

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



GUATEMALA, MARZO DEL 2006.

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

REGULACIÓN DEL PROCESO DE LICITACIÓN Y COTIZACIÓN PÚBLICA
EN EL EJÉRCITO DE GUATEMALA

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Por

KARLA ALEJANDRA RUÍZ PÉREZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, marzo del 2006.

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

DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Jorge Emilio Morales Quezada
VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Carlos Urbina Mejía
Vocal: Lic. Byron Oswaldo De La Cruz López
Secretaria: Licda. Berta Araceli Ortiz Robles de Torres

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Carlos Francisco Vásquez Castillo
Vocal: Licda. Emma Graciela Salazar Castillo
Secretario: Lic. Ricardo Alvarado Sandoval

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Lic. Enxton Emigdio Gómez Meléndez
ABOGADO Y NOTARIO
3ra Avenida 13-62 zona 1, Guatemala. / Teléfonos: 22327936 - 53089373



Guatemala, 09 de Febrero del 2006.

Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Decano Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria
Guatemala.

Señor Decano:

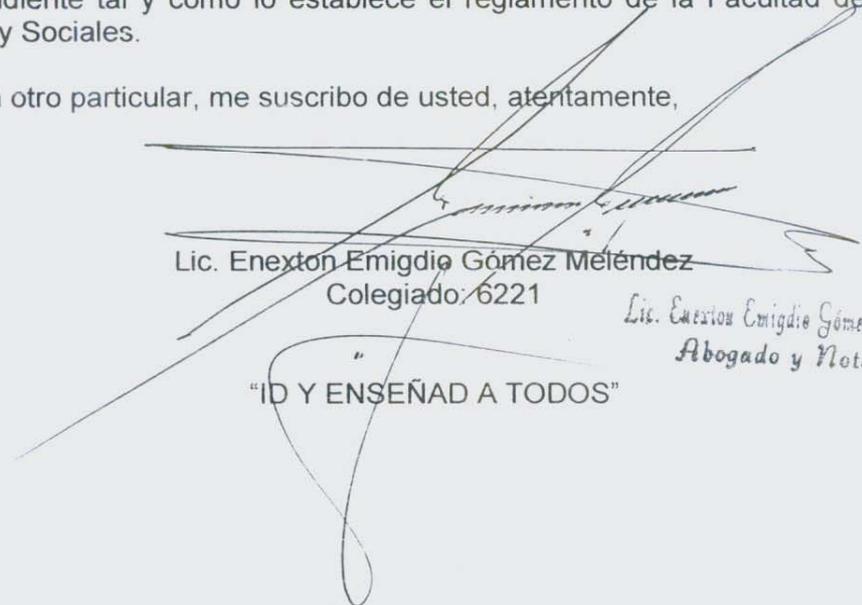
En atención a providencia emanada de esa Decanatura por medio de la cual se me nombró Asesor del trabajo de tesis denominado REGULACIÓN DEL PROCESO DE LICITACIÓN Y COTIZACIÓN PÚBLICA EN EL EJÉRCITO DE GUATEMALA, elaborado por la Bachiller KARLA ALEJANDRA RUÍZ PÉREZ, de manera atenta a usted le comunico:

El trabajo está redactado en forma clara, sus conclusiones están de acuerdo con el contenido, asimismo se consultó la bibliografía necesaria. El trabajo realizado por la Bachiller Karla Alejandra Ruíz Pérez, es de trascendental importancia dentro del ámbito que se realizó dicha investigación.

En vista de lo anterior expuesto para mí es de satisfacción haber cumplido con la misión que usted me asignó, poniendo en conocimiento de las autoridades de la facultad que este trabajo, se desarrolló con diseño jurídico apropiado al tema.

Por lo antes manifestado soy de la opinión, que el trabajo de tesis de la Bachiller Karla Alejandra Ruíz Pérez, cumple con los requisitos exigidos para esta clase de trabajo académico, por lo que solicito se sirva nombrar al Revisor correspondiente tal y como lo establece el reglamento de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me suscribo de usted, atentamente,


Lic. Enxton Emigdio Gómez Meléndez
Colegiado: 6221

Lic. Enxton Emigdio Gómez Meléndez
Abogado y Notario

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS
DE GUATEMALA



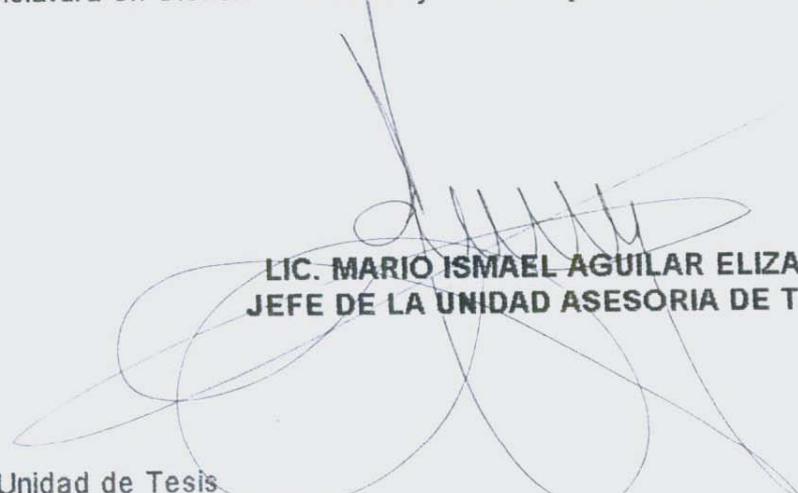
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



**UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, catorce de febrero de dos mil seis.

Atentamente, pase al **LIC. LEONEL ESTUARDO ANDRADE PEREIRA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante **KARLA ALEJANDRA RUIZ PÉREZ**, Intitulado: **“REGULACIÓN DEL PROCESO DE LICITACIÓN Y COTIZACIÓN PÚBLICA EN EL EJÉRCITO DE GUATEMALA”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público..


LIC. MARIO ISMAEL AGUILAR ELIZARDI
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MIAE/sllh



Lic. Leonel Estuardo Andrade Pereira

ABOGADO Y NOTARIO

7ma. Avenida 1-20 zona 4, Torre Café, 6to nivel Of. 660.

Guatemala, 21 de febrero del 2006.

Licenciado

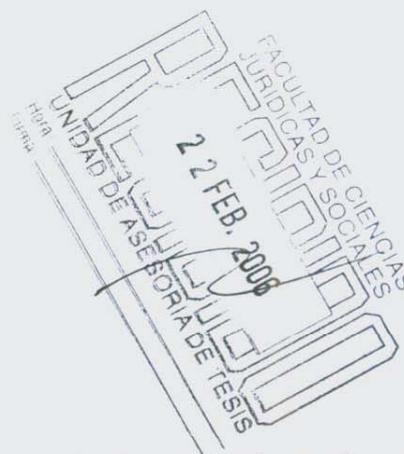
Mario Ismael Aguilar Elizardi

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Universidad de San Carlos de Guatemala

Ciudad Universitaria

Guatemala.



Licenciado Aguilar:

Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de informarle que en cumplimiento a lo ordenado por el Decanato, he revisado el trabajo de tesis de la bachiller KARLA ALEJANDRA RUÍZ PÉREZ, titulado: "REGULACIÓN DEL PROCESO DE LICITACIÓN Y COTIZACIÓN PÚBLICA EN EL EJÉRCITO DE GUATEMALA".

Estimo que el trabajo realizado por al bachiller Karla Alejandra Ruiz Pérez, cumple con los requisitos establecidos en el artículo 31 del reglamento de elaboración de tesis, para que pueda ser discutido en el examen público correspondiente, por lo que resulta procedente emitir dictamen favorable del mismo.

Sin otro particular, me suscribo de usted atentamente,

Lic. Leonel Estuardo Andrade Pereira
Colegiado 4573

Leonel Estuardo Andrade Pereira
Abogado y Notario
Col. No. 4573



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, nueve de marzo de dos mil seis.

En vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante **KARLA ALEJANDRA RUÍZ PÉREZ**, titulado **REGULACIÓN DEL PROCESO DE LICITACIÓN Y COTIZACIÓN PÚBLICA EN EL EJÉRCITO DE GUATEMALA**, artículos 31 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

~~4E/s/lh~~



ACTO QUE DEDICO

- A mis padres:** Carlos y Francisca, por su amor, sacrificios y apoyo incondicional, ya que de ellos también es este triunfo, por todo esto y más estoy infinitamente agradecida, y por haberme enseñado que con esfuerzo y dedicación se pueden hacer realidad los sueños.
- A mis hermanos:** Edgar, Bárbara y Carlos, por ser personas fundamentales en mi vida y estar siempre unidos a través del amor que lo hace posible.
- A mis abuelitos:** Arnulfo (Q.E.P.D.), Alfoso, María y especialmente a mi abuelita Berta (Q.E.P.D.) por haber sido una persona ejemplar y especial en mi vida.
- A mis tíos, primos y sobrinos:** En especial a mi tía Isabel, por darme un apoyo sin límites y creer siempre en mí.
- A los licenciados:** Castillo, Estuardo, Javier, Andrade y Enexton como un pequeño reconocimiento por los innumerables conocimientos adquiridos.
- A mis compañeros y amigos:** Especialmente a Debora, Sergio, Christian, Pily, Mildred, Heidy, Pedro, Marlon, Claudia, Fernando, George, Fátima, Robin, Jorge Emilio, Evelyn y Fernanda gracias por su apoyo en los buenos y malos momentos.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por formarme como profesional.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Licitación y cotización pública.....	1
1.1. Orígenes de la licitación y cotización pública....	1
1.2. Definición.....	4
1.3. Análisis del concepto jurídico de la licitación pública.....	7
1.4. Los principios de la licitación y cotización pública.....	13
1.4.1. Publicidad.....	15
1.4.2. Igualdad.....	16
1.4.3. Competencia o concurrencia.....	18
1.4.4. Moralidad administrativa.....	20
1.5. Ventajas y desventajas del procedimiento.....	21
1.5.1. Ventajas.....	21
1.5.2. Desventajas.....	24

CAPÍTULO II

2. Análisis del ordenamiento jurídico que regula la licitación y cotización pública.....	27
2.1. Ley de Contrataciones del Estado.....	27
2.2. Procedimiento de licitación y cotización pública..	28
2.2.1. Licitación pública.....	28
2.2.2. Cotización pública.....	32
2.3. Compra directa.....	35
2.4. Excepciones a la licitación y cotización pública..	36
2.5. Derecho comparado.....	36

