decisión



administrativa debe ser razonable y justificada. 5. Control jurisdiccional: todos los actos y decisiones administrativas deben someterse a control de los tribunales”⁴⁵.

1.4.2. Principio de juridicidad administrativa

La juridicidad es un principio fundamental en la administración pública. Establece que los órganos administrativos deben actuar y resolver con base en la ley y en los principios generales del derecho. Es consecuencia, “la administración pública debe aplicar la ley sin excluir la aplicación del derecho”⁴⁶. Contribuye entonces a impedir que haya abuso de poder y se cometan actos arbitrarios por los funcionarios y empleados públicos.

En Guatemala, por mandato constitucional corresponde al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo ejercer el control de la juridicidad de la administración pública. Tal función se encuentra atribuida en el Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala. La Corte de Constitucionalidad ha indicado, dentro del expediente 141-2007, que debe velar porque la autoridad administrativa no asuma una posición extremadamente formalista frente a la actitud del administrado, desnaturalizando los principios de oficiosidad, celeridad, sencillez y eficacia del trámite que rigen sus procedimientos. Por tal razón, para alcanzar un verdadero Estado de derecho, debe comprenderse también los principios generales del derecho y las instituciones propias del derecho administrativo en toda la actividad administrativa.

⁴⁵ González Castillo, Jorge Mario. **Op. Cit.** Pág. 24

⁴⁶ **Ibid.** Pág. 27



CAPÍTULO II

2. La función pública

Se llama función pública a la “relación que existe entre el Estado y sus servidores, constituida por el conjunto de derechos, obligaciones y situaciones que les vinculan. La función pública está determinada por el régimen jurídico aplicable al personal administrativo que presta sus servicios en las dependencias de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial”⁴⁷. En términos generales, es la que desarrollan las personas que están al servicio del Estado a través de los distintos cargos y puestos de su estructura orgánica. Son ellos quienes ejecutan los actos administrativos a través del ejercicio de la función pública a efecto que aquel cumpla con sus fines, logrando de esa forma el bien común.

Es importante recalcar que su función deben realizarla con apego irrestricto a la Constitución Política de la República de Guatemala y a las leyes, tal como lo establece el Artículo 152. Además de ello, la función pública se encuentra regulada en el Artículo 154 de la norma fundamental, la cual preceptúa que “los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella”. En ese sentido, únicamente tienen permitido hacer lo que la norma le autoriza o faculta de forma expresa, y le está prohibido todo lo que no esté expresamente autorizado. Además de ello, no deben ejercer tal función en beneficio de partido político

⁴⁷ Galindo Camacho, Miguel. *Teoría de la administración pública*. Pág. 143



alguno, pues se estarían atendiendo únicamente a intereses particulares o de un determinado grupo, desvirtuando así el fin del Estado.

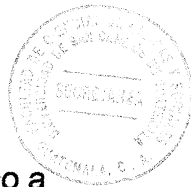
2.1. Los méritos de idoneidad, capacidad y honradez para el ejercicio de la función pública

Está claro que para tener una buena administración del Estado y todos sus recursos, es imprescindible el elemento humano. No obstante, “un Estado puede contar con buenas leyes, suficientes recursos materiales y excelentes planes, pero si los administradores de la ejecución son incapaces, ignorantes de la técnica y corruptos, se niega a la administración toda posibilidad de eficiencia y mucho menos de eficacia”⁴⁸. Se hace necesario analizar entonces cuándo el funcionario público es considerado capaz para el cargo o puesto que ostenta.

La Constitución Política de la República de Guatemala reconoce el derecho de acceso a funciones y cargos públicos, en su Artículo 113: “Los guatemaltecos tienen derecho a optar a empleos o cargos públicos y para su otorgamiento no se atenderá más que a razones fundadas de méritos de capacidad, idoneidad y honradez”. Sin vulnerar el principio de igualdad, de esto se infiere que únicamente los guatemaltecos que cumplan con tales requisitos podrán acceder a cualquier función pública.

La Corte de Constitucionalidad, expediente 2336-2007, ha expresado que “no se trata,

⁴⁸ Godínez Bolaños, Rafael. **La relación funcional**. Pág. 2

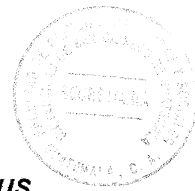


evidentemente, de que cualquier ciudadano, por el mero hecho de serlo tenga derecho a acceder a cualquier cargo o función pública. El legislador (y, en su caso el reglamento) podrá restringir el ámbito de los cualificados para optar por una función o cargo público, estableciendo determinados requisitos, que excluirán desde el principio, a categorías de ciudadanos”. De esta manera, si se quiere que la administración de los recursos del Estado se realice con eficiencia y eficacia, las leyes ordinarias o reglamentarias deben establecer las cualidades que deben tener los aspirantes a optar a un empleo o cargo público.

Lo anterior también se ve reflejado en el Artículo 3 de la Ley del Servicio Civil, Decreto Número 1748 del Congreso de la República de Guatemala. Se tiene como principio fundamental de la ley el que “todos los ciudadanos guatemaltecos tienen derecho a optar a los cargos públicos (...), si reúne los requisitos y calidades que las leyes exigen. Dichos cargos deben otorgarse atendiendo únicamente a méritos de capacidad, preparación, eficiencia y honradez”. En cuanto a los requisitos y calidades que deben cumplir los servidores públicos, deben ser fijadas tomando en consideración el cargo a ocupar. Pero, independientemente de este, los méritos de capacidad, idoneidad, y honradez deben verificarse en todo momento.

“El mérito, como criterio de selección, se basa en las características personales de quien accede al cargo”⁴⁹. Y es con base a tales cualidades, que debe elegirse o nombrarse a la persona con mayor preparación para desempeñar el cargo. Pero es importante

⁴⁹ Muñoz Aravena, Waleska. **Cuando el mérito acentúa la desigualdad.** <http://www.redalyc.org/pdf/960/96060910.pdf>. Consulta: 19 septiembre 2017.



determinar qué debe entenderse por mérito. La palabra mérito se deriva del latín *mereus*, *meritum*, que significa con razón, con justicia, dignamente o merecer. Es así como se seleccionará a la persona digno de merecer el cargo público por poseer mejores condiciones por sobre los demás candidatos.

“Los atributos a considerar para determinar el mérito de una persona son: a) competencia tecnocrática: se señalan aquellas de tipo intelectual y que se valoran según sus antecedentes académicos, nivel de estudios para el cargo que se necesita y; b) rasgos personales: estos atributos se consideran complementarios a los anteriores y tienen que ver con los rasgos particulares que debe poseer la persona que se considera la más adecuada para un desempeño eficaz del cargo a proveer, como por ejemplo: la motivación, perseverancia, dominio, emprendedor, etc.”⁵⁰.

Es decir, que se está ante la meritocracia. Para que un individuo pueda ingresar al servicio de la función pública debe comprobarse su idoneidad y capacidad mediante los estudios que ha realizado, títulos o diplomas de cursos que puedan incidir en una prestación de servicio más eficiente. Así mismo, reconocimientos por participar en capacitaciones o convenciones que fortalezcan sus conocimientos para ejercer un puesto dentro de la administración pública. Además, considerar su experiencia laboral dentro o fuera de la administración pública, en el caso de optar por un puesto nuevo. De esa forma, se evita que la administración del Estado sea ineficiente por nombramientos realizados atendiendo a intereses personales o políticos.

⁵⁰ **ibid.**



Cuando se habla de idoneidad en el ejercicio del cargo, quiere decir que el funcionario o empleado público tiene el carácter de idóneo. En términos generales puede definirse como aquello que es adecuado y apropiado para algo. Es decir, que se ajusta a las condiciones o a las necesidades de algo. Dentro de la administración pública un servidor público será idóneo cuando sea adecuado, por cumplir con las calidades requeridas, en el cargo público que ostente. Esto se podrá probar mediante la presentación de documentos que respalden sus aptitudes y conocimientos y, por ende, se entenderá capaz para la realización de las funciones que le sean asignadas.

Por otro lado, para verificar los méritos de honradez, puede realizarse a través de la presentación de antecedentes penales y policíacos, recomendaciones personales, laborales, así como la presentación de finiquito o constancia de no tener reclamación o juicio pendiente derivado de la administración de recursos y patrimonio del Estado; la cual es extendida por la Contraloría General de Cuentas de conformidad con el Artículo 30 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos.

Aunado a ello, para contar con méritos de honradez, el funcionario y empleado público debe actuar conforme al principio de probidad. Para el efecto, debe aplicar en el ejercicio de su cargo los principios regulados en el Artículo 6 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos. Entre ellos se pueden mencionar los siguientes:

- El cumplimiento estricto de los preceptos constitucionales y legales.
- El ejercicio de la función pública con transparencia.



- Preeminencia del interés público sobre el privado
- La actuación con honestidad y lealtad en el ejercicio del cargo o empleo o prestación de un servicio.

Es así como el principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria íntegra y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general por sobre el particular. Aunado a ello, la población debe fiscalizar de forma constante todas sus actuaciones y de esa forma comprobar que el servidor público actúa conforme a lo que le ordena y permite la ley.

Es necesario que se cumplan con tales requisitos y condiciones, pues tal como lo establece Rafael Bielsa “nada desacredita más una gestión gubernativa o administrativa que los nombramientos arbitrarios, y lo son cuando los nombrados carecen de idoneidad”⁵¹. De esa forma se tendrá una eficiente y efectiva administración de los recursos del Estado, lo cual contribuye a la realización de del bien común.

Las ventajas del sistema de méritos para el servicio en la administración pública son las siguientes:

- “Tiende a que la actividad del gobierno se oriente por encima de las divisiones partidistas.
- Se hace exclusión de motivos irrelevantes en la búsqueda del talento.
- Ofrece garantías de continuidad y de reconocimiento de la capacidad, estimulando y

⁵¹ **La función pública: la moral política y administrativa.** Pág. 29



facilitando la dedicación a la carrera profesional en la administración pública.

- Las condiciones anteriores tienden a desarrollar las normas, actitudes y prácticas de un profesionalismo beneficioso a la eficiencia de la administración pública”⁵².

2.2. Sistemas de función pública

La función pública varía entre un Estado y otro, los cuales adoptan alguno de los sistemas de la función pública atendiendo a ciertos factores propios de cada uno. Se tienen así dos sistemas: el cerrado o de carrera frente al abierto o de empleo.

2.2.1. Sistema cerrado

El sistema cerrado o de carrera se fundamenta en que el funcionario accede al servicio civil para ejercer su actividad profesional, desarrollando así su carrera profesional dentro de la administración pública. El ascenso en la carrera, también conocido como promoción, se produce con base a los principios de mérito y capacidad mediante concursos con otros funcionarios pertenecientes a la misma entidad. Esto porque se limita la entrada de personal externo concediéndose mayor importancia a la carrera administrativa.

El Artículo 57 de la Ley del Servicio Civil regula que “se considera como promoción o ascenso el acto por el cual el servidor público pasa a desempeñar un puesto de grado o

⁵² Meza Duarte, Eric. **Op. Cit.** Pág. 336



clase superior". Es considerado un mecanismo de motivación para el funcionario y empleado público, al tener expectativas de ascender a un cargo de mayor jerarquía. Atendiendo a establecido en el apartado anterior con relación a la meritocracia, esto contribuye a que los funcionarios, seleccionados de acuerdo a méritos de idoneidad, capacidad y honradez permanezcan en la administración prestando sus servicios a los usuarios de forma eficaz.

