

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



**LA IMPORTANCIA DE LEGISLAR LA INTEGRACIÓN DE UNA JUNTA LICITADORA
ESPECIAL, DENTRO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO PARA LA
ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE SERVICIOS DE SALUD**

JULIO ALBERTO SANTIZ GÁMEZ

GUATEMALA, ABRIL DE 2020

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

**LA IMPORTANCIA DE LEGISLAR LA INTEGRACIÓN DE UNA JUNTA LICITADORA
ESPECIAL, DENTRO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO PARA LA
ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE SERVICIOS DE SALUD**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JULIO ALBERTO SANTIZ GÁMEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICA Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, abril 2020

**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: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Ronald David Ortíz
Secretario: Lic. Ery Fernando Bamaca
Vocal: Lic. Carlos Amalin Díaz Ordoñez

Segunda Fase:

Presidente: Licda. Valesca Ivon Echeverria
Secretario: Lic. Hugo Rigoberto González
Vocal: Lic. Rodolfo Escobar Enríquez

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



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 13 de junio de 2017.

Atentamente pase al (a) Profesional, EDGAR NEFTALI ARANA MARROQUIN
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
JULIO ALBERTO SANTIZ GÁMEZ, con carné 200411852
 intitulado LA IMPORTANCIA DE LEGISLAR LA INTEGRACIÓN DE UNA JUNTA LICITADORA ESPECIAL,
DENTRO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO PARA LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE
SERVICIOS DE SALUD.

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

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

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

Fecha de recepción 14 / 06 / 2017.

f)

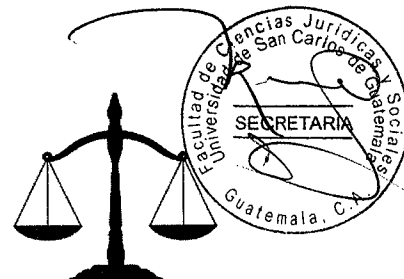
Asesor(a)
 (Firma y Sello)

Edgar Neftali Arana Marroquín
 Abogado y Notario





Licenciado
Eduardo Rafael Arana Marroquín
Abogado y Notario
Colegiado Número 9196



Guatemala, 07 de agosto de 2017

Licenciado

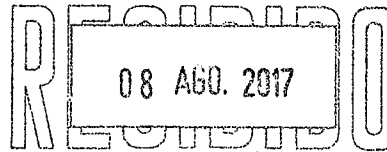
Fredy Roberto Orellana Martínez

Jefe de la Unidad de Asesoría de

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Presente

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS
Hora: _____
Firma: *See*

Estimado licenciado

En cumplimiento al nombramiento recaído sobre mi persona, procedí a ASESORAR el trabajo de tesis del estudiante **JULIO ALBERTO SANTIZ GÁMEZ** intitulado "**LA IMPORTANCIA DE LEGISLAR LA INTEGRACIÓN DE UNA JUNTA LICITADORA ESPECIAL, DENTRO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO PARA LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE SERVICIOS DE SALUD**". Para el efecto me permito informar a usted lo siguiente:

- a. Que procedí a asesora el trabajo de tesis mencionado anteriormente, en el que se integró la metodología y la técnica necesaria para este tipo de investigaciones, el cual a mi criterio es aceptable, pues reúne todos los requisitos necesarios de forma y fondo que establece la reglamentación interna de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- b. El trabajo Asesorado se encuentra centrado en el estudio de las contrataciones de servicios de salud por parte de las entidades reguladas en la Ley de Contrataciones del Estado, y de la necesidad que la referida ley se regule la integración de una junta licitadora especial para ese tipo de procesos.
- c. La estructura del presente trabajo de tesis fue realizada con una secuencia lógica e ideal para mejorar su comprensión, ajustándose a los requerimientos científicos y técnicos de investigación que se deben cumplir con la normativa respectiva; la utilización de los métodos inductivo, deductivo y analítico, indispensables para la debida interpretación de la norma jurídica, así como las técnicas de investigación bibliográfica fueron las utilizadas para el desarrollo del presente trabajo de tesis, la conclusión discursiva fue desarrollada de forma clara u sencilla y sobre todo congruente con el tema investigado.

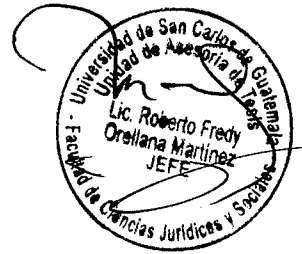


- d. La bibliografía utilizada cabe destacar, es acorde y exacta para cada uno de los temas desarrollados en la investigación realizada y la redacción utilizada reúne las condiciones exigidas en cuanto a claridad y precisión, de tal forma que sea comprensible el lector.
- e. Asimismo, el contenido del trabajo de tesis es por demás interesante y sobre todo por la problemática social que causa el tema, la cual se encuentra apegada a la pretensión del autor contribuyendo a enriquecer los conocimientos sobre los efectos de la falta de regulación en la Ley de Contrataciones del Estado de la integración de una junta especial para la adjudicación de contratos de servicios de salud, dando soluciones que considero pertinentes.
- f. De conformidad con lo anterior y dando cumplimiento a lo que establece el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, declaro expresamente no ser pariente del estudiante dentro de los grados de ley, y que resulta procedente emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, al estudiante **JULIO ALBERTO SANTIZ GÁMEZ**, aprobando el **trabajo de tesis asesorado**.

Sin otro particular me suscribo de usted en forma atenta y respetuosa.



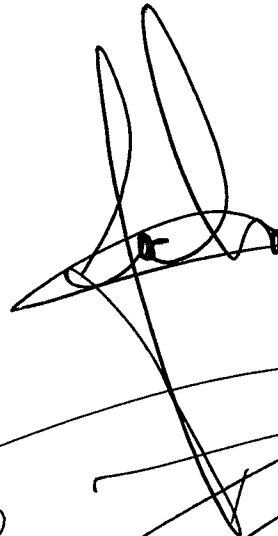

Edgar Nefstali Arana Marroquín
Abogado y Notario

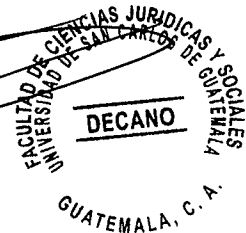
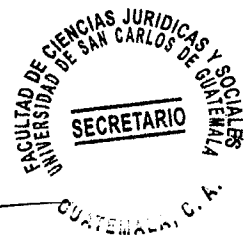


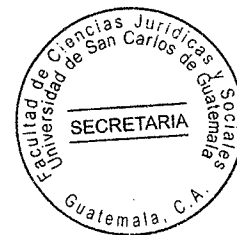
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 23 de mayo de 2019.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JULIO ALBERTO SANTIZ GÁMEZ, titulado LA IMPORTANCIA DE LEGISLAR LA INTEGRACIÓN DE UNA JUNTA LICITADORA ESPECIAL, DENTRO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO PARA LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE SERVICIOS DE SALUD. 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/JP.





DEDICATORIA

A JEHOVÁ MI DIOS:

Magnífico creador del universo, de todo lo que es, fue, y será, fuente de amor y sabiduría infinita, que haces sabio al inexperto; que los dichos de mi boca y la meditación de mi corazón lleguen a ser placenteros delante de ti, oh Jehová mi roca y mi redentor, tuya sea la honra y gloria hasta tiempo indefinido.

A MI AMADA ESPOSA:

María José, gracias por tu apoyo, tu amor incondicional, por todas tus palabras de ánimo y por creer en mí no importando las circunstancias; eres mi inspiración y la razón de mi vida TE AMO y así será hasta que la luna no sea más, sin ti este logro no hubiera sido posible.

A NUESTRO HIJO:

Pablo Javier, gracias hijo por tu amor, tú al igual que tu mamá son mi inspiración y ambos cambiaron mi vida de forma trascendental.

A QUIENES YA NO ESTÁN:

Mi padre Julio Rolando Santiz Gutiérrez; mi abuela Amelida Martínez y a mi gran amiga María del Rosario Ramírez Montenegro, quienes duermen en el sueño de la muerte, gracias por sus enseñanzas y su amor, los recuerdo con cariño y espero con fé poder verlos de nuevo en la resurrección del último de los días.

A MIS FAMILIARES Y AMIGOS:

Gracias a mi familia, Lucky, José, Manuel, Sucy Matías, Eliette; además a mi madre, hermanos y amigos.

A:

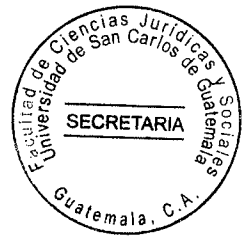
La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser mi querida casa de estudios.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por preparar verdaderos profesionales de alto nivel académico y con conciencia social.



PRESENTACIÓN



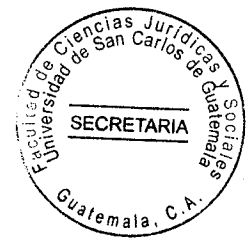
En la actualidad en Guatemala las personas que integran las juntas licitadoras que intervienen en los procesos de licitación para la adjudicación de contratos de servicios de salud, procedimiento regulado dentro de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala; son seleccionadas por la autoridad superior de la entidad contratante, dicha selección se realiza discrecionalmente al no existir un perfil específico que se deba cumplir; quedando a discreción de las autoridades superiores del ente contratante decidir si los miembros de las referidas juntas tienen el conocimiento y la experiencia adecuada para desarrollar la labor que les corresponde, afectando directamente a los usuarios de los servicios licitados.

El trabajo de tesis, se desarrolla en la rama del derecho administrativo, se tiene como sujeto de estudio a los usuarios de los servicios de salud, adjudicados a través del proceso de licitación y adjudicación establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, dentro del departamento de Guatemala del mes de julio de 2014 a junio de 2015, y como objeto de la investigación para hacer ver la necesidad de crear un perfil definido para quienes integren la referida junta y las consecuencias que ha generado su inexistencia, a través del análisis del caso IGSS-Pisa, la legislación nacional e internacional al respecto, se aporta una perspectiva de como la falta de regulación específica en un tema tan importante puede traer consecuencias graves, siendo esta una investigación cualitativa.

HIPÓTESIS



La falta de regulación específica sobre los requisitos de idoneidad que deben reunir los integrantes de una junta licitadora, que tiene como función evaluar propuestas y adjudicar contratos de servicios de salud, da como resultado que sean nombrados como sus integrantes personas sin el conocimiento técnico y profesional adecuado, sin la experiencia necesaria para desarrollar sus funciones, lo cual trae como consecuencia que los contratos sean adjudicados a personas individuales o jurídicas que no cuenten con los recursos humanos y técnicos para brindar de forma adecuada el servicio adjudicado, lo que puede ocasionar daños a la integridad física e incluso su muerte de quien los utilice.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis se comprobó a través de los métodos: analítico, sintético, deductivo, y jurídico. A través del método analítico se estudió y consideró el proceso de contrataciones del Estado, el marco regulatorio existente en la legislación nacional al respecto; a través del método sintético; se utilizó en cuanto a la especificación, operacionalización y delimitación del problema al reunir los datos y conocimientos deseados y la determinación e identificación de los objetivos que conducirían a determinar las propuestas más convenientes para reducir la manipulación y garantizar la transparencia del proceso de licitación; con el método deductivo se determinó la necesidad de plasmar en la Ley de Contrataciones del Estado, los requisitos de idoneidad para los integrantes de juntas licitadoras especiales para la adjudicación de contratos de servicios de salud, el cual se llevó a cabo a través de la investigación bibliográfica, aplicando los principios generales del derecho administrativo al caso específico de las contrataciones del Estado; el método jurídico se aplicó a lo largo del desarrollo de la investigación ya que las diferentes figuras e instituciones jurídicas, así como los principios fundamentales, que se encuentran tanto en la doctrina como en el marco legal, nacional e internacional, representaron elementos significativos en cuanto al estudio del objeto de la presente investigación. Cada uno de los métodos de investigación mencionados fueron empleados de la manera prevista en el plan de investigación aprobado, lo que permitió la obtención de resultados favorables al momento de desarrollar el trabajo final de tesis, demostrando así la validez de la hipótesis.



ÍNDICE

Pág.

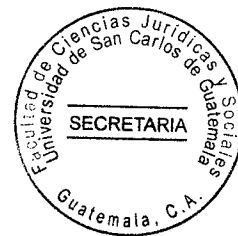
Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho administrativo.....	1
1.1 Definición.....	1
1.2 Desarrollo histórico.....	3
1.2.1 Etapa de formación.....	3
1.2.2 Etapa de consolidación.....	9
1.3 Características.....	20

CAPÍTULO II

2. Administración pública.....	21
2.1 Definición	21
2.2 Factores o elementos	22
2.2.1 Factor humano.....	23
2.2.2 Elementos esenciales en la aplicación administrativa de las normas políticas.....	24
2.3 Principios	25
2.3.1 La centralización.....	26
2.3.2 La descentralización.....	27
2.3.3 Desconcentración.....	28
2.3.4 Autonomía administrativa.....	29

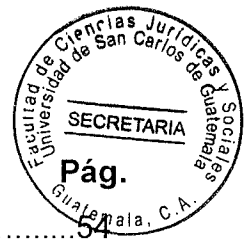


CAPÍTULO III

	Pág.
3. Ley de Contrataciones del Estado.....	33
3.1 Definición.....	33
3.2 Objetivos de una Ley de Contrataciones del Estado.....	34
3.3 Principios.....	34
3.3.1 Principio de moralidad.....	35
3.3.2 Principio de libre congruencia y competencia.....	35
3.3.3 Principio de imparcialidad.....	35
3.3.4 Principio de razonabilidad.....	36
3.3.5 Principio de eficiencia.....	36
3.3.6 Principio de publicidad.....	36
3.3.7 Principio de transparencia.....	37
3.3.8 Principio de economía.....	37
3.3.9 Principio de trato justo e igualitario.....	37
3.3.10 Principio de equidad.....	38
3.4 Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado.....	39
3.4.1 Objeto de la Ley de Contrataciones del Estado.....	39
3.4.2 Principios contenidos en la Ley de Contrataciones del Estado.....	41
3.4.3 Proceso de licitación de servicios de salud.....	41
3.4.4 Caso Perú.....	45
3.4.5 Caso Uruguay.....	49

CAPÍTULO IV

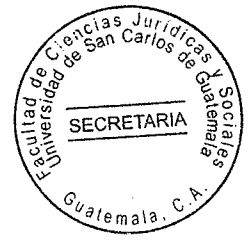
4. Caso IGSS-Pisa.....	53
4.1 Procedimiento de licitación y adjudicación del contrato.....	54



4.1.1 Especificaciones técnicas a cumplir.....	54
4.2 Evaluación de las propuestas.....	62
4.3 Planteamiento de inconformidades por la adjudicación del contrato.....	66
4.4 Prestación del servicio y la violación del derecho humano a la salud.....	74

CAPÍTULO V

5. La necesidad de una junta licitadora especial.....	83
5.1 Consecuencias de la falta de regulación de la idoneidad de los integrantes de una junta licitadora en los procesos de licitación de servicios de salud.....	84
5.2 La necesidad de adicionar en la Ley de Contrataciones del Estado, un artículo relacionado a los requisitos de idoneidad de los integrantes de una junta licitadora en los procesos de licitación de servicios de salud.....	88
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	93
BIBLOGRAFÍA.....	95



INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación es referente a la importancia de legislar la integración de una junta licitadora especial, dentro de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala. Actualmente no existe regulado en el referido cuerpo legal, un perfil con requisitos específicos, que deban cumplir las personas que sean designadas para integrar una junta licitadora que evaluara la adjudicación de contratos de servicios de salud, por lo que se deja a discreción de la entidad contratante decidir si la persona tiene los conocimientos y la experiencia adecuada para desarrollar tan importante labor.

El objetivo general de la investigación fue debidamente alcanzado a través del análisis del Decreto 57-92 del Congreso de la República Ley de Contrataciones del Estado; de la exposición de los hechos ocurridos en el caso denominado IGSS-Pisa, y del análisis de la legislación de la república de Perú y de la República Oriental del Uruguay, en relación a las contrataciones del Estado

La hipótesis planteada comprobó la necesidad de legislar dentro de la Ley de Contrataciones del Estado, la integración de una junta licitadora especial, con un perfil claro y definido, el cual deben cumplir a cabalidad sus miembros, para que los procesos de licitación de contratos de servicios de salud se realicen de forma efectiva, eficaz y responsable, garantizando con esto el derecho a la salud y la vida de las personas que utilicen los servicios licitados.

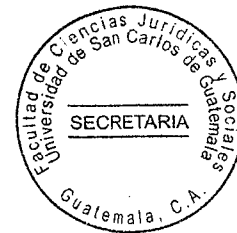
El trabajo está conformado de la siguiente manera: en el primer capítulo, se define al derecho administrativo, su origen y desarrollo histórico; el segundo capítulo, se define la administración pública, los factores y elementos que la componen así como sus principios; en el tercer capítulo, se brinda una perspectiva sobre lo que es una Ley de Contrataciones del Estado, planteando una definición, señalando cuales deben ser sus objetivos y los principios sobre los cuales debe regirse su creación y aplicación, así también un análisis de la Ley de Contrataciones del Estado de la república de Guatemala y del proceso de



licitación regulado en ella, así como de los cuerpos legales que regulan las contrataciones estatales en la República de Perú y la República Oriental del Uruguay; el cuarto capítulo se expone y analiza lo sucedido en el Caso IGSS-Pisa, sus causas, desarrollo y consecuencias; y en el quinto capítulo se plantea la necesidad de integrar una junta licitadora especial para la adjudicación de contratos de salud, a través del análisis de las consecuencias de la falta de regulación de la idoneidad de los integrantes de la junta en cuestión.

Los métodos utilizados fueron: el analítico que consistió en estudiar y considerar el proceso de contrataciones del Estado, el marco regulatorio existente en la legislación nacional al respecto. El método sintético se utilizó delimitando el problema para determinar la propuesta más convenientes para reducir la manipulación y garantizar la transparencia en los procesos de licitación de contratos de servicios de salud, así también el método deductivo que se utilizó para determinar la necesidad de plasmar en la Ley de Contrataciones del Estado, los requisitos de idoneidad para los integrantes de juntas licitadoras que evalúen la adjudicación de contratos de servicios de salud y por último se utilizó el método de exegética jurídica, utilizando para ello la legislación nacional e internacional administrativa relacionada con los procesos de contratación estatales.

A través de este, se busca destacar la necesidad de establecer un perfil específico, con requisitos de idoneidad claros y establecidos en Ley de Contrataciones del Estado, el cual deban cumplir las personas que sean seleccionadas para integrar una junta licitadora para la adjudicación de contratos de servicios de salud, y garantizar así la transparencia en los procesos y también la vida e integridad física de quienes utilizan los servicios licitados.