	Pág.
2.5.1. Costa Rica.....	37
2.5.2. Chile.....	44
2.5.3. España.....	45
2.5.4. Inglaterra.....	47

CAPÍTULO III

3. Presupuesto militar de los años 2001 al 2003.....	49
3.1. Presupuesto del año 2001.....	49
3.2. Presupuesto del año 2002.....	50
3.3. Presupuesto del año 2003.....	51
3.4. Manejo del presupuesto militar, en secreto.....	52
3.5. Secreto de Estado.....	54

CAPÍTULO IV

4. Causas y efectos de la falta de una licitación y cotización pública en el ejército de Guatemala.....	59
4.1. Regulación del ejército de Guatemala dentro de la Ley de Contrataciones del Estado.....	59
4.2. Causas de la falta de licitación y cotización pública.....	60
4.2.1. Políticas.....	60
4.2.2. Legales.....	61
4.3. Efectos que surgen por la falta del procedimiento.....	62
4.3.1. Económicos.....	62
4.3.2. Políticos.....	63
4.4. Regulación de los casos excepcionales.....	63
4.4.1. Situación de urgencia.....	64
4.4.2. Situación de emergencia.....	64
4.5. Iniciativa de ley.....	66
CONCLUSIONES.....	71

	Pág.
RECOMENDACIONES.....	73
ANEXOS.....	75
BIBLIOGRAFÍA.....	81

INTRODUCCIÓN

La administración pública, que es la titular de principio de la función administrativa del poder público, debe tener como objetivo principal la realización de los intereses de la colectividad.

Por lo anterior, las necesidades públicas nacidas de las mismas exigencias de la vida común, se satisfacen directamente a través de esta función administrativa que es permanente e indispensable en la vida del Estado.

En esta acción resultante del acuerdo o cooperación del administrado, es decir en el orden de las relaciones contractuales que se establece en la administración y los particulares, surge el procedimiento de la licitación y cotización pública. La acción del Estado tiende a la satisfacción de las necesidades colectivas, y esto es, sobre todo y directamente, el campo de actuación de la administración.

En este intento, la Ley de Contrataciones del Estado regula la licitación y cotización pública, así como el procedimiento adecuado y necesario para la obtención de tales objetivos, siempre y cuando el Estado quiera servirse de la actividad de los particulares, prestada en forma voluntaria.

La licitación pública, surge como una exigencia de la buena administración, como una condición de moralidad y también como una oportunidad para los administrados, que posean las mejores ventajas en la oferta de la realización de contratos de interés

para la administración, y también como garantía de los intereses del Estado, es decir, del interés general.

El no estar regidos por la Ley de Contrataciones del Estado, da origen a la corrupción que es el marco indispensable de la inestabilidad, en lo político, destruye la credibilidad de las autoridades y corroe las entrañas mismas del Estado al sobreponer el interés particular - oscuro, ilegítimo e inconfesable - del funcionario público que participa en la celebración de los contratos administrativos, al interés del ente estatal, de la nación y de la comunidad, en detrimento de la democracia, de la justicia y el derecho.

Es pues importante enfatizar sobre la necesidad de transparentar los procesos de licitación y contratación de los contratos del Estado a efecto de erradicar la corrupción, en estas áreas tan vulnerables a ella.

En nuestro país la ausencia de una legislación adecuada en relación con la Ley de Contrataciones del Estado, sobre todo en el Ejército de Guatemala, donde se carece de ella, ha dado origen a la malversación de fondos de dicha dependencia. Esta institución castrense ha sido señalada en múltiples ocasiones y durante todo lo largo de su historia de actos de corrupción e impunidad, que han corroído inclusive a las instituciones encargadas de impartir justicia.

La implementación de dicha Ley debe hacerse de forma inmediata en todas las instituciones sin exclusión o preferencias de alguna naturaleza, para que de esta manera la población

guatemalteca esté segura de que sus impuestos son invertidos en forma transparente, y como consecuencia de esto el guatemalteco cumpla con esta obligación, y se pueda corregir la cultura de evasión de impuestos que tanto daño ha ocasionado al país.

Por consiguiente la licitación y cotización pública, son procedimientos previos a la contratación administrativa, cuya importancia es indiscutible, habida cuenta de que conlleva la adjudicación de los contratos administrativos de la administración pública; de ahí la necesidad de analizarla, investigarla y estudiarla, en aras de perfeccionar su regulación jurídica y contribuir a la erradicación de la corrupción.

Dentro de la presente se encuentran los diferentes temas relacionados con la materia u objeto de la investigación, la cual se ha dividido en cuatro capítulos, el primero referido a la licitación y cotización pública y su origen; en el segundo se realiza un análisis del ordenamiento jurídico que regula la licitación y cotización pública; el tercero respecto al presupuesto militar de los años 2001 al 2003 y el manejo del mismo; el cuarto contiene las causas y efectos de la falta de una licitación y cotización pública en el Ejército de Guatemala.

CAPÍTULO I

1. Licitación y cotización pública

1.1.Orígenes de la licitación y cotización pública

La palabra licitación se deriva de la voz latina *licitationem*¹, que es ablativo de *licitatio*, *Licitatio-Onis*, que significa "el ofrecimiento de precio en cualquier venta" o mejor "venta por alzas", "por oferta" o "venta en subasta".

En cuanto al origen de la licitación es muy variado, ya que por un lado Rondina² señala que licitar en su sentido etimológico es sinónimo de subastar, y este término viene de los árabes, cuando vendían *sub-hasta*: bajo el asta o la lanza para significar que nada se ocultaba y que nadie podría sospechar o criticar el contrato o negocio.

Por otro lado se dice que la licitación parece haber sido utilizada en tiempos remotos por los chinos, encontrándose la legislada en el Código de Hammurabi (año 2100 a.C.)³.

Lo cierto es que el procedimiento de la licitación pública, como medio de celebrar los contratos en que

¹ Salva, Vicente, *Diccionario latino-español*, pág. 476.

² Rondina, Homero, *Contrato de obra pública y privada*, pág. 171.

³ Lara Peinado, Federico, *Código de Hammurabi*, pág. 96.

interviene el Estado, fue conocido en el derecho romano⁴. Desde las primeras épocas los bienes adquiridos por el Estado, ya sea por conquista (botín de guerra), por la condenación criminal de un ciudadano o por el derecho de herencia, se vendían públicamente, a los mejores ofertantes. A este tipo de ventas se le conocía como *Bonorum sectio* o *venditio*. Llevaba también el nombre de *subhastatio*, de la lanza (hasta), símbolo de la propiedad de los quírites. En el lugar donde iba a verificarse la venta, se plantaba una *hasta*,⁵ arma guerrera y a la vez insignia real. De ahí deriva el término *subasta* con que, en muchos países de lengua castellana se designa al procedimiento de licitación.

Más tarde se generalizó el régimen de la venta en *asta pública*, debiendo verificarse en esas condiciones todas las ventas de bienes fiscales. Así lo establecía el Código de Justiniano. También se aplicó el procedimiento de la licitación en la contratación de las obras públicas. Y puede afirmarse que tanto en el derecho romano como en los demás sistemas, han sido las obras públicas las que han contribuido a generalizar este instituto de garantías de los intereses del Estado.

Era el censor la autoridad legalmente encargada de las adjudicaciones de obras públicas. La adjudicación se marcaba por tres instituciones esenciales: la fórmula del contrato (*lex censoria*), la subasta pública (*licitatio*), garantía personal y real (*paredes, praedia*).

⁴ Maynz, Carlos, *Curso de derecho romano*, pág. 756.

⁵ Guillén, José, *Roma, vida y costumbres de los romanos, religión y ejército*, pág. 419.

En cuanto a la primera de ellas, resulta que la llamada *lex locationi* o *lex operis locandi* equivalía a nuestro pliego de condiciones, conteniéndose en ella la determinación concreta de la obra, forma y momento de los pagos; pero no se determinaba el precio, puesto que éste resultaría de quien ofreciera realizar la obra por cantidad más pequeña (*infima prieta*).

La *licitatio* era la condición esencial para que la obra se adjudicara y, en general, era obligatorio concederla a quien solicitara cantidad menor. El *ensor* era el encargado de realizar discrecionalmente la adjudicación, pudiendo excluir a las personas que no juzgase idóneas, o que estimara poco honorables o que hubieran dejado incumplidos contratos anteriores.

La adjudicación hecha al último postor (*auctio*) le daba naturalmente la propiedad romana de las cosas corporales que habían sido objeto del acto, y el *Pretor* había creado un interdicto particular de que podía disponer desde el acto mismo de la toma de posesión, *interdictum sectorium*⁶.

Posteriormente en la Edad Media, en Roma y luego en casi toda Europa, se empleó la subasta "a mata candela" o "a vela y pregón", pudiéndose recibir ofertas para alguna construcción de importancia mientras ardía una vela. La obra se adjudicaba al oferente de menor precio hasta el momento en que la vela se extinguía.

⁶ Gayo, *Instituciones*, pág. 373.

En Francia en el siglo XVI, hay ordenanzas que prescriben la adjudicación al mejor precio para la ejecución de obras públicas o contratos de suministro. En la práctica, la adjudicación no siempre se realizaba; hubo entonces escándalos de corrupción, por el hecho de celebrarse contratos sin adjudicación.

En términos generales, la licitación pública se generalizó por Europa y extendió al mundo, en el siglo VIII y especialmente en el siglo XIX, cuando se empezaron a expedir una serie de leyes al respecto.

1.2. Definición

Según Fermín Abella⁷, se entiende por subasta "el contrato hecho con concurrencia y con el fin de obtener concurrentes en provecho de la parte que ha de proceder a la adjudicación, mediante las condiciones mas ventajosas, o en términos mas breves: contrato celebrado con publicidad y concurrencia".

Lucía Valle⁸ establece que "licitación es el procedimiento administrativo por medio del cual la administración selecciona a sus proveedores o contratistas, para obras o servicios, o finalmente enajena bienes".

⁷ Abella, Fermín, **Tratado de derecho administrativo español**, pág. 1208.

⁸ Valle Figueiredo, Lucia, **Licitación y administración indirecta**, pág. 134.