2.2.2. Sistema abierto

Este sistema se caracteriza por delegar la prestación del servicio público a las personas con ciertos niveles educativos, los cuales se consideran suficientes para ocupar el cargo. También, se tienen puestos o cargos determinados, los cuales serán ocupados por los aspirantes que cumplan con las mejores condiciones para el mismo según su formación académica y profesional.

Dentro de este sistema se toma en cuenta la competencia laboral que posee el individuo. Por esta se entiende la capacidad real que tiene una persona para realizar una tarea específica, teniendo los conocimientos y habilidades para ejecutarla. No importa aquí la carrera administrativa, sino la contratación para un puesto y área específica. Puede mencionarse por ejemplo los cargos de asesores y consultores técnicos, jurídicos y contables.



2.2.3. Sistema adoptado por Guatemala

El sistema guatemalteco de función pública es, en principio, un sistema cerrado con características o elementos del sistema abierto. Ello toda vez que, en la Ley del Servicio Civil, Decreto 1748 del Congreso de la República de Guatemala, regula el ingreso al servicio civil por oposición, así como lo referente a los ascensos o promociones.

La Ley del Servicio Civil, en los Artículos del 42 al 54 establece el procedimiento para realizar el concurso por oposición. En principio debe realizarse la convocatoria, realización de exámenes para determinar la aptitud moral, intelectual y física, así como demostrar la idoneidad. Posteriormente se procede a su calificación y declaración de candidatos elegibles. Luego, la autoridad nominadora realiza la selección definitiva, emite el acuerdo de nombramiento y toma el juramento de ley y da posesión.

Debe tomarse en cuenta que la ley mencionada data del año 1968, por lo que el concurso por oposición es un sistema obsoleto. Esto porque muchas veces no se realizan las publicaciones y los exámenes no son calificados por personas calificadas y no se realiza de forma objetiva. Todo esto da lugar a nombramientos arbitrarios. Actualmente, son más las entidades que realizan contrataciones por servicios profesionales mediante el sistema abierto.

2.3. Categorías de personas adscritas a la función pública

La Ley del Servicio Civil de Guatemala, en su Artículo 4 establece que se considera



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

Es preciso realizar la distinción entre las clases o categorías de servidores públicos. Doctrinariamente tal clasificación puede ser con base a diferentes criterios, como la duración del servicio, la existencia o no de remuneración, la naturaleza pública o privada de la relación de servicio y el poder de decisión o de mando. Las categorías más comunes son la de funcionarios públicos y empleados públicos.

Se denomina funcionarios a los que tienen poder de decisión y de mando. Esto quiere decir que tienen a su cargo un puesto superior en la administración del Estado. Por otra parte, el empleado público es un mero ejecutor de los actos administrativos, estando bajo la supervisión de un funcionario. Aunado a ello, los funcionarios tienen un carácter representativo dentro de la institución. Es decir, que tienen una relación directa y externa entre el Estado y los particulares. Mientras que el empleado es únicamente considerado un auxiliar de este, teniendo únicamente un vínculo interno.

2.4. Formas de ingreso al servicio de la administración pública

Tal como se estableció en apartados anteriores, según la Ley del Servicio Civil, en Guatemala ciertos funcionarios y empleados públicos ingresan a la administración pública



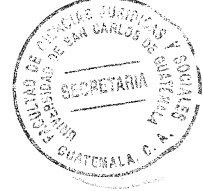
mediante el sistema de oposición. Sin embargo, hay funcionarios y empleados públicos que se encuentran exentos de examen de oposición, por lo que su ingreso al servicio civil puede ser por cualquiera de los sistemas siguientes.

2.4.1. La elección

Mediante esta forma de ingreso, quienes ejercen un cargo público son electos por un cuerpo electoral. Claro ejemplo de ello son los diputados al Congreso de la República, y es en el Artículo 157 de la Constitución Política de la República de Guatemala donde se determina que estos son electos directamente por el pueblo en sufragio universal y secreto, para un periodo de cuatro años, pudiendo ser reelectos.

Ingresa mediante este sistema también el Concejo Municipal, integrado por el alcalde, síndicos y concejales. Estos son electos directamente por sufragio universal y secreto para un período de cuatro años, pudiendo ser reelectos. Esto de conformidad con el Artículo 254 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Así mismo, según los Artículos 215, 217 y 233 de la norma fundamental citada, se incluye también a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Magistrados de la Corte de Apelaciones y otros tribunales de igual categoría y el Contralor General de Cuentas. Estos ingresan mediante elección por el Congreso de la República, de una nómina de candidatos propuestos por una comisión de postulación.

El funcionario electo debe ejercer la administración en interés de la población en general y en ningún favorecer a determinado grupo, entidad o persona particular. En ese sentido,



la Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 153 establece que los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno. Ello en virtud que son depositarios de la autoridad y, por ende, sujetos a la ley. Esto porque realiza labores de interés social constituyendo así un servicio social y no un interés particular.

2.4.2. El nombramiento

“Es la designación que hace una autoridad competente, en forma unilateral, para ocupar un cargo público”⁵³. Es importante destacar que esta constituye la forma más común de ingreso a la administración pública.

El nombramiento tiene las modalidades siguientes:

- “Nombramiento discrecional: la autoridad nominadora nombra libremente entre las personas que llenan los requisitos mínimos exigidos por la ley. Por ejemplo: el Presidente de la República nombra a sus secretarios, ministros, gobernadores, etc.
- Nombramiento condicionado: consiste en nombrar a una persona entre varios candidatos que reúnen las mismas calidades. Por ejemplo, el nombramiento del jefe del Ministerio Público y Fiscal General de la nación y el del Procurador General de la Nación.
- Nombramiento reservado: se nombra a la persona que gana el mejor puntaje en el

⁵³ Meza Duarte, Eric. **Op. Cit.** Pág. 344



examen de oposición, entre varios funcionarios que ya se encuentran en la carrera administrativa y que desean un ascenso. Por ejemplo: oficiales mayores, secretarios ministeriales, jefes de departamentos, unidades, secciones, secretarías técnicas, etc”⁵⁴.

De conformidad con el Artículo 29 de la Ley del Servicio Civil, la autoridad nominadora es la responsable de realizar los nombramientos. Al constituir un acto discrecional, debe realizarlo de conformidad con los parámetros establecidos en la ley, evitando así incurrir en nombramientos arbitrarios. Independientemente de qué tipo de nombramiento sea, debe realizarlo atendiendo a los méritos de idoneidad, capacidad y honradez.

2.4.3. La contratación

Esta modalidad se da principalmente para labores de carácter temporal o de servicios técnicos o profesionales de asesoría, consultoría, entre otros. En estos casos, “el contrato es por plazo determinado y perciben honorarios, sin otro tipo de prestación, pues no se les considera como trabajadores permanentes del Estado”⁵⁵. En Guatemala, el Artículo 44 literal e) de la Ley de Contrataciones del Estado, establece la contratación de servicios técnicos y profesionales individuales, el cual puede realizarse de manera directa por los sujetos obligados. Actualmente los órganos administrativos están adoptando con mayor frecuencia este sistema de ingreso al servicio de la administración pública.

⁵⁴ Godínez Bolaños, Rafael. **Op. Cit.** Pág. 5

⁵⁵ **Ibid.** Pág. 6

2.5. Efectos jurídicos de la relación funcional

El estar dentro de la función pública, independientemente de la forma de ingreso, ya sea por elección, nombramiento o contratación, conlleva ciertos efectos. Es decir, que el servidor público se hace acreedor de ciertos derechos, deberes y responsabilidades. Estos se encuentran principalmente regulados en la Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley del Servicio Civil.

2.5.1. Derechos de los servidores públicos

De conformidad con los Artículos 57 al 63 de la Ley del Servicio Civil, puede establecerse que algunos de los derechos que los servidores públicos tienen desde el momento de iniciar la relación funcional con el Estado, son:

- Remuneración
- Ascensos, traslados y hacer carrera administrativa
- Estabilidad en el puesto para el que fue electo o nombrado
- Seguridad social, asociación
- Vacaciones, licencias, indemnizaciones, entre otros.

2.5.2. Deberes de los servidores públicos

Estas obligaciones o deberes están contemplados en la Constitución Política de la



República Guatemala, así como en leyes ordinarias y reglamentarias. Las mismas son de observancia obligatoria y, su incumplimiento lleva aparejada una sanción. Tal como lo ha establecido la Corte de Constitucionalidad en el expediente 261-93, "la conducta del funcionario con el ejercicio del cargo debe sujetarse a la ley, y como tal, debe responder de las consecuencias de sus actos".

Dentro de las principales obligaciones establecidas en el Artículo 63 de la Ley del Servicio Civil y 156 de la Constitución Política de la República de Guatemala puede mencionarse:

- "Jurar, acatar y defender la Constitución Política de la República de Guatemala
- Obediencia debida a su superior y a las leyes
- Ejecutar las funciones según el puesto para el que fue electo o nombrado
- Actuar con lealtad en el desempeño de sus funciones
- Fidelidad al Estado
- Imparcialidad en sus decisiones
- Oponerse a órdenes ilegales", entre otras.

2.5.3. Responsabilidades de los servidores públicos

Los servidores públicos, al ejercer el cargo para el que fueron electos o nombrados, son susceptibles de incurrir en responsabilidades al no actuar conforme lo que establece la ley. De esa cuenta, pueden tener responsabilidad política o jurídica.



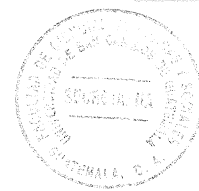
“La responsabilidad política es la que asumen los funcionarios que se apartan de las directrices y orientaciones políticas que en determinado momento matizan la conducción de la actividad del Estado; las consecuencias de una infracción a los lineamientos políticos se traducen en una probable separación del cargo de quien hubiere incurrido en ella”⁵⁶. Ese poder de separación o destitución lo tiene la autoridad nominadora, facultada para realizar el nombramiento.

En cuanto a la responsabilidad jurídica, incurren en ella cuando infringen normas legales ordinarias o reglamentarias, teniendo como consecuencia una sanción. A su vez, dicha responsabilidad puede ser administrativa, civil y penal. La responsabilidad de las personas al servicio del Estado se encuentra regulada en la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, Decreto número 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

“La responsabilidad administrativa se origina en la violación a las normas de disciplina y de orden interno de la administración y puede dar lugar a sanciones tales como amonestación, suspensión y la destitución del cargo”⁵⁷. Es decir que, al realizar acciones u omisiones que contravienen el orden jurídico administrativo o no cumpla con la debida diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones contraídas o por funciones inherentes al cargo, incurre en responsabilidad administrativa de conformidad con el Artículo 8 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos.

⁵⁶ Meza Duarte, Eric. **Op. Cit.** Pág. 353

⁵⁷ **Ibid.** Pág. 355



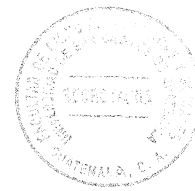
La responsabilidad civil surge de acciones u omisiones de funcionarios y empleados públicos que causen daños y perjuicios a los particulares o al patrimonio del Estado. Esto da derecho a los afectados a reclamar el pago de daños y perjuicios. Debe tenerse en cuenta que, para deducir tal responsabilidad, debe realizarse mientras no se haya consumado la prescripción. Y, según el Artículo 155 de la Constitución Política de la República de Guatemala, esta prescribe en un término de veinte años.

Por último, de acuerdo al Artículo 10 del decreto número 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala, genera responsabilidad penal las decisiones, resoluciones, acciones u omisiones realizadas por dignatarios, autoridades, funcionarios y empleados públicos que constituyan delitos o faltas. En estos casos, son delitos específicos, es decir que la calidad del sujeto activo es de funcionarios o empleado público, por ejemplo, el delito de cohecho activo, cohecho pasivo, malversación de fondos, entre otros. No obstante, también puede cometer delitos comunes.