CAPÍTULO I

1. Derecho administrativo

Para efectos del presente trabajo de tesis, es indispensable partir desde el concepto, desarrollo histórico y las características del derecho administrativo, rama del derecho en la cual se encuentran reguladas y se desarrollan las contrataciones del Estado con terceras personas o particulares, esto con la finalidad de analizar, comprender de mejor forma y tener un panorama amplio sobre la problemática que genera en la actualidad, el hecho que no se encuentre normado dentro de la Ley de Contrataciones del Estado, la integración de una junta licitadora especial, que evalúe las propuestas para la adjudicación de contratos de servicios de salud.

1.1 Definición

El derecho administrativo se define como: “la rama del derecho interno que determina la organización y funcionamiento de la administración pública, tanto centralizada como paraestatal”¹, la definición anterior aunque un poco breve es muy congruente con la naturaleza del derecho administrativo, pero no incluye lo que a mi criterio es fundamental dentro de esta rama del derecho y se trata de la regulación de las relaciones entre el

¹ Serra Rojas, Andrés. **Derecho administrativo**. Pág. 133

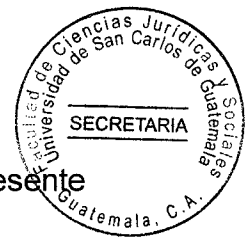


relaciones entre el Estado y los particulares y los procedimientos para resolver las controversias surgidas entre ambos. Veamos ahora otra definición la cual es de carácter más amplio, "el derecho administrativo es la rama del derecho que rige, a) la organización de la administración pública y de las diversas personas administrativas en las cuales esta se materializa; b) los poderes y los derechos que poseen dichas personas para manejar los servicios; c) el ejercicio de tales poderes y derechos, el procedimiento de acción de oficio según la prerrogativa especial, y las consecuencias contenciosas que sigan"²

Ambas definiciones son restrictivas ya que el derecho administrativo no solo tiene que ver con la prestación de servicios por parte del Estado y su organización, se manifiesta también en la atención e interrelación con los ciudadanos y la solución de las controversias surgidas entre estos, así como la creación y cumplimiento de políticas públicas, entre otras cosas.

Tomando en cuenta estos elementos podemos definir el derecho administrativo como el conjunto de principios doctrinarios, normas e instituciones jurídicas, que regulan la estructura, organización y actividad del Estado, para el cumplimiento de sus fines, así como los medios financieros y patrimoniales que necesita para su sostenimiento y garantizar su funcionamiento de forma regular; el ejercicio de los derechos y deberes de quienes ejercen el poder público bajo la forma de función administrativa y la situación de los particulares con respecto a la administración pública y los procesos para resolver las

² Bernal, Francisco Javier. **Derecho administrativo**. Pág.7



controversias surgidas entre ambos. La definición anterior, es propia del autor del presente trabajo de tesis y trata de abordar con amplitud el derecho administrativo.

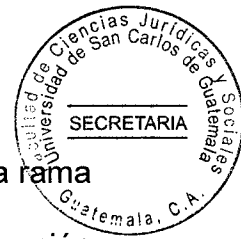
A continuación, con la finalidad de comprender de mejor manera el concepto de derecho administrativo, indagaremos sobre su origen y desarrollo a través de la historia, como ha ido evolucionando y adquiriendo relevancia, desde su concepción hasta el presente.

1.2 Desarrollo histórico

El derecho administrativo es una creación reciente, que se remonta a poco más de 200 años y para el estudio y comprensión de su desarrollo histórico, al igual que otros autores lo dividiremos en dos etapas fundamentales, la etapa de formación del derecho administrativo que cubre de finales del Siglo XVIII a la última parte del Siglo XIX y la etapa de consolidación del derecho administrativo que transcurre desde la última parte del Siglo XIX hasta nuestros días.

1.2.1 Etapa de formación

Podemos afirmar que la filosofía política y la concepción del Estado que se impusieron con la Revolución Francesa de 1789, constituyen la fuente próxima del derecho administrativo. En ese sentido, podemos decir que el concepto de estado de derecho, que constituyó uno

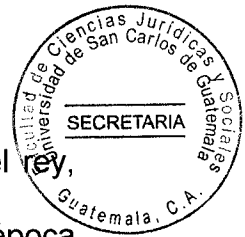


de los principios rectores de esa revolución, fue a su vez el punto de partida de esa rama del derecho. En efecto, si el Estado de derecho se traduce, básicamente en la concepción de que las normas jurídicas son obligatorias, no sólo para los gobernados o súbditos de un Estado, sino para los gobernantes del mismo, ello quiere decir que las diferentes actividades del Estado, entre ellas la administrativa, estarán sometidas a reglas jurídicas

Sin embargo, el sometimiento de las autoridades a normas jurídicas no implica necesariamente la aparición y existencia del derecho administrativo. Para que pueda existir una rama del derecho específica, la normativa legal que lo integra debe ser completamente diferente a otra, y en el caso del derecho administrativo, para que este exista como tal, las normas que regulan la actividad administrativa de quienes ejercen el gobierno debe ser especial y diferente a la que regula la actividad de los particulares. En este orden de ideas, podemos mencionar que “el derecho administrativo, como rama especializada del derecho, es una concepción y creación del derecho francés, originado en la Revolución Francesa de 1789 y producto de una evolución progresiva que fue consolidando dicha concepción”³.

La formación de ese conjunto especial de normas jurídicas para la administración del Estado, diferentes de las que regulan la actividad de los particulares, se vio estimulada por un hecho histórico muy particular producido con el triunfo de la Revolución Francesa, consistente en que los hombres de la revolución tuvieron un especial temor frente a los jueces por cuanto en la etapa previa a la revolución los administradores de justicia de la

³ Rodríguez Rodríguez Libardo. **Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruíz, tomo I, derecho administrativo, explicación histórica del derecho administrativo.** Pág.300



época se habían convertido en un obstáculo para la aplicación de las políticas del Rey, cuando estaban en desacuerdo con ellas, por lo cual temían que los jueces de la época posrevolucionaria aplicaran la misma estrategia cuando estuvieran en desacuerdo con las decisiones de los nuevos gobernantes. Para enfrentar ese temor adoptaron una decisión contradictoria con la filosofía revolucionaria, consistente en prohibir a los jueces inmiscuirse en los asuntos de la administración, con lo cual en la práctica esta última quedaba sin control, situación que afectaba gravemente la concepción del Estado de derecho en la medida de que el principio consistente en que los gobernantes estaban sometidos al ordenamiento jurídico quedaba en la realidad como un simple postulado teórico, sin significado práctico.

Esta prohibición fue expresamente consagrada en la ley de 16-24 de agosto de 1790, en la cual se estableció que, las funciones judiciales eran y continuarían siendo separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrían, bajo pena de prevaricato, inmiscuirse de manera alguna en las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los funcionarios de la administración por razón de sus funciones. Este principio fue elevado a categoría constitucional mediante el Artículo 3o. de la Constitución Francesa de 1791, el cual determinó expresamente que los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, o suspender la ejecución de las leyes, ni en las funciones administrativas, o citar ante ellos a los funcionarios de la administración por razón de sus funciones. Para resolver esa contradicción, los mismos hombres de la revolución idearon el mecanismo de la administración con características judiciales, consistente en que las eventuales reclamaciones contra la administración debían ser presentadas ante ella misma y

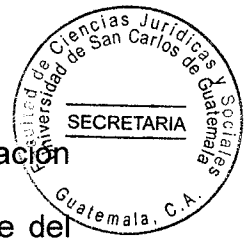


resueltas por el jefe del ejecutivo, solución que sin duda alguna, debilitaba la filosofía de la sumisión de los gobernantes a la ley.

Esta solución se vio complementada por una medida práctica ideada por los nuevos gobernantes, consistente en la creación de un órgano especial, denominado consejo de Estado, que con alguna semejanza al consejo del rey existente en la época monárquica anterior, debía servir de asesor del ejecutivo en diversos aspectos, como los de redactar los proyectos de ley y de reglamentaciones administrativas y resolver las dificultades que se presentaran en materia administrativa. La segunda de las funciones citadas, dado el carácter simplemente asesor del consejo de Estado, se tradujo en que este órgano estudiaba las reclamaciones que fueran presentadas por los ciudadanos contra la administración del Estado y proponía al jefe del ejecutivo la decisión que las resolviera.

Por la misma época se crearon en los departamentos los consejos de prefectura con la función de asesorar al prefecto, en la misma forma que el consejo de Estado lo hacía respecto del ejecutivo nacional. Se habló entonces de la justicia retenida, para indicar que, en materia de reclamaciones contra la administración, el jefe del ejecutivo se reservaba el poder de resolverlas, a pesar de que el estudio de las mismas estuviera a cargo de un órgano asesor. Paradójicamente, esta debilidad inicial en la aplicación de la concepción del Estado de derecho, se convirtió con el tiempo en la fuente real del nuevo derecho para la administración pública por varias razones.

En primer lugar, porque en 1806 se creó dentro del consejo de Estado una comisión contenciosa a fin de separar la asesoría en materia de conflictos de todos los demás



aspectos de que conocía ese organismo, de tal manera que se produjo una especialización por parte de quienes componían dicha comisión. En segundo lugar, porque el jefe del ejecutivo, agobiado por las múltiples tareas estatales, progresivamente fue depositado su confianza en el buen juicio de su órgano asesor, y se limitaba a firmar las soluciones a los conflictos que el consejo de Estado le proponía. Correlativamente con lo anterior, la sociedad francesa fue comprendiendo y reconociendo la seriedad e imparcialidad con la que el consejo de Estado ejercía su función asesora, hasta el punto de que, a pesar que la justicia administrativa continuaba retenida en manos del jefe del ejecutivo, empezó a considerarse que en la práctica quien administraba justicia era el consejo de Estado, pues si bien formalmente no tenía el poder de decidir, en la realidad sus puntos de vista eran los que se imponían.

A su vez, el consejo de Estado fue consolidando su prestigio y desarrolló su labor con sentido creativo, en aras de equilibrar el poder de la administración con los derechos de los ciudadanos, a través de decisiones que no siempre correspondían a la aplicación de soluciones tradicionales, sino que, en ocasiones, implicaban la adopción de principios especiales por tratarse de la solución de conflictos entre el Estado y sus ciudadanos.

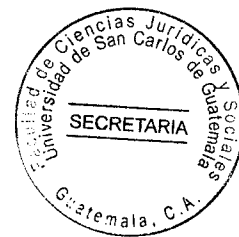
Todo lo anterior trajo como consecuencia que el 24 de mayo de 1872 se reconociera al Consejo de Estado carácter jurisdiccional, al otorgarle competencias como juez de la administración para algunos asuntos y no ya como simple cuerpo asesor, de tal manera que comenzó el abandono de la concepción de la administración-juez y de la justicia retenida para abrir la época de la justicia-delegada, en el sentido de que ya no era el jefe del ejecutivo quien adoptaba las decisiones, sino que ellas eran tomadas directamente por



el consejo de Estado, en nombre del pueblo. Además, se creó el tribunal de conflictos para resolver las dudas que se presentaran en relación con la competencia entre los tribunales comunes y los tribunales administrativos. Con todo ello apareció el sistema de dualidad de jurisdicciones, consistente en que la administración de justicia quedaba en manos de dos órdenes jurisdiccionales diferentes, la jurisdicción común, encargada de resolver las controversias entre particulares, y la jurisdicción administrativa, competente para resolver las controversias en que fuera parte la administración pública.

Por la misma época se produjo uno de los hitos más importantes en la formación del derecho administrativo, con el famoso fallo blanco, proferido por el tribunal de conflictos francés en 1873, que se constituyó en el símbolo del nacimiento de esta rama jurídica, por cuanto en él, si bien no por primera vez ni como principio general, pero sí de la manera más clara y expresa, se consagró el principio consistente en que la actividad de la administración debe regirse por normas y principios especiales diferentes de los aplicables a las relaciones entre los particulares, afirmación que constituye la base de la existencia del derecho administrativo.

Puede decirse que esta etapa termina con la expedición del fallo cadot, de 1889, mediante el cual el propio consejo de Estado consolidó su carácter de juez de la administración, al expresar que no obstante que la ley le reconocía ese carácter sólo para resolver directamente algunos asuntos específicos, él era el juez común en materia de controversias de la administración, es decir, que su competencia era general.



1.2.2 Etapa de consolidación

A partir del reconocimiento de la necesidad de un régimen jurídico especial para regular los asuntos propios de la administración del Estado, ese nuevo derecho, llamado derecho administrativo, fue consolidándose progresivamente, de manera especial por la labor jurisprudencial del consejo de Estado francés. Fue así como esa labor creó principios propios para regular la actividad administrativa, que progresivamente fueron dando lugar a la aparición de reglas y normas que fueron conformando un cuerpo sistemático que permitió que la idea original se consolidara en el tiempo y diera lugar a la existencia de una verdadera rama del derecho, diferente de las ramas tradicionales.

A partir del reconocimiento de la necesidad de un régimen jurídico especial para regular los asuntos propios de la administración del Estado, ese nuevo derecho, llamado derecho administrativo, fue consolidándose progresivamente, de manera especial por la labor jurisprudencial del consejo de Estado francés. Fue así como esa labor jurisprudencial fue creando principios propios para regular la actividad administrativa, que progresivamente fueron dando lugar a la aparición de reglas y normas que fueron conformando un cuerpo sistemático que permitió que la idea original se consolidara en el tiempo y diera lugar a la existencia de una verdadera rama del derecho, diferente de las ramas tradicionales. Entre esos principios propios, pueden destacarse el de legalidad; el de la presunción de legalidad; el de la culpa o falla del servicio para sustentar la responsabilidad de la administración pública; el de la dualidad de contratos de la administración, que permite diferenciar los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la



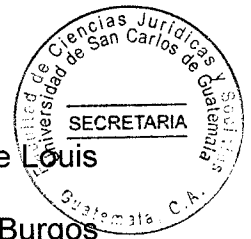
administración; los principios de la función pública, que permiten dar un tratamiento especial a las relaciones laborales entre el Estado y sus colaboradores; el principio del servicio público; el de la dualidad de bienes del Estado, que permite diferenciar los bienes de naturaleza pública de aquéllos que, si bien pertenecen al Estado, se asimilan a los bienes de los particulares.

Esa consolidación del concepto de derecho administrativo en Francia, como un derecho especial y autónomo para la administración del Estado, se vio reforzada por la adopción de esa misma concepción en un buen número de otros países, que a partir de la misma filosofía fueron reconociendo y aplicando ese nuevo derecho, aunque, como es obvio y en diferente medida, con las particularidades propias que han impuesto las necesidades y conveniencias de cada uno de ellos.

De los varios de países que han adoptado la idea del derecho administrativo como derecho especial para la administración pública, podemos, a título de ejemplo, analizar la forma como en algunos de ellos se ha presentado la formación de este derecho.

España

La primera doctrina española del derecho administrativo se encuentra en la obra de Ramón Lázaro de Dou y de Bassols, titulada instituciones del derecho público general de España, del año 1800. Posteriormente a la creación del consejo de Estado en la Constitución de Cádiz de 1814 se tradujeron al español varias obras francesas sobre el derecho administrativo, entre ellas las de Charles-Jean Baptiste Bonnin y padre fundador

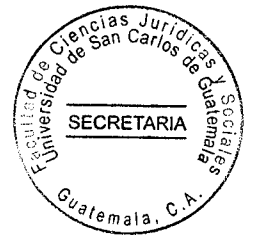


de la ciencia de la administración pública; de Joseph Marie barón de Gérando y de Louis Antoine Macarel, al mismo tiempo aparecieron autores españoles como Javier de Burgos con su libro del año 1841, Ideas de administración; Manuel Ortiz de Zúñiga con el libro elementos de derecho administrativo, de 1842; Pedro Gómez de la Serna con Instituciones de derecho administrativo español, en 1843; Manuel Colmeiro con derecho administrativo español, de 1850; Santa María de Paredes con curso de derecho administrativo de 1885; todos ellos con una marcada influencia francesa en sus obras.

En relación al desarrollo del derecho administrativo español podemos señalar que después de diversas reformas sobre la conformación de la jurisdicción, que unas veces se consideraba integrada al poder judicial, mientras que otras como institución administrativa, en la actualidad, de acuerdo con el Artículo 6o. de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de 13 de julio de 1998, su organización está dada por los juzgados de lo contencioso administrativo, los juzgados centrales de lo contencioso administrativo, las salas de lo contencioso administrativo de los tribunales superiores de justicia, la sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional y la sala de lo contencioso administrativo del tribunal supremo.

Por otra parte, desde el punto de vista sustancial, el derecho administrativo español se ha venido consolidando de acuerdo con sus propias necesidades y características, cuyas reglas y principios conforman actualmente una rama del derecho claramente identificada y autónoma, tanto en la vida práctica como académica”.⁴

⁴ **ibid.** Pág. 305



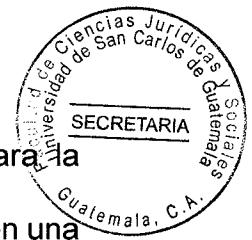
Italia

Para referirse a la existencia del derecho administrativo en Italia, algunos autores italianos señalan que “la existencia de una función administrativa es esencial para la noción misma del Estado, no puede decirse otro tanto del derecho administrativo, ya que son admisibles ordenamientos estatales que carezcan de dicho derecho. Tal puede ocurrir en los casos en que las normas que eventualmente regulan el desarrollo de la función administrativa no tengan carácter jurídico externo y, como tales, no sean estrictamente obligatorias para la administración en todos o en cualquiera de sus grados, esto ocurría en los Estados pre-constitucionales, en los que las normas en cuestión tenían generalmente el carácter de normas internas, dictadas por el príncipe para la buena marcha de la administración sometida al mismo y, por lo tanto, obligatorias para los órganos sometidos en base a la relación de servicio, pero no obligatorias para el propio príncipe que las dictaba, de manera que no constituían garantía alguna de los derechos de los súbditos”⁵

La doctrina italiana es generalizada en afirmar que el fundador del derecho administrativo italiano es Gian Domenico Romagnosi, quien escribió el primer estudio general sobre la materia llamado *Principi fondamentali di diritto amministrativo*, en el año 1814.

En lo que tiene que ver con la exposición de los orígenes del derecho administrativo en ese país, la doctrina italiana habla de la evolución histórica del derecho administrativo italiano, referida a la evolución del sistema normativo de la administración pública. En este

⁵ Alessi, Renato. **Instituciones del derecho administrativo. tomo I.** Pág.20



sentido, los autores italianos afirman que “el sistema de normas obligatorias para la administración, reguladoras del ejercicio de la función administrativa y que constituyen una garantía para los intereses y los derechos de los súbditos que puedan ser lesionados por el ejercicio de la citada función nace con la formación del reino. Para el efecto se señala que el Estado italiano se formó por la anexión de las otras regiones italianas al Reino de Piamonte, de tal forma que los orígenes del ordenamiento administrativo italiano se encuentran en el ordenamiento sardo-piamontés, el cual, a su vez, surgió gradual y profundamente influido por el ordenamiento francés de la época napoleónica y post napoleónica, aun después de la restauración. Finalmente, en el nuevo reino se extendió a otras provincias parte de la legislación piamontesa, pero también se promulgaron nuevas leyes, entre las cuales se destaca la Ley 2248 de 20 de marzo de 1865, denominada Ley sobre la unificación administrativa del reino, con sus respectivos anexos que contenían las leyes fundamentales del Estado, la ley provincial y municipal, la ley sobre seguridad pública, la de sanidad, la del consejo de Estado, la de lo contencioso administrativo y la de obras públicas”⁶.