La licitación, desde el punto de vista del derecho administrativo, es considerada como un procedimiento administrativo por el cual la administración pública elige como cocontratante a la persona, física o jurídica, que le ofrece las condiciones más convenientes para el Estado.

La licitación pública en palabras de Serrano⁹ "constituye el medio más idóneo para la contratación administrativa y se fundamenta en el doble propósito de lograr las mejores condiciones técnicas y económicas para la administración pública".

Finalmente, la definición más completa es la que establece Sayagués Laso¹⁰, en la cual aduce que:

"La licitación es un procedimiento relativo al modo de celebrarse determinados contratos, cuya finalidad es la determinación de la persona que ofrece a la administración condiciones más ventajosas; consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo que el contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se inspira, para alcanzar la finalidad buscada, en estos dos principios: igualdad de todos los licitantes ante la

⁹ Serrano Rodríguez, Carlos Eduardo, **La contratación administrativa**, pág. 98.

¹⁰ Valle Figueiredo, Lucia, **Ob. Cit;** pág. 42.

Administración y cumplimiento estricto de las cláusulas del pliego de condiciones".

De los anteriores conceptos se puede concluir que la licitación tiene las siguientes características:

1.2.1. Es un procedimiento, en virtud de que comprende una serie de actos regulados por las normas administrativas.

1.2.2. Dicho procedimiento tiene como objetivo seleccionar a la persona, física o jurídica, con la cual la administración pública celebrará un contrato determinado.

1.2.3. La selección se realiza sobre quien haya ofrecido las condiciones más ventajosas, para la administración pública.

En cuanto a la última característica, algunos autores, indican que la licitación es un procedimiento automático, por que consideran que la selección del cocontratante se basa exclusivamente, en la simple determinación de la persona que ha ofrecido el precio más bajo.

Por consiguiente el hecho de que la licitación tenga como objetivo seleccionar al licitador que haya ofrecido las condiciones mas convenientes para la administración,

el precio más bajo no siempre representara las condiciones más ventajosas, ya que en muchas ocasiones tal situación puede ocasionar innumerables problemas para la administración pública y esencialmente a la economía nacional.

1.3. Análisis del concepto jurídico de la licitación pública

Técnicamente, la licitación pública es "un procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionara la mas conveniente".

1.3.1. Es un procedimiento administrativo

La licitación pública como ya dijimos es uno de los procedimientos de formación del contrato, una de las formas de contratación o procedimientos de selección de contratistas. La licitación pública no es un acto, como erróneamente lo entiende parte de la doctrina, sino un conjunto de actos; un procedimiento, integrado, en suma, por actos y hechos de la Administración y actos y hechos del oferente, todos concurrentes a formar la voluntad contractual.

La licitación se relaciona con la formación de los contratos. Al igual que las tratativas privadas, no es sino un preliminar del contrato, destinado a fijar quien es el contratante. Es un periodo que precede procesalmente al contrato.

La licitación pública es un procedimiento administrativo preparatorio de la voluntad contractual. Esa es su naturaleza jurídica.

El objeto de la licitación pública es la selección del cocontratante. Se trata, por lo tanto, de algo que precede al contrato, una fase preliminar de la manifestación de la voluntad del licitante para seleccionar, por vía de este medio técnico idóneo, la mejor oferta. Por ello es un procedimiento administrativo especial, regido de suyo por el Derecho Administrativo.

1.3.2.Preparatorio de la voluntad contractual

Es nota jurídica común a todos los procedimientos de contratación, es la que da especificidad respecto del procedimiento administrativo que versa sobre las reglas y principios jurídicos que rigen la preparación y ejecución de la voluntad contractual.

1.3.3. Por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa

El licitante o ente que utiliza el procedimiento de la licitación pública, debe ser un ente público. Por ello el licitante es siempre un ente público, el cual puede ser estatal o no estatal; lo que interesa es que en el caso ejerza función administrativa.

Por lo tanto, como entes públicos estatales, pueden utilizar el procedimiento licitatorio para contratar, el Estado, entidades descentralizadas, entidades autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades, las empresas públicas estatales o municipales.

1.3.4. Invita a los interesados

La invitación a los interesados, oferentes, eventuales adjudicatarios o co-contratantes se traduce en un acto administrativo concreto de llamado a licitación, emitido por el órgano competente del ente público estatal de que se trate.

La invitación es un pedido de ofertas, una invitación *ad offerendum*, que debe ser enunciado en

la forma que el derecho positivo lo determina, por vía de la publicación como instrumento técnico para promover la concurrencia.

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

1.3.5. Para que sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones

El pliego, como conjunto de disposiciones redactadas unilateralmente por el licitante, es el que regula el trámite, mecanismo y formalidades del procedimiento de preparación y ejecución ulterior del contrato. En sus cláusulas generales y especiales se particulariza sobre el objeto, obra o servicio que se licita, las condiciones de la contratación, su preparación y la ulterior ejecución.

Los oferentes deben ajustar sus propuestas al pliego, bajo sanción de ser estas declaradas "inadmisibles".

1.3.6. Formulen propuestas

Como consecuencia del llamado a licitación, los interesados, "proponentes, ofertantes, licitadores", presentaran sus ofertas o propuestas. Para ser licitador es necesario cumplimentar condiciones subjetivas, como la inscripción en los registros de precalificados, a efecto de acreditar así la idoneidad jurídica, financiera y técnica para contratar.

Por ello a esta fase procesal también se la llama "habilitación de los licitadores", "calificación de los oferentes" o "condiciones subjetivas de los proponentes".

También deben constituir una garantía de oferta o "garantía precontractual" de mantenimiento de propuesta.

La presentación de la propuesta o precio ofrecido puede hacerse en forma escrita o verbal, si bien nuestro derecho positivo solo recepta la forma escrita, con las formalidades externas e internas requeridas por las normas reglamentarias y el pliego de condiciones aplicables al caso.

1.3.7. De entre las cuales el licitante seleccionara y aceptara la más conveniente

El licitante elige o selecciona, entre las propuestas formuladas, la más conveniente. Ello se traduce por una actividad de contenido jurídico administrativo, que reviste forma de simple acto de la Administración (adjudicación).

La preadjudicación importa un dictamen anticipado acerca de cual es el orden de méritos, en razón de la conveniencia de las ofertas, emitido por una junta. La adjudicación supone ya el acto decisonal de seleccionar la mejor oferta, a los efectos de perfeccionar después el contrato con su proponente, por alguno de los procedimientos que prevé el ordenamiento jurídico, y de acuerdo con la clase de contrato de que se trate.

La adjudicación es un acto administrativo que reúne sus caracteres y elementos, y se rige por el régimen jurídico que tipifica a este. La decisión en el contenido es de tipo discrecional, aunque con límites jurídicos elásticos: razonabilidad, buena fe, desviación de poder, etc.

1.4. Los principios de la licitación y cotización pública

En un artículo que escribió Pedro de Miguel García,¹¹ hacía referencia de los principios inspiradores de la contratación administrativa, y establecía que esos principios tenían dos aspectos previos; por un lado, las singularidades del contrato administrativo respecto a la contratación privada (aspecto sustantivo) y, por otro, la dependencia de las ideologías dominantes (aspecto dinámico).

¿Qué quiere decir esto?

En una primera explicación señala el autor que el contrato administrativo, al igual que otras instituciones empleadas por el derecho administrativo, es una categoría importada del derecho privado que al entrar al servicio de la administración ha sufrido una metamorfosis. La igualdad de las partes desaparece ante la peculiar posición de la administración.

Por otro lado, las ideas del liberalismo económico y del intervencionismo estatal, afectan sensiblemente a la figura del contrato administrativo, ya que la administración, en mayor o menor medida, puede hacer uso de sus poderes exorbitantes, en donde al asumir el cumplimiento de los fines del Estado, en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general, no

¹¹Retamozo Linares, Alberto, **Los principios inspiradores de la contratación administrativa en el derecho español**, pág. 41.

puede vincularse de forma absoluta y definitiva al cumplimiento rígido de sus contratos.

Lo anterior supone una excepción a dos de los principios cardinales de la contratación: el de la fuerza vinculante del acuerdo de voluntades y el de igualdad de las partes. El interés público que los contratos administrativos deben perseguir, justifica estas excepciones.

La licitación y cotización pública, como institución de derecho administrativo tienen diversos principios; aún la doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre la cantidad y calidad de los mismos. Así, por ejemplo, Zanella,¹² dice que los principios de la licitación y cotización pública son: igualdad, legalidad, impersonalidad, moralidad y probidad, publicidad, vinculación con el instrumento convocatorio, juzgamento objetivo, adjudicación compulsoria y de amplia defensa.

La concurrencia y publicidad aparecen como principios en la obra de Colmeiro.¹³ En cambio Leonel Benavides dice que los principios de la licitación pública son cuatro: concurrencia, igualdad, publicidad y moralidad administrativa.¹⁴

Independientemente de lo que pueda señalar la doctrina, sobre los principios reguladores de la

¹² Zanella Di Prieto, María Sylvia, **Derecho administrativo**, pág. 257.

¹³ Colmeiro, Manuel, **Derecho administrativo español**, pág. 36.

¹⁴ Benavides, Leonel, **Instituciones de derecho administrativo**, pág. 3.

licitación y cotización pública, los fundamentales que la rigen son:

- La publicidad,
- La igualdad,
- La competencia o concurrencia, y
- La moralidad administrativa.

1.4.1.Publicidad

Este principio implica que los interesados estén enterados de todo lo relativo a la licitación o cotización correspondiente, desde el llamado a formular ofertas hasta sus etapas conclusivas.

La noción de publicidad es, además doble: significa en primer lugar que cuando se va a realizar una licitación, debe de ser anunciada de antemano; dicha publicidad previa o publicación, está destinada evidentemente a la vez, en segundo lugar, a suscitar la competencia y a colocar a los candidatos eventuales en un plano de igualdad.

Por tal motivo, la publicidad debe ser satisfecha en todas las fases del procedimiento a partir de la convocatoria, pues ella constituye un aspecto fundamental del llamado a la licitación o cotización.

Luego, en la apertura de las plicas que contienen las ofertas, se debe realizar en audiencia pública, previamente establecida, para dar a conocer a todos los oferentes el contenido de las mismas, puesto que no se debe realizar de manera clandestina u oculta a los ojos de los particulares. Igualmente debe darse a conocer a los oferentes la decisión tomada por la junta en la evaluación de las ofertas.