De conformidad con el Artículo 155 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la responsabilidad criminal se extingue por el transcurso del doble del tiempo señalado por la ley por la prescripción de la pena. Y, el Código Penal en el Artículo 110 regula que la pena prescribe por el transcurso de un tiempo doble de la pena fijada.

2.6. Extinción de la relación funcional

La relación jurídica existente entre el Estado y servidor público puede terminarse por



diversas causas. Entre ellas está la renuncia, la destitución, el vencimiento del plazo de la designación, la supresión del cargo o empleo, la incompatibilidad, entre otras.

Es importante mencionar la terminación por destitución. Esta “constituye la decisión unilateral de la autoridad administrativa competente (autoridad nominadora) en el sentido de separar del ejercicio del cargo o puesto al titular del mismo, bien sea como sanción disciplinaria o por razones de conveniencia para el servicio. La destitución puede ser injustificada, en cuyo caso el funcionario o empleado despedido puede reclamar el pago de la indemnización prevista constitucionalmente”⁵⁸. No obstante, tal indemnización corresponde únicamente por despido sin causa justificada y, según lo regulado en el Artículo 110 de la Constitución Política de la República de Guatemala, debe pagarse el equivalente a un mes de salario por cada año de servicios continuos, sin que pueda exceder de diez meses de salario.

Como acotación final puede establecerse que la función pública debe ser ejercida por personas que hayan sido seleccionadas atendiendo a méritos de idoneidad, capacidad y honradez. De esa manera se garantiza una buena administración de los recursos del Estado. Para lograr ello, la autoridad nominadora de los órganos de la administración pública debe haber sido nombrada o designada bajo esos parámetros. De esa forma, esta nombrará a los demás funcionarios y empleados públicos a su cargo atendiendo las mismas condiciones. Si omite en ello, debe incurrir en responsabilidad de conformidad con la ley.

⁵⁸ **Ibid.** Pág. 362



CAPÍTULO III

3. Los actos administrativos

Los funcionarios y empleados públicos, al ingresar al servicio de la administración pública desarrollan la función administrativa. Ello con la finalidad de cumplir “sus objetivos a través de su actividad, que normalmente se materializa mediante actos administrativos.”⁵⁹ Es decir, que la voluntad del Estado, se ve manifestada en tales actos, los cuales tendrán efectos jurídicos si son dictados por los funcionarios facultados. Y, tales objetivos son alcanzar el interés general o bien común, como deber del Estado.

La doctrina ha establecido diversidad de definiciones en cuanto al acto administrativo. Se establece que “es una manifestación unilateral y externa de voluntad, que expresa una decisión de una autoridad administrativa competente, en ejercicio de la potestad pública, crea, reconoce, modifica, transmite o extingue derechos u obligaciones, es generalmente ejecutivo y se propone satisfacer el interés general.”⁶⁰

En el mismo sentido, se ha establecido que “es una declaración unilateral de voluntad, concreta o general, de un órgano administrativo competente, que produce efectos jurídicos directos, concretos o generales”⁶¹. En esa misma línea de ideas, Meza Duarte lo define como una “manifestación unilateral de voluntad de los órganos estatales,

⁵⁹ Ballbé, Manuel; Franch, Marta. **Manual de derecho administrativo**. Pág. 189

⁶⁰ **Ibid.** Pág. 190

⁶¹ **Ibid.** Pág. 191



actuando en función administrativa, destinada a producir efectos jurídicos subjetivos o generales”⁶².

Analizando las anteriores definiciones, puede concluirse que el acto administrativo:

- Es una declaración de voluntad del órgano administrativo unilateral, pues dicho órgano lo impone sin que intervenga participación de los administrados.
- Es una declaración concreta o general. Esto en virtud que la declaración del órgano administrativo puede ser dirigido a persona o personas determinadas o a toda la colectividad, mediante el cual autoriza, prohíbe o restringe un derecho.
- Es emitido por órgano administrativo competente. Con fundamento en el principio de legalidad, para que un acto administrativo sea válido debe ser emitido por un órgano al que la ley le otorgue la competencia para hacerlo.
- Produce efectos jurídicos. Estos pueden ser directos y concretos cuando están dirigidos a persona determinadas o generales, cuando van dirigidos a toda la colectividad.

Es importante mencionar que, para la emisión de los actos administrativos, además de observar el principio de legalidad, deben imperar los principios generales del derecho administrativo, para que el mismo sea apegado a derecho, logrando su cometido que es la realización del bien común.

⁶² Meza Duarte, Eric. **Op. Cit.** Pág. 232



3.1. Elementos del acto administrativo

Para que un acto jurídico sea válido y eficaz es indispensable que cumpla con ciertos requisitos o elementos esenciales. Meza Duarte los divide en “elementos de fondo y de forma”⁶³. Dentro de los primeros se encuentran: un órgano competente, la voluntad administrativa válidamente declarada, el motivo del acto, su objeto y la finalidad. Mientras que los de forma son: la forma y el procedimiento. Por su parte, Godínez Bolaños determina que dentro de los elementos de fondo esenciales están: “capacidad, contenido y objeto, y como cláusulas accesorias o no esenciales se encuentra la condición, el modo y el término. En cuanto a los elementos de forma: la constancia o razón por escrito, la fecha y lugar, identificación del órgano o entidad que emite el acto, identificación del expediente, las firmas y sellos de los funcionarios responsables de la actuación y la constancia o acta de notificación al o los interesados”⁶⁴.

3.1.1. Elementos esenciales de fondo

Órgano administrativo competente. El funcionario que dicta el acto debe tener habilitación o competencia legal para hacerlo. En otras palabras, debe estar facultado por el ordenamiento jurídico, que regula sus atribuciones, para realizar el acto.

Voluntad del órgano válidamente constituida o declarada. El titular del órgano administrativo es quien realiza y expresa la declaración de voluntad, la cual debe ser en

⁶³ Op. Cit. Pág. 235

⁶⁴ Godínez Bolaños, Rafael. **Los actos administrativos**. Pág. 9

busca del fin de la administración pública.

El motivo del acto. Esto hace referencia a las situaciones de hecho o de derecho que determinan la realización o sirven de fundamento para dictar el acto. Este elemento permite al usuario de la administración pública, verificar el contenido del acto y cuáles son las razones y fundamentos que motivaron al funcionario público a dictarlo.

El fin del acto administrativo. Los órganos administrativos deben actuar siempre en busca del bien común, “de lo contrario el funcionario que lo emite puede caer en abuso de poder o arbitrariedad o en desviación del poder público, cuando hace algo totalmente ilegal o cuando encubre los fines de sus actos para obtener beneficios personales o político partidistas”⁶⁵. Debe tomarse en cuenta que muchas veces los actos administrativos tienen apariencia de estar investidos de legalidad, pero su fondo es cuestionable. Se está así frente a un acto viciado.

El objeto o contenido del acto administrativo. Este debe encuadrar dentro del ordenamiento jurídico vigente, pues no se puede dictar un acto administración que no esté contemplado en la ley.

3.1.2. Elementos esenciales de forma

Como una garantía para los administrados, los actos administrativos son esencialmente

⁶⁵ **Ibid.**

formales, debiendo cumplir con determinados procedimientos, según la naturaleza del acto. No obstante, no hay una forma general, deben constar por escrito, suscritos por el funcionario que los dicta y la fecha en que este va surtir efectos.

El Artículo 2 de la Ley de lo Contencioso Administrativo establece que los expedientes administrativos deben formalizarse por escrito. Ya que es dentro de tal expediente en donde se materializa la voluntad del Estado mediante los actos administrativos. Así mismo, con base a lo indicado en este precepto y en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se establece que debe realizarse mediante procesos preestablecidos. La Corte de Constitucionalidad, en el expediente 1706-2008 se ha manifestado sosteniendo que “los derechos de audiencia y a un debido proceso (...) deben tener plena observancia en todo procedimiento en que se sancione, condene o afecten derechos de una persona; que su aplicación es imperativa en todo tipo de procedimientos, aun ante la administración pública y cualquier otra esfera de administración, siempre que por actos del poder o autoridad se afecten derechos de una persona”. Por lo tanto, debe garantizarse el principio de debido proceso en la emisión de un acto administrativo, el cual debe estar investido de celeridad, sencillez y eficaz.

3.2. Características de los actos administrativos

La doctrina no es uniforme en cuanto a establecer cuáles son las características del acto administrativo. No obstante, a continuación se desarrollan aquellas con las cuales, este puede ser distinguido de los actos jurídicos de derecho privado.



3.2.1. Presunción de legitimidad

El acto administrativo se presume legítimo al ser producto del ejercicio de la función pública otorgada al funcionario por medio de la competencia legal y por haber cumplido con el procedimiento y con todos los requisitos legales de fondo y de forma que establece la ley.

El Artículo 3 de la Ley de lo Contencioso Administrativo establece que las resoluciones administrativas serán emitidas por autoridad competente con cita de las normas legales o reglamentarias en que se fundamenta. Por lo que, al contener tal fundamentación, se supone que el acto administrativo es legítimo.

3.2.2. Ejecutividad

“Una vez que el acto administrativo es definitivo, porque cumple con todos los requisitos de fondo y de forma de conformidad con la ley, produce efectos jurídicos”⁶⁶. Y esto ocurrirá a partir de la notificación, la cual puede ser personal o por correo certificado de conformidad con el Artículo 3 de la Ley de lo Contencioso Administrativo. También puede ser mediante notificación electrónica, como lo indica el Artículo 33 del Código Tributario.

De conformidad con el Artículo 156 de la Constitución Política de la República de Guatemala, no procede la ejecución del acto administrativo si el funcionario público

⁶⁶ *Ibid.* Pág. 7



determina que hay una ilegalidad manifiesta o que implique la comisión de un delito.

3.2.3. Unilateralidad

El acto administrativo constituye una declaración unilateral de voluntad de la administración pública, pues no se requiere la voluntad del particular para que produzca efectos jurídicos.

3.2.4. Revocabilidad

Esta característica hace referencia a que existe la posibilidad de dejar sin efecto el acto administrativo. “La administración tiene dos caminos para revocar un acto: el que se sigue a través de la revocación propiamente dicha -revocación de oficio- y el que se da cuando un tercero impone un recurso de revocatoria”⁶⁷. La Ley de lo Contencioso Administrativo regula la revocatoria de oficio en el Artículo 6. Determina que, antes que las resoluciones hayan sido consentidas por los interesados, pueden ser revocadas por la autoridad que las haya dictado.

En el Artículo 7 de la ley citada, se establece el recurso de revocatoria, el cual es interpuesta por la persona que considera que el acto administrativo afecta sus derechos o intereses. En este caso, se está frente a un recurso de alzada. Debe interponerse ante la misma autoridad que dictó la resolución dentro de los cinco días siguientes a la

⁶⁷ Meza Duarte, Eric. *Op. Cit.* Pág. 254



notificación, y esta debe elevar las actuaciones al órgano superior, quien conocerá y resolverá lo que proceda. Es importante mencionar que, si el acto administrativo es dictado por una autoridad administrativa que no tienen superior jerárquico, procede el recurso de reposición. Esto de conformidad con el Artículo 9 de la Ley de lo Contencioso Administrativo.