La doctrina italiana del derecho administrativo se divide en dos periodos históricos. El primero, posterior a la unificación italiana, se caracteriza por una doctrina que ha sido calificada por los mismos autores de ese país como escasa de originalidad, pues mientras un sector muestra una fuerte influencia de la doctrina francesa, otro inspira su construcción en los esquemas, sistemas y principios del derecho privado.

⁶ **Ibid.** Pág.20



En un segundo periodo, la doctrina abandona los principios del derecho privado y empieza a adquirir originalidad, aunque tomando elementos de la doctrina extranjera, especialmente de la alemana. En este periodo se utilizan dos métodos en el estudio del derecho administrativo. Por una parte, el método descriptivo, que expone los principios de organización y actividad administrativa, manteniendo separadas las distintas finalidades administrativas que constituyen materias diferentes. Este método está representado en la obra dirigida por V. E. Orlando, *Tratato di diritto amministrativo*, de 1897, quien es el verdadero fundador de la escuela moderna del derecho público italiano. El otro método es el constructivo, profundamente marcado por la obra sistemática pandectista que se propone la elaboración de un sistema científico de las relaciones jurídicas entre la administración y los particulares, como consecuencia de la actividad administrativa. Este método se encuentra representado en la obra de Santi Romano, *Corso di diritto amministrativo*, de 1901 y de F. Cammeo con *Corso di diritto amministrativo*, del año 1913.

Finalmente se puede señalar que en Italia “tiende a prevalecer actualmente el llamado método constructivo, esencialmente ligado al método pandectístico, es decir, a la elaboración de un sistema científico referido a la relación jurídico-administrativa, de cuya relación se analiza el contenido subjetivo y objetivo así como sus vicisitudes”⁷ pero es de advertir que este método es insuficiente, según lo señalado por los mismos autores italianos, como Renato Alessi, pues ignora el fenómeno dinámico relativo al desarrollo de la actividad administrativa, problema al cual se ha buscado solución integrando el método descriptivo al constructivo. Sin embargo, teniendo en cuenta la superioridad del método

⁷ **Ibid.** Pág.23



constructivo, la doctrina más reciente también ha aplicado este método al estudio de la actividad administrativa.

Alemania

El derecho administrativo alemán, nace apartado del francés y según los tratadistas alemanes, “cuando la Revolución Francesa derrocó las instituciones políticas del antiguo régimen, la práctica y la legislación pudieron proceder libremente a formar un derecho público homogéneo para la administración pública, derecho que gravitó en torno a un punto central, las relaciones del poder público con sus súbditos, los ciudadanos⁸.

En Alemania, el desarrollo del derecho administrativo siguió un camino diferente. El derecho administrativo alemán en la actualidad no fue originado por una crisis violenta del Estado y de la sociedad, sino el fruto de una transformación lenta ocurrida en cada uno de sus territorios. Este desarrollo no se verificó al mismo tiempo en los distintos Estados alemanes, y en ninguno de ellos el nuevo derecho establecido llegó a derogar radicalmente el antiguo; en cada periodo se observan vestigios jurídicos de antiguas concepciones, ya superadas. Pero en todos los periodos se determinan nuevas maneras de concebir la posición del poder público respecto de sus súbditos y del derecho, distintas a las anteriores. Hay que tener presente que de una época a otra varían las concepciones acerca del alcance de los fines del Estado.

⁸ Fleiner, Fritz. **Instituciones de derecho administrativo**. Pág. 25



El derecho germánico de la Edad Media no hizo diferencia entre el derecho privado y el derecho público, pues tanto las facultades privadas como las públicas emanaban de un derecho de igual naturaleza. En este periodo existieron los Tribunales del *Reich* o *Reichskammergericht* creados en 1495 y el *Reichshofrat* creado en 1501, a los cuales se sometía el príncipe.

A comienzos del Siglo XVI, en el naciente Estado-policía, el *ius polittiae* concedió al príncipe el derecho y la obligación de obviar con su autoridad los peligros sobre la vida y el bienestar de los ciudadanos, con lo cual se empezó a otorgar un poder absoluto al príncipe, pues los nuevos fines del Estado autorizaron al príncipe a intervenir en la vida de los ciudadanos, intervención que en sus orígenes no tenía, en principio, ninguna limitación legal. Eventualmente, en el Estado de policía, la jurisdicción de los *Reichskammergericht* protegía a los ciudadanos de los abusos del poder del príncipe. Sin embargo, el príncipe procuró, mediante la obtención de privilegios imperiales y con violencia, sustraerse del control de los tribunales imperiales.

Esta situación se pretendió remediar con la llamada *Fiskustheorie* o doctrina del fisco, según la cual el patrimonio público no pertenecía ni al príncipe ni al Estado sino a un sujeto jurídico diverso llamado el fisco, que era una persona sometida al derecho privado. Mediante la doctrina del fisco, el derecho patrimonial de la administración se consideró como parte del derecho privado. Así el fisco resultó sometido a la jurisdicción como cualquier otro particular, “de este modo, esta teoría proporcionó al súbdito la posibilidad de demandar a la autoridad, en la persona del *Fiscus*, ante sus propios tribunales

territoriales, con tal de que la relación litigiosa tuviera carácter patrimonial más no se agota con esto la teoría del fisco”⁹.

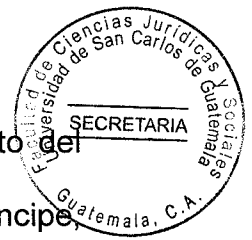
Su conquista más interesante está contenida en el intento de lograr también protección jurídica para el súbdito frente a los actos soberanos de la autoridad

No obstante ese sometimiento de la administración pública al derecho, en esta época del Estado de policía no existió una verdadera ciencia del derecho administrativo. Así lo señala otro afamado autor alemán quien refiere, “allí donde hay Estado, hay administración, y allí donde hay administración hay derecho administrativo y, por tanto, y siempre que haya ciencia del derecho, hay también ciencia del derecho administrativo”¹⁰. La deducción parece irrefutable, pero, sin embargo, la refutación se encuentra en la historia del derecho administrativo alemán.

La ciencia del derecho administrativo es, en efecto, una de las disciplinas más modernas dentro de la historia del derecho público; sus orígenes se encuentran en el Siglo XIX, y sólo algunos precedentes aislados pueden descubrirse en épocas anteriores. La verdadera causa que explica la falta de un derecho administrativo científico en el sentido que nosotros damos hay a la expresión, se encuentra en la estructura administrativa de la época. La administración del Estado de policía no constituía el objeto posible de una ciencia jurídica sistemática. La ejecución de las funciones estatales por el poder absoluto del monarca no representaba, en efecto, un proceso jurídico.

⁹ **Ibid.** Pág.29

¹⁰ Forsthoff, Ernst. **Tratado de derecho administrativo.** Pág.70



“En el Siglo XIX, con fundamento en las nuevas constituciones y el advenimiento del estado de derecho, en Alemania la justicia se organizó con independencia del príncipe, pero tanto jurisdicción como administración estaban por debajo de la legislación que se constituyó en el poder supremo del Estado, imponiendo normas que vinculaban jurídicamente a la administración. En este punto comenzó a sufrir cambios la doctrina del fisco y empezó a entenderse que la administración se rige por dos derechos, el derecho público y el derecho privado, sin que se pudieran establecer reglas generales sobre cuando se aplica uno u otro derecho. A medida que transcurre el Siglo XIX, se va imponiendo el derecho público, abandonándose poco a poco el derecho privado como derecho de la administración.

El momento más importante de este desarrollo se encuentra en la creación de tribunales contencioso administrativos en 1863, una jurisdicción administrativa independiente de las autoridades gubernativas, encargada de juzgar si la administración, en su actuación, lesionaba derechos de los particulares”¹¹.

“Es en esta época que nace el derecho administrativo en Alemania. Este derecho especial de la administración surge con el establecimiento del Estado de derecho burgués.”¹²

La figura más importante en la articulación sistemática del derecho administrativo es Robert Von Mohl con su obra *Verwaltn-glehre*, publicada en el año de 1831; además aparecen los nombres de Von Stein, Gerber, Sthal y Anschütz. Finalmente aparecen las

¹¹ Fleiner, Fritz. **Instituciones de derecho administrativo**. Pág. 33

¹² Forsthoff, Ernst. **Op. Cit.** Pág. 73



figuras de Otto Mayer y su obra *Deutches Verwaltungsrechts* escrita entre 1895 y 1896 y Paul Laband con *Das Staatsrechts des Deutschen Reichs* de 1901, el primero de los cuales es calificado como el verdadero creador y autor clásico del moderno método jurídico-administrativo en Alemania.

México

En México, la doctrina ha reconocido que el origen del derecho administrativo de ese país se encuentra en el Siglo XIX pues sólo hasta ese momento es posible determinar con claridad la autonomía y especificidad de su objeto de estudio. Al respecto se ha dicho que “el estudio del derecho administrativo, como ciencia, arranca en el Siglo XIX; su autonomía, la precisión de su objeto de conocimiento, de construcción, están en evolución constante y han sido matizados, y todavía lo son, por las profundas transformaciones político-sociales del Estado”¹³

Es precisamente en el Siglo XIX donde se encuentran las primeras obras significativas de derecho administrativo en México, como fueron las de Teodosio Lares con su obra *lecciones de derecho administrativo* publicada en 1852; José María del Castillo Velasco con su ensayo sobre el derecho administrativo mexicano de 1874 y Manuel Cruzado el libro, *elementos de derecho administrativo*, del año 1895. “La doctrina mexicana también ha reconocido que en el nacimiento del derecho administrativo la influencia francesa fue evidente, pero que su evolución muestra importantes diferencias con el derecho

¹³ Acosta Romero, Miguel. **Teoría general del derecho administrativo**. Pág. 7



administrativo francés, permitiéndole presentar ciertos rasgos propios”¹⁴. En este sentido se ha dicho que “a diferencia del derecho administrativo francés, que es jurisprudencial, nuestro derecho administrativo es legislativo. Las instituciones administrativas mexicanas son obra del legislador. Ni la jurisprudencia ni la costumbre tienen la fuerza determinante en esta rama del derecho”.¹⁵

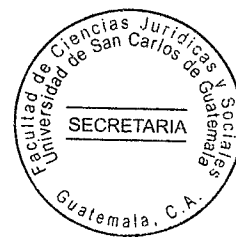
1.3 Características

Derivado de la conceptualización del derecho administrativo que se ha realizado en el presente trabajo de tesis, y del estudio de su desarrollo a través de la historia, podemos afirmar que dentro de las características de esta rama del derecho encontramos que es autónomo, en vista que establece sus propios principios y normas; es una rama del derecho de reciente creación, pues como tal, se remonta a poco más de 200 años en el seno de la Revolución Francesa y los gobiernos de los hombres de la revolución; es una rama del derecho en constante evolución, debido a que ha desarrollado a través de los años, y debido a que es flexible, se adapta a los cambios de las circunstancias de los gobiernos y su situación política; y en virtud que la finalidad del derecho administrativo es la planificación y ejecución de la política pública de un Estado, se interrelaciona con diferentes ramas del derecho.

¹⁴ Serra Rojas, Andrés. **Op. Cit.** Pág. 138

¹⁵ **Ibid.** Pag. 140

CAPÍTULO II



2. Administración pública

En este capítulo se abordara el tema de la administración pública, ya que es necesario comprender, qué es, cómo opera y las consecuencias que la mala aplicación o el desconocimiento de sus principios, lo cual ocasiona el incumplimiento de las funciones y deberes del Estado a través de sus órganos, instituciones y entidades, autónomas, desconcentradas, centralizadas y descentralizadas.

2.1 Definición

Cuando se habla de administración pública no solo se refiere a las diversas actividades que el Estado debe llevar a cabo para cumplir con sus fines, sino que también tenemos que referirnos a los diversos órganos o entidades que la forman, en cuanto ejercen la actividad administrativa y explican su estructura y modo de funcionamiento.

En ese orden de ideas podemos decir que “La administración pública consiste en las operaciones que tienen como propósito la realización de la política pública: Un sistema de administración pública es un conjunto de leyes, reglamentos, practicas, planes, códigos y



costumbres que prevalecen en un momento y sitio determinados, para la realización y ejecución de la política pública”¹⁶

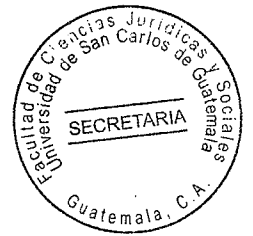
Ampliando esta definición, también se puede decir que la administración pública es el sistema de gobierno, sistema político, y el conjunto de manifestaciones de conducta humana, que determina como se distribuye y ejerce la autoridad política y como se atienden los intereses públicos.

En conclusión, la administración pública no solo es un mecanismo y sistema de organismos y entidades que trabajan, bajo un sistema organizado, para la consecución de un fin, sino que también forman parte los ciudadanos que aportan mediante el pago de sus impuestos, los recursos económicos para su funcionamiento.

2.2 Factores o elementos

A continuación, se analizará los factores o elementos de la administración pública, los cuales son de suma importancia para que pueda existir un cumplimiento por parte del Estado y sus entidades, autónomas semiautónomas, centralizadas y descentralizadas, de su fines y son de dos tipos.

¹⁶ Ballbé, Manuel y Marta Franch. **Manual de derecho administrativo**. Pág. 109



2.2.1 Factor humano

No fue hasta el Siglo XX cuando varios tratadistas comenzaron a descubrir la importancia del factor humano en la administración, aunque el enfoque que se le dio fue totalmente económico. Hoy en día se ha llegado a la conclusión que el hombre no es una máquina que se incorpora a un proceso productivo, sino que es un ser complejo que necesita ser motivado, estimulado, para que encuentre satisfacción en sus relaciones laborales, así como un medio para satisfacer sus necesidades físicas, económicas, sociales etc.

La administración pública, debe considerarse como una sociedad de poderes y por lo tanto las actitudes y aptitudes de sus individuos, condicionan sus interacciones y como resultado final se obtiene el mejor o mal desempeño de sus actividades. “Para el desarrollo de la administración pública se necesita, ante todo, personal bien capacitado, a través de los sistemas regulares de enseñanza vocacional y académica, así como adiestramiento profesional y ocupacional de los servidores del Estado”¹⁷

De lo anterior, se puede concluir que servidores públicos mal capacitados, o que no cumplan los niveles o estándares académicos necesarios para la realización de una actividad, traerá como resultado final su mal desempeño.

¹⁷ Ibid. Pág. 110



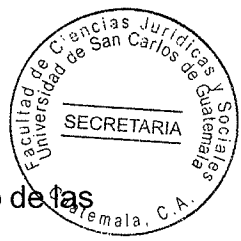
2.2.2 Elementos esenciales en la aplicación administrativa de las normas políticas

De los elementos que son esenciales en la aplicación administrativa de las normas políticas, analizaremos; la planificación, la administración de personal y, la organización y métodos. La planificación debe existir con anterioridad a cualquier trabajo con objetivo definido, en este caso el de realizar a fin de poder establecer una práctica y actuación determinadas, formulando programas y planes para la consecución de dicho objetivo.

La administración de personal es sumamente importante como se indicó anteriormente, tomar en cuenta la educación y preparación de las personas que participan en la labor administrativa, definiendo claramente los deberes que a cada quien le corresponden dentro de la organización, estableciendo sus responsabilidades de acuerdo a sus capacidades.

En cuanto a la organización y los métodos esto se refiere a la ordenación de las estructuras institucionales y sistematización de los procedimientos de trabajo, a fin de mantener el equilibrio y lograr así la eficiencia dentro de la administración pública.

Podemos concluir en base a lo anterior, que para el buen funcionamiento y cumplimiento de los fines del Estado y de sus órganos, instituciones, entidades, autónomas, semiautónomas, centralizadas, descentralizadas, se necesita servidores públicos

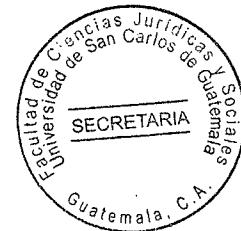


capacitados adecuadamente, tanto por los sistemas educativos regulares, así como de las propias instituciones en lo que respecta a su funcionamiento. Además debe existir una planificación de procedimientos específicos a través de la ley, una buena selección de personal con capacidades y conocimientos adecuados en la materia en la que desarrollara sus labores y una organización y sistematización eficientes para realizar la función administrativa.

Aplicado al presente trabajo de tesis, se puede señalar que la falta de planificación ocasiona que en La Ley de Contrataciones del Estado, no exista un perfil específico, para las personas que integrarán una junta licitadora que evaluará la adjudicación de contratos de servicios de salud; dando lugar a la mala administración de personal al designar a servidores públicos poco capacitados en la materia, quienes ante la falta de metodología y sistematización, realizan sus funciones de forma inadecuada, lo cual deriva no solo en el incumplimiento de los fines de un Estado o de un órgano, entidad o institución en específico, sino que puede también ocasionar daños a quienes utilicen los servicios licitados.

2.3 Principios

Son cuatro, son los principios de la administración pública que se analizarán siendo estos, la centralización, la descentralización, la desconcentración y la autonomía administrativa.



2.3.1 La centralización

“La centralización o concentración administrativa es el sistema o forma de organización administrativa que se basa en la jerarquía en la que se encuentra concentrado todo el poder de mando o decisión en el órgano superior”¹⁸ esto significa que el poder de decisión y acción se encuentra concentrado en un solo organismo, en este caso el ejecutivo. Observamos entonces, que centralizar significa reunir todas las atribuciones y funciones, concentrando todas las potestades públicas en uno o más órganos centrales. En la centralización existe un órgano superior, este se encarga de coordinar, dirigir y supervisar la actividad administrativa.

Toma las decisiones de más alto nivel jerárquico y estas se ejecutan por órganos menores. Esto evidencia la correlación entre un órgano que ordena y otro menor que ejecuta, por lo que puede decirse que las bases jurídicas de la centralización, son las que algunos autores definen como jerarquía administrativa y competencia administrativa.

Podemos decir que la jerarquía administrativa “es el elemento de la centralización en la que se establecen las relaciones de subordinación que existen dentro de los órganos administrativos y es su base principal”¹⁹

¹⁸ Ballbé, Manuel y Marta, Franch. **Manual de derecho administrativo**. Pág. 111

¹⁹ **Ibid.** Pág. 111



En base a lo anterior se puede definir que la jerarquía administrativa son las normas o reglas, que determinan como se estructuran los distintos órganos estatales, y sus relaciones entre sí.