Finalmente, ese principio no constituye en sí misma una oferta de contrato por parte del Estado o ente público licitante, sino un llamado para que formulen propuestas, sobre las bases establecidas por la administración pública.

1.4.2. Igualdad

La igualdad constituye uno de los principios más importantes de la licitación y cotización pública, pues con base en ella se cimenta la moralidad administrativa, que rige dichos procedimientos.

Este principio se manifiesta en el sentido que solo es posible una real confrontación entre los oferentes, cuando éstos se encuentran colocados en igualdad de condiciones, sin que existan discriminaciones o tolerancias que favorezcan a unos en perjuicio de otros.

De tal manera, en base a la igualdad se exige que la adjudicación se realice a aquel oferente que, presentando las mejores condiciones para el Estado, se haya ajustado a las bases del procedimiento, pues de no ser así la administración pública carece de soporte para comparar las ofertas.

En consecuencia, rige todas las fases del procedimiento, desde la formulación de las bases o pliego de condiciones hasta la adjudicación. Por lo cual el pliego que contiene el llamado, no puede crear favoritismos hacia unos en perjuicio de otros; sus cláusulas deben ser respetadas por todos; las ofertas deben mantenerse secretas, hasta la apertura del acto, para evitar que el conocimiento de las presentadas por alguno sirva para reacomodar los datos de otro competidor. En definitiva, debe observarse la igualdad más absoluta de todos los proponentes para que el acto no sea viciado de inmoralidad por favoritismos, que determinarían su nulidad absoluta.

En conclusión, este principio pretende dar un trato igualitario a todos los oferentes. Y el mismo, dentro del campo de la licitación y cotización pública, tiene una doble finalidad: ser garantía para los administrados, en protección a sus intereses y derechos como contratistas; y, al mismo tiempo, como oferentes y como particulares,

constituir una garantía para la administración pública.

1.4.3. Competencia o concurrencia

La competencia en primera instancia supone un ejercicio del comercio, entendido como una regla fundamental del derecho moderno.

La licitación y cotización pública es un instrumento de contratación administrativa, destinado a promover y estimular la competencia o el mercado competitivo, en el cual participan el mayor número posible de oferentes, con el fin de que la administración pública pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, entre las que se seleccionan la que mejores condiciones ofrece.

La competencia asegura a la administración pública la participación de un mayor número de ofertas, lo cual le permite tener una más amplia gama de oferentes, de los cuales se pueden obtener las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

Por tal motivo, la publicidad de la convocatoria debe realizarse con toda oportunidad, a fin de que los oferentes tengan pleno conocimiento del llamado de la administración

pública, para que ésta pueda recibir una amplia y variada gama de ofertas, entre las que se pueda elegir a las que mejores condiciones ofrezca.

La competencia debe estar apoyada, en la honorabilidad comercial de cada proveedor o contratista, ya sea que por un lado se evite caer en la publicidad engañosa o, por otro lado, se tengan prácticas que disminuyan, dañen o impidan la competencia entre los proponentes.

Esto implicaría una competencia desleal, lo cual está prohibido por nuestra legislación. La misma, según Molina,¹⁵ puede ser de tres tipos: actos desleales hacia el competidor, hacia el consumidor y deslealtad al mercado. Dentro de esos actos estarían los relativos al contenido de los bienes que se venden o aquellos que impliquen violación al secreto de fábrica, independientemente de que puedan ser considerados como hechos ilícitos, fraude específico relativo a la venta de artículos o ejecución de obras públicas. Así mismo, dentro de esas violaciones estarían los casos de dumping.¹⁶

¹⁵ Molina Blázquez, Concepción, **Protección jurídica de la lealtad en la competencia**, pág. 93.

¹⁶ Sanoner, Marcelo Fernando, **El procedimiento de selección del cocontratante; la licitación pública**, pág. 1080.

1.4.4.Moralidad administrativa

La expresión "moralidad administrativa" es un concepto muy fluido, además de especialmente cambiante y subjetivo.

Los actos de la administración deben de estar acompañados de patrones éticos vigentes, en la sociedad a la cual se destinan y a la época en que fueron practicados, pero nunca contrariando las disposiciones legales, pues si es indiscutible la plenitud del principio de legalidad es, también, indiscutible la inexistencia de un principio de moralidad.

Al respecto, Gordillo¹⁷ señala que la corrupción puede ser una explicación parcial y ocasional a los defectos de la licitación que se ha intentado paliar o corregir por el énfasis en la igualdad y la formalidad o la moralidad, pero no es la respuesta integral ni permanente o sistemática para este tipo de problema, y sobre todo no es la respuesta eficaz, como lo demuestra la práctica en cualquier país.

El tema de la corrupción debe tratárselo en el contexto más amplio de la transparencia y el control administrativo, indispensables en una

¹⁷ Gordillo, Agustín A., **El informalismo y la concurrencia en la licitación pública**, pág. 304.

sociedad democrática, no el limitado y presuntamente técnico, de los principios de la licitación y cotización pública.

Finalmente, las técnicas puntuales de control de la corrupción mediante el formalismo o la igualdad en dichos procedimientos dentro del mismo órgano administrativo no sirven, lo cual se ha demostrado, que son las grandes instituciones de transparencia y control administrativo las que, en conjunto puede más eficazmente evitar la corrupción.

1.5. Ventajas y desventajas del procedimiento

1.5.1. Ventajas

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

1.5.1.1. La administración obtiene mejores condiciones.

Esta tiene como propósito principal, el que la administración pública obtenga las mejores condiciones disponibles, en

cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás características.

1.5.1.2. Se protege la administración de las colusiones entre contratantes y agentes administrativos.

Se busca sanear la administración, evitando colusiones fraudulentas entre los funcionarios encargados de celebrar los contratos que requieren funcionamiento de los servicios públicos, y los particulares interesados. Puesto que la administración está obligada a adjudicar la licitación o cotización al proponente que ha ofertado condiciones más ventajosas, el margen de libre elección de los funcionarios queda de tal modo restringido, que resulta imposible prácticamente entrar en combinaciones con terceros.

1.5.1.3. Los funcionarios del poder público no pueden ser sospechosos de corrupción.

El principio fundamental de la licitación y cotización es el de "la moralidad administrativa", impidiendo mediante la observación estricta de sus reglas, el favoritismo y negociado.

1.5.1.4.Fomenta la competencia.

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

1.5.1.5.Sistema de control.

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

Por otra parte, la consideración de todos los proponentes en un pie de igualdad, evita así, que por favoritismo, interés o dádivas, se formalicen contratos administrativos desventajosos, con el consiguiente perjuicio para el Estado.

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

1.5.2.Desventajas

Es cierto que, formalizándose el contrato administrativo por licitación o cotización, se hace difícil la audición con los particulares y la elección de propuestas inconvenientes. Pero aún cuando dichos procedimientos estén bien reglamentados, pueden efectuarse adjudicaciones indebidas.

La licitación no evita siempre el favoritismo oficial si hay complicidad de los funcionarios públicos. Así, por ejemplo, si se trata de un contrato administrativo de obra pública puede existir una connivencia entre un proponente y los representantes de la administración pública, con el objeto de modificar la obra; así, por ejemplo, después de adjudicada y ya puesta en marcha va aumentándose, en tal forma, la misma, para que

compense la reducción excesiva del precio de la propuesta.

Además, no siempre la concurrencia ofrece una baja en los precios, si no por el contrario, un alza en las cotizaciones, al conocer los interesados las necesidades de la administración pública.

Las principales desventajas que se han detectado en contra de dichos procedimientos son:

1.5.2.1. Crean un monopolio por que se establece entre los concurrentes a las licitaciones, en muchos casos, una inteligencia, de tal manera que no se puede competir con ellos.

1.5.2.2. Evita la competencia que debe producirse (como lo quiere el Estado) entre los proveedores, al no existir un verdadero juego entre la oferta y la demanda.

1.5.2.3. Trae, en muchos casos, la deshonestidad, por que la potencialidad de ciertos particulares hace que se pueda vencer, en algunos casos, la escrupulosidad de los funcionarios públicos.

1.5.2.4. Los trámites son excesivamente burocráticos; se tornan largos y estropean la eficacia de un buen sistema de compras.

1.5.2.5. Se encarece el artículo, la obra o el servicio por el retardo en la provisión o en la ejecución y por los gastos de trámites, control, impuestos, sin contar, además, las fluctuaciones de los precios en ciertos casos pues cuando son en desventaja del Estado, los proveedores exigen que el contrato administrativo sea cumplido a favor suyo.

Es por ello que no se debe, con el pretexto de estas desventajas, hacer desaparecer los procedimientos de licitación y cotización pública. El legislador debe perfeccionarlo subsanando sus deficiencias, especialmente en el pliego de condiciones que tanta importancia reviste para el procedimiento, ya que él ha de constituir la base del futuro contrato administrativo.

En la legislación se debe fijar que los principios de un buen procedimiento de licitación y cotización pública estén reflejados en este pliego. Se asegura así que el sistema se mantenga como una necesidad bien definida y capaz de adaptarse a las distintas actividades del Estado.

CAPÍTULO II

2. Análisis del ordenamiento jurídico que regula la licitación y cotización pública

2.1. Ley de Contrataciones del Estado

En la República de Guatemala existía la necesidad de una Ley que regulara la pronta ejecución de obras y adquisición de bienes, servicios y suministros requeridos por los diferentes organismos y entidades del Estado, en el cual se detallara lo concerniente a las contrataciones administrativas que permitieran el desarrollo de la administración pública, para lo cual el Congreso de la República de Guatemala, emitió el Decreto número 57-92, Ley de Contrataciones del Estado.

En el contexto de dicha ley se regula las entidades obligadas al procedimiento, los órganos competentes, el procedimiento de licitación y cotización pública, compras directas, sus excepciones y los distintos contratos que se pueden suscribir.

En cuanto a las entidades que están obligadas a regular a través del proceso de licitación o cotización pública sus compras, ventas y la contratación de suministros, obras y servicios, son: los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales. Salvo lo que se

establezca en convenios y tratados internacionales, de los cuales Guatemala haya ratificado.