3.2.5. Definitivo

“El acto administrativo aceptado o consentido por el interesado o aquel que se revisó a solicitud del afectado y que fue ratificado sin sufrir ninguna modificación o cuando el acto a pesar de ocasionar perjuicio al interesado nunca lo atacó por medio de recursos administrativos o de acciones judiciales, se considera como acto firme y por lo tanto definitivo”⁶⁸. El Artículo 5 de la Ley de lo Contencioso Administrativo establece que se tendrá por consentida una resolución cuando no sea impugnada dentro del plazo, es decir que no se interpuso revocatoria ni reposición dentro de los cinco días siguientes a la notificación. Puede darse el caso también que sí se interpuso el recurso correspondiente y la autoridad administrativa resolvió confirmando la resolución administrativa impugnada. Aun procede en la vía judicial, el proceso contencioso administrativo, pero si no se interpone dentro de los tres meses siguientes, la resolución será definitiva. Ello de conformidad con el Artículo 23 de la Ley de lo Contencioso Administrativo.

En relación a la definitividad del acto administrativo es importante referirse a la lesividad

⁶⁸ Godínez Bolaños, Rafael. **Op. Cit.** Pág. 6



de los actos de la administración pública. La lesividad del acto administrativo es una figura jurídica que se produce cuando un acto ya es definitivo, pero durante el proceso de ejecución del acto, produce efectos en contra del Estado (daños y perjuicios). Por lo tanto, de acuerdo al Artículo 20 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, procede plantear el proceso contencioso-administrativo.

3.3. Clasificación de los actos administrativos

Forsthoff, Meza Duarte y Godínez Bolaños establecen diversas clasificaciones de los actos administrativos. Tomando en consideración tales criterios, pueden ser:

- Según su contenido: imperativos, conformadores, declarativos y registrales.
- Por el órgano que los dicta: simples y complejos.
- Por el ámbito en donde producen sus efectos: internos y externos.
- Por la concurrencia de sus elementos: válidos o perfectos y viciados o imperfectos.
- Por la decisión que contiene: reglados y discrecionales.

3.3.1. Según su contenido

Los actos administrativos según el contenido pueden ser:

- “Imperativos: son emitidos por el órgano administrativo y establecen un mandato o una prohibición.



- **Conformadores:** estos actos administrativos crean, modifican o suprimen una situación o una relación jurídica concreta con los usuarios de la administración.
- **Declaratorios:** son aquellos que llevan implícitas declaraciones sobre determinadas personas o cosas, de las cuales dependen determinadas consecuencias jurídico-administrativas.
- **Registrales:** estos actos se limitan a consignar y acreditar que en los registros se encuentran asentadas determinadas circunstancias, bienes o información personal de los administrados”⁶⁹.

3.3.2. Por el órgano que los dicta

Godínez Bolaños indica que, según este criterio, los actos administrativos son:

- “**Simple:** cuando es emitido por un solo órgano o entidad de la administración pública.
- **Complejos:** el acto administrativo es producto de la decisión de dos o más órganos administrativos”⁷⁰.

3.3.3. Por el ámbito en donde produce sus efectos

Para Meza Duarte, esta clasificación atiende al alcance de la declaración de voluntad del órgano que lo emite:

⁶⁹ Meza Duarte, Eric. **Op. Cit.** Pág. 257

⁷⁰ **Op. Cit.** Pág. 12

- “Internos: son aquellos actos que se producen dentro de la esfera de la administración pública, entre esta y sus empleados y funcionarios o entre los diferentes órganos que la integran, sin afectar a los particulares.
- Externos: dentro de estos se encuadran aquellos actos que producen efectos trascendiendo de los límites de la administración afectando a terceros o particulares”⁷¹.

3.3.4. Por la concurrencia de sus elementos

Godínez Bolaños determina que depende si concurren o no sus elementos esenciales, pueden ser:

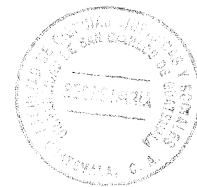
- “Validos o perfectos: son aquellos que contienen todos los elementos de fondo y de forma, ajustándose a derecho por lo que debe ser ejecutado.
- Viciados o imperfectos: actos que adolecen de algún defecto de fondo o de forma, susceptibles de ser revocados o impugnados”⁷².

3.3.5. Por la decisión que contiene

Dentro de esta clasificación se toma en consideración la decisión que contiene el acto administrativo y cómo está regulada dentro del ordenamiento jurídico:

⁷¹ Op. Cit. Pág. 267

⁷² Op. Cit. Pág. 13



- Reglados: también son conocidos como obligatorios o vinculados. Estos “constituyen la mera ejecución de la ley, en cuyo caso el precepto normativo señala precisamente la oportunidad, el modo y la forma que ha de revestir la actuación administrativa”⁷³. Esto quiere decir que la norma jurídica regula la manera de actuar de los órganos administrativos. Dicho de otra manera, la ley señala el procedimiento, los requisitos y el sentido de la resolución final, por lo que es de observancia obligatoria por parte del funcionario, quien no puede variar el sentido de la decisión contenida en la ley.
- Discrecionales: son aquellos actos dictados por el órgano administrativo en los cuales tiene mayor amplitud para actuar porque la norma jurídica establece únicamente parámetros generales de cómo debe ser el acto administrativo. “El acto discrecional se dicta de acuerdo a la oportunidad y conveniencia del Estado”.⁷⁴ Son actos que permiten al funcionario aplicar su criterio a la resolución, pues tiene libertad de decidir su actuación. Sin embargo, esto no implica que deben quedar al margen de todo control ya que “resulta inadmisibles aceptar la existencia de una actividad estatal marginada de los mecanismos de control y protección de los derechos garantizados por la Constitución Política de la República de Guatemala”⁷⁵. Tiene libertad restringida, pues en su actuar debe observar el principio de legalidad y juridicidad.

Las facultades discrecionales tienen su fundamento en la normativa jurídica vigente ya que el mismo ordenamiento jurídico fija los límites para reducir las posibilidades de arbitrariedad. Y es la finalidad como elemento del acto, el máximo límite de la

⁷³ Meza Duarte, Eric. **Op. Cit.** Pág. 263

⁷⁴ Ballbé, Manuel; Franch, Marta. **Op. Cit.** Pág. 194

⁷⁵ **Ibid.** Pág. 264



discrecionalidad toda vez que el fin debe ser siempre orientado a la satisfacción del interés público o social. Caso contrario, se estaría frente al exceso o desviación de poder.

3.4. Los actos discrecionales y la arbitrariedad

La Real Academia Española define lo arbitrario como “sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón”⁷⁶. Entonces, un acto será arbitrario cuando sea contrario a la razón, producto de la mera voluntad del funcionario público. A pesar de que los actos discrecionales no son, por naturaleza, arbitrarios, si son un medio que puede conducir a ella.

De esa cuenta, el funcionario puede actuar con arbitrariedad cuando incurre en abuso o desviación de poder. Lo primero sucede cuando el funcionario, sin tener competencia para actuar, emite una resolución o realiza actos sin estar facultado por la ley. Y habrá desviación de poder cuando, el órgano administrativo realiza una actividad para la cual, si tiene competencia, pero la realiza para un fin distinto al bien común. En ambos casos pretende evadir su responsabilidad aduciendo que actúa de conformidad con la ley porque se tratan de actos discrecionales.

Lo anterior no tiene justificación, independientemente del acto administrativo que dicte, está obligado a actuar con apego a la ley y a los principios generales del derecho evitando así caer en arbitrariedad. Caso contrario, sería un acto injusto, irrazonable e ilegal.

⁷⁶ Op. Cit.



3.5. El control de los actos administrativos

La Constitución Política de la República de Guatemala regula los distintos controles que deben aplicarse para evitar que las funciones de la administración sean ejercidas con extralimitación por los funcionarios públicos.

3.5.1. Control parlamentario o político

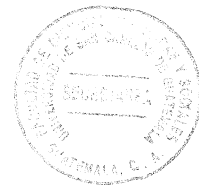
“Consiste en la aplicación de un conjunto de normas legales y procedimientos por los órganos constitucionalmente creados, sobre los actos de los funcionarios que tienen a su cargo la actividad de gobierno y de administración estatal”⁷⁷. Este es ejercido por el Congreso de la República, como por ejemplo en la interpelación a Ministros de Estado, existiendo así pesos y contra pesos entre los organismos de Estado.

3.5.2. Control administrativo

Es el control realizado por la propia administración sobre sus órganos. Consiste en la revisión del fundamento jurídico de los actos, resoluciones, acuerdos, reglamentos y contratos de la administración pública y del gobierno con la finalidad de evitar ilegalidades o suspender, corregir o anular aquellos que infringen las disposiciones legales.

El control interno está a cargo de los funcionarios superiores que revisan de oficio, en

⁷⁷ Godínez Bolaños, Rafael. **Marco político y jurídico de la administración pública de Guatemala, controles políticos y jurídicos.** Pág. 6



cumplimiento de su deber, los actos de sus subordinados. Mientras que el control externo es el realizado por una entidad distinta a la que se controla. Puede mencionarse el control de cuentas ejercido por la Contraloría General de Cuentas. El Artículo 232 de la Constitución Política de la República de Guatemala le atribuye la función de fiscalización y control externo de los ingresos, egresos y todo el interés hacendario de los organismos del Estado, así como de las entidades autónomas, descentralizadas y de cualquier persona que reciba o administre recursos del Estado.

El Artículo 1 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas determina que su objetivo fundamental es dirigir y ejecutar las acciones de control externo y financiero, así como velar por la transparencia de la gestión de las entidades del Estado que manejen fondos públicos.

3.5.3. Control jurisdiccional

Es el realizado por órganos judiciales en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. “En Guatemala, ese control se materializa a través del proceso contencioso-administrativo mediante el planteamiento de una acción de los particulares afectados por una decisión administrativa o bien por la propia administración cuando una resolución o acto de ella misma ha sido declarada lesiva a los intereses del Estado”⁷⁸. Para el efecto, es competente el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, el cual se integra en Salas que conocen en única instancia. La Constitución Política de la República de Guatemala, en el

⁷⁸ Meza Duarte, Eric. **Op. Cit.** Pág. 304



Artículo 221 ha establecido como función de los mismos, ser contralor de la juridicidad de la administración pública. Es decir que, en caso de surgir una controversia por actos o resoluciones de la administración o contratos y concesiones administrativas, este debe examinar la juridicidad contenida en los mismos, pudiéndola revocar, confirmar o modificar si es ilegal o no está resuelta conforme a los principios generales del derecho.

La Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado dentro del expediente 219-00, sobre “el principio de control jurídico de los actos de la administración, de manera que sus resoluciones directas o de sus entidades, pueden ser revisadas a fin de evitar a los gobernados la lesión de sus derechos fundamentales y legales”. Es importante mencionar que para acudir a la vía jurisdiccional es indispensable agotar la vía administrativa. La resolución que pone fin al procedimiento administrativo debe haber causado estado, es decir, cuando ya no sea susceptible de impugnaciones en esa vía.

Así mismo, el Artículo 18 de la Ley de lo Contencioso Administrativo regula que su planteamiento carece de efectos suspensivos, salvo en casos excepcionales. De esa manera, el acto administrativo debe ser ejecutado, caso contrario la administración pública sería constantemente obstaculizada en el desarrollo de sus funciones y por ende, en la realización de sus fines, por la interposición de recursos por el administrado.



CAPÍTULO IV

4. Los contratos administrativos

El Estado tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades colectivas, para ello realiza la función administrativa por medio de los servidores públicos mediante actos administrativos. Pero, “junto a los procedimientos de acción unilateral de que dispone la administración, esta puede utilizar procedimientos consensuales”⁷⁹. Es decir, que para cumplir su cometido también es necesaria la celebración de contratos con los administrados.