En lo que se refiere a la competencia administrativa, la podemos definir como un conjunto de facultades que posee un órgano administrativo, en cuanto al poder obrar únicamente, dentro de un círculo específico de atribuciones, además de estar sujeto a un fin previsto por la ley.

Dicho en otras palabras, la competencia administrativa, consiste en la capacidad que tiene un órgano administrativo, para realizar únicamente, las acciones que la ley y sus reglamentos, señalan para la consecución de su fin.

2.3.2 La descentralización

La descentralización administrativa, es una forma de administración, en la cual se le reconoce personalidad jurídica propia a los entes del Estado, y el poder de decisión se le asigna a funcionarios públicos, que no se encuentran sometidos al poder de un órgano central, ni tampoco están subordinados jerárquicamente al mismo, es decir, no reciben órdenes del poder central.

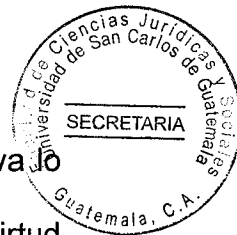


En la descentralización administrativa, a diferencia de las entidades centralizadas, se hace indispensable, la distribución de competencias, entre varias entidades administrativas independientes de los órganos centralizados, las cuales tiene capacidad de administrarse así mismas, y tienen personalidad jurídica propia además de un ámbito de competencia exclusivo. Al hablar de descentralización entonces, nos encontramos con órganos creados con personalidad jurídica propia, capacidad de administrarse y que tienen la finalidad de prestar un servicio público específico.

2.3.3 Desconcentración

La desconcentración, es uno de los mecanismos que utiliza la organización administrativa para tecnificarse, pues gracias a ella se logra una mejor distribución del trabajo y se descongestionan las tareas del órgano superior, al distribuir muchas de sus actividades en otros órganos de menor jerarquía, toda vez que la administración no es capaz por sí misma, ni puede adecuadamente ejecutar todas las funciones administrativas que satisfagan las necesidades de la sociedad.

En ese sentido, la desconcentración administrativa implica, la distribución de la competencia administrativa, de un órgano superior a otro de menor jerarquía, quedando siempre en sujeción este, por no constituir una persona jurídica diferente, sino que es parte del órgano administrativo.



Derivado de lo anterior, se puede afirmar que en la desconcentración administrativa lo que existe es una relación no entre personas, sino entre órganos administrativos, en virtud de no constituir una persona jurídica diferente, ya que la personalidad jurídica le corresponde al órgano superior jerárquico, de aquí que no le es posible celebrar contratos por sí mismo.

Para que la desconcentración exista debe ser establecida a través de una ley, y la norma jurídica que la establece debe tener el rango jerárquico que la que le otorga competencia al órgano que pretende desconcentrar; puede así mismo la propia administración acordar la desconcentración de un órgano, pero para poder ejecutar tal decisión forzosamente debe estar facultada por el legislador.

Por lo expuesto anteriormente se puede señalar que la desconcentración administrativa necesita para su existencia de una ley que la autorice, uno o varios órganos en los cuales recaiga la distribución de la competencia y está competencia administrativa, debe ejercitarse dentro de la jerarquía administrativa.

2.3.4 Autonomía administrativa

Los entes u órganos administrativos autónomos, son aquellos que tienen sus propias leyes y se rigen por ellas. Se considera como su finalidad el actuar de forma independiente y

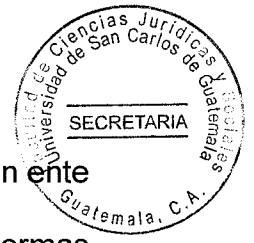


además tienen la facultad de crear sus propias instituciones, las cuales los registrarán, pero lo más importante es el autofinanciamiento, la capacidad de financiarse sin necesidad de recurrir al presupuesto general de la nación.

Además, los entes autónomos deben contar con sus propios recursos, un patrimonio propio, independencia total del órgano centralizado y sin ningún tipo de control, pues no se manejan fondos públicos sino fondos privativos. Esto implica que las entidades autónomas deben reunir una serie de requisitos indispensables, para que se les tenga como tales en el ámbito jurídico, lo económico, lo técnico, y científico y fundamentalmente la capacidad de autoadministrarse.

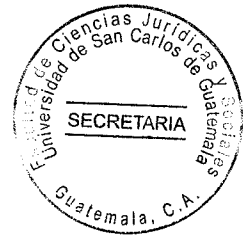
En ocasiones se ha interpretado que la autonomía de las entidades descentralizadas se refiere a su total independencia del órgano administrativo superior, independencia que se trata de enfocar al aspecto económico-financiero, negando que exista tal autonomía en aquellas entidades que forzosamente debe ser aprobado su presupuesto por el órgano central. Relacionado a este aspecto podemos mencionar que “al participar un ente autónomo en el presupuesto general del Estado, no quiere decir que haya una injerencia directa del Estado sino que más bien no la hay por cuanto el órgano autónomo goza de independencia en la distribución de su presupuesto sin solicitar la autorización a ningún otro órgano administrativo en su utilización.”²⁰

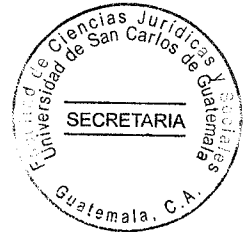
²⁰ **Ibid.** Pág. 115



Se puede afirmar entonces que la autonomía administrativa, se produce cuando a un ente descentralizado, se le otorga la facultad de emanar sus propias sus propias normas jurídicas, las cuales son de carácter obligatorio, válidas y eficaces, en el ordenamiento jurídico del Estado. Esto significa que se tiene la facultad de dictar sus propias normas y gobernarse por ellas y es por eso que son autónomas, porque tienen poder de autonormación, tienen el derecho de aplicar sus propias normas, para la mejor ejecución y prestación de los servicios públicos.

En este capítulo se observó que la administración pública es la existencia de elementos esenciales que ayudan a la mejor ejecución de la función administrativa, a la vez también cómo se organiza la administración pública, a partir de principios como los de centralización, desconcentración, descentralización, los cuales adoptan los entes u órganos administrativos, para cumplir con sus funciones.





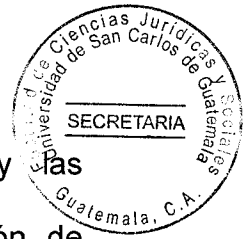
CAPÍTULO III

3. Ley de Contrataciones del Estado

En los capítulos anteriores se pudo observar cómo se ha desarrollado y evolucionado a través del tiempo, el concepto de derecho administrativo y administración pública, y las formas que adoptan los órganos que la componen, para el cumplimiento de sus funciones y de los fines del Estado. Para que un Estado cumpla con sus fines, los cuales se encuentran expuestos en su Constitución Política, hace falta que a través de los órganos e instituciones que lo componen, se brinde una serie de servicios públicos, entre ellos los servicios de salud; pero muchas veces el Estado no tiene las capacidades técnicas y humanas, para brindarlos, por lo cual se ve en la necesidad de contratar los servicios de empresas o sociedades mercantiles, pero los lineamientos para realizar dichas contrataciones deben siempre estar regulados en ley.

3.1 Definición

Se utilizará una definición personal de lo que es la Ley de Contrataciones del Estado, aplicada al ámbito guatemalteco, siendo esta, el conjunto de normas jurídicas, instituciones y principios doctrinarios que contienen las disposiciones y lineamientos que deben observar los organismos del Estado sin excepción, sus entidades



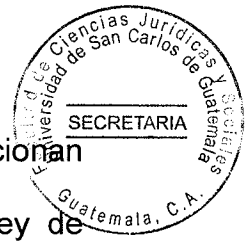
descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y empresas públicas estatales o municipales, en la compra, venta y contratación de bienes, suministros, obras y servicios, regulando también las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos.

3.2 Objetivos de una Ley de Contrataciones del Estado

El objetivo de la creación de una ley de contrataciones del Estado, en cualquier país siempre debería ser, el de establecer normativas y procedimientos orientados a maximizar el dinero aportado por los contribuyentes, en las contrataciones que se realicen por el Estado, los organismos y entidades que lo componen, de manera que estas se realicen de forma oportuna, adecuada y bajo las mejores condiciones de precio y calidad. Esto, para poder garantizar que los servicios que se brindarán a la población en general sean de calidad, satisfagan sus necesidades y no los coloquen en riesgo por utilizarlos, evitando así pérdidas para el propio Estado y daños a su población.

3.3 Principios

Para que la compra, venta y contratación de bienes, suministros, obras y servicios, por parte del estado, se lleve a cabo de forma eficiente, efectiva y eficaz, evitando así malgastar el dinero que los contribuyentes aportan, es necesario que se rijan por principios



que sirvan como faro orientador en estos procedimientos. A continuación se mencionan principios generales, algunos extraídos de legislaciones extranjeras como la Ley de Contracciones del Estado de la República de Perú.

3.3.1 Principio de moralidad

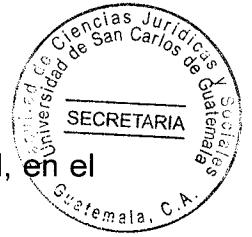
Este se refiere a que todos los actos referidos a los procesos de contratación de las entidades del Estado deben estar sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad.

3.3.2 Principio de libre competencia y competencia

Este principio se refiere a que, en los procesos de contrataciones del Estado, deben incluirse regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial competencia, pluralidad y participación de postores.

3.3.3 Principio de imparcialidad

Este principio menciona que los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones de la entidad, deben adoptarse en estricto apego a la



normativa legal vigente, así como a los criterios técnicos que permitan objetividad, en el tratamiento de los postulantes.

3.3.4 Principio de razonabilidad

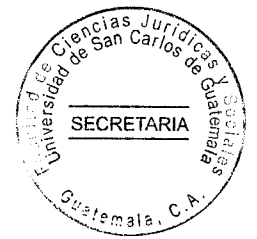
Todos los procesos de selección deben ser razonables, en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el interés público y el resultado que se espera.

3.3.5 Principio de eficiencia

Las contrataciones que realicen las entidades del Estado deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precios y plazos de ejecución, entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles, debiendo observar también los criterios de celeridad, economía y eficacia.

3.3.6 Principio de publicidad

Las convocatorias a los procesos de licitación deben ser objeto de publicidad y difusión adecuada y suficiente a fin de garantizar la libre concurrencia de los potenciales postulantes.



3.3.7 Principio de transparencia

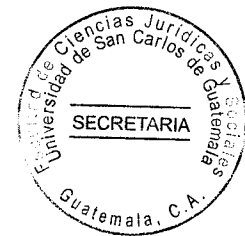
Toda contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, nunca parcializadas para favorecer a intereses particulares, además deben ser accesibles a los postulantes y población en general. Además este principio añade que, todo participante y la población en general deben tener acceso durante los diferentes procesos establecidos en la ley, a los documentos relacionados con los mismos, así también los resultados de todo proceso deben ser de conocimiento público.

3.3.8 Principio de economía

En toda contratación debe aplicarse los criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, debiendo también de evitarse exigencias y formalidades costosas innecesarias en las bases de licitación.

3.3.9 Principio de trato justo e igualitario

Todo postulante de bienes, servicios, o de obras debe tener participación y acceso para contratar con las entidades del Estado en iguales condiciones, debiendo prohibirse la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.

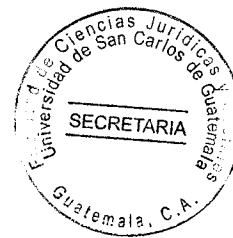


3.3.10 Principio de equidad

Refiere este principio que las prestaciones y derechos de las partes, deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión de interés general.

Derivado de los principios mencionados anteriormente, los cuales son de tipo integral, podemos señalar que las contrataciones que realiza el Estado deberían ser realizadas a través de un proceso, abierto a todas las personas que cumplan los requisitos para participar, debiendo ser evaluadas las propuestas por personas competentes y capaces, con moralidad, buen juicio y comprobando la veracidad de lo ofrecido; apegándose estrictamente a lo establecido en la ley y las bases de licitación en su caso, seleccionando la oferta que satisfaga de mejor forma la necesidad del servicio, al mejor precio y los mejores estándares de calidad, además debiendo hacer de conocimiento público el resultado, y todo el proceso en general.

En la realidad del país vemos como, estos principios no se aplican en su totalidad, ya sea por ignorancia o negligencia, lo cual ocasiona consecuencias nefastas al momento de seleccionar a los proveedores de servicios y productos licitados, como veremos más adelante, que han llegado al punto de ocasionar lesiones graves y gravísimas e incluso hasta la muerte a los usuarios que los utilizan.



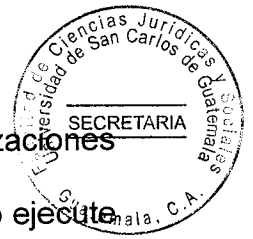
3.4 Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado

Se analizará a continuación la Ley de Contrataciones del Estado y para el trabajo de tesis, específicamente lo que se relaciona a los procesos de licitación contenidos en el referido cuerpo legal y lo que se refiere a contratación de servicios de salud.

La Ley de Contrataciones del Estado, entró en vigencia el 11 de noviembre de 1992, fue creada a falta de una legislación específica y actualizada esa materia, ya que hasta antes de su entrada en vigencia las contrataciones estatales se regían por lo dispuesto en el Decreto 35-80 del Congreso de la República, Ley de Compras y Contrataciones, además los criterios para las contrataciones administrativas se encontraban dispersos en diferentes cuerpos legales y sobre todo habían quedado obsoletos, lo que hacía necesario emitir una sola ley de fácil aplicación.

3.4.1 Objeto de la Ley de Contrataciones del Estado

El objeto de la ley se encuentra regulado en el Artículo 1 y este indica textualmente “esta Ley tiene por objeto normar las compras, ventas, contrataciones, arrendamientos o cualquier otra modalidad de adquisición pública que realicen, a) Los Organismos del Estado; b) Las entidades descentralizadas y autónomas, incluyendo las municipalidades; c) Las entidades o empresas, cualquiera que sea su forma de organización, cuyo capital

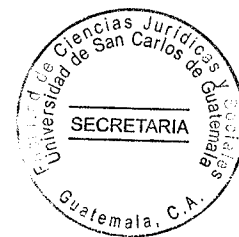


mayoritariamente este conformado por aportaciones del Estado; d) Las Organizaciones No Gubernamentales y cualquier entidad sin fin de lucro, que reciba administre o ejecute fondos públicos”.

Exceptuándose la aplicación de esta normativa a las organizaciones de padres de familia –OPF-, comités, consejos educativos y juntas escolares del Ministerio de Educación para los programas de apoyo escolar; y las subvenciones y subsidios otorgados a los centros educativos privados gratuitos.

También aplica a todas las entidades de cualquier naturaleza que tengan como fuente de ingresos, ya sea total o parcialmente, recursos, subsidios, o aportes del Estado, respecto a los mismos; los fideicomisos constituidos con fondos públicos y fondos sociales; las demás instituciones que conforman el sector público.

Se observa entonces que el objeto de la ley es normar y regular los procedimientos que se realizan para la adquisición de bienes, productos y servicios, por las entidades indicadas en el Artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado, con la finalidad de prestar los servicios públicos, que permitan al Estado cumplir con los fines para los que fue creado, los cuales se encuentran establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala en este caso.



3.4.2 Principios contenidos en la Ley de Contrataciones del Estado

Como vimos anteriormente, las contrataciones que el Estado realiza deben seguir ciertos principios rectores que orienten el procedimiento para efectuarlas, a fin de que estas no sean lesivas a los intereses de la población, al igual que a los intereses del Estado.

En el caso de Guatemala, al contrario de otros países de Latinoamérica como Perú, dentro de la ley no se especifica ningún principio que rijan su aplicación, pudiéndose encontrar algunos de forma tácita, como en los Artículos 15 y 22 de la mencionada ley dejando a la interpretación del funcionario los mismos, lo cual en nuestro contexto da puerta abierta a su tergiversación, para favorecer a personas individuales o jurídicas con vínculos de todo tipo con funcionarios públicos.

3.4.3 Proceso de licitación de servicios de salud

Actualmente en Guatemala no existe un proceso de licitación específico, para adjudicar contratos de servicios de salud, por lo que se aplica un procedimiento genérico, el cual es utilizado para cualquier adquisición o compra de bienes o servicios, ya sea construcción de obras como carreteras o compra de medicamentos, a continuación, analizaremos como es que se realiza dicho proceso.



En cumplimiento del objeto de la Ley de Contrataciones del Estado, cuando una de las entidades detalladas en el Artículo 1, al cual ya hicimos referencia anteriormente, necesita realizar la compra o contratación de algún bien o servicio, cuyo precio supere los 900 mil quetzales, esta deberá, según el Artículo 17 realizarse por licitación pública.

La entidad contratante realizara según el Artículo 18 las bases de licitación, las especificaciones generales, las especificaciones técnicas, las disposiciones especiales y los planos cuando se trate de obras. Dichos documentos deberán publicarse en el portal Guatecompras, donde las personas interesadas podrán obtenerlas de forma gratuita, según lo establecido en los Artículos 22 y 23, debiendo entregarse directamente a la junta licitadora las propuestas, como lo indica el Artículo 24.

Hasta el momento que el procedimiento de licitación pareciera efectivo y ordenado, pero como se puede notar las propuestas son entregadas directamente a la junta licitadora y esta las evalúa; pero ¿cómo se integra la referida junta licitadora?, al respecto el Artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado Decreto 57-92 del Congreso de la República menciona, que los miembros titulares y suplentes de las juntas de cotización, licitación o calificación deberán ser servidores públicos nombrados por las entidades, según cada modalidad de adquisición.

La autoridad competente será la responsable de verificar la idoneidad de los servidores públicos nombrados, la idoneidad se verificará mediante la acreditación de la experiencia

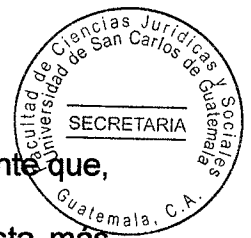


o el conocimiento suficiente en alguno de los ámbitos del negocio a adjudicar debiendo contar la junta con miembros idóneos en cada uno de estos ámbitos.

El referido artículo señala que la idoneidad será evaluada por la autoridad competente quien será la encargada de verificarla, a través de la acreditación de la experiencia, pero surge una interrogante ¿en base a que parámetro se evalúa dicha experiencia?

La ley no lo señala, tampoco menciona cuales son los conocimientos básicos o un perfil de idoneidad el cual se deba llenar, dejando la evaluación al criterio subjetivo de las autoridades competentes, las cuales se integran por altos funcionarios de las entidades estatales que licitan el servicio, lo cual, en el ámbito nacional, deja la puerta abierta para que dichas juntas se integren por personas incapaces y afines a los intereses personales de funcionarios de gobierno. Toda vez se recibe la plica esta se abre y se evalúa, la junta licitadora deberá utilizar los criterios establecidos en los Artículos 27, 28 y 29, además de los estipulados en las bases de licitación, pudiendo rechazar las ofertas según lo establecido en el Artículo 30.