De igual manera, están sujetos a autoridades superiores quienes son los encargados de designar a los integrantes de las juntas de licitación y cotización pública, y la aprobación de la adjudicación de las mismas, según como lo establece el Artículo 9 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Las juntas de licitación y cotización, son el único órgano competente para recibir, calificar ofertas y adjudicar el negocio. Las cuales están integradas con cinco y tres miembros respectivamente, quienes deberán ser servidores públicos de la entidad que licitará o cotizará.

2.2. Procedimiento de licitación y cotización pública

2.2.1. Licitación pública

Este procedimiento tendrá lugar, cuando el total de los bienes, suministros y obras exceda de novecientos mil quetzales (Q.900,000.00), según el Artículo 17 de la Ley de Contrataciones del Estado, salvo las excepciones establecidas en la misma.

El procedimiento que se deben seguir para realizar una licitación pública es el siguiente:

2.2.1.1. Previamente a iniciar dicho procedimiento, debe estar conformada una junta de licitación, la cual deberá elaborar los siguientes documentos: bases de licitación, especificaciones generales, especificaciones técnicas, disposiciones especiales, y planos de construcción, cuando se trate de obras. Artículo 18 Ley de Contrataciones del Estado.

2.2.1.2. Dichos documentos deberán ser aprobados por la autoridad administrativa superior, previo dictámenes técnicos. Artículo 22 Ley de Contrataciones del Estado.

2.2.1.3. Se deberá realizar una convocatoria a través de una publicación dos veces en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación, dentro de un plazo de diez días. Además de lo anterior deberá publicarse en el Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Sector Público, denominado Guatecompras, a través de la dirección de Internet www.guatecompras.gt. Artículo 23 Ley de Contrataciones del Estado, y 8 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

2.2.1.4. Luego se entregarán las bases a quienes las soliciten, siempre y cuando estén inscritos en el Registro de Precalificados y demuestren haber efectuado el pago concerniente a la reproducción de los documentos que se entregan a los interesados, dicho pago no podrá exceder del cero punto cero cinco por ciento (0.05%) del monto. Artículo 22 Ley de Contrataciones del Estado, y 7 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

2.2.1.5. La recepción de las ofertas será realizada por la junta de licitación en el lugar, fecha, hora y forma establecida en las bases de licitación, y se tendrá un período de treinta minutos para la misma a partir de la hora fijada. Entre dicha recepción y la última publicación deben mediar por lo menos ocho días. Artículos 23 y 24 Ley de Contrataciones del Estado.

2.2.1.6. Cuando haya transcurrido el tiempo anteriormente mencionado, se procederá a la apertura de las plicas, la cual será un acto público y de todo lo actuado se facionará un acta correspondiente. Artículo 24 Ley de Contrataciones del Estado.

2.2.1.7. Posteriormente la junta de licitación procederá a calificar las ofertas, seleccionando la más conveniente y favorable a los intereses del Estado, en base a los criterios de calidad, precio, tiempo, características y demás condiciones fijadas en las bases de licitación. Artículo 28 Ley de Contrataciones del Estado.

2.2.1.8. La junta adjudicará la licitación al oferente que se ajuste a las condiciones establecidas en las bases de licitación, y que haya realizado la propuesta más conveniente para el Estado, esta adjudicación se realizará en el plazo que se haya establecido en las mismas bases. También hará una calificación de los oferentes que clasifiquen sucesivamente. Artículo 33 Ley de Contrataciones del Estado.

2.2.1.9. Dentro del plazo de tres días de dictaminada la resolución razonada, la junta deberá hacer la respectiva notificación a cada uno de los oferentes. Artículo 35 Ley de Contrataciones del Estado.

2.2.1.10. Dentro del plazo de dos días siguiente a que quede firme lo resuelto por la junta, esta elevará el expediente a la autoridad

superior, la que aprobará o improbará lo actuado. Artículo 36 Ley de Contrataciones del Estado.

2.2.1.11.A partir de la adjudicación definitiva se realizará la suscripción del contrato dentro del plazo de diez días. Artículo 47 Ley de Contrataciones del Estado.

2.2.2.Cotización pública

Este procedimiento tendrá lugar, cuando el total de los bienes, suministros y obras exceda de treinta mil quetzales (Q.30,000.00), pero que no sobrepase los novecientos mil quetzales (Q.900,000.00), según el Artículo 38 de la Ley de Contrataciones del Estado, salvo las excepciones establecidas en la misma.

2.2.2.1.Previamente a iniciar dicho procedimiento, debe estar conformada una junta de cotización, la cual deberá elaborar un formulario de cotización, que deberá contener: bases de cotización, especificaciones generales, especificaciones técnicas, disposiciones especiales, y planos de construcción, cuando se trate de obras. Artículo 39 Ley de Contrataciones del Estado.

2.2.2.2. Dichos formularios deberán ser aprobados por la autoridad administrativa superior, antes de requerirse las ofertas. Artículo 40 Ley de Contrataciones del Estado.

2.2.2.3. La junta de cotización deberá obtener un mínimo de tres ofertas firmes, cuando el monto no exceda de trescientos mil quetzales (Q300,000.00), y cinco ofertas firmes, cuando exceda de dicho monto solicitadas a proveedores que se dediquen en forma permanente a ese giro comercial, y estén legalmente inscritos en el Registro de Precalificados. Artículo 39 Ley de Contrataciones del Estado, y 16 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

2.2.2.4. La recepción de las ofertas será realizada por la junta de cotización en el lugar, fecha, hora y forma establecida en las bases de cotización, y se tendrá un período de treinta minutos para la misma a partir de la hora fijada. Entre dicha recepción y la última entrega de los formularios deben mediar por lo menos ocho días. Artículo 23 y 24 Ley de Contrataciones del Estado.

2.2.2.5. Cuando haya transcurrido el tiempo anteriormente mencionado, se procederá a la

apertura de las plicas, la cual será un acto público y de todo lo actuado se faccionará un acta correspondiente. Artículo 24 Ley de Contrataciones del Estado.

2.2.2.6. Posteriormente la junta de cotización procederá a calificar las ofertas, seleccionando la más conveniente y favorable a los intereses del Estado, en base a los criterios de calidad, precio, tiempo, características y demás condiciones fijadas en las bases de cotización. Artículo 28 Ley de Contrataciones del Estado.

2.2.2.7. La junta adjudicará la cotización al oferente que se ajuste a las condiciones establecidas en las bases de cotización, y que haya realizado la propuesta más conveniente para el Estado, esta adjudicación se realizará en el plazo que se haya establecido en las mismas bases. También hará una calificación de los oferentes que clasifiquen sucesivamente. Artículo 33 Ley de Contrataciones del Estado.

2.2.2.8. Dentro del plazo de tres días de dictaminada la resolución razonada, la junta deberá hacer la respectiva notificación a

cada uno de los oferentes. Artículo 35 Ley de Contrataciones del Estado.

2.2.2.9. Dentro del plazo de dos días siguiente a que quede firme lo resuelto por la junta, esta elevará el expediente a la autoridad superior, la que aprobará o improbará lo actuado. Artículo 36 Ley de Contrataciones del Estado.

2.2.2.10. A partir de la adjudicación definitiva se realizará la suscripción del contrato dentro del plazo de diez días. Artículo 47 Ley de Contrataciones del Estado.

2.3. Compra directa

Es un procedimiento que se efectúa en un solo acto, con una misma persona y por un precio de hasta treinta mil quetzales (Q.30,000.00), bajo la responsabilidad y autorización previa de la autoridad administrativa superior de la entidad interesada, tomando en cuenta el precio, calidad, el plazo de entrega y demás condiciones que favorezcan los intereses del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, siguiéndose el procedimiento que establezca dicha autoridad (procedimiento interno).

2.4. Excepciones a la licitación y cotización pública

El Artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, establece distintos casos en los cuales no se realizará una licitación ni cotización pública en virtud de ser situaciones especiales que no ameritan tales procedimientos, como por ejemplo en el numeral 1.2: "La compra y contratación de bienes, suministros, obras y servicios indispensables para solucionar situaciones derivadas de los estados de excepción declarados conforme a la Ley Constitucional de Orden Público que hayan ocasionado la suspensión de servicios públicos o que sea inminente tal suspensión".

De igual manera están reguladas algunas excepciones, que no deberían de estar como tales pues esto da lugar al uso y abuso de las mismas, como es el caso del Ejército de Guatemala y sus instituciones, regulado en el numeral 1.6 del mismo artículo el cual establece: "La compra de armamento, municiones, equipo, materiales de construcción, aeronaves, barcos y demás vehículos, combustibles, lubricantes, víveres y la contratación de servicios o suministros que se hagan para el Ejército de Guatemala y sus instituciones, a través del Ministerio de la Defensa Nacional, en lo necesario para el cumplimiento de sus fines".

2.5. Derecho Comparado

Otras legislaciones alrededor del mundo han procurado darle un especial desarrollo en lo que respecta

a la contratación realizada por la administración pública, creando Leyes especiales que regulan que es contrato administrativo, las formas en que se celebra. Esto se regula de distintas maneras dependiendo de la legislación de cada país y a continuación se demuestran algunos ejemplos:

2.5.1.Costa Rica

El concepto contrato administrativo, para la legislación costarricense, se refiere a la relación contractual surgida como merito de un procedimiento, sea este ordinario o extraordinario, previsto por la Ley, mediante el cual la Administración Pública escoge al contratista, en conjunto con el cual tendrán como fin último satisfacer una necesidad pública. La regulación de los Contratos Administrativos se desarrollan en las siguientes Leyes:

- Ley N. 7494 del 2 de mayo de 1995 sobre " Ley de Contratación Administrativa" y su Reglamento General, Decreto Ejecutivo N. 25038-H del 06 de marzo de 1996.
- Ley N. 7762 del 14 de abril de 1998 sobre " Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos"

En dicha legislación existe una dependencia del ministerio de hacienda de Costa Rica, llamada Dirección de Administración de Bienes y Contratación Administrativa, creada con el fin de dar cumplimiento a su función de propiciar la integración de la información de los procedimientos de contratación administrativa del Gobierno Central, y en ejercicio de sus atribuciones de ejecutar las acciones necesarias para establecer políticas en materias propias del sistema regido por ella y requerir información a las instituciones y dependencias del sector público para el cumplimiento de sus fines.