El Código Civil establece en el Artículo 1517 que “hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”. En principio esto rige para el derecho privado, es decir, para las relaciones entre particulares. Diversos autores han establecido que la administración pública no celebra contratos, solamente actos administrativos al emitir decisiones unilaterales. No obstante, otra corriente ha determinado que esta sí puede contratar, por lo que se admite la existencia de contratos administrativos.

“La contratación administrativa posee, como característica especial, el hecho de que su régimen jurídico se halla regulado por normas jurídicas de derecho público, que establecen requisitos de forma, así como solemnidades especiales para su celebración,

⁷⁹ Vedel, Georges. **Derecho administrativo**. Pág. 186



modificación o extinción. Estas leyes administrativas definen los procedimientos para formalizar la contratación administrativa”⁸⁰. En Guatemala, la contratación administrativa se rige por la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 57-92 del Congreso de la República y su respectivo Reglamento, Acuerdo Gubernativo 122-2016.

Godínez Bolaños califican la naturaleza jurídica de los contratos administrativos como un acto mixto, “porque tiene una fase unilateral o reglamentaria que le da nacimiento, en donde el Estado impone su voluntad y condiciones para que los particulares las acepten y concurren a celebrar el contrato; y una segunda fase bilateral o meramente contractual, en donde ya ocurre el acuerdo de voluntades entre el Estado y su co-contratante”⁸¹. Tal como se verá más adelante, un acto unilateral es la elaboración de las bases en el proceso de licitación, contemplado en el Artículo 18 de la Ley de Contrataciones del Estado. Y, la fase bilateral se cumple al realizar la adjudicación del negocio y contratación, establecido en el Artículo 33 de la ley citada.

Marco Morales Tobar define los contratos administrativos como la “declaración multilateral de voluntad, en la que una de las partes está en ejercicio de la función administrativa, cuyas relaciones jurídicas de modo esencial se regulan por el derecho administrativo”⁸². Los elementos que sobresalen son la declaración multilateral de voluntad, dejando de lado la tesis que rechaza la existencia de contratos administrativos. Así mismo, la regulación específica, que corresponde al derecho administrativo.

⁸⁰ Ballbé, Manuel; Franch, Marta. **Op. Cit.** Pág. 436

⁸¹ Godínez Bolaños, Rafael. **Los contratos administrativos.** Pág. 1

⁸² **Análisis y actualidad del derecho administrativo.** Pág. 144



Meza Duarte citando a Héctor Escola, define los contratos administrativos como “aquellos contratos celebrados por la administración pública con una finalidad de interés público y en los cuales, por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes del derecho privado o que coloquen al co-contratante de la administración pública en una situación de subordinación respecto de esta”⁸³. Este autor incluye como característica la finalidad y las cláusulas exorbitantes del derecho privado.

De conformidad con las definiciones señaladas, contrato administrativo es la declaración bilateral de voluntad, el cual es celebrado por la administración pública con el co-contratante, rigiéndose por normas de derecho público, pudiendo existir cláusulas exorbitantes de derecho privado, para alcanzar los fines del Estado.

4.1. Elementos del contrato administrativo

Entre los elementos que debe contener todo contrato administrativo son: el sujeto, la voluntad, el contenido, la finalidad y, la forma y el procedimiento.

4.1.1. Sujeto

Elemento esencial de la contratación administrativa. Deben concurrir por los menos dos sujetos, de entre los cuales uno debe ser un ente administrativo, es decir, un órgano de la administración pública. Este debe actuar en el ejercicio de la función administrativa y

⁸³ Op. Cit. Pág. 426



puede ser de cualquiera de los organismos del Estado o de sus entidades descentralizadas o autónomas.

La otra parte contractual (co-contratante) puede ser toda persona jurídica individual o colectiva, privada o pública, nacional o internacional. El Artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado regula que tiene por objeto normar las compras, ventas y contrataciones que realicen los organismos del Estado y las entidades descentralizadas y autónomas.

4.1.2. Voluntad

Esto hace referencia al consentimiento que deben brindar las partes, es decir, la administración pública y el co-contratante. Deben manifestar su voluntad de manera expresa. Es importante resaltar que la formación y expresión de voluntad de la administración está jurídicamente normada, es decir, que deben seguir los procedimientos establecidos en la legislación, de lo contrario el contrato estaría viciado afectando su validez y eficacia.

4.1.3. Contenido

“El contenido del contrato administrativo debe referirse a hechos lícitos, ciertos y determinados, relacionados con la gestión patrimonial del Estado”⁸⁴. En ese sentido,

⁸⁴ Godínez Bolaños, Rafael. **Op. Cit.**



puede contener un contrato de compra de bienes, suministro de materiales o servicios, ejecución de obras, prestación de servicios técnicos o profesionales, entre otros.

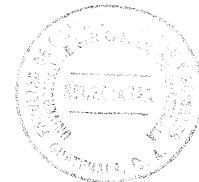
4.1.4. Finalidad

La finalidad de los contratos administrativos está orientada a alcanzar el bien común. Al realizarse la celebración del contrato, puede buscar la satisfacción del interés público, social o económico. Si beneficiará a toda la población en general, su fin es alcanzar el interés público. Si tiene por objeto la satisfacción del interés social, favorecerá a un grupo determinado de la población, ya sea en el ámbito educativo, salud, entre otros. Por último, su fin va ser la satisfacción del interés económico cuando, a través de la celebración del contrato, el Estado obtenga ganancias y de esa forma aumentar sus recursos.

4.1.5. La forma y el procedimiento

“Toda la actividad jurídica de la administración pública es formal, pues la manifestación de su voluntad debe hacerse de manera precisa e inequívoca”⁸⁵. Por tal razón, los contratos deben constar de forma escrita. Aunado a ello, la contratación debe realizarse a través del procedimiento previsto en la ley para el efecto. El incumplimiento de las normas que lo regulan tiene como consecuencia la nulidad del contrato si este se llega a celebrar. El Artículo 39 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que los contratos deben fraccionarse en papel membretado de la dependencia o en papel simple

⁸⁵ Ballbé, Manuel; Franch, Marta. **Op. Cit.** Pág. 441



con el sello de la misma. Y, cuando sea susceptible de inscribirse en los registros, debe constar en escritura pública. Así mismo, cualquier persona puede presentar inconformidades por cualquier acto que contravenga los procedimientos regulados en la ley. Esto de conformidad con el Artículo 35 de la Ley de Contrataciones del Estado.

4.2. Características de la contratación administrativa

Es importante hacer referencias a los criterios para distinguir los contratos administrativos de los contratos de derecho privado. Entre ellos se tienen los siguientes:

4.2.1. Preferencia del Estado

Derivado del poder público de que está investida la administración pública, esta tiene la facultad de imponer las condiciones bajo las cuales se va a contratar, a lo que el co-contratante únicamente le queda la opción de aceptar o rechazar el contrato. Así mismo, tienen el poder de control y dirección, actuando como supervisor desde el inicio de la contratación y ejecución hasta su finalización. Todo ello con el objeto de alcanzar el fin previsto. Además, se le inviste de otros poderes, como el de suspensión del contrato por incumplimiento del co-contratante; poder de rescisión cuyo propósito es dar por finalizado un contrato con responsabilidad para el contratista, por su incumplimiento y poder de modificación unilateral del contrato. Esto de acuerdo a lo indicado en los Artículos 18, 30 y 37 de la Ley de Contrataciones del Estado.



4.2.2. Acatamiento de la cláusula exorbitante

Esto hace referencia a que se le confieren prerrogativas especiales a la administración, las cuales no aparecen o no son válidas en los contratos de derecho común. Esto se hace debido al bien jurídico que se tutela, que es el interés general sobre el particular.

4.2.3. Principios especiales

Uno de los elementos de los contratos administrativos es la finalidad, la cual consiste en la satisfacción de intereses públicos, sociales o económicos. Para alcanzar la misma, deben respetarse y aplicarse, en su formación, interpretación y ejecución, ciertos principios característico de la contratación administrativa.

4.2.4. Jurisdicción especial

El Artículo 103 de la Ley de Contrataciones del Estado, determina que las controversias derivadas del cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos administrativos se someten al conocimiento y jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso-administrativo o a la jurisdicción arbitral mediante cláusula compromisoria o convenio arbitral.

4.3. Principios de la contratación administrativa

Como se manifestó en el apartado anterior, la contratación administrativa cuenta con



principios propios que, al aplicarlos, inciden en que el contrato sea más efectivo.

4.3.1. Principio de ley entre las partes y aplicación subsidiaria del derecho civil

Mediante este principio se establece que el consentimiento prestado en el contrato es ley para las partes. “Su aplicación será más intensa en la medida que el régimen jurídico-administrativo tenga un menor grado de desarrollo”⁸⁶. Es importante mencionar también que la aplicación del derecho civil va a disminuir en cuanto sea más amplia la regulación del contrato en el régimen jurídico-administrativo.

4.3.2. Principio del interés público o bien común

En todos los contratos celebrados por la administración pública, debe tenerse como fin alcanzar bien común como fin supremo del Estado. Esto se puede lograr mediante la satisfacción del interés público, social o económico.

4.3.3. Principio de publicidad del contrato administrativo

Este principio debe estar presente en todo proceso de contratación administrativa, pues a través de él pueden realizarse diversos mecanismos de control o fiscalización del actuar de los servidores públicos que contratan en nombre del Estado. Dentro de la legislación guatemalteca, esto se encuentra regulado en el Artículo 4 Bis de la Ley de Contrataciones

⁸⁶ Meza Duarte, Eric. **Op. Cit.** Pág. 442



del Estado. En este se establece que “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”. Todos los entes administrativos que contraten en nombre del Estado deben publicar toda la información relativa a todas las fases del proceso de adquisición pública y su consulta es pública, irrestricta y gratuita.

4.4. Clases de contratos administrativos

Dentro de la legislación guatemalteca no se encuentra una clasificación precisa de los contratos administrativos, es la doctrina la que los ha distinguido con base a diferentes criterios, entre ellos el objeto, la forma de pago y la calidad de los contratantes. A continuación, se describen algunos, cuya celebración es más frecuente.

4.4.1. Contrato de obra pública

Son contratos administrativos celebrados por la administración pública que tienen por objeto la construcción, modificación, mantenimiento o reconstrucción de una obra pública como carreteras, puentes, escuelas, etc.; a cambio del pago del precio al contratista. Este se puede encuadrar en los Artículo 19 y 20 de la Ley de Contrataciones del Estado. Regula que las bases de la licitación deben contener lugar y forma donde será ejecutada la obra, así como que las especificaciones generales, técnicas, disposiciones especiales y planos de construcción sean congruentes. Por último, el Artículo 67 de la ley citada, determina que se debe prestar garantía para responder por la conservación de la obra.



4.4.2. Contrato de suministros

A través de estos contratos, la administración obtiene la provisión o compra de bienes muebles por una vez o en forma periódica. Puede encuadrarse también en el Artículo 19 de la Ley de Contrataciones del Estado, que regula que las bases deben contener lugar y forma en donde serán entregados los bienes. De igual forma, el Artículo 67 indica que, tratándose de bienes y suministros deberá otorgarse garantía de calidad y/o funcionamiento.

4.4.3. Contrato de concesión de servicios públicos

Por medio de este contrato administrativo, el co-contratante se compromete con el Estado o una entidad pública a prestar un servicio público, según las condiciones establecidas por la misma, otorgándole ciertas facultades con el objeto que preste el servicio de forma adecuada. El mismo es temporal y lo proporciona bajo vigilancia y control de la administración concedente. El Artículo 95 de la Ley de Contrataciones del Estado regula la potestad del Estado de otorgar por concesión a los particulares que construyan, mejoren, adicionen, conserven, restauren y administren un servicio público bajo control de la entidad concedente.