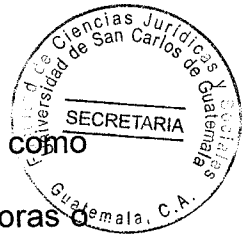
Para poder adjudicar el contrato a un postulante la junta licitadora debe verificar que este cumpla con todos los requisitos establecidos en las bases de licitación, pero si la junta licitadora está integrada por personas designadas a dedo, sin un perfil de conocimientos adecuado, dicha evaluación podría realizarse de forma deficiente o simplemente no darse.



La junta licitadora según lo establece el Artículo 33 adjudicará la licitación al oferente que, ajustándose a los requisitos y condiciones de las bases haya hecho la propuesta más conveniente a los intereses del Estado, publicándose a través del portal Guatecompras como refiere el Artículo 35, continúa indicando el referido artículo que las personas que no estén de acuerdo con la adjudicación, podrán presentar una inconformidad, a la cual se le deberá dar respuesta por el portal Guatecompras, dentro de un plazo no mayor a 5 días calendario a partir de su presentación.

Así mismo el Artículo 36 señala que en un plazo de dos días el expediente será trasladado a la autoridad superior que lo improbara o aprobara; en el primer caso el expediente será devuelto a la junta licitadora para que se modifique la decisión original y se remita nuevamente a la autoridad superior quien nuevamente lo analizara para aprobarlo o improbarlo. En el caso de que se apruebe la adjudicación por parte de la autoridad superior, dicha decisión será publicada en el portal Guatecompras.

Este proceso de licitación posee una falla catastrófica, que, en un país como Guatemala no puede permitirse, siendo esta la evaluación de las propuestas por una junta licitadora, integrada por personas cuya idoneidad es verificada por la autoridad superior de la entidad licitante, sin ningún parámetro comparativo establecido, dejándolo únicamente a su criterio subjetivo, lo cual permite la fácil manipulación de los nombramientos, pues no existe un punto de referencia a utilizar. Resultado de lo anterior es la adjudicación de contratos de servicios de salud a empresas sin capacidad humana y técnica para brindarlos, lo que

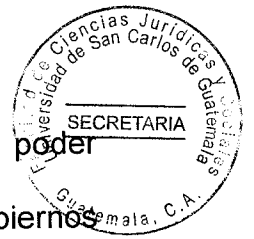


puede ocasionar daños a los usuarios de dichos servicios e incluso su muerte como veremos más adelante; ahora bien, analicemos como se integran las juntas licitadoras o sus equivalentes en los procesos de contratación en otros países de Latinoamérica.

3.4.4 Caso Perú

En la República de Perú, es a través de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y su reglamento el Decreto Supremo 350-2015-EF, que se regula lo relacionado a la celebración de contratos entre el Estado y particulares; la Ley 30225 señala en su Artículo 1 que la referida ley tiene por finalidad establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos.

Este artículo establece que las contrataciones que realice el Estado deben regirse por los lineamientos fijados en dicha ley, para que se realicen de forma oportuna, efectiva y eficiente, invirtiendo de forma adecuada el dinero aportado por los contribuyentes. Por su parte en el Artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado de la República de Perú, nos indica cual es el ámbito institucional de aplicación de la ley, señalando que se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la ley bajo el término genérico de Entidad, a) los



ministerios y sus organismos públicos, programas y proyectos adscritos. b) el poder legislativo, poder judicial y organismos constitucionalmente autónomos. c) los gobiernos regionales y sus programas y proyectos adscritos. d) los gobiernos locales y sus programas y proyectos adscritos. e) las universidades públicas. f) sociedades de beneficencia pública y juntas de participación social. g) las empresas del Estado pertenecientes a los tres niveles de gobierno. h) los fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de derecho público o privado. Además, señala que las fuerzas armadas, la Policía Nacional del Perú y los órganos desconcentrados tienen el mismo tratamiento que las entidades antes citadas, y que la ley en cuestión se aplicara a las contrataciones que deben realizar las entidades y órganos ya señalados, así como a otras organizaciones que, para proveerse de bienes, servicios u obras, asumen el pago con fondos públicos.

Este artículo señala que toda entidad, institución u organización, que utilice fondos públicos para realizar una contratación de cualquier índole, debe regirse por los preceptos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado.

El Artículo 8 menciona cuales son los funcionarios, dependencias y órganos encargados de las contrataciones indicando que, se encuentran encargados de los procesos de contratación de la entidad, a) El titular de la entidad que es la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en la ley y su reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de

contratación de bienes, servicios y obras. b) El área usuaria que es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación o que dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias, que colabora y participa en la planificación de las contrataciones, y realiza la verificación técnica de las contrataciones efectuadas a su requerimiento, previas a su conformidad. c) El órgano encargado de las contrataciones que es aquel órgano o unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento al interior de una entidad, incluida la gestión administrativa de los contratos.

Este artículo menciona los tres funcionarios o dependencias que intervienen en los procesos de contrataciones de una entidad, explicando de forma clara de quienes se trata, pero el Artículo 8 continua indicando lo siguiente, adicionalmente, la entidad puede conformar comités de selección, que son órganos colegiados encargados de seleccionar al proveedor que brinde los bienes, servicios u obras requeridos por el área usuaria a través de determinada contratación. Su composición y funciones se determinan en el reglamento. Vemos entonces que es el comité de selección el encargado de evaluar las propuestas para la adjudicación de un contrato; veamos ahora como se integra.

El Artículo 23 del Decreto Supremo 350-2015-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala que el comité de selección está integrado por tres miembros, de los cuales uno debe pertenecer al órgano encargado de las contrataciones de la entidad y por lo menos uno debe tener conocimiento técnico en el objeto de la contratación. Tratándose

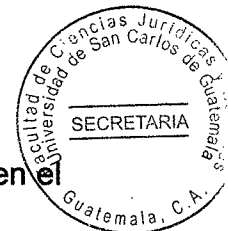


de los procedimientos de selección para la contratación de ejecución de obras, consultoría en general y consultoría de obras, de los tres miembros que forma parte del comité de selección, por lo menos, dos deben contar con conocimiento técnico en el objeto de la contratación. Cuando la entidad no cuente con especialistas con conocimiento técnico en el objeto de la contratación, puede contratar expertos independientes o gestionar el apoyo de expertos de otras Entidades a fin de que integren el comité de selección.

Este artículo indica la cantidad de miembros del comité especial y como se integra además menciona que por lo menos un miembro debe tener conocimiento técnico sobre la materia del contrato a adjudicar, esto da cierto perfil de conocimientos que deben cumplir los miembros del comité especial.

En este caso la calificación de las capacidades de los integrantes de la Comisión Especial, no se deja solo a discreción de la entidad contratante, sino que se fija un punto de partida para evaluar la idoneidad, siendo este el conocimiento técnico que debe tener por lo menos uno de los tres integrantes de la comisión especial.

Existe también en Perú el Órgano Supervisor de las Contrataciones del Estado conocido como OSCE, ente autónomo financiera y administrativamente hablando, el cual se encarga de supervisar los procedimientos que realizan las entidades sujetas a la Ley de Contrataciones del Estado, para realizar cualquier tipo de contratación. Este órgano fue creado a través de la normativa contenida dentro del Decreto Legislativo 1017 el cual



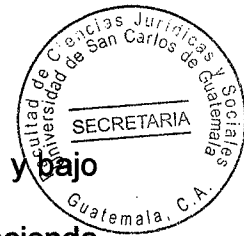
contenía la antigua Ley de Contrataciones del Estado de Perú el cual fue derogado en el año 2014. Dicha vigilancia contante por parte de la OSCE da seguridad que los procesos se realizaran con transparencia.

3.4.5 Caso Uruguay

En la República Oriental del Uruguay las contrataciones estatales se rigen por lo dispuesto en el Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera -TOCAF-, Decreto 150/012 el cual contiene la Ley de Contabilidad y Administración Financiera.

El Artículo 2 de la referida ley menciona que constituye materia de dicho cuerpo legal, los hechos, actos u operaciones de los que se deriven transformaciones o variaciones en la hacienda pública. Quedando comprendidos en la misma, en carácter de organismos de administración-financiero patrimonial, sin perjuicio de las atribuciones y facultades, derechos y obligaciones que les asignen la Constitución de la República y las leyes, los poderes del Estado; el tribunal de cuentas; la corte electoral; el tribunal de lo contencioso Administrativo; los gobiernos departamentales; los entes autónomos y los servicios descentralizados y en general todas las administraciones públicas estatales.

Para los entes industriales o comerciales del Estado, las disposiciones contenidas en el TOCAF son aplicables en tanto sus leyes orgánicas no prevean expresamente regímenes especiales.



El Artículo 2 señala cuales son las entidades sujetas a las disposiciones de la ley y bajo que circunstancia se aplica, siendo esta toda transformación o variación de la hacienda pública, entendiéndose ese término como todo aumento o disminución del patrimonio del Estado, abarcando así también las compras y ventas.

El Artículo 33 regula que las contrataciones se realizarán mediante licitación pública de acuerdo con lo que mejor se adecue a su objeto, a los principios generales de la contratación administrativa y de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente.

El artículo anterior establece que los procesos de contratación deben realizarse por el procedimiento de licitación pública, pero ¿cómo se selecciona el proveedor del servicio o bien que se desea adquirir? lo veremos a continuación.

El Artículo 66 establece que en cada administración pública estatal funcionarán una o varias comisiones asesoras de adjudicaciones designadas por la autoridad superior de la misma, las cuales emitirán opinión acerca de la admisibilidad y conveniencia de las ofertas, a cuyo efecto dispondrán de plazos máximos.

La comisión asesora, es integrada por miembros designados por la autoridad superior del ente contratante, y aunque no se señalan requisitos que estos deban cumplir, las funciones de la comisión son simplemente de asesoría, al respecto el Artículo 66 continúa señalando



que el informe de la comisión asesora de adjudicaciones deberá contener los fundamentos que respalden su juicio de admisibilidad y su opción por la oferta más conveniente, exponiendo las razones de esta. La comisión asesora elevará su informe y recomendación, con todas las actuaciones, a consideración del ordenador competente.

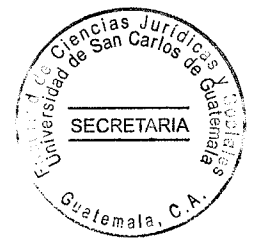
La comisión asesora envía su informe al ordenador quien es el que adjudica el contrato de acuerdo al informe recibido si a su consideración cumple con los requerimientos necesarios, esto lo establece el Artículo 67.

Pero ¿quién es ese ordenador?, al respecto el Artículo 26 indica que son ordenadores primarios de gasto los jefes máximos de toda administración, cualquiera sea su naturaleza jurídica. Observamos entonces que el ordenador es la máxima autoridad de la entidad contratante.

En el caso de la República Oriental del Uruguay, su procedimiento para evaluar al proveedor del bien o servicio que se desea adquirir y su oferta es más simplificado y recae fundamentalmente en los principios de moralidad y transparencia, lo cual ha dado buenos resultados en dicho país, ya que actualmente no ha ocurrido un hecho que haga necesario que se reestructure el sistema de contrataciones del Estado. Se ha observado entonces la diferencia entre el sistema de contrataciones de tres países, Guatemala, Perú y Uruguay, tres contextos sociales diferentes y tres normativas con paralelismos en cuanto a su ámbito de aplicación, pero con diferencias claves en lo que se refiere a los procesos



de evaluación y adjudicación de contratos; en Uruguay se deja al criterio de la autoridad máxima la designación del cuerpo colegiado que evalúa las ofertas para la adjudicación de contratos, y no se señala ningún requisito o perfil a cumplir, confiando en que el funcionario respetara los principios de transparencia y moralidad que deben guiar estos procesos; en Perú se señala un menester de obligatorio cumplimiento, la profesionalización, sumado a la creación de un ente con autonomía financiera y administrativa como el OSCE para que supervise los procedimientos de contratación. Sin embargo en el caso de Guatemala, se señala que los integrantes de las juntas licitadoras deben reunir ciertos requisitos de idoneidad, los cuales no se indican, además se deja su calificación a criterio subjetivo del funcionario público, lo cual lo hace que los procedimientos de licitación se puedan viciar fácilmente, posibilidad que resulta sumamente riesgosa debido a las consecuencias que puede acarrear, más aun cuando el objeto de la licitación es la adjudicación de un contrato de servicios de salud, como lo veremos en el siguiente capítulo.



CAPÍTULO IV

3. Caso IGSS-PISA

La contratación de la entidad Droguería Pisa de Guatemala, Sociedad Anónima, por el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social -IGSS- ha sido uno de los casos de corrupción más escandalosos que ha existido en el seno de la sociedad guatemalteca y un caso inédito en Latinoamérica. En julio de 2014 el IGSS inicio el procedimiento para la contratación de servicios de diálisis peritoneal para sus pacientes, procedimiento establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, dicho contrato fue asignado a la Droguería Pisa de Guatemala, Sociedad Anónima, el 2 de octubre de 2014, el cual ascendía a un monto de 116 millones 227 mil 035 quetzales, iniciando dicha empresa a proporcionar los servicios de diálisis peritoneal del 15 de enero al 15 de mayo del año 2015, fecha en la que el seguro social decidió rescindir el contrato adjudicado. Sin embargo, debido a que Droguería Pisa de Guatemala, Sociedad Anónima, una empresa de origen mexicano, no contaba con las instalaciones físicas, equipo y personal especializado, para brindar los servicios para los que fue contratada, se ocasiono la muerte a 35 personas y a varias decenas de afiliados se les provocó una infección peritoneal. Ante estos trágicos hechos surgen varias interrogantes ¿qué ocasionó este desenlace fatal?, ¿se pudo haber evitado? y ¿Qué anomalías y fallas existieron en el proceso de licitación? para dar respuesta a estas interrogantes es necesario que analicemos brevemente el curso de los hechos ocurridos, utilizando los documentos publicados en el portal Guatecompras sobre el tema y la



investigación que realizara sobre este caso la institución del Procurador de los Derechos Humanos.

4.1 Procedimiento de licitación y adjudicación del contrato

El 21 de julio del año 2014 el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social -IGSS- publicó la convocatoria participar en el evento de licitación DSC-L-25/2014 que tenía como objeto recibir ofertas para la contratación de servicios de diálisis peritoneal continua ambulatoria para pacientes de la Unidad de Consulta Externa de Enfermedades del IGSS, informando a los interesados que podían obtener las bases para la licitación en la página web www.igssgt.org y en el sistema de Guatecompras consultando el Numero de Operación de Guatecompras (NOG) 3381625, siendo la fecha para la recepción de las ofertas el día 05 de septiembre de 2014.

4.1.1 Especificaciones técnicas a cumplir

Dentro de las especificaciones técnicas que se detallaban en las bases para la licitación, se debían cumplir con ciertas condiciones mínimas de las cuales se de tallaran solamente algunas siendo estas las siguientes:



Recurso humano. Los postulantes debían contar con personal profesional el cual debían ser, médico y cirujano, con especialidad en nefrología; médico y cirujano, con especialidad en cirugía y licenciada en nutrición. Se debía contar con un coordinador clínico debiendo ser este un enfermero graduado, misma calidad que debía tener el personal paramédico de apoyo, además de contar con personal administrativo y de servicios varios.

Infraestructura básica. En lo que se refiere a infraestructura, los postulantes debían contar como mínimo en relación a acceso y localización, con accesibilidad y ubicación adecuada, seguridad adecuada para los pacientes, horario de atención mínima de ocho horas en días laborales. En lo que respecta a las condiciones físicas, el lugar donde se prestara el servicio debía contar con iluminación, ventilación e higiene adecuadas y una distribución adecuada de ambientes, siendo necesario que contara con sala de espera; clínica médica; dos cubículos de entrenamiento, que cuenten con televisión, con video o DVD para las capacitaciones; un cubículo para pacientes infectados; un cubículo para cambio de línea de transferencia; sala de operaciones y área de lavado quirúrgico; sala de recuperación; unidad de emergencias con equipo de resucitación cardiopulmonar, que incluya, monitor, carro de paro con medicamentos de RCP, desfibrilador, oxígeno, tabla para masaje cardíaco, soluciones endovenosas; central de equipos para lavar, limpiar y esterilizar el equipo que se va a utilizar; bodega; servicio sanitario al que también tenga acceso el paciente discapacitado; fuentes o tomas de oxígeno. Debían también contar con medios de comunicación como teléfono, fax, correo electrónico; ambulancia para pacientes en caso de emergencia, pudiendo ser esta propia o contratada; laboratorio clínico y RX en



horario de atención de pacientes para pruebas de rutina y/o emergencias, el que podía ser propio o contratado.

Disponibilidad y estado óptimo del mobiliario y equipo. En este rubro se especificaba el equipo con el cual se debía contar para brindar el servicio licitado siendo este, mobiliario y equipo de la sala de espera; mobiliario y equipo de clínica médica; mobiliario del cubículo de entrenamiento (dos cubículos mínimo); mobiliario de sala de operaciones; mobiliario de cuarto de recuperación; equipo de área de lavado quirúrgico; también se detallaba con que equipo instrumental médico indispensable se debía contar; de igual forma lo relacionado a la central de equipos; equipo de apoyo administrativo.

Registros médicos y medicamentos e insumos. Otras especificaciones técnicas que se debían cumplir consistían en contar con fichero médico, con la información de los pacientes, crear los expedientes correspondientes y así mismo realizar los informes estadísticos sobre la atención brindada.

Además la entidad que brindaría el servicio debería contar con los medicamentos e insumos básicos indispensables para realizar los procedimientos de hemodiálisis peritoneal, siendo estos heparina; soluciones intravenosas; antisépticos; anestesia local; profilaxis antimicrobiana luego de la instalación del catéter; otros medicamentos que el paciente necesite y relacionados con el tratamiento de diálisis peritoneal continua ambulatoria; medicamentos de emergencia (adrenalina, atropina, bicarbonato, etc.).



Disposiciones de referencia y contra-referencia. En este apartado se detallaban los procedimientos para brindar el servicio licitado, siendo las acciones que debía realizar el contratista las que se transcriben a continuación.

El paciente deberá ser referido al contratista con hoja de traslado SPS guion doce A (SPS-12A) para evaluación inicial y ser programado para la colocación de catéter, indicándole al mismo las condiciones en las cuales debe presentarse el día del procedimiento; únicamente puede referir pacientes de la Clínica de Nefrología de la Unidad de Consulta Externa de Enfermedades.

Inmediatamente antes del procedimiento, el médico especialista deberá informar al paciente sobre el tipo de procedimiento a realizar y detallar los beneficios, riesgo y/o complicaciones. El paciente debe firmar el consentimiento informado donde autoriza el procedimiento.