2.5.1.1. Principios de la licitación Pública

2.5.1.1.1. Oposición y concurrencia de todos los oferentes.

2.5.1.1.2. Publicidad del acto, traducido en la publicación de los pliegos y sus modificaciones.

2.5.1.1.3. Igualdad de todos los oferentes.

2.5.1.2. Procedimiento de la licitación pública

2.5.1.2.1. Pliego de condiciones: Debe prepararse previo al llamado a licitación. El pliego de condiciones es el documento que establece las obligaciones de las partes. Es preparado unilateralmente por la Administración, los particulares tomarán conocimiento de él después de publicado. Se dice que los pliegos de condiciones son la ley del contrato, ya que determinan las normas a seguir en todo el desarrollo de la operación y los elementos y los efectos del contrato a celebrarse, debiendo cumplirse estrictamente sus reglas. No puede ser modificado con posterioridad a la presentación de las propuestas ni luego de la adjudicación. El pliego de condiciones puede ser:

General: El que establece las disposiciones aplicables a todos los contratos realizados por un

mismo órgano de la
Administración

Particular: Contiene todos los
derechos y disposiciones
particulares de cada contrato.

2.5.1.2.2.Llamado a licitación:
Publicación realizada en diarios
de alcance masivo y en la
separata de licitaciones del
Boletín Oficial. En este llamado
se dan a conocer todas las
características de la obra y
condiciones de la licitación.

2.5.1.2.3.Presentación de propuestas: Las
propuestas deben ser secretas y
presentarse por escrito y en
sobre cerrado; el secreto de la
propuesta:

Salvaguardar los intereses
económicos de la Administración,
evitando confabulaciones de los
licitantes.

Protege a los licitantes, ya que evita los manejos que los funcionarios públicos pudieran intentar a favor de uno de ellos y en perjuicio de los demás.

Salvaguarda el derecho a la igualdad de oportunidades y el derecho a que todos los oferentes sean tratados por igual.

2.5.1.2.4. Apertura de sobres: Es un acto solemne (en presencia de un escribano público) al que pueden concurrir todos los que han intervenido en la licitación.

2.5.1.2.5. Adjudicación: Dependiendo de la complejidad del contrato, puede haber una preadjudicación en la que una comisión que se expedirá al respecto. Si es un contrato simple, la adjudicación es directa, la cual suele ser aplicable cuando el criterio para evaluar las ofertas es el menor precio. Podría darse el caso de que ninguna oferta satisfaga a la Administración,

caso en el cual se declarará fracasada la licitación. Si hay empate o empate técnico los empatantes deben mejorar sus ofertas.

2.5.1.2.6. Impugnación: Puede realizarla un oferente sobre puntos de la oferta de otro licitante. Los recursos a disposición a estos efectos son establecidos en el pliego particular de condiciones.

2.5.1.3. Licitación privada

Es una invitación restringida a aquéllos que la Administración sabe que están en condiciones de ejecutar el contrato. Es procedente en los siguientes casos:

2.5.1.3.1. Contrato con especial capacidad o competencia: porque se sabe que dicha capacidad está en manos de pocos y conocidas personas.

2.5.1.3.2. Contrato que no supere determinado límite: Sólo aplicable a contratos que no superen un monto de \$ 950.000.-.

2.5.1.3.3. Licitación pública fracasada o desierta: Una licitación pública se considera desierta cuando no se presentó ningún oferente, y fracasada cuando ninguna oferta ha sido satisfactoria.

2.5.1.3.4. Trabajos urgentes o suplementarios: trabajos que deben realizarse por circunstancias imprevistas o para la satisfacción de intereses comunitarios impostergables.

2.3.1.5. Contratación directa

2.3.1.5.1. Si no excede el límite de \$ 950.000.00

2.3.1.5.2. Cuando se trata de trabajos urgentes o suplementarios.

2.3.1.5.3. Por circunstancias imprevistas o urgentes (Vg.: escasez notoria de un producto que satisfaga necesidades inmediatas).

2.3.1.5.4. Cuando se trata de contrataciones entre distintos organismos de la Administración.

2.3.1.5.5. Cuando es para reparar vehículos o motores.

2.5.2. Chile

El derecho chileno no cuenta, y nunca ha contado con una Ley general reguladora de la contratación administrativa, pese a que la Constitución Política de la República regula y categoriza claramente los actos administrativos: decretos y resoluciones, distinguiéndolos de los contratos administrativos, como lo establecen los Artículos 32, numeral 8º, 35, 102, 108, 87 y 88 del Código Político, por una parte, al referirse a los actos y a potestad reglamentaria o normativa, y los Artículos 60, Nos 7 y 9, y 62, inciso 4º, numeral 3º, por la otra, que lo hacen respecto a los contratos.

Ante este tipo de vacío normativo, la contractualidad pública se encuentra regulada en las Leyes y Reglamentos especiales que se ocupan de normar algunos contratos que celebra la Administración del Estado.

2.5.3.España

El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, regulan lo relativo a la actuación de la Administración pública en su forma de contratación.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su Artículo 5, establece que "son contratos administrativos:

- a) Aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de concesión de obras públicas, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del Artículo 206 referente a

contratos de seguros y bancarios y de inversiones, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo Artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos. (Modificado por ley 13/2003)

- b) Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una Ley.

Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del Artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo Artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos."

Los tipos de contrato reconocidos por la Legislación Española son:

El de Obras

De Gestión de servicios públicos

De Suministros

De Consultaría, asistencia y de servicios.

2.5.4. Inglaterra

En el derecho inglés, si bien los contratos celebrados por la Corona Británica están sujetos a las normas de derecho común y a los tribunales ordinarios, es lo cierto que sus privilegios como el poder de policía, el privilegio de inejecutabilidad y la prohibición de dictar contra ella mandamientos de hacer dejaban sin eficacia al contrato y sin garantía al contratista. En ese sentido en 1968 se creó el "Review Board for Government Contract", organismo de arbitraje encargado de decidir todos los conflictos contractuales que se presenten en el ámbito de la Corona y ejercer funciones consultivas, cuyas decisiones configuran la base de desarrollo de todo un sistema de poderes exorbitantes de la Administración y de compensaciones económicas al contratista que se pactan mediante la adhesión de éste a un pliego de condiciones.

Esta particular regulación ha llevado a Doctrinarios como Ariño y Parada a considerar que si bien tales contratos no han sido calificados expresamente por el derecho inglés como "administrativos" la realidad de los casos permite afirmar que se trata de una figura que no es contrato en absoluto, o que de serlo, impone deberes al particular más no le otorga derechos.

CAPÍTULO III

3. Presupuesto militar de los años 2001 al 2003

3.1. Presupuesto del año 2001

El presupuesto del ejército aprobado para el año 2001 fue de Q.836.9 millones, sin embargo por medio de un récord histórico de 22 transferencias éste se incrementó en Q.709.5 millones para alcanzar la cifra total de Q.1,564.5 millones (mil quinientos cuarenta y seis punto cinco millones). (Ver anexo I y II)

Este monto recibido significó un incremento de 84.7% del presupuesto original aprobado. Fue en este año cuando más se favoreció al ejército con transferencias, al punto que en el período final del año (noviembre y diciembre) se realizaron transferencias semanales. (Vale la pena recordar que fue este año cuando se hizo la transferencia al EMP para que repartiera la galleta escolar, asimismo es el año en que el ejército inició con el "negocio" de traslado de fertilizante).

Durante el mes de abril el ministerio de la Defensa Nacional recibió el traslado del ministerio de Agricultura para el transporte de los fertilizantes. Este traslado es por el monto de Q.23,845,687 según lo ampara el Acuerdo Gubernativo de Presupuesto No. 43-2001 de fecha 18 de mayo 2001. En total, el ministerio de la Defensa Nacional ha recibido incrementos por un total de

Q.305,703,811 que equivalen a un 36.52% de su presupuesto original.

Al realizar un análisis detallado, los rubros que más incremento han recibido son:

Independencia y soberanía territorial, con un total de Q.174,626,273 que significa un incremento de 52.17% de su presupuesto original.

Actividades Centrales, con un total de Q.86,574,113 equivalente al 27.54%, y

Educación militar, con un total de Q.19,263,487 equivalente al 17.1%.

3.2. Presupuesto del año 2002

El presupuesto del ejército para el año 2002 fue de Q.1 mil millones, sin embargo con un total de 8 transferencias alcanzó un monto de Q.1,238.7 millones (mil doscientos treinta y ocho punto siete millones). (Ver anexo III y IV)

Un rubro de gasto que genera dudas dentro de la ejecución militar es la adquisición de equipo militar y de seguridad cuya asignación aprobada por el Congreso de la República fue de Q.19.6 millones pero que fue incrementada con transferencias por un monto de Q.35.1

millones hasta alcanzar un total de Q.54.5 millones. Siendo un ejército en tiempos de paz, que atraviesa por un proceso de reconversión de sus funciones, y por una reducción de sus elementos, es contradictorio que se tenga un presupuesto de esta naturaleza, tomando en cuenta que al mes de noviembre ha ejecutado el 99.6% de su presupuesto. (ver anexo V)

Lamentablemente volvemos a caer en el argumento de que el Ejército no tiene obligación de licitar ni de pasar por la ley de compras y contrataciones del Estado, por lo que no se sabe el destino real de estos fondos, qué equipos supuestamente fueron adquiridos, ni a que precios y con que empresas.

3.3. Presupuesto del año 2003

El presupuesto del Ejército para el año 2003 fue de Q.950 millones, sin embargo con un total de 12 transferencias alcanzó un monto de Q.1,419.6 millones (mil cuatrocientos diez y nueve punto millones). Uno de los argumentos de justificación del incremento del presupuesto durante el año 2003, fue el primer llamado de desmovilización de elementos del Ejército. (Ver anexo VI y VII).

En el rubro de Materiales y Suministros, es necesario analizar el presupuesto del Ministerio de la Defensa Nacional. Al hacer un análisis detallado de sus gastos, encontramos que en Materiales y equipos diversos sólo el Despacho Superior del Ministro ha gastado Q.19.6

millones sin que se tenga una idea exacta de que materiales y equipos se han adquirido. (Ver anexo VIII).