4.4.4. Contrato de servicios técnicos o profesionales

Los profesionales o técnicos se obligan a prestar al Estado o sus entidades públicas, sus servicios de asesoría o consultoría, durante determinado plazo y en determinado asunto.



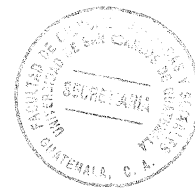
A cambio, el co-contratante recibe honorarios y no tiene derecho a ninguna prestación adicional debido a que hay inexistencia de relación de dependencia, es decir, que este no asume la condición de servidor público. Este contrato se encuentra preceptuado en el Artículo 44 literal e) de la Ley de Contrataciones del Estado. Determina que pueden realizarse de manera directa, la contratación de servicios técnicos y profesionales individuales en general.

4.4.5. Contrato de servicios a entidades públicas

Mediante este contrato, el contratista se obliga a prestar servicios específicos a la administración pública, tales como proveer el servicio de mantenimiento de maquinaria, equipo, vigilancia, alimentación, etc. Este contrato puede celebrarse de manera directa por el órgano de la administración pública, tal como lo indica el Artículo 44 literal e) de la Ley de Contrataciones del Estado.

4.5. Procedimientos de contratación

La ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala y su reglamento, regula los procedimientos de contratación para la adquisición de bienes, suministros, servicios, entre otros. Esta es de observancia obligatoria para los organismos del Estado, municipalidades, entidades descentralizadas y autónomas.



4.5.1. Compra de baja cuantía

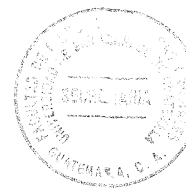
Es una modalidad de contratación que consiste en la adquisición directa de bienes, suministros, obras y servicios, cuando no proceda otro procedimiento de adquisición señalado en la ley, siempre que el monto no exceda de Q 25,000.00. Se encuentra regulada como una modalidad específica en el Artículo 43 literal a) de la Ley de Contrataciones del Estado.

4.5.2. Compra directa

Es una modalidad específica de contratación, contemplada en el Artículo 43 literal b) de la Ley de Contrataciones del Estado, que consiste en la adquisición de bienes, suministros, obras y servicios a través de una oferta electrónica en el sistema GUATECOMPRAS, prescindiendo de los procedimientos de licitación o cotización, cuando la adquisición sea por montos mayores a Q 25,000.00 y que no supere los Q90,000.00.

4.5.3. Contrato abierto

A través de este contrato, el Ministerio de Finanzas Públicas, previa calificación y adjudicación a través de concurso público, selecciona proveedores de bienes, suministros y servicios de uso general y constante con los cuales celebra el contrato abierto. De esa forma, permite que cualquier dependencia administrativa pueda adquirir directamente del proveedor contratado sin necesidad de realizar el procedimiento



establecido de licitación o cotización. Su fundamento y procedimiento se encuentra regulado en los Artículos 46 y 47 de la Ley de Contrataciones del Estado.

4.5.4. Subasta electrónica inversa

Esta es una nueva modalidad de contratación administrativa adoptada por Guatemala. Se establece en el Artículo 54 Bis de la Ley de Contrataciones del Estado. Es operada en el sistema GUAATECOMPRAS. Los postores habilitados realizan las pujas en forma pública, electrónica y en tiempo real durante un plazo preestablecido. Todo con es con base a un precio de referencia dado a conocer públicamente previo al evento, el cual sirve como techo de partida para el proceso. Las posturas durante la puja no podrán ser superiores al precio de referencia y se aceptan solo posturas con precios menores a la anterior. Finalmente, la adjudicación se hace al postor con el precio más bajo obtenido durante el proceso.

4.5.5. Cotización

Este mecanismo de contratación administrativa consiste en adquirir, mediante un concurso público bienes, obras, suministros o servicios cuando su precio exceda de Q.90,000.00 y no sobrepase de Q.900,000.00. Ello se realiza a través de GUAATECOMPRAS, de conformidad con el Artículo 38 de la Ley de Contrataciones del Estado. Este sistema requiere que se designe a la junta de cotización, que elaboren y aprueben las bases y reciban las ofertas de los proveedores habilitados para su posterior

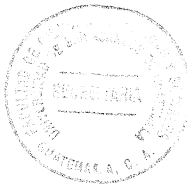


calificación, adjudicación y suscripción del contrato, previa aprobación de la autoridad superior.

4.5.6. Licitación pública

La Ley de Contrataciones del Estado en el Artículo 17 regula que se va a realizar este procedimiento cuando el monto de los bienes, suministros y otras, exceda de Q.900,000.00, caso contrario, se sujetará a los requisitos de cotización o a los de compra directa, conforme lo establece la ley y su reglamento.

Este procedimiento cobra trascendencia debido al monto establecido para su celebración. Es de los más utilizados por la administración pública principalmente para la adjudicación de contratos de ejecución de obras, prestación de servicios y concesión de servicios públicos. Será objeto de análisis en el siguiente capítulo, pero de manera general puede establecerse que su finalidad es determinar la persona o proveedor que ofrece condiciones más ventajosas para la formalización del contrato.



CAPÍTULO V

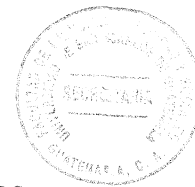
5. La licitación pública en la legislación guatemalteca

La licitación pública es el “procedimiento contractual que obliga a la organización pública a formular invitaciones a quienes puedan estar interesados en presentar propuestas o proformas, sujetándose a las bases establecidas en el pliego de condiciones o bases de licitación, en el entendido de que las propuestas o proformas que se presenten serán objeto de selección y aceptación -adjudicación- de acuerdo con los intereses públicos”⁸⁷. Conlleva entonces una invitación a los oferentes para que presenten sus propuestas con base a las condiciones establecidas por el órgano administrativo. De ahí, debe seleccionarse y adjudicarse el contrato con quien presente la mejor propuesta para los intereses del Estado.

De acuerdo a lo regulado en el Artículo 17 de la Ley de Contrataciones del Estado, puede definirse como el procedimiento de contratación administrativa, para adquirir bienes, suministros o ejecución de obras cuyo monto exceda de Q.900,000.00, cumpliendo con los requisitos y formalidades que establece la ley.

Este procedimiento comprende una convocatoria pública y la petición de ofertas no obliga adjudicar el contrato al proveedor que haya ofrezca el precio más bajo. Para hacer su elección, la administración debe tener en cuenta diversos factores y contratar la oferta

⁸⁷ Castillo González, Jorge Mario. *Op. Cit.* Pág. 268



que satisfaga sus intereses, excluyendo, en todo caso cualquier favoritismo a los oferentes.

5.1. Principios de la licitación pública

Sin perjuicio de aplicar los principios generales del derecho, principios del derecho administrativo y de los contratos administrativos en general, el tratadista Marienhoff establece que el proceso de licitación pública se halla regida por tres principios esenciales o fundamentales. Estos son: “competencia entre los oferentes, igualdad entre los oferentes y publicidad del evento”⁸⁸.

5.1.1. Principio de competencia entre los oferentes

Mediante este principio se establece que debe adjudicarse la oferta que proponga las mejores condiciones lo cual, no implica el precio más bajo, sino que se ajuste a la satisfacción de necesidades públicas, sociales o económicas del Estado y sea más conveniente para el mismo. Dentro de la Ley de Contrataciones del Estado, este principio se encuentra en los Artículos 19, 24 y 33. Pues las bases deben contener todas las condiciones del contrato, a efecto que varios proveedores presenten sus ofertas el día señalado para la recepción de las plicas. Posteriormente, se adjudica al proveedor que haya hecho la proposición más conveniente para los intereses del Estado.

⁸⁸ Op. Cit. Pág. 72



5.1.2. Principio de igualdad entre los oferentes

Este principio tiene la finalidad de eliminar cualquier tipo de preferencia, otorgando iguales oportunidades y condiciones a los oferentes y, por ende, evitar que se generen inconformidades o impugnaciones posteriores. Se encuentra plasmado en el Artículo 20 de la Ley de Contrataciones del Estado, la que determina que la entidad licitante no debe fijar especificaciones técnicas o disposiciones especiales que hagan referencia a marcas, nombres comerciales, productores o proveedores. Pues todos los proveedores deben tener igualdad de oportunidades para presentar sus ofertas y participar en el concurso.

5.1.3. Principio de publicidad del evento

Mediante este principio se busca la transparencia dentro de todo el proceso de licitación. Además, cualquier persona interesada debe tener acceso a la información que se derive del mismo. En Guatemala se realiza a través del sistema GUAATECOMPRAS. Conforme a lo indicado en el Artículo 4 Bis de la Ley de Contrataciones del Estado, en él debe publicarse toda la información relativa a todas las fases del proceso de adquisición pública.

5.2. Procedimiento de licitación pública

Este procedimiento se encuentra regulado en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. Todas las actuaciones deben constar por escrito y debe observarse



estrictamente cada una de las fases. De esa forma se evitará que posteriormente pueda ser declarada la lesividad del contrato administrativo.

5.2.1. Programación de las negociaciones

Tal como lo establece el Artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado, las entidades públicas, antes del inicio del ejercicio fiscal, deben programar las compras, suministros y contrataciones que tengan que hacerse durante el mismo.

5.2.2. Elaboración de las bases

Estas son creadas por la entidad contratante y establecen los requisitos que deben cumplirse durante todo el proceso de contratación. "Las bases de licitación deben tener un contenido mínimo y son fundamentales en el proceso de contratación porque contemplan las condiciones establecidas unilateralmente por la administración para participar en la licitación y quien no cumpla las mismas queda descalificado"⁸⁹. Según lo preceptuado en el Artículo 19 de la Ley de Contrataciones del Estado, debe contener como mínimo:

- a. Condiciones que deben reunir los oferentes
- b. Características generales y específicas, cuando se trate de bienes o servicios
- c. Lugar y forma de ejecución de la obra

⁸⁹ Meza Duarte, Eric. **Op. Cit.** Pág. 436

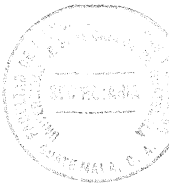


- d. Listado de documentos que debe contener la plica
- e. La constitución de garantía
- f. Forma de pago
- g. Lugar, dirección, fecha y hora en que se efectuara la presentación, recepción y apertura de plicas
- h. Declaración jurada que el oferente no es deudor moroso del Estado
- i. Forma de integración de precios unitarios
- j. Criterios que deberán seguir la junta de licitación para calificar las ofertas recibidas
- k. Indicación de los requisitos que se consideran fundamentales
- l. Modelo de oferta y proyecto del contrato

De conformidad con el Artículo 21 de la Ley de Contrataciones del Estado y Artículo 15 del Reglamento, las bases de licitación deben ser aprobados por la autoridad administrativa superior de la dependencia. Previo a ello, se requieren dictámenes de carácter presupuestario y técnico que justifique que la contratación está orientada a satisfacer las necesidades de la entidad. Además, todos los documentos de contratación que formen parte de las bases deben publicarse en GUATECOMPRAS o hacerse públicos a través de otros medios, de donde las personas interesadas pueden obtenerlas. Para ello deben estar debidamente inscritos en el Registro de Proveedores del Estado, adscrito al Ministerio de Finanzas Públicas.

5.2.3. Convocatoria de licitar

Esta convocatoria se realiza mediante publicación en el Sistema de Información de



Contrataciones y Adquisiciones del Estado -GUATECOMPRAS-, y una vez en el diario oficial. El Artículo 23 de la Ley de Contrataciones del Estado determina que el plazo que debe mediar entre ambas publicaciones no puede ser mayor de cinco días calendario. Así mismo, entre la publicación en GUATECOMPRAS y el día fijado para la presentación y recepción de ofertas deben transcurrir por lo menos cuarenta días calendario.