En la fecha respectiva el paciente se deberá presentar a la unidad del contratista en donde se le efectuará el procedimiento quirúrgico de instalación del catéter para diálisis peritoneal continua ambulatoria, según protocolo previamente establecido. El paciente deberá pasar a la sala de recuperación y va a egresar cuando el médico nefrólogo del contratista dé el visto bueno para su egreso y se cerciore que el paciente está en condiciones para ello. El paciente será citado, a criterio del nefrólogo del contratista, para revisión del catéter y decidir el día en que inicia el entrenamiento del paciente y el familiar.



El contratista debe sustituir el catéter las veces que sea necesario sin costo adicional para el IGSS. La línea de transferencia deberá ser cambiada cada seis meses o antes si correspondiere.

El paciente y un familiar deberán ser capacitados por el contratista al inicio del tratamiento y a los seis meses posteriores por un lapso no menor de cinco días, debiendo otorgarle a los mismos la constancia de dicha capacitación.

El catéter, su instalación, la capacitación del paciente y de uno de sus familiares, las bolsas para diálisis peritoneal continua ambulatoria y el equipo complementario que se utiliza para la misma, la distribución y entrega de las bolsas, así como los exámenes de gabinete, no tendrán ningún costo adicional para el IGSS.

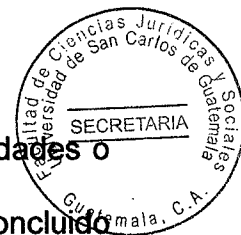
El contratista tiene la obligación de prestar el servicio de atención médica en sus instalaciones a los pacientes de nuevo ingreso cada 15 días por dos meses y luego de forma mensual. Dichas consultas médicas deberán quedar registradas en un expediente clínico donde se anotará la evaluación del paciente, su apego al programa y evolución del mismo. De existir una complicación el contratista está en la obligación de evaluar al paciente, atender la emergencia o bien referirlo al servicio de emergencia de adultos del Hospital General de Enfermedades. Asimismo, el contratista debe realizar como mínimo tres visitas domiciliarias al año para coadyuvar en el tratamiento del paciente e informar a la unidad de nefrología en el reporte mensual.



El contratista entregará mensualmente en el domicilio del paciente a nivel nacional o cuando corresponda, como máximo cuatro bolsas de solución para dializar y equipo complementario para cada día; en caso fuera necesario, le proporcionará una quinta bolsa según prescripción del médico tratante de la unidad de consulta externa de enfermedades.

El contratista debe contar con infraestructura y logística para la correcta y oportuna distribución de las bolsas y equipo complementario a nivel nacional en el momento oportuno, así como un control adecuado para la entrega de los insumos mediante registro de firma o impresión dactilar autorizadas del paciente manualmente o por medio magnético digital o electrónico aprobado tanto por el contratista como por el IGSS e implementar los controles necesarios que el IGSS requiera como parte del proceso de modernización de este o para este fin en especial; cuando el paciente por razones debidamente autorizadas por la dirección médica de la unidad de consulta externa de enfermedades no pueda firmar o colocar la impresión dactilar, el paciente autorizará a un familiar para tal efecto.

El contratista recuperará las bolsas y equipo complementario en el domicilio de los pacientes que fallecen, cambien de tratamiento o el médico tratante de la unidad de consulta externa de enfermedades le indique caso concluido. Esta actividad no significará ningún costo para el instituto. Asimismo, cuando la empresa se entere directamente por familiares del fallecimiento del paciente deberán proceder a recuperar los insumos y reportarlo de inmediato a la dirección médica de la unidad de consulta externa de enfermedades por cualquier medio de comunicación existente.



El IGSS por medio de la dirección de la unidad de consulta externa de enfermedades o quien ésta designe notificará por medio escrito físico, magnético o digital el caso concluido del paciente por cualquier causa conforme a la normativa interna vigente del IGSS y el contratista procederá a recuperar los insumos. En ambos casos el precio de las bolsas y equipo complementario recuperado no debe ser incluido en la factura que corresponde. La concentración de las bolsas que utilizará el paciente será determinada por el médico nefrólogo del IGSS en coordinación con el nefrólogo del contratista.

El contratista realizará al paciente estudios de adecuación de diálisis, aclaración de urea con relación a volumen y tiempo (KTV) y test de equilibrio peritoneal (PET) al mes de haber ingresado al programa, cada seis meses y IGSS cuando la dirección de la unidad de consulta externa de enfermedades y/o la jefatura del servicio de nefrología del Hospital General de Enfermedades, así lo requiera.

los resultados deben de ser enviados directamente a la jefatura del servicio de nefrología con copia al departamento de servicios contratados, subgerencia de integridad y transparencia administrativa y a la dirección de la unidad de consulta externa de enfermedades del IGSS.

Cuando exista alguna emergencia que requiera la atención de los especialistas del servicio de nefrología del IGSS, el contratista tiene la obligación de realizar el traslado del paciente al servicio de emergencia del Hospital General de Enfermedades del instituto, por lo tanto, deberá contar con disponibilidad del servicio de ambulancia propio o contratado.



Limpieza y desinfección. Al final de cada procedimiento realizado, el contratista, bajo las técnicas ya establecidas debería realizar la limpieza de los ambientes y el material utilizado y/o descartarlo según protocolo establecido sobre manejo de desechos.

Informes. El contratista según esta especificación técnica debía rendir los siguientes informes. Informe de colocación de catéter para diálisis peritoneal continua ambulatoria; informe mensual con la siguiente información; número de pacientes en total, nuevos, fallecidos, trasplantados, visitados, reentrenados y que abandonaron el tratamiento; estudios de adecuación de diálisis realizados a cada paciente, indicando pautas claras de tratamiento y que orienten debidamente al médico nefrólogo del IGSS; informe detallado sobre la evaluación de cada paciente desde el punto de vista clínico, nutricional, social (cuando se realice visita domiciliaria) y laboratorios; resultados de las pruebas de laboratorios deben incluir, prueba de equilibrio (cuando se efectuó) cinética de urea.

Cada mes, hemoglobina, hematocrito, calcio, fosforo, potasio, creatinina, nitrógeno de urea, ferritina, % saturación de hierro. Cada 3 meses, PTH, albumina, colesterol y triglicéridos. Cada 6 meses, función renal residual (DCR), los resultados de los mismos deberán presentarse en gráfica y tablas numéricas; además del informe individual de cada paciente, se deberá incluir un consolidado grupal de cada rubro, a saber, tasa de peritonitis, cinética de urea, Albumina, potasio, hemoglobina y hematocrito, calcio y fosforo. Además, tipo de transporte peritoneal, estado nutricional, presión arterial media, función renal residual, morbimortalidad, abandono a la terapia, hospitalización y sus causas. Además deberá incluir principales problemas detectados de tipo médico,



administrativo y social; principales complicaciones presentadas durante el mes, referencias al servicio de emergencia de adultos del Hospital General de Enfermedades; número de procedimientos efectuados durante el mes; comentarios especiales sobre las visitas que se efectuaron durante el período reportado a la vivienda del paciente; el informe se debe presentar en forma impresa y electrónica durante los primeros 5 días del mes a la dirección de consulta externa de enfermedades, con copia a la jefatura de nefrología y al departamento de supervisión de la subgerencia de integridad y transparencia administrativa.

4.2 Evaluación de las propuestas

El día 05 de septiembre de 2015, solo dos entidades presentaron sus propuestas, Droguería Pisa de Guatemala, Sociedad Anónima y Medicina Corporativa de Diálisis, Sociedad Anónima; por lo que en cumplimiento a lo establecido en el Artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado, la junta licitadora integrada para ese proceso se dio a la tarea de recibir, calificar las ofertas y adjudicar el contrato.

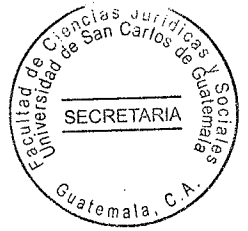
Pero, ¿cómo se integró la referida junta licitadora? el Artículo 11 del mismo cuerpo legal, el cual aún no había sido reformado en ese entonces por el Decreto 9-2015 del Congreso de la República de Guatemala, se limitaba a indicar que, la junta licitadora se integraría con un número de cinco miembros, nombrados por la autoridad administrativa superior, de preferencia entre servidores públicos de la entidad contratante y en caso



que la entidad no contara con personal idóneo, permitía la opción de nombrar a servidores públicos de otras dependencias del Estado que tuvieran experiencia en la materia de que se tratara la licitación. Valiéndose de lo preceptuado en la ley y de la posibilidad de nombrar a los integrantes de la junta licitadora de forma discrecional, la junta directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, así como el subgerente administrativo, Álvaro Manolo Dubón González, seleccionó a Carmen Yadira Gil Quiñonez, auxiliar de enfermería; Delia Haydeé Castañon Guerra, auxiliar de enfermería; Mayra Lissbeth Gómez Suárez, supervisora social; Doris Elubia González Salazar, técnico en hemodiálisis; Alba Maritza Maldonado Gamboa, auxiliar de enfermería; para conformar la junta de licitación, quienes no reunían las características de aptitud suficiente para abordar el examen de propuestas de un contrato de esa naturaleza. Posterior a la recepción de las ofertas, la junta licitadora debía iniciar con la evaluación de las propuestas de las dos empresas oferentes, utilizando el criterio de calificación establecido en el Artículo 28 de la Ley de Contrataciones del Estado, utilizando la siguiente formula.

a. Presentación de la oferta: 10 puntos

PRESENTACIÓN DE LA OFERTA	SI	NO
Cumplió con todos los requisitos desde un inicio	01 puntos	05 puntos
Presento su propuesta en el orden establecido	01 puntos	05 puntos
TOTAL	02 puntos	10 puntos



b. Precio: 45 puntos

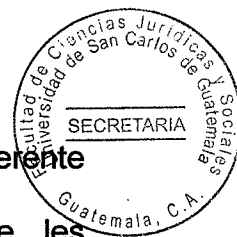
Se calificaría con 45 puntos la oferta que presentara el precio total más bajo, con relación al resto de las ofertas, las que se calificarían con los puntos que en forma inversamente proporcional les correspondiera con respecto al total de los puntos de la oferta más económica. Para la calificación inversamente proporcional, la junta tomaría en cuenta la fórmula siguiente.

$$\frac{\text{precio total más bajo} \times 45 \text{ puntos}}{\text{precio N}}$$

Precio N= cada precio total subsiguiente al precio total más bajo.

c. Calificación de la calidad: 45 puntos

La junta asignaría hasta una calificación total de 100 puntos al oferente que cumpliera a cabalidad con todos los criterios de calidad de las especificaciones técnicas solicitadas y comprobadas, para corroborar esto los integrantes de la junta tendrían, que apersonarse en el lugar señalado por el oferente para la prestación del servicio licitado.



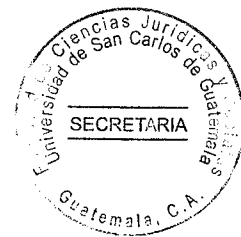
Después de calificadas las especificaciones técnicas se asignaría 45 puntos al oferente que alcanzara la calificación de cien 100 puntos, a los demás oferentes se les asignarán los puntos que proporcionalmente les correspondieran, utilizando la fórmula siguiente.

Calificación N x 45 puntos

100 puntos

Posterior a realizar el proceso de calificación y evaluación de las ofertas presentadas, basados en las especificaciones técnicas, estipuladas en las bases de licitación, las cuales ya fueron descritas y utilizando el criterio de calificación antes especificado, la junta licitadora, el 2 de octubre de 2014, adjudica el contrato para brindar un aproximado de 2 millones 582 mil 823 servicios de diálisis peritoneal continua ambulatoria para pacientes de la unidad de consulta externa de enfermedades del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social -IGSS- a Droguería Pisa de Guatemala, Sociedad Anónima por un monto de 116 millones, 227 mil, 035 quetzales, según acta de calificación y adjudicación de ofertas número DSC-CAO-43/2014.

Dicho proceso a mi criterio personal fue anómalo, en vista de la inconformidad presentada por la entidad Medicina Corporativa de Diálisis, Sociedad Anónima, que ya señalaba deficiencias en la oferta presentada por su contraparte; las cual sin más fue declarada improcedente y de la cual se hace referencia a continuación:



4.3 Planteamiento de inconformidades por la adjudicación del contrato

Con fecha 17 de octubre de 2014 Luis Alfonso Pineda Torrado, representante de la entidad Medicina Corporativa de Diálisis, Sociedad Anónima, en uso del derecho que le otorgaba el Artículo 35 de la Ley de Contrataciones del Estado presentó ante la junta licitadora del evento DSC-L-25/2014, una inconformidad por la adjudicación del contrato en licitación a Droguería Pisa de Guatemala, Sociedad Anónima, a la cual le fue asignado el número A306754.

En ella se expone que los documentos de licitación, constituyen “el documento fundamental en la regulación de la actividad contractual, se puede conceptualizar como el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por la unidad administrativa que especifican el suministro, obra o servicio que se licitara, las condiciones a seguir en la preparación y ejecución del contrato y los derechos y obligaciones de los oferentes, del adjudicatario y de la administración. Las bases de licitación tienen un carácter general e impersonal, de modo de asegurar un trato igualitario para los oferentes. Los licitantes tiene la obligación de sujetarse a dichas bases y su no acatamiento impedirá la admisibilidad de la oferta”²¹

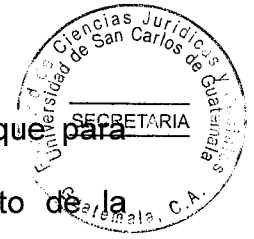
²¹ Correa, Isabel. **Manual de licitaciones públicas del Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social –ILPES-** . Pág. 33



Partiendo de ese orden de ideas el representante legal de la entidad Medicina Corporativa de Diálisis, Sociedad Anónima, expuso en su inconformidad que, en los documentos de licitación del evento se requería el cumplimiento de las especificaciones técnicas, por lo que su cumplimiento debía ser obligatorio, no pudiendo, ni debiendo ser diferido y teniendo que estar debidamente comprobado.

Siendo el objeto del proceso de licitación el recibir ofertas para la contratación de los servicios de diálisis peritoneal continua ambulatoria, de acuerdo a las condiciones y requerimientos establecidos entre otros dentro de las especificaciones técnicas, los oferentes interesados en prestar los servicios debían contar con los requerimientos mínimos establecidos en el apartado de especificaciones técnicas, debiendo presentar a detalle el cumplimiento a cada aspecto de ellas, entendiéndose en ese punto que las especificaciones técnicas debieron estar cumplidas al momento de la presentación de la oferta, no pudiéndose tenerse por cumplidas en base a la probabilidad de que así se haría.

Señaló el representante legal de Medicina Corporativa de Diálisis, Sociedad Anónima, que los motivos para rechazar ofertas enunciados en la base de la licitación se expresaba que, previo a la calificación de las mismas, la junta analizaría el cumplimiento de los requisitos exigidos, pudiendo sin responsabilidad de su parte, rechazarlas por una serie de causas entre las cuales se encuentra el incumplimiento a satisfacción de las especificaciones generales, las especificaciones técnicas y disposiciones especiales solicitadas para el objeto de la licitación. Al ordenar la junta de licitación el análisis del cumplimiento a



satisfacción, entre otras de las especificaciones técnicas, era más claro el que para tenerse por cumplidos los requisitos, estos debieron de existir al momento de la presentación de la oferta.

Respecto a cómo se integraba la calificación, añadió que, del cumplimiento de las especificaciones técnicas, se establecía en las bases de licitación que la calificación de calidades sería 45 puntos. La junta licitadora asignaría una calificación de 100 puntos al oferente que cumpliera con los criterios de calidad, de las especificaciones técnicas solicitadas y comprobadas de acuerdo a la infraestructura, mobiliario, equipo, recurso humano y demás aspectos detallados en la misma, para lo cual los integrantes de la junta licitadora debían apersonarse al lugar señalado por el oferente para la prestación del servicio licitado. Quedando claro una vez más que para el cumplimiento de los requisitos estos deben existir materialmente. Además, señaló que en las bases de licitación se ordenaba claramente que los oferentes interesados, debían satisfacer ciertos requisitos y condiciones mínimas de prestación de servicios, es decir si estos se presentaban en menor grado a lo establecido en las bases de licitación deben tenerse como no cumplidos. En síntesis, el representante legal de Medicina Corporativa de Diálisis, S.A., orienta su inconformidad al hecho que para poder adjudicar el contrato licitado, se debía realizar una verificación *in situ* del cumplimiento de las especificaciones técnicas, por la junta licitadora y aún más importante lo requerido en dichas especificaciones debía existir físicamente y no solo conformarse con la presunción de que si se cumplirían a cabalidad las mismas.



Del incumplimiento de los requisitos mínimos descritos en las especificaciones técnicas, por parte de la entidad Droguería Pisa de Guatemala, Sociedad Anónima, Luis Alfonso Pineda Torrado, representante de la entidad Medicina Corporativa de Diálisis, Sociedad Anónima, expuso que, derivado de la lectura de una copia de la oferta presentada por Droguería Pisa de Guatemala, Sociedad Anónima, estableció que dicha entidad presentó una oferta sobre la cual la junta licitadora requirió en la solicitud de aclaración, documentación complementaria o muestra, entre otras cosas la presentación de detalle del cumplimiento de especificaciones técnicas.

Para tal efecto la entidad adjudicada presentó entre otros el documento privado que contiene contrato de prestación de servicios médicos y hospitalarios de diálisis peritoneal ambulatoria, celebrado entre Medicina Corporativa, S.A. y Droguería Pisa de Guatemala, S.A., cuyo objeto es la prestación de los servicios licitados, que Medicina Corporativa, Sociedad Anónima prestaría a futuro a la entidad adjudicada, constando dentro de los términos y condiciones de dicha prestación de servicios que, a) El lugar de la prestación del servicio sería el Hospital Medax Américas ubicado en la 10 calle 2-31 zona 14 de la ciudad de Guatemala. b) Que Medicina Corporativa, S.A. proporcionaría a la entidad adjudicada todo el equipo e instrumentos médicos y quirúrgicos necesarios para prestar los servicios médicos y hospitalarios de diálisis peritoneal ambulatoria. c) Que Medicina Corporativa S.A. destinaría al lugar donde se prestarían los servicios médicos y hospitalarios de diálisis peritoneal ambulatoria el siguiente recurso humanos, personal profesional, médico y cirujano con especialidad en nefrología, médico y cirujano con especialidad en cirugía y licenciado en nutrición; personal coordinador de clínica,



enfermera graduada; personal paramédico de apoyo, auxiliares de enfermería; personal administrativo, secretaría, recepcionista, mensajero, seguridad, y limpieza. Indicando el contrato que el número de plazas que conforma el personal detallado anteriormente podrá variar de mutuo acuerdo entre las partes por simple cruce de cartas.