Como muestra del gasto del Ejército está el presupuesto del Ministerio de la Defensa Nacional, cuyos incrementos alcanzaron los Q.238.7 millones, los cuales fueron ejecutados en su totalidad. (Ver anexo IX)

Por supuesto que el presupuesto del Ministerio de la Defensa Nacional incluye educación, salud, seguridad y otros beneficios de los que gozan solamente los oficiales. Esto quiere decir que de los impuestos que paga la población guatemalteca, se destina una millonaria cantidad de recursos para hospitales, institutos y centros educativos a los cuales tienen acceso únicamente los miembros del ejército.

3.4. Manejo del presupuesto militar en secreto

El presupuesto del Ministerio de la Defensa se ha gastado a manos llenas. En tiempos de paz y con la reducción de efectivos, la situación sigue siendo la misma.

En los años de la guerra era imposible fiscalizar los gastos militares, pero los indicios de una mega corrupción en el ejército han llevado al Ministerio Público a intentar conocer la forma en que se han manejado miles de millones de quetzales sin ningún control.

Las autoridades castrenses se esconden detrás del Artículo 30 de la Constitución, que establece que "todos los actos de la administración son públicos, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional".

Por ello, se ha considerado que el presupuesto del Ministerio de la Defensa y su ejecución son un asunto de seguridad nacional. Sin embargo, los resultados de esta secretividad son nefastos. Se ignora cómo gastaron Q906 millones transferidos entre 2001 y 2003, se cree que hay corrupción en la compra por Q21 millones de repuestos para helicópteros y existe la denuncia de que Q190 millones de una transferencia simplemente "se perdieron".

Otra denuncia que conoce el Ministerio Público señala que Q18 millones en "reglones secretos" se movieron los primeros tres meses del año 2004 en supuestas compras, pero lo que hayan adquirido las autoridades, nunca ingresó al ejército.

Se puede llegar a una conclusión que en realidad, los libros contables de ese Ministerio se mantuvieron en secreto debido al temor que se le ha tenido al ejército. "Ni contralores ni jueces se atrevían a exigirle cuentas a los militares". Ahora, esa realidad empieza a cambiar.

Aparte del candado constitucional, a lo interno del ejército, la estructura de sus partidas se prestan "para

innumerables anomalías". Sólo el renglón de gastos personales está compuesto por una lista de 26 rubros que tienen que ver con el pago de salarios y primas extra que, en muchos casos, son discrecionales.

Esos bonos y aguinaldo discrecionales se incrementaron en más de Q74 millones el año 2005.

En total, entre salarios y gastos administrativos, el ejército tuvo destinados para el año 2004 Q658.1 millones, 72 por ciento de todo su presupuesto. En cambio, en el año 2005 estos mismos rubros consumieron el 86 por ciento, por que el Congreso les aprobó la cantidad solicitada.

3.5. Secreto de Estado

El pleno del Congreso aprobó el Acuerdo Legislativo 63-2004. La consulta está basada en tres preguntas relacionadas con lo que regula la Constitución Política de la República de Guatemala, en cuanto al secreto de Estado cuando refiere a los asuntos castrenses o diplomáticos.

Lo que se busca con la pregunta es clarificar si lo que estipula el Artículo 30 de la Constitución, el Ejército se puede acoger al mencionado secreto de Estado cuando se refiere a compras y contrataciones de insumos,

uniformes y papelería; además la adquisición de calzado, vehículos y demás enseres propios de su funcionamiento.

El 11 de marzo del año 2005 la Corte de Constitucionalidad publicó en el Diario Oficial, su opinión sobre los alcances y limitaciones del Artículo 30 de la Constitución Política de Guatemala, que se refiere a la "publicidad de los actos administrativos".

La opinión fue solicitada por el Congreso de la República en virtud de las variadas interpretaciones que se han hecho al referido Artículo que, en esencia, indica que "todos los actos de la administración son públicos.

Los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y certificaciones que soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar..."

El centro de las divergencias de opinión se centran, o se centraban en la excepción que incluye el mismo Artículo: "salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional, o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia".

Los militares, muy convenientemente, interpretaron que el "salvo" del Artículo significaba que ellos estaban exentos a toda fiscalización y que por lo tanto podían,

amparados en la Constitución, hacer y deshacer a su antojo, sin que nadie se atreviera a exigirles rendición de cuentas de sus actos. De esa manera el Artículo 30 fue tergiversado, manipulado y empleado para beneficio propio. Naturalmente la misma institución armada resultó dañada y denigrada, puesto que algunos de sus miembros, cometieron actos al margen de la legalidad y con ello arrastraron la "honorabilidad" de la que tanto se enorgullecen los oficiales del ejército guatemalteco.

Para su fortuna y, sobre todo para el positivo avance de la democratización y la transparencia de los asuntos públicos, se han ido descubriendo paulatinamente los usos y abusos que se han cometido en y desde la institución armada. Como las frecuentes transferencias financieras que se realizaron desde los rubros de salud, educación y agricultura hacia las finanzas del ejército, sin que dichos fondos hayan llegado verdaderamente a la institución castrense, sino que se hayan diluido en los bolsillos personales de varios ex funcionarios, tanto militares como civiles.

En la lógica de los involucrados en este tipo de saqueos, no existía la posibilidad de que se les investigara porque los "asuntos militares" eran secretos. En esta retorcida interpretación de la Constitución y en la corrupción contribuyeron y participaron, desde la esfera militar, algunos Ministros de la Defensa, Jefes del Estado Mayor de la Defensa y de la Presidencia, jefes financieros de dependencias castrenses, bodegueros y

personal que cobró cheques sin haber ofrecido ni prestado servicio alguno.

De modo que cuando la acuciosidad de la fiscalización comienza a rebuscar los fondos extraviados se topa con que el ejército no puede darles información y menos documentos que comprueben o desmientan los actos de corrupción tantas veces denunciados. Es en ese momento cuando, denunciante y afectados acuden a la Corte de Constitucionalidad para que ésta de su interpretación oficial del Artículo 30.

Dentro de las tres dudas planteadas a la Corte de Constitucionalidad, por el Congreso, se incluye si cuando el Artículo 30 exceptúa de la publicidad los actos administrativos de los asuntos militares o diplomáticos "¿se refiere a compras y contrataciones de insumos para el ejército de Guatemala?" la respuesta de los magistrados es: NO, sino que se refiere a "aquellos asuntos que son parte de la política de Estado para preservar la integridad física de la nación...".

Los congresistas también deseaban saber si ¿puede el ejército ampararse en el Artículo 30 para mantener como secreto de Estado la documentación que se refiere a actos administrativos relativos a compras y contrataciones de uniformes, papelería, calzado, vehículos y demás enseres propios de su funcionamiento? la respuesta vuelve a ser NO, porque para mantener en "secreto" determinados actos,

se debe establecer que los mismos se sitúan en los supuestos del concepto de seguridad nacional.

Y el tercer cuestionamiento de los diputados estaba encaminado a conocer ¿cuál es el alcance del contenido del Artículo 30 de la Constitución, cuando se habla de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional?, la respuesta reitera que sólo se aplica para asuntos de seguridad.

La opinión consultiva emitida por los magistrados de la Corte de Constitucionalidad - luego de explicar que uno de los principios fundamentales del derecho guatemalteco lo constituye el de la Supremacía Constitucional, y luego de recordar "que el supremo interprete de la Constitución Política de la República de Guatemala es la Corte de Constitucionalidad"- es muy clara en la interpretación jurídica y, en el campo político pone al descubierto la manipulación de cual han sido víctimas los guatemaltecos que bajo coerción pagan sus impuestos.

CAPÍTULO IV

4. Causas y efectos de la falta de una licitación y cotización pública en el ejército de Guatemala

4.1. Regulación del ejército de Guatemala dentro de la Ley de Contrataciones del Estado

En el Artículo 44 numeral 1.6 de la Ley de Contrataciones del Estado, se encuentra regulado el ejército de Guatemala como una excepción al proceso de licitación y cotización pública, el cual establece: "...1. No será obligatoria la licitación ni la cotización en las contrataciones en las dependencias y entidades públicas, conforme al procedimiento que se establezca en el reglamento de esta Ley y en los casos siguientes: ... 1.6 La compra de armamento, municiones, equipo, materiales de construcción, aeronaves, barcos y demás vehículos, combustibles, lubricantes, víveres y la contratación de servicios o suministros que se hagan para el ejército de Guatemala y sus instituciones, a través del Ministerio de la Defensa Nacional, en lo necesario para el cumplimiento de sus fines."

Lo expuesto anteriormente ha dado lugar a que el presupuesto de dicha institución militar sea utilizado en compras, contrataciones y usos administrativos, que ha provocado que algunas organizaciones y funcionarios

públicos protesten por la forma anómala en que este se ha invertido.

4.2. Causas de la falta de licitación y cotización pública

En nuestro país existen diversas causas por las cuales no se han regulado la licitación y cotización pública en el ejército de Guatemala, de las cuales solo se trataran dos principales.

4.2.1. Políticas

Para empezar, visualizamos la corrupción como el mayor flagelo y mayor enemigo de nuestra querida democracia, de la cual la institución castrense no es ajena. Si bien contamos entre nuestros funcionarios públicos con honrosas y valiosas excepciones, la tradición en nuestro país y otros muchos en Latinoamérica y del mundo es el de usar la política como trampolín de desarrollo personal y económico.

Aquel ciudadano civil o militar que quiere crecer, mas bien medrar, se inscribe en un partido, se convierte en un activista político y después en virtud de un laborantismo exhibido en alguno que otro fin de semana de campaña o por declaraciones en algún medio de comunicación a favor de un candidato, exige y recibe posiciones públicas además de tener acceso a operaciones financieras de

la institución a la cual pertenece, para crecer mucho mas allá que los ingresos que le asigna la sociedad por esos servicios. Los principios, el trabajo, la moral y la ética no cuentan. Lo importante es llegar.

4.2.2.Legales

Es un problema de carácter legal, por cuanto la ausencia de Leyes o la existencia de Leyes débiles y atrasadas permiten que ciertos comportamientos no puedan ser perseguidos y sancionados o no puedan serlo adecuadamente. Si bien es cierto que la aplicación de las Leyes depende en gran medida de la voluntad política para hacerlo, no es menos cierto que a veces sucede que hay voluntad política, pero no existe un marco legal adecuado para aplicar las Leyes correspondientes.

En la institución militar la ausencia de controles o la existencia de controles obsoletos promueven la existencia de sistemas caracterizados por el dispendio, la ineficiencia y la corrupción.