5.2.4. Nombramiento e integración de la junta de licitación

Posteriormente a la convocatoria, la autoridad competente de la entidad contratante debe proceder a realizar el nombramiento de los integrantes de la junta de licitación, tal como lo establece el Artículo 11 de la ley mencionada. De conformidad con el Artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado, la junta de licitación es el único órgano competente para recibir, calificar ofertas y adjudicar el negocio. Está integrada por servidores públicos, siendo tres miembros titulares y dos suplentes.

La junta de licitación actúa en forma colegiada y es autónoma en sus decisiones. Además, no existe jerarquía entre sus miembros, gozan de las mismas facultades y están sujetos a iguales obligaciones. Tienen responsabilidad solidaria, salvo que hubieren razonado su voto.

5.2.5. Autoridad responsable del nombramiento

Los miembros titulares y suplentes de las juntas de licitación son nombrados por la autoridad superior de la entidad administrativa contratante. Tomando en consideración el



monto aplicable para la licitación pública y lo preceptuado en el Artículo 9 de la Ley de Contrataciones del Estado, se entenderán por autoridades superiores las siguientes:

- a. Para el Organismo Legislativo: la Junta Directiva
- b. Para el Organismo Judicial: la Corte Suprema de Justicia
- c. Para la Corte de Constitucionalidad y el Tribunal Supremo Electoral: el Pleno de la Corte de Constitucionalidad o del Tribunal Supremo Electoral, en su caso.
- d. Para el Organismo Ejecutivo:
 - Para la Presidencia y Vicepresidencia de la República y dependencias adscritas: el Presidente y el Vicepresidente de la República, respectivamente deberán designar en forma permanente y por plazo indefinido a los funcionarios que desempeñen como autoridad superior.
 - Para los Ministerios y Secretarías de la Presidencia de la República: el Ministro del ramo o el Secretario correspondiente.
 - Para otras dependencias o entidades de la Administración Central no adscritas a otro Despacho: el funcionario u órgano colegiado jerárquicamente superior responsable de la entidad.
- e. Para las entidades estatales con personalidad jurídica, descentralizadas y autónomas: la Junta Directiva, autoridad máxima o quien ejerza las funciones de ellas.
- f. Para las municipalidades y sus empresas: el Concejo Municipal
- g. Para las entidades o empresas cuyo capital mayoritariamente esté conformado con aportaciones del Estado; las Organizaciones No Gubernamentales o entidades sin fines de lucro que reciban, administren o ejecuten fondos públicos: el órgano o



h. autoridad superior de la entidad de que se trate, conforme su estructura orgánica.

No obstante, pueden delegar la suscripción de los contratos en funcionarios o personeros de la entidad contratante. Así mismo, en los casos no previstos, se entenderá como autoridad superior la que se establezca en el contrato, convenio, reglamento orgánico interno o las que correspondan de acuerdo con la organización funcional interna de la entidad de que se trate.

5.2.6. Acreditación de idoneidad de los integrantes de las juntas de licitación

El Artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado determina que para integrar una junta de licitación, la autoridad superior debe nombrar servidores públicos idóneos de la entidad contratante. Salvo que la misma no cuente con personal idóneo, podrá nombrar a servidores públicos de otras dependencias del Estado.

Es importante hacer la interrogante ¿cuándo un servidor público es considerado idóneo para ser miembro de una junta de licitación? El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en su Artículo 12 regula que “se entenderá por idoneidad, la reunión de las condiciones necesarias para desempeñar una función o puesto, lo cual se acredita con los documentos que hagan constar que el servidor público tiene experiencia, conocimiento técnico o profesional que corresponda”.

Es así como la legislación únicamente hace referencia que los miembros de la junta deben acreditar contar con experiencia o conocimiento suficiente en los ámbitos legal,



financiero o técnico del negocio a adjudicar para ser consideradas idóneas. Como ya se estableció anteriormente, el servidor público será idóneo cuando cumpla con las condiciones o requisitos adecuados para realizar la función que se le encomiende.

La Corte de Constitucionalidad, dentro del expediente 2143-2014 ha señalado que “al respecto, debe tomarse en consideración que la norma constitucional impone a quienes deseen optar a un cargo público que reúnan los méritos de capacidad, idoneidad y honradez; siendo evidente que debe establecerse un sistema para determinar si concurren o no esas calidades y capacidades en los participantes para optar a los puestos públicos para los que se realicen las convocatorias respectivas. De esa cuenta es necesario contar con un mecanismo que permita evaluar a los candidatos que reúnen los requisitos constitucionales”. Es decir, que los candidatos a ser parte de una junta de licitación deben poseer las aptitudes suficientes y necesarias del negocio a adjudicar para que de esa forma se realice un proceso transparente conforme a los intereses del Estado.

Sigue manifestando que “para determinar la idoneidad y capacidad de una persona debe realizarse una evaluación de los méritos y calidades que posee, para decidir si efectivamente cuenta con las aptitudes que se requieren para un puesto”. Para el efecto, la autoridad competente de la entidad contratante, previo a realizar el nombramiento respectivo, debe solicitar a la unidad de Recursos Humanos o de Personal de la misma, el historial laboral de los servidores públicos.

En ese orden de ideas, es fundamental que la autoridad competente determine también la forma de ingreso del servidor público a la administración; que la elección,



nombramiento o contratación haya sido conforme a la ley y que este haya optado al cargo o empleo habiendo reunido los requisitos y calidades de mérito de idoneidad, capacidad y honradez. Es decir, que tenga aptitud para ejercer su función, así como capacidad legal para ejercerla. Pues la persona que tiene capacidad para un determinado cargo podrá ser la idónea, si además cumple con otros aspectos que sean necesarios para su selección.

Es en las bases de contratación donde debe indicarse el perfil de los miembros titulares y suplentes que deben integrar la junta de licitación. Y es con base a dicho perfil en donde la autoridad superior debe realizar la ponderación correspondiente de los aspectos para determinar si el servidor público es idóneo para integrar la junta. La Corte de Constitucionalidad ha determinado que será idóneo si cuenta con aptitud o talento, el cual puede incrementarse con la formación que se va adquiriendo a lo largo del tiempo, es decir, a través de la experiencia, así como formación académica o ejercicio profesional.

En ese sentido, el Artículo 12 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado regula que la autoridad superior, en caso lo considere necesario, podrá anexar a la resolución los documentos que considere necesario para demostrar que el servidor público conoce o tiene experiencia en los ámbitos legal, financiero y técnico del negocio a adjudicar. Según criterio de la Corte de Constitucionalidad, es el examen de todo lo aportado tanto por el servidor público como la unidad de Recursos Humanos durante el proceso de selección lo que permitirá establecer si los participantes efectivamente gozan de aquellas características. Sin embargo, esto se convierte en una facultad, puesto que



el mismo no está obligado a solicitarlo y adjuntarlo al expediente. Únicamente lo hace constar en el acta respectiva.

Con lo anterior puede determinarse que el nombramiento de los integrantes de las juntas de licitación constituye un acto administrativo discrecional por parte de la autoridad administrativa superior de la entidad contratante. Esto porque se está frente a un acto unilateral de un órgano administrativo competente. Este cumple una doble función: es el encargo nombrar a los servidores públicos que formarán la junta de licitación y es el encargado de verificar que los mismos sean idóneos.

Si bien es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento establecen parámetros dentro de los cuales la autoridad superior de las entidades administrativas debe elegir y nombrar a los integrantes de juntas de licitación, esto no siempre se cumple. La autoridad superior, al actuar de forma discrecional, actúa de forma arbitraria, nombrando a personas que, si bien son servidores públicos de la institución, no cumplen con los parámetros de idoneidad. Es así como juntas de licitación están integradas por personal que, al momento de calificar las ofertas, atenderá no al interés del pueblo, sino en interés propio y, en el mayor de los casos, en beneficio de la autoridad administrativa superior.

5.2.7. Presentación de ofertas

Las ofertas y demás documentos de licitación deben entregarse a la junta de licitación en el lugar, dirección, fecha y hora señalados en las bases. Para el efecto, el Artículo 8 del



Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado determina que la plica debe contener como mínimo, entre otros, los siguientes documentos:

- a. La oferta firmada por el oferente o su representante legal, cuando aplique.
- b. Declaraciones juradas contempladas en la ley
- c. Las garantías fijadas
- d. Constancia de inscripción en el Registro General de Adquisiciones del Estado
- e. Programa preliminar de inversión y ejecución de los trabajos
- f. Cantidad estimada de trabajo
- g. Análisis detallado de la integración de costos de todos y cada uno de los precios unitarios
- h. Otros documentos legales adicionales

Los miembros de la junta de licitación son los responsables de no admitir ofertas con condiciones que modifiquen o tergiversen las bases de contratación previamente establecidas. Así mismo, debe asegurarse de recibir una oferta por cada persona individual o jurídica, nacional o extranjera. Si determinan la existencia de colusión entre oferentes, deben rechazar las ofertas estando obligados a realizar la denuncia a las autoridades correspondientes.

5.2.8. Apertura de plicas y calificación de ofertas

Establece el Artículo 24 de la Ley de Contrataciones del Estado que la junta de licitación, previo a la apertura de plicas, debe dar un tiempo de espera de treinta minutos de la hora

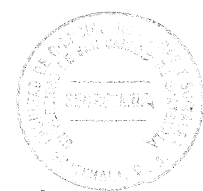


señalada para la recepción. Transcurrido el mismo, no puede aceptar más debiendo proceder al acto público de apertura de plicas. Acto seguido dará lectura al precio total de cada oferta, haciendo constar todo lo actuado en acta. En la misma debe consignar el monto de cada oferta y, si se tratare de contratos de obra, debe calcular el costo total oficial estimado que servirá de base para fijar la franja de fluctuación, dándolo a conocer de forma inmediata a los oferentes.

El Artículo 28 de la Ley de Contrataciones del Estado y el Artículo 19 de su Reglamento, establecen que la junta de licitación debe calificar las ofertas con el fin de determinar que estos cumplan con los requisitos establecidos en las bases de licitación.

Para determinar cuál es la oferta más conveniente y favorable para los intereses del Estado, la junta de licitación debe tomar en cuenta los siguientes criterios: calidad, precio, tiempo, características y demás condiciones que se fijan en las bases. En todo caso, los criterios de calificación o evaluación definidos en las bases deben ser objetivos y cuantificables. Si la oferta no se ajusta los requisitos fundamentales establecidos en las bases o el precio o calidad sea contrario a los intereses del Estado, debe proceder conforme lo manda el Artículo 30 de la ley citada, es decir, debe rechazar la oferta. Si se tratare de requisitos no fundamentales los oferentes pueden satisfacerlos en la misma oferta o dentro del plazo que fije la junta.

Es importante mencionar que esto constituye un acto discrecional por parte de la junta de licitación. Pues la Ley de Contrataciones del Estado únicamente establece ciertos parámetros o criterios que deben ser considerados al calificar las ofertas, pero depende



de la junta la ponderación que le asignará a cada oferta. Y es este uno de los pasos más importantes realizados por la junta de licitación, derivado que de la calificación que realicen va a depender a qué oferente se le adjudique el contrato. Es por tal razón, que es imprescindible que este proceso se realice por servidores públicos idóneos en los ámbitos legal, financiero y técnico del negocio a adjudicar. De esa manera se tendrá la certeza que se adjudicará la oferta que sea más conveniente a los intereses del Estado.