Además se indicaba en el referido contrato que los servicios que Medicina Corporativa, S.A. prestaría a Droguería Pisa de Guatemala, S.A. servicio para, a) La colocación al paciente del catéter intraperitoneal el cual proporcionaría Droguería Pisa; b) El entrenamiento al paciente y a un tercero del procedimiento de diálisis peritoneal ambulatoria; c) La consulta mensual para el control del buen estado y funcionamiento idóneo del catéter; d) La sustitución del catéter las veces que el paciente lo requiera, catéter que proporcionaría Droguería Pisa; e) El cambio al paciente de la línea de transferencia cada seis meses o cuando lo necesite, línea que también proporcionaría Droguería Pisa.

Que dentro de las obligaciones de droguería pisa se destacaba la de no interferir ni dar instrucciones al personal que prestaría los servicios, añadiendo que, ante esta prohibición como se informaría la entidad adjudicada del cumplimiento de los lineamientos de referencia y contra-referencia, sino se puede interferir ni dar órdenes directas al personal que prestaría los servicios, debiendo existir un procedimiento extra que pondría en riesgo la atención pronta y cumplida de los pacientes.



En los servicios mencionados en el contrato celebrado entre la entidad adjudicada y Medicina Corporativa, S.A, no se contiene la prestación de ciertos servicios específicos contenidos en los lineamientos de referencia y contra-referencia, se señaló en la inconformidad. Por lo tanto no existía materialmente certeza de cómo estos se llevarían a cabo, en razón de lo cual la junta licitadora para adjudicar el contrato debió tener esto por comprobado; a) Como sería el procedimiento por el cual el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social referiría al contratista al paciente con la hoja de traslado para evaluación inicial y colocación de catéter sino sería el contratista el que prestaría el servicio; b) Como procedería Medicina Corporativa S.A. quien proporcionaría los servicios a Droguería Pisa, en el caso de procedimiento quirúrgico de instalación de catéter, para la recuperación del paciente, si dentro de sus servicios no se cuenta con el de sala de recuperación; c) Como se prestarían los servicios de entrega y distribución de bolsas domiciliar, si este servicio no se encontraba especificado en el contrato entre Droguería Pisa y Medicina Corporativa S.A.; d) Como entregaría y como documentaría la entidad adjudicada los medios materiales y métodos necesarios para llevar a cabo la entrega domiciliar mensual al paciente, si esta no se encontraba especificada en el contrato antes relacionado e) Quien realizaría a los pacientes los estudios de adecuación de diálisis, aclaración de urea y test de equilibrio peritoneal al mes de haber ingresado al programa, cada seis meses y cuando la Dirección de la Unidad de Consulta Externa de enfermedades así lo requiriera; f) Como se procedería al momento de existir alguna emergencia que requiriera la atención de los especialistas del servicio de nefrología del IGSS si el contratista tiene la obligación de realizar el traslado del paciente al servicio de emergencia del Hospital General de Enfermedades del IGSS, por lo tanto se debería de contar con el servicio de ambulancia



propio y contratado, si tal servicio no se encuentra especificado dentro del contrato celebrado entre Droguería Pisa y Medicina Corporativa, S.A.

Se agregó en la inconformidad presentada, que la junta licitadora para poder otorgarle la calificación que permitió la adjudicación de los servicios licitados a Droguería Pisa, debió tener la certeza de cómo se llevarían a cabo tales procedimientos, ya que era obligación de los oferentes presentar detalle de cumplimiento a cada aspecto de las especificaciones técnicas, para ser más específicos el detalle debía relatar con toda particularidad sin omitir detalles, la forma y medio por el que se llevarían a cabo los servicios licitados.

La junta de licitación tuvo a la vista un documento consistente en una carta de fecha 30 de septiembre de 2014, por medio de la cual Droguería Pisa, S.A. expresó a través de su representante legal que trasladaba el detalle del cumplimiento de las especificaciones técnicas, dejando claro que la entidad a la cual representaba, si cumplía a cabalidad con las especificaciones técnicas detalladas en las bases de licitación.

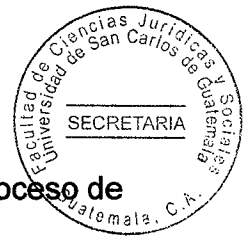
De lo anterior se entiende que Droguería Pisa contaba con instalaciones que cumplían a cabalidad con la infraestructura básica incluida la ambulancia, para el paciente en casos de emergencia lo que da muestra clara del incumplimiento de los requisitos mínimos contenidos en las especificaciones técnicas, pues al momento de presentar la oferta no se contaba con ambulancia, ya que no se sabía si la ambulancia sería propia o contratada denotando su inexistencia física.



De la misma forma añade, que Droguería Pisa de Guatemala manifestó que contaba con las instalaciones que cumplían las especificaciones generales, las especificaciones técnicas y disposiciones especiales solicitadas en las bases de licitación, sin embargo, al no saber si dichas instalaciones eran propias o subcontratadas se denotaba también su inexistencia material, pues eran tan solo eran un supuesto y no una realidad.

Señaló el representante legal de Medicina Corporativa de Diálisis, S.A que la misma situación de falta de comprobación ocurría pero con más gravedad con la infraestructura y logística, para la correcta y oportuna realización de los servicios licitados, ya que no sería la entidad adjudicada la que realizaría el servicio de diálisis peritoneal ambulatoria, lo que ponía en riesgo la prestación de dicho servicio.

Concluyendo con el contenido de la inconformidad planteada por la entidad Medicina Corporativa de Diálisis, Sociedad Anónima, se puede ver que su representante legal enfoca su inconformidad además de lo mencionado con antelación, en el hecho notorio que Droguería Pisa no contaba con infraestructura propia verificable, requisito establecido en las bases de licitación para adjudicación del contrato licitado, así como la existencia de subcontratación de la entidad Medicina Corporativa, Sociedad Anónima, por Droguería Pisa, S.A. para brindar el servicio de diálisis peritoneal ambulatoria, siendo entonces esta solo un intermediario y no el prestador del servicio, contraviniendo el objeto de la licitación.

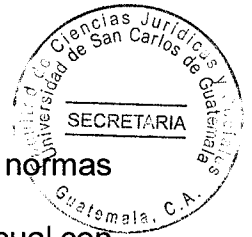


Con todo esto se puede observar que ya eran palpables las deficiencias en el proceso de adjudicación del contrato, deficiencias puestas al descubierto por Medicina Corporativa de Diálisis, S.A, a mi criterio personal, con fines económicos, y no el de velar por la correcta prestación del servicio y evitar daños al paciente afiliado del IGSS, como pudiera parecer. Con fecha 22 de octubre de 2014, la junta licitadora sin detallar absolutamente nada, declaró improcedente y rechazo la inconformidad planteada.

4.4 Prestación del servicio y la violación del derecho humano a la salud

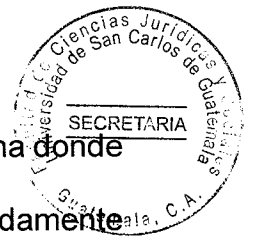
Al momento que la entidad Droguería Pisa de Guatemala, Sociedad Anónima, inició a brindar los servicios que se le habían adjudicado a partir del 15 de enero de 2015, las deficiencias en el procedimiento para brindarlo no tardaron en salir a relucir, y sus consecuencias nefastas tampoco permanecieron ocultas.

De esa cuenta varios afiliados al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, familiares de los afiliados y personas con interés, entre estos últimos Luis Alfonso Pineda Torrado, representante legal de la entidad Medicina Corporativa de Diálisis, Sociedad Anónima, interpusieron varias denuncias en la institución del Procurador de los Derechos Humanos, por la presunta violación del derecho humano a la salud del que fueron víctimas, afiliados y beneficiarios del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, que requerían el tratamiento de diálisis peritoneal continua ambulatoria, por falta de tratamiento médico integral y de calidad.



El Procurador de los Derechos Humanos en uso de sus atribuciones y al acatar normas constitucionales y la ley específica inició la investigación correspondiente, para lo cual con apego a las normas legales y constitucionales vigentes requirió informe circunstanciado al gerente, subgerente de prestaciones en salud, al director de la unidad de consulta externa de enfermedades y al subgerente de integridad y transparencia, todos del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, y al representante legal de Droguería Pisa de Guatemala, S.A.

Según informe suscrito por la licenciada Estela Cuellar Hernández, en ese entonces Subgerente de Integridad y Transparencia del IGSS y remitido a la IPDH, en el mes de septiembre de 2014 el seguro social promovió evento de licitación de los servicios de diálisis peritoneal continua ambulatoria para sus afiliados y beneficiarios, participando dos oferentes, Droguería Pisa de Guatemala S.A. y Medicina Corporativa de Diálisis Sociedad Anónima. Dicho proceso de licitación fue adjudicado a Droguería Pisa de Guatemala, Sociedad Anónima por lo que a partir del 15 de enero de 2015 dicha entidad fue la encargada de atender a pacientes de diálisis peritoneal continua ambulatoria, sin embargo varios pacientes, según informó la licenciada Cuellar Hernández presentaron denuncia en el IGSS por su inconformidad por los servicios de la nueva empresa, pues a su criterio no cumplía con el nivel de calidad brindado por el anterior proveedor del servicio, además que Droguería Pisa no contaba con las instalaciones, personal, equipo e insumos para atender a la totalidad de sus pacientes, asimismo no proporcionaban un kit de limpieza de calidad, carencias que aunado a una atención no especializada provocaron que 57 pacientes sufrieran procesos infecciosos, teniéndose registrados ya siete decesos a causa



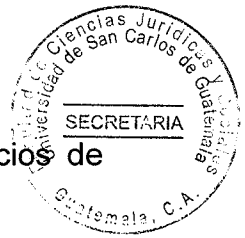
de dichos procesos infecciosos, desde el inicio del servicio de diálisis hasta la fecha donde fue rendido el informe por la licenciada Cuellar Hernández, periodo de aproximadamente tres meses.

Con fecha 4 de marzo de 2015, el jefe del Departamento de Servicios Contratados del IGSS informó a la IPDH que debido a las múltiples quejas presentadas por los usuarios de dicho servicio, con fecha 13 de febrero de 2015 personal del departamento de supervisión de la subgerencia de integridad y transparencia del IGSS se constituyó en las instalaciones utilizadas por Droguería Pisa, concluyendo que a) La entidad Droguería Pisa utilizaba las instalaciones del Hospital Las Américas, para capacitar y hacer el cambio de línea de los afiliados que eran atendidos por el anterior proveedor. b) Que el proveedor contaba con el equipo necesario para proporcionar atención a los afiliados que el seguro social les refiere, para la práctica de la diálisis peritoneal continua ambulatoria. c) Que Droguería Pisa, estaba capacitando a los afiliados en el uso de la nueva línea, que incluía normas de lavado de mano, asepsia de mesa de trabajo y equipo, la cual impartían en lapsos de 45 minutos. d) Que se presentó la documentación que les requiere el contrato con la cual se garantiza que cuenta con el recurso médico y paramédico necesario e indispensable para la prestación del servicio. e) Que las normas de higiene y asepsia que se utilizaban eran las adecuadas.

Por su parte el mandatario especial con representación de la entidad Droguería Pisa de Guatemala, S.A. en informe dirigido a la IPDH de fecha 18 de marzo de 2015, indicó que,

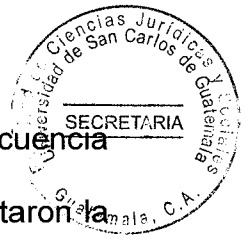


a) Dependiendo del tipo de paciente del que se atendía se le entrenaba junto a sus familiares en la nueva técnica de conexión del sistema Pisa, cuidados generales, así como limpieza por medio de un sistema interactivo y cuando un paciente era debutante recibía una capacitación de una semana por personal especializado, entregándole una certificación al final de la misma. b) Que el procedimiento de limpieza de las sala de operaciones donde se realizan los cambios de catéter se realiza, según los estándares y protocolos internacionales y que la sala de espera y los cubículos de entrenamiento así como las áreas de transito se limpian. c) Que todos los insumos como los medicamentos entregados a los pacientes estaban debidamente registrados en Guatemala y los documentos para la obtención de los registros sanitarios ya habían sido entregadas. d) Se añadió en el informe que Pisa contaba con el laboratorio más moderno de diálisis en Guatemala. e) Que los protocolos de atención a los pacientes, fueron entregados en su oportunidad al seguro social, los cuales incluían acceso peritoneal cuidados post operatorios del acceso peritoneal, diagnóstico y tratamiento de infección de orificio de salida y túnel de diagnóstico y tratamiento de peritonitis, lavado de manos en diálisis peritoneal, cambio de línea corta de transferencia entre otras. f) Que contaban con 17 personas en administración, 14 personas en logística, seis personas en call center, 12 personas en enfermería, tres nefrólogos, un cirujano y dos internistas, así como dos nutricionistas. g) Que a la fecha del informe no habían realizado ningún cambio de catéter, sino únicamente el cambio de línea de transferencia para que fuera compatible con el sistema Pisa. Se observa entonces en relación a lo anterior, como las autoridades del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y Droguería Pisa de Guatemala, Sociedad Anónima se esforzaban por hacer parecer que todo funcionaba a la perfección en cuanto



al tratamiento brindado a los afiliados y beneficiarios, que requerían los servicios de diálisis; lo cual era lo opuesto a la realidad como veremos a continuación.

Con fechas 5 y 27 de febrero de 2015 personal de la Institución del Procurador de los Humanos realizó supervisiones al Hospital las Américas estableciendo que, i) Que la entidad Droguería Pisa de Guatemala, Sociedad Anónima, inició a prestar los servicios contratados en las instalaciones del Hospital Las Américas, constatando que las estancias para dicho fin, no contaban con las condiciones asépticas, ni con la infraestructura adecuada y contaban con equipo y recurso humano insuficiente. ii) Al momento de realizar el cambio de proveedor de servicio, Droguería Pisa de Guatemala, S.A. no contaba con la información detallada de la cantidad de suministro en soluciones que poseía cada afiliado, lo cual se agravaba al considerar que el catéter utilizado por el anterior proveedor no es compatible con el utilizado por la nueva empresa, lo cual significaba que a todos los pacientes se les debía de realizar un cambio de línea. iii) Que Droguería Pisa de Guatemala, no tenía los expedientes clínicos de cada uno de los afiliados a los que prestaría el servicio y por lo tanto no había contactado a la totalidad de los pacientes para realizar el cambio de línea. iv) Se documentó que luego de haberseles realizado el cambio de línea, 57 pacientes presentaron complicaciones relacionadas con peritonitis. v) Que el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, no realizó una supervisión a las áreas e instalaciones previo a que la entidad Droguería Pisa de Guatemala iniciara a brindar los servicios contratados, sino hasta que se presentaron quejas de pacientes y la intervención del Procurador de los Derechos Humanos. vi) En base a lo observado en sus monitoreos realizados en las fechas antes relacionadas, la IPDH presume que desde que inició a

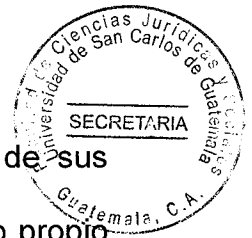


prestar sus servicios la entidad en mención fallecieron siete personas como consecuencia del cambio de proveedor de servicio, lo cual provocó las infecciones que les costaron la vida, lo cual la investigación realizada fue remitida al Ministerio Público para que se realizara las acciones pertinentes. vii) Que pacientes entrevistados manifestaron la afectación de su estado de salud y su desconfianza en la calidad de los servicios y suministros brindados.

Ante esta situación Edgar de la Peña, miembro de Droguería Pisa, S.A. sostuvo que lo que él denominó efectos secundarios, es decir los procesos infecciosos que sufrían los afiliados y beneficiarios del IGSS y las siete muertes acaecidas por dichas infecciones eran culpa de los propios pacientes y sus familiares por realizar cosas indebidas que tenían prohibido hacer, declaración que a mi criterio personal, es no solo símica, sino vergonzosa y digna de repudio.

Así mismo en fecha de 7 de abril de 2015 se realizó por parte de la IPDH verificación de los registros sanitarios de los insumos médicos, utilizados por Pisa, S.A. estableciendo que la mayoría estaban debidamente registrados a excepción del Vanaurus, cuyo registro sanitario pertenecía a otro producto.

Se estableció también por parte de la institución del Procurador de los Derechos Humanos que las primeras instalaciones utilizadas por Droguería Pisa en el Hospital Las Américas, no eran las adecuadas pues el espacio físico para atender a los pacientes era reducido,



no contaban con espacio exclusivo para la capacitación de los pacientes y de sus familiares, tenían pendientes contratar a dos nefrólogos, no contaban con equipo propio ya que este era rentado por el Hospital Las Américas, además se pudo apreciar por personal de la institución del Procurador de los Derechos Humanos dentro del procedimiento que no se hacía cambio de ropa de cama ni esterilización al ambiente utilizado entre paciente y paciente.

En cuanto a los insumos que Droguería Pisa de Guatemala, utilizaba y entregaba a los pacientes, pudieron observar que las válvulas utilizadas presentaban derrame de líquidos y no se encontraban cerradas en su parte final, lo que permitía la proliferación de bacterias. Agregado a lo anterior se estableció por la IPDH que pese a existir una prohibición en el contrato, Droguería Pisa de Guatemala, subcontrato los servicios e instalaciones al Hospital Las Américas y ante los problemas de atención no previstos antes de iniciar a funcionar y las recomendaciones por parte de la IPDH Droguería Pisa de Guatemala, subarrendó las instalaciones de Medicina Corporativa de Diálisis, S.A, quien era el otro oferente en el proceso de licitación.

En virtud lo anterior quedó comprobado que el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social jamás realizó una supervisión para constatar que Droguería Pisa de Guatemala, S.A contara con el equipo, la infraestructura, los suministros y el recurso humano idóneo, para brindar los servicios licitados que le fueron adjudicados.



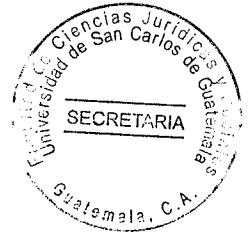
Así también quedo de manifiesto que los servicios brindados por Droguería Pisa de Guatemala, S.A. no cumplían los estándares de calidad nacionales e internacionales, para atender las necesidades de cada paciente quienes en su mayoría sufrieron complicaciones de salud debido a la falta de equipo, personal médico y paramédico calificado.

Por esa razón el Procurador de los Derechos Humanos, a través de la procuradora Adjunta I, Claudia López David, emitió una resolución con fecha 11 de mayo de 2015 donde se declaraba la violación del derecho humano a la vida y a la salud de los beneficiarios y afiliados del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social que requerían los servicios de diálisis peritoneal continua ambulatoria.

Queda demostrado a través de los hechos ocurridos en el caso IGSS-PISA, y la investigación realizada; que la junta licitadora, nombrada discrecionalmente para la evaluación de las propuestas para la adjudicación del contrato para proporcionar servicio de diálisis peritoneal continua ambulatoria, no realizó ninguna evaluación, ni verificó que la entidad adjudicada de verdad cumpliera a cabalidad con las especificaciones técnicas requeridas en las bases de licitación.



CAPÍTULO V



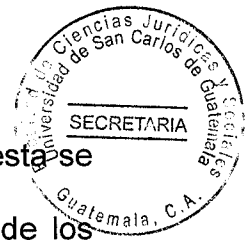
5. La necesidad de una junta licitadora especial

Porque es importante que se regule dentro de la Ley de Contrataciones del Estado, vigente actualmente en Guatemala, la integración de una junta licitadora especial, para la adjudicación de contratos de servicios de salud; esto se analizará a continuación.

Como se pudo observar en capítulos anteriores en Guatemala no existe un proceso especial para la adjudicación de contratos de servicios de salud, ya que se utiliza un proceso estándar en la licitación y la forma de integración de la junta licitadora, que evalúa las propuestas es la misma en todos los procesos, ya sea que se trate de la adjudicación de contratos de prestación de servicios de salud, contratos para obras de construcción, consultorías externas, etc.

Además, no se señala ningún requisito de idoneidad específico que deban cumplir quienes integran las juntas licitadoras, y se deja a la discreción de la autoridad superior su calificación.

Relacionado con lo anterior el Artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, reformado por el Decreto 9-2015 del



Congreso de la República de Guatemala, en cuanto a la idoneidad señala que esta se verificará mediante la acreditación de experiencia o el conocimiento de alguno de los ámbitos, legal, financiero y técnico del negocio a adjudicar; ahora surge una pregunta ¿cómo califica la autoridad superior que el conocimiento y la experiencia que tienen los miembros de la junta licitadora sean los adecuados? la respuesta es simple, lo hace en base a su criterio subjetivo, pues la ley no establece un parámetro comparativo de conocimiento y experiencia mínima.

De esta forma a criterio de la autoridad superior podría ser igualmente idóneo, un médico especialista con 10 años de ejercicio profesional, que una enfermera auxiliar sin mucha experiencia, para evaluar, analizar y determinar que el oferente prestará el servicio licitado de acuerdo a la necesidad del paciente, utilizando insumos de calidad y procedimientos seguros, confiables y que no pongan en riesgo la vida de los usuarios, lo cual es una gran responsabilidad.

5.1 Consecuencias de la falta de regulación de la idoneidad de los integrantes de una junta licitadora en los procesos de licitación de servicios de salud

Como se dijo anteriormente, el hecho que la autoridad superior del ente contratante califique subjetivamente, la idoneidad de los integrantes de una junta licitadora, es una falla catastrófica dentro del proceso de licitación, más aun cuando de la adjudicación de un servicio de salud se trata y sus consecuencias pueden ser mortales.



Esta falla catastrófica en los procesos de licitación de contratos de servicios de salud, puede ocasionar serias y nefastas consecuencias; primero facilita que se nombre como integrantes de la junta licitadora a personas sin el conocimiento y experiencia adecuada, para poder verificar que los oferentes cumplan a cabalidad, los requisitos establecidos en las bases de licitación.

Así también se abre la puerta para que las autoridades superiores de la entidad contratante, designen a personas afines a sus intereses, sin criterio propio y fácilmente influenciables, o bien designar a trabajadores que por temor a represalias o a perder su empleo acepten lo que se les ordene, lo cual resulta en un proceso viciado y manipulado para beneficiar a determinadas personas o entidades.

Lamentablemente lo anterior no solo es un supuesto, pues fue lo que sucedió en el mediático caso IGSS-PISA, el cual analizamos en un capítulo anterior; debido a que la autoridad superior del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, designó como miembros de la junta licitadora para la adjudicación del contrato de diálisis peritoneal continua ambulatoria, a cinco personas cuyo nivel de conocimiento y experiencia no era el adecuado para desempeñar las funciones que les competían, debido a que ninguno era especialista en la materia del contrato y los conocimientos técnicos que poseían no eran los suficientes.



De la designación en forma subjetiva, de los miembros de la junta licitadora, se deriva otra consecuencia y esta es que el contrato sea adjudicado a una empresa o sociedad mercantil, que no cumpla a cabalidad con los estándares de calidad, y los requisitos tanto humanos como técnicos para brindar el servicio adjudicado, poniendo en riesgo la salud de las personas que lo utilizan, arriesgándose a contraer infecciones que pueden ocasionar serios daños a su integridad física o en el peor de los escenarios su muerte.

Lo mencionado anteriormente sucedió en el caso IGSS-PISA, pues el contrato fue adjudicado a Droguería Pisa de Guatemala, Sociedad Anónima, entidad que no contaba con instalaciones propias, recurso humano y técnico, ni insumos médicos adecuados, para brindar el servicio de diálisis peritoneal continua ambulatoria y agregado a esto los procedimientos eran realizados en condiciones insalubres, donde no se realizaba un proceso de esterilización entre cada procedimiento realizado, limitándose únicamente quienes eran los encargados de prestar los servicios a limpiar los espacios en forma superficial e inadecuada al punto de ni siquiera cambiar las sabanas de las camillas.

Ante esta situación tan atroz surge una pregunta, ¿cómo fue que la junta licitadora no se dio cuenta de las condiciones reales en las que se prestaría el servicio?, la respuesta a esta interrogante es la siguiente, esto sucedió debido a que la junta licitadora, nunca realizó una verificación *in situ*, de las instalaciones en las que se prestaría el servicio, y aunque hubieran realizado la verificación, poco hubiera servido ya que no contaban con el nivel de conocimientos y la experiencia necesaria, para realizar una evaluación general y



determinar si el personal, equipo e insumos médicos eran los adecuados, al final de cuentas, ¿de que forma una enfermera auxiliar puede evaluar, si un médico nefrólogo tiene el nivel de conocimientos y experiencia adecuados para brindar sus servicios, si ella misma no los tiene o los conoce?, eso técnicamente no es posible.

Continuando con las consecuencias de la falta de regulación de la idoneidad de los miembros de una junta licitadora, que evalúa las propuestas para la adjudicación de contratos de servicios de salud, tenemos que el servicio licitado puede ser proporcionado de forma inadecuada, lo cual pone en riesgo el cumplimiento de la obligación del Estado de garantizar el derecho a la salud de sus habitantes.

Esto también ocasiona que la hacienda pública se vea afectada, al gastar de manera inadecuada los fondos proporcionados por los contribuyentes; pero lo más grave es la exposición de los usuarios del servicio, a infecciones que les pueden provocar daños a su salud e incluso la muerte.

Esta consecuencia nefasta la pudimos observar, resultado del mal servicio prestado por la entidad Droguería Pisa de Guatemala, Sociedad Anónima, ya que debido a sus prácticas insalubres y con personal y equipo inadecuado, 57 pacientes sufrieron procesos infecciosos y 35 perdieron la vida.



5.2 La necesidad de adicionar en la Ley de Contrataciones del Estado un artículo relacionado a los requisitos de idoneidad de los integrantes de una junta licitadora especial en los procesos de licitación de servicios de salud

Anteriormente se observó las consecuencias, que la falta de regulación de un menester tan importante puede ocasionar. Evitar pérdidas de recursos públicos y aun más importante, pérdidas de valiosas vidas humanas, debería ser suficiente razón para que dentro de la Ley de Contrataciones del Estado, quedaran establecidos de forma precisa y objetiva, parámetros de idoneidad que debieran cumplir las personas que puedan ser consideradas, para integrar una junta licitadora, porque como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala en sus Artículos 1, “El Estado de Guatemala se Organiza para proteger a la persona” y Artículo 3 “El Estado garantiza y protege la vida humana”; es obligación del Estado proteger a la persona, tanto su integridad física, como su vida.

Pudiera pensarse que establecer perfiles de idoneidad, dentro de la Ley de Contrataciones del Estado es innecesario, y que solo señalar que se debe acreditar la experiencia y conocimiento sobre la materia del contrato a licitar es suficiente, pues el funcionario debería evaluar esa experiencia y conocimiento de forma objetiva. Pensar de esa forma en un contexto político y social como el que se vive en Guatemala, es a mi criterio un error craso. Es del conocimiento de la población en general, que actualmente atravesamos una crisis por falta de honestidad y transparencia, en la administración pública. Pues solo basta con ver los diversos medios de comunicación, para darnos cuenta de los índices de

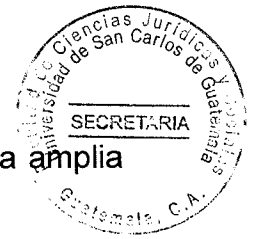


corrupción e impunidad existentes; porque de no ser necesario dicha regulación nunca hubieran ocurrido los desafortunados y trágicos hechos del caso IGSS-PISA.

Pudiera concluirse que si países latinoamericanos como la República Oriental del Uruguay, no tienen dentro de su ordenamiento jurídico interno, establecida la integración de una junta licitadora especial, para evaluar la adjudicación de contratos de servicios de salud, en Guatemala tampoco es necesaria.

Pero dicha conclusión es apresurada y errónea, pues estamos hablando de dos contextos sociales y políticos muy diferentes, en Uruguay no se habla de escándalos de corrupción mediáticos y con consecuencias fatales; en Guatemala vemos a un ex presidente y una ex vicepresidenta, privados de libertad, sujetos a un proceso penal por casos de corrupción, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito entre otros; familiares de altos funcionarios públicos involucrados en casos de evasión fiscal; diputados procesados por diversos hechos constitutivos de delito y antejuicios promovidos en contra de miembros del Organismo Judicial por querer valerse de su posición, para influir en la decisión de jueces.

Esto no es algo que pasa inadvertido, y para acentuar más la diferencia entre el contexto político y social de Uruguay y Guatemala, basta con revisar el índice de percepción de la corrupción 2016, emitido por Transparencia Internacional, Organización no Gubernamental a escala universal, con sede en Alemania, que se dedica a combatir la

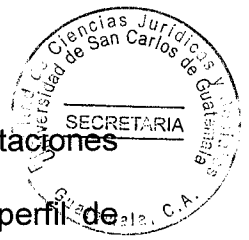


corrupción, congregando a sociedad civil, sector privado y los gobiernos de una amplia coalición global.

Según este índice de un total de 170 países evaluados, teniendo como referencia que el número 1 presenta el índice de corrupción más bajo, y el 170 presenta el índice de corrupción más alto, Uruguay figura en el puesto 21, mientras que Guatemala en el 136 y a nivel del continente americano, de 32 países sondeados, Uruguay ocupa el puesto 3 mientras que Guatemala el 29.

En otro contexto más parecido al guatemalteco, la República de Perú, puesto 101 a nivel mundial, y 20 en el continente americano en el índice de percepción de la corrupción 2016, notamos que dentro de su legislación se especifica que los miembros del comité de selección deben ser profesionales, lo cual se deja ya estipulado, además se crea una entidad autónoma, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado –OSCE- para que supervise los procesos de adjudicación de contratos, lo cual tiene como finalidad que todas las adjudicaciones se realicen con transparencia.

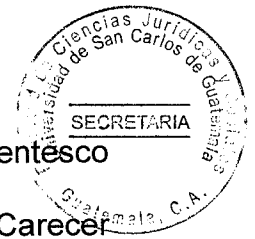
En el caso de Guatemala, no existe un organismo estatal como el OSCE, cuya función sea exclusivamente la de supervisar los procesos de licitación de contratos estatales, por lo que es imperativo que dicho proceso se encuentre bien definido dentro de la ley de la materia y su reglamento dificultando así su manipulación.



Por lo expuesto anteriormente, se debe especificar dentro de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, un perfil de idoneidad que deban cumplir las personas que sean elegibles para integrar una junta licitadora que evaluara las ofertas para la adjudicación de contratos de servicios de salud.

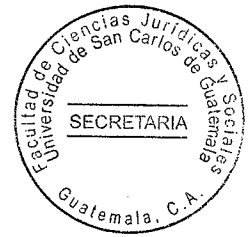
Estos parámetros que se deben establecerse dentro de la propia ley y su cumplimiento debe ser de carácter obligatorio para que esto garantice que la evaluación de las ofertas, sea realizada por personas capaces, con conocimiento y experiencia amplia en la materia del contrato y que no se dé lugar a manipulaciones y designaciones a dedo.

Esto se puede lograr añadiendo un Artículo 11 Bis a la Ley de Contrataciones del Estado donde se desarrollen esos parámetros, a continuación se preste la siguiente propuesta de como debería ser redactado el referido artículo. **Artículo 11 Bis. Idoneidad de los integrantes de juntas de cotización, licitación o calificación de contratos de servicios de salud.** En caso de que el negocio a adjudicar, se trate de la prestación de un servicio de salud, adquisición de insumos hospitalarios, compra o renta de equipo hospitalario, compra de medicamentos o cualquier negocio relacionado al tema de salud, la autoridad superior deberá verificar que los integrantes de las juntas de cotización, licitación o calificación, reúnan como mínimo, además de lo establecido en el artículo anterior, los siguientes requisitos de idoneidad: a) Ser profesional universitario graduado de una carrera afín al negocio a adjudicar; b) Contar con no menos cinco años de ejercicio profesional en la materia del negocio a adjudicar; c) Ser de notoria honradez; d) Haber



laborado por no menos de cinco años en la entidad contratante; e) Carecer de parentesco o afinidad con los miembros de la autoridad superior de la entidad contratante; f) Carecer de parentesco, afinidad, relación laboral o comercial con los representantes legales, gerentes, ser socios o accionistas de las entidades que participen en los procesos de licitación.

Decisiones tan importantes no pueden, ni deben tomarse para beneficiar ya sea a un funcionario público o a una empresa o sociedad mercantil, en detrimento de la hacienda pública y de la salud e incluso a costa de la vida de personas inocentes, quienes depositan su confianza, en un sistema viciado que no es capaz de garantizarles un derecho tan fundamental, como lo es el derecho a la vida y en el caso de Guatemala, por lo visto en el caso IGSS- PISA, el no establecer en la ley, procedimientos y perfiles específicos, es sinónimo de dejar la puerta abierta a la corrupción y como ya se mencionó que funcionarios públicos y entidades mercantiles se enriquezcan de forma ilícita del erario público y lo más cruel e indignante, a costa de la vida de la población a la que es su obligación atender y servir con esmero y dedicación.

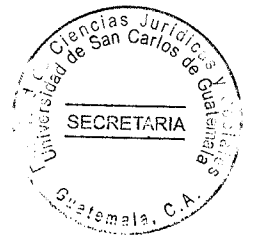


CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El Estado debe organizarse administrativamente, y establecer a través de su ordenamiento jurídico interno, las instituciones y los procedimientos que se utilizaran para brindar los servicios públicos, que coadyuven al cumplimiento de su fines; sin embargo en ocasiones, el Estado no cuenta con los recursos humanos y técnicos para brindarlos, por lo que se ve en la necesidad de contratarlos con personas particulares ya sean individuales o jurídicas, tal es el caso de los servicios de salud.

Debido a que en la Ley de Contrataciones del Estado Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, no se regula la integración de una Junta Licitadora Especial, para evaluar las propuestas para la adjudicación de contratos de salud, esta es nombrada discrecionalmente, lo que ha causado pérdida de valiosas vidas humanas, y recursos económicos al Estado y sus distintas entidades.

Por esa razón los diputados el Congreso de la República de Guatemala deben incluir un Artículo 11 Bis en la Ley de Contrataciones del Estado para establecer perfiles de idoneidad específicos para quienes integren las juntas licitadoras, para la evaluación de ofertas para la adjudicación de contratos de servicios de salud, fijando, a fin de que la prestación del servicio sea adjudicada a un proveedor capaz de brindar un servicio de calidad y evitar la manipulación del proceso de licitación, daños a la hacienda pública, pero principalmente a la integridad física y la vida de los pacientes que los utilizan dichos servicios.





BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel. **Teoría general del derecho administrativo**. México, Ed. Porrúa, 1979.

ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Barcelona, España, Ed. Bosch, 1970.

BÁEZ MARTÍNEZ, Roberto. **Manual de derecho administrativo**. México, Ed. Trillas, 1990.

BALBÉ, Manuel y Marta French. **Manual de derecho administrativo**. Girona, España, 2002.

BERNAL, Francisco Javier. **Derecho administrativo**. Bogotá, Colombia, Escuela Superior de Administración Pública, 2008.

CORREA, Isabel. **Manual licitaciones públicas**. Santiago de Chile, Chile, Editado por el Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social, ILPES, 2002.

es.wikipedia.org/wiki/Eduardo_Garc%C3%ADa_de_Enterr%C3%ADa, consultado 02 de junio de 2016

FLEINER, Fritz. **Instituciones del derecho administrativo**. Traducido al español por Sabino Gendin, Barcelona, España, Ed. Labor, 1933.

FORSTHOFF, Ernest. **Tratado de derecho administrativo**. Madrid, España, Ed. Instituto de Estudios políticos, 1958.

GARCÍA HERREROS, Orlando. **Lecciones de derecho administrativo**. Bogotá, Colombia, Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1994.



SERRA ROJAS, Andrés. **Derecho administrativo**. México, Ed. Porrúa, 1974.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. **Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz Tomo I, Derecho administrativo**. México, 2005.

www.igssgt.org/images/convocatorias/2014/JULIO/convocatorias_dsc_l25_2014.pdf. (consultado 18 de junio de 2016)

www.guatecompras.gt/concursos/files/677/3381625%40%Proyecto%20de%20bases%20de%20licitacion%20DIALISISPERITONEAL.pdf. (consultado 18 de junio de 2016)

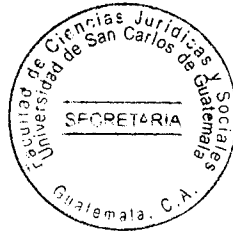
www.guatecompras.gt/concursos/files/677/3381625%40%CRITERIOS%20DE%20CALIFICACION%20%20DSC-L-25%20%202014.pdf. (consultado 20 de junio de 2016)

www.guatecompras.gt/concursos/files/677/3381625%40%ACTA%20DE%20CALIFICACION%20Y%20ADJUDICACION%20COMPLETA.pdf. (consultado 20 de junio de 2016)

www.guatecompras.gt/inconformidad/file/2014/04/inconformidades%20Adjudicaciones.pdf (consultado en fecha 20 de junio de 2016)

www.guatecompras.gt/inconformidades/detalleInconformidad.aspx?i=A306754&o=2&inog=3381625. (consultado en fecha 20 de junio de 2016)

www.transparencia.org.es/wp-content/uploads/201701/america_ipc-206. (consultado 03 de febrero de 2017)



Legislación:

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

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

Ley de Contrataciones del Estado, Ley 30225 del Congreso de la República de Perú, 2014.

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Acuerdo Gubernativo número 1056-92, 1992.

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo número 350-2015-EF de la Presidencia de la República de Perú, 2015.

Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera, Decreto 150/012 del Presidente de la República Oriental del Uruguay, 2014.