5.2.9. Adjudicación

La junta de licitación debe emitir el acta de adjudicación dentro del plazo señalado en las bases. En caso de no haberse establecido el mismo, debe ser cinco días hábiles, contados a partir del día señalado para la recepción y apertura de ofertas, prorrogables hasta un máximo de diez días hábiles adicionales por causa justificada y previa autorización de la autoridad administrativa superior de la entidad, todo esto de conformidad con lo regulado en el Artículo 21 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Debe adjudicar la licitación al oferente que haga la proposición más conveniente para los intereses del Estado y haya cumplido con los requisitos y condiciones de las bases. Así mismo, el acta de adjudicación debe contener los cuadros o detalles de la evaluación efectuada a cada una de las ofertas recibidas, conteniendo los criterios de evaluación, la ponderación aplicada a cada uno de ellos y el puntaje obtenido por cada oferta en cada uno de los criterios de evaluación aplicados. Finalmente, el acta de adjudicación debe ser publicada en GUATECOMPRAS.



5.2.10. Aprobación de la adjudicación

Posterior a la publicación de la adjudicación en GUATECOMPRAS, la Junta de Licitación debe elevar el expediente a la autoridad administrativa superior de la entidad dentro de los dos días hábiles siguientes para que apruebe o impruebe lo actuado por la junta. Debe realizarlo de forma justificada dentro de los cinco días de recibido el expediente. En caso de no aprobarlo, debe devolver el expediente dentro del plazo de dos días hábiles para su revisión por la junta de licitación. Lo anterior es con base en el Artículo 13 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Aprobada la adjudicación y al estar firme la resolución respectiva, se procede a la suscripción del contrato, el cual deberá ser aprobado por la autoridad superior, tal como lo establece el Artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado.

5.3. Procedimientos de control en el nombramiento e integración de las juntas de licitación

En cuanto al nombramiento de los integrantes de juntas de licitación corresponde el control administrativo, tanto interno como externo. En cuanto al control interno es difícil su cumplimiento toda vez que este es ejercido por los funcionarios superiores de la entidad administrativa, siendo los mismos los encargados del nombramiento respectivo. El único control que se da entonces es el externo, el cual es ejercido, como ya se vio, por la Contraloría General de Cuentas. Tal como se regula en el Artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, entre sus objetivos se establece determinar si la



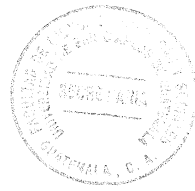
gestión institucional de los entes o personas sujetas a fiscalización, se realiza bajo criterios de probidad, eficacia, eficiencia, transparencia, economía y equidad; así como promover y vigilar la calidad del gasto público.

Sin embargo, con la actual administración pública, en los organismos del Estado, entes descentralizados o autónomos resulta difícil ejercer un verdadero control con lo cual se garantice que efectivamente los miembros de las juntas de licitación de dichas entidades cumplen con los criterios de idoneidad. Es decir, que cumplan con el perfil establecido en las bases de licitación, acreditando que por el desempeño del puesto, el ejercicio profesional, su formación académica o técnica poseen experiencia o conocimientos ya sea en el ámbito legal, financiero o técnico del negocio a adjudicar.

Para el efecto, deben emplearse otros mecanismos de control o fiscalización, que no solo estén orientados en el actuar de las juntas en el proceso de licitación, sino desde el momento en que se realice su nombramiento.

5.4. Propuesta de procedimientos para garantizar la idoneidad de los integrantes de las juntas de licitación

Se hace necesario formular mecanismos que permitan el control en el nombramiento de integrantes de juntas de licitación que garanticen su idoneidad. Esto con el fin de lograr el desarrollo social y económico del Estado al hacer uso eficaz y eficiente de sus recursos, alcanzando la satisfacción de necesidades públicas y el interés social.



Para ello, debe reforzarse el control interinstitucional. Se requiere mayor auditoría por parte de la Contraloría General de Cuentas, como institución técnica con funciones de fiscalización de los ingresos y egresos del Estado. Esta debe verificar la documentación necesaria que acredite que los integrantes de juntas de licitación son idóneos para el negocio a adjudicar.

Por otra parte, la Procuraduría General de la Nación también debe ejercer fiscalización en cuanto al nombramiento de los integrantes de las juntas de licitación. Pues además de tener a cargo la función de asesoría y consultoría de los órganos y entidades del Estado, representa y defiende los intereses del Estado, tanto a nivel nacional como internacional. Le compete entonces que la ejecución del gasto público no se realice en detrimento a los intereses y fines del Estado.

Se requiere así mismo intervención del Procurador de los Derechos Humanos, ya que dentro de sus atribuciones se encuentra investigar y denunciar comportamientos administrativos lesivos a los intereses de las personas. Aunado a ello, tiene el deber de proteger el derecho humano de acceso a la información pública en la forma y condiciones reguladas en la Ley de Acceso a la Información Pública, Decreto 57-2008 del Congreso de la República de Guatemala.

Dicha ley tiene por objeto garantizar que toda persona tenga acceso a los actos de la administración pública, basándose en los principios de máxima publicidad, transparencia en el manejo y ejecución de los recursos públicos y actos de la administración pública, gratuidad en el acceso a la información pública, sencillez y celeridad del procedimiento.



Con dicho fundamento, se permite el control para determinar si el nombramiento de integrantes no idóneos en las juntas de licitación constituyen vulneración a los intereses de la población. Así mismo, permite que todo el procedimiento de designación de juntas de licitación sea público para todas las personas interesadas.

Por otra parte, la población y la sociedad civil organizada deben tener un papel más activo ejerciendo control externo en las entidades administrativas al momento de darse un proceso de contratación a través de la modalidad de licitación.

Para lograr ello, se hace necesario reformar la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, en donde se disponga la obligación de la autoridad superior de realizar el procedimiento de licitación de forma pública, desde el nombramiento de los integrantes de juntas de licitación hasta la adjudicación del contrato. Es decir, que puedan estar presentes representantes de la Contraloría General de Cuentas, Procuraduría General de la Nación, Procuraduría de los Derechos Humanos y sociedad civil organizada.

Así mismo, atendiendo a lo establecido en la Ley de Acceso a la Información Pública, el órgano administrativo debe publicar en su portal electrónico y todos los medios disponibles los nombres de los miembros titulares y suplentes de las juntas de licitación. De igual manera, la documentación que acredite su idoneidad en el ámbito legal, financiero o técnico. Para ello, debe atenderse a los méritos obtenidos por su ejercicio o preparación académica profesional o técnica. Es importante también establecerse tener



preferencia a conformar juntas de licitación servidores públicos con carrera dentro de la administración pública, tomando en consideración la forma de su ingreso a la misma.

Por último, siendo la finalidad del Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, denominado GUATECOMPRAS, lograr la transparencia y la eficiencia de las adquisiciones públicas, debe regularse la obligación a la autoridad superior de publicar en dicho sistema la resolución de nombramiento y documentos que acrediten la idoneidad de los miembros de las juntas de licitación previo a recepción, calificación y adjudicación del contrato.

Lo anterior debido a que el Artículo 4 Bis de la Ley de Contrataciones del Estado únicamente establece que en él se debe publicar la información relativa a todas las fases del proceso de adquisición pública, incluyendo la contratación, ejecución y liquidación, no siendo imperativo la publicación mencionada. Siendo este otro procedimiento que permite a las instituciones y a la población ejercer fiscalización externa, garantizando la idoneidad para resguardar los recursos del Estado y alcanzar así el bien común.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

De conformidad con el Artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado, los miembros de las juntas de licitación deben ser servidores públicos idóneos, siendo la autoridad superior de la entidad administrativa contratante la responsable de su nombramiento. Es decir, que estos deben contar con conocimientos o experiencia, en los ámbitos legal, financiero y técnico del negocio a adjudicar. Esto se acredita con los méritos adquiridos en su ejercicio profesional o carrera administrativa dentro de la administración pública así como su preparación académica profesional o técnica, lo cual debe ser acreditado y comprobado mediante la documentación correspondiente. Sin embargo, se le delega a la autoridad competente la doble función, de nombrar y de controlar la idoneidad. Por lo tanto, las juntas se integran para atender a intereses particulares, de la autoridad superior o de los oferentes. De esa manera, no se logra una inversión eficaz y eficiente de los recursos del Estado.

En virtud de lo anterior, se hace necesario realizar reformas a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, el Acuerdo Gubernativo 122-2016, que permitan el control interinstitucional por parte de la Contraloría General de Cuentas, Procuraduría General de la Nación y el Procurador de los Derechos Humanos. Así mismo, fomentar la participación ciudadana, al tener fácil acceso a medios de fiscalización, influyendo de esa manera para que la autoridad superior nombre personal idóneo en las juntas de licitación. Se atiende así a los principios de publicidad, transparencia, eficacia, eficiencia, probidad e idoneidad. Es así como se garantizaría la satisfacción del interés del Estado, al dejar en manos de personas idóneas el manejo del gasto público en procesos de licitación.





BIBLIOGRAFÍA

BALLBÉ, Manuel., Franch, Marta. **Manual de derecho administrativo.** Ed. Marqués Tallers Gráficos. España. 2002.

BIELSA, Rafael. **La función pública: la moral política y administrativa.** Ed. Depalma, Argentina. 1960.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo.** Tomo I. Ed. Abeledo Perrot. 7ª. ed. Argentina. 1998.

CASSAGNE, Juan Carlos. **El acto administrativo.** Ed. Themis. 2ª. ed. Bogotá. 2013.

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo, teoría general y procesal.** Guatemala. 2014.

Diccionario Real Academia Española. <http://dle.rae.es/?id=0mCOzj6>. Consulta: 14 septiembre 2017.

FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo.** Ed. Porrúa. 48º. ed. Argentina. 2000.

GALINDO CAMACHO, Miguel. **Teoría de la administración pública.** Ed. Porrúa. México. 2000.

GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **Administrar y administración.** Colección Juritex. 2010.

GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **La relación funcional.** Colección Juritex. 2010.

GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **Los contratos administrativos.** Colección Juritex. 2010.

GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **Marco político y jurídico de la administración pública de Guatemala, controles políticos y jurídicos.** Colección Juritex. 2010.



GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas**. Tomo 8. Ed. Fundación de derecho administrativo. Argentina. 2013.

MARIENHOFF, Miguel. **Tratado de derecho administrativo**. Tomo I. Ed. Abeledo Perrot. Argentina. 1966.

MEZA DUARTE, Eric. **Compendio de derecho administrativo**. Ed. Punto Creativo. Guatemala. 2012.

MORALES TOBAR, Marco. **Análisis y actualidad del derecho administrativo**. Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones. Ecuador. 2014.

MUÑOZ ARAVENA, Waleska. **Cuando el mérito acentúa la desigualdad**. <http://www.redalyc.org/pdf/960/96060910.pdf>. Consulta: 19 septiembre 2017.

VEDEL, Georges. **Derecho administrativo**. Ed. Aguilar. 6ª. ed. España. 1980.

Legislación

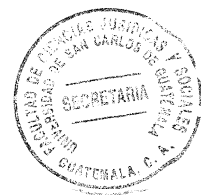
Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Ley de Contrataciones del Estado. Decreto 57-92, Congreso de la República de Guatemala, 1992, Reforma 2016.

Ley del Servicio Civil. Decreto 1748, Congreso de la República de Guatemala, 1969.

Ley Orgánica del Presupuesto. Decreto 101-97, Congreso de la República de Guatemala, 1998, Reforma 2013.

Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas. Decreto 31-2002, Congreso de la República de Guatemala, 2002, Reforma 2013.



Ley de Acceso a la Información Pública. Decreto 57-2008, Congreso de la República de Guatemala, 2008.

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