Por cuanto la existencia de estructuras y procesos administrativos arcaicos y anacrónicos dificultan la relación entre el Estado y el ejército, promoviendo con ello la existencia de

mecanismos alternativos, informales e ilegales, a través de los cuales se supera el vacío legal existente.

4.3. Efectos que surgen por la falta del procedimiento

4.3.1. Económico

La corrupción aumenta los costos de los bienes y servicios; mermando en forma considerable el presupuesto asignado a la institución militar; conduce al relajamiento de las normas de modo que se adquieren bienes que no cumplen las normas establecidas o la tecnología inapropiada o innecesaria; y puede resultar en la aprobación de proyectos basados en el valor del capital involucrado en los mismos, más que en la mano de obra (lo que es más lucrativo para el que comete la corrupción), pero puede ser menos útil desde el punto de vista del desarrollo de sus actividades. Cuando dicha institución aumenta sus gastos para llevar a cabo proyectos que no son económicamente viables, el presupuesto adicional no sólo incluye un costo extra debido a la corrupción, sino que la inversión se canaliza hacia proyectos improductivos e innecesarios.

4.3.2. Político

El impacto político puede medirse a través de diversos elementos. La corrupción reproduce y consolida la desigualdad social y preserva las redes de complicidad entre civiles y militares. Respecto a la clase política-militar consolida las clientelas políticas y mantiene funcionando los instrumentos ilegales de control. Respecto al aparato administrativo de la misma, perpetúa la ineficiencia de la burocracia y genera formas parasitarias de intermediación. Todo esto conduce a la pérdida de credibilidad no solo de una sino de todas las instituciones del Estado y a la erosión de la legitimidad necesaria para su funcionamiento adecuado.

4.4. Regulación de los casos excepcionales

Para que el ejército de Guatemala deba licitar y cotizar, se deberá modificar el numeral 1.6 del Artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, para que su aplicación sea única y exclusivamente en casos de urgencia y emergencia nacional, según lo establecido en la Ley del Orden Público:

4.4.1.Situación de urgencia

Se considera situación de urgencia cuando la ausencia extraordinaria e imprevisible de determinado bien o servicio compromete en forma directa e inminente la continuidad de los servicios esenciales o de las operaciones productivas que la Entidad tiene a su cargo. Dicha situación faculta a la Entidad a la adquisición o contratación de los bienes, servicios u obras sólo por el tiempo o cantidad, según sea el caso, necesario para llevar a cabo el proceso de selección que corresponda. La situación de urgencia debe entenderse como una medida temporal ante un hecho de excepción que determina una acción rápida a fin de adquirir o contratar lo indispensable para paliar la urgencia, sin perjuicio de que se realice el proceso de selección correspondiente para las adquisiciones y contrataciones definitivas.

4.4.2 Situación de emergencia

Se entiende como situación de emergencia aquella en la cual la entidad tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten la defensa nacional. En este caso la entidad se exonera de la tramitación del expediente administrativo y podrá

ordenar la ejecución de lo estrictamente necesario para remediar el evento producido y satisfacer la necesidad sobrevenida, sin sujetarse a los requisitos formales de esta Ley. De este acuerdo se dará cuenta inmediata al Consejo de Ministros para la aprobación del Acuerdo Ministerial correspondiente y al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, quien girará los recursos de acuerdo a lo que establecen las normas presupuestales. El resto de la actividad necesaria para completar el objetivo propuesto por la entidad ya no tendrá el carácter de emergencia y se adquirirá o contratará de acuerdo a lo establecido en la presente Ley.

La situación de emergencia la entidad deberá adquirir o contratar lo necesario para remediar los desastres o demás hechos producidos que tengan el carácter de emergencia, así como para satisfacer las necesidades sobrevenientes; después de lo cual deberá convocar los procesos de selección que correspondan.

La exoneración de procesos de selección por la causal de situación de emergencia a que se refiere el presente numeral, se aprueba de conformidad con el procedimiento dispuesto en los artículos referentes al procedimiento de la licitación y cotización pública de dicha Ley.

Mediante Acuerdo Ministerial, que cuente con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, se declara las zonas en estado de emergencia, así como a las Entidades involucradas en dicha declaratoria. Asimismo, el citado Acuerdo Ministerial determinará el plazo del estado de emergencia, el cual no puede exceder de treinta (30) días, pudiendo ser prorrogado por una sola vez.

4.5. Iniciativa de ley

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA

DECRETO NÚMERO _____

El Congreso de la República de Guatemala

CONSIDERANDO:

Que es deber del Estado promover el desarrollo económico de la Nación y el aseguramiento del bien común en beneficio de sus habitantes a través de la modernización del Estado.

CONSIDERANDO:

Que como consecuencia de la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado han surgido serios problemas en cuanto a criterios obsoletos que no permiten el desarrollo eficiente de la administración pública.

CONSIDERANDO:

Que los problemas que se suscitan en las contrataciones que realiza el Ejército de Guatemala son consecuencia de ciertos factores entre los que se encuentra: el inexistente control sobre los órganos encargados de desarrollar el proceso de contratación, que redundan en corrupción y quebrantamiento del espíritu de la Ley de Contrataciones del Estado; la falta de regulación legal de un estándar de calificación de las personas que forman parte del grupo encargado de las contrataciones para dejar de lado la sombra del soborno y el juego de intereses que solamente provoca atraso en el desarrollo de la Nación.

CONSIDERANDO:

Que la actual Ley de Contrataciones del Estado carece de una actualización conforme a la realidad guatemalteca, regulando dentro del régimen de excepciones de los procedimientos de licitación y cotización pública a entidades que procuran salir así del control de las

autoridades y que obliga como consecuencia el surgimiento de múltiples eventos de contrataciones que no tienen fiscalización alguna.

CONSIDERANDO:

Que es necesario terminar con el abuso de poder y el desmedido uso de actos discrecionales por parte de funcionarios de la institución castrense que son facilitadores e instigadores de las corruptelas y arbitrariedades en la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, a las contrataciones de cualquier índole, así como de autorización de honorarios técnicos y profesionales a familiares, amigos y compadrazgos políticos.

CONSIDERANDO:

Que es imperativo que el Estado cuente con una regulación legal de compras y contrataciones que se fundamente en pilares como la probidad y la transparencia en el manejo del gasto público, para un mejor aprovechamiento del mismo.

POR TANTO:

En ejercicio de la potestad y la facultad que le confieren los Artículos 157 y 171 inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala.

DECRETA:

Las siguientes:

**REFORMAS A LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO, DECRETO
57-92 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Y SUS REFORMAS**

ARTÍCULO 1. Se reforma el numeral 1.6 del Artículo número 44, el cual queda así:

"El ejército de Guatemala y sus instituciones, a través del Ministerio de la Defensa Nacional, únicamente cuando sirva para llevar acabo actividades relacionadas con alguno o algunos de los siguientes casos:

- 1) Estado de prevención.
- 2) Estado de alarma.
- 3) Estado de calamidad pública.
- 4) Estado de sitio.
- 5) Estado de guerra.

Dichos estados están regulados en la Ley del Orden Público."

ARTICULO 2. El presente Decreto entrará en vigencia el día siguiente de su publicación en el diario oficial.

REMITASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.

EMITIDO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, A LOS _____ DIAS DEL MES DE _____ DEL AÑO DOS MIL SEIS.

CONCLUSIONES

1. Como se hizo notar en el desarrollo de este trabajo, es evidente la urgente actualización y reforma de las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico regulatorio del los contratos administrativos en el Estado, el cual se ha visto rebasado por las diversas reestructuraciones que ha sufrido el marco organizativo de la administración pública. Agrava esta situación el hecho de que las reformas a la Ley de Contrataciones del Estado han sido poco claras, y aún oscuras, tratándose en la adquisición de bienes y servicios por parte del ejército de Guatemala. Esto ha provocado una gran confusión e incertidumbre en los mecanismos previstos en la Ley con relación ala administración de recursos materiales para la celebración de los contratos previstos, dando lugar arbitrariedades y a prácticas ilegales.
2. La actividad del ejército de Guatemala se ha venido empantanando en materia de adquisiciones, ya que al estar exentos del proceso de licitación y cotización pública, no dan cuenta de la forma en como se invierte el presupuesto asignado por parte del Estado.
3. El compromiso de cumplir con la Ley de Contrataciones del Estado, es responsabilidad con la población guatemalteca, pues todas las instituciones del Estado sin excepciones deben estar reguladas por la misma, para determinar que se hizo buen uso del presupuesto nacional.

4. La corrupción en el Estado es el mayor flagelo y mayor enemigo de nuestra democracia, una de las causas principales de la pobreza y de la peor calidad de vida de todos, pero en especial de los más necesitados. Algunos gobiernos en su inicio han aparentado, tener intenciones de enfrentar con dureza el flagelo de la corrupción y terminado arropado por el mismo mal.

5. El contubernio que existe entre algunos políticos y oficiales del ejército, determinan en que se debe invertir el presupuesto asignado a esta institución, incluso haciendo gastos en bienes y servicios, para pagar algunos favores prestados durante las campañas políticas y posiblemente en algunos ascensos castrenses. Por lo tanto no existe un gasto eficiente en calidad de los recursos asignados al mismo.

RECOMENDACIONES

1. Al Estado, crear un organismo que se encargue, de la educación y concientización de las personas con relación a la importancia de seleccionar un gobierno para solucionar los problemas del país en su conjunto, no un problema personal. Concienciar a los servidores públicos de que al Estado se va ha servir no ha servirse. Y que ese mismo organismo se encargue de crear en la mentalidad de la gente la honestidad, la transparencia y la importancia de fortalecer los valores éticos-morales; hacerle suya la idea de que si no existe corrupción se puede disminuir la pobreza.
2. Al ejército de Guatemala, de aplicar a todos sus oficiales y especialistas la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios Públicos, para determinar que en su estancia en la institución castrense será de servicio y no de servirse de la misma.
3. Al Congreso de la República de Guatemala, legislar en forma consciente para reformar el numeral 1.6 del Artículo 44, de la Ley de Contrataciones del Estado, buscando con esto sujetar a los procedimientos de licitación y cotización pública al ejército de Guatemala, para que esta institución haga buen uso del presupuesto asignado por parte del Estado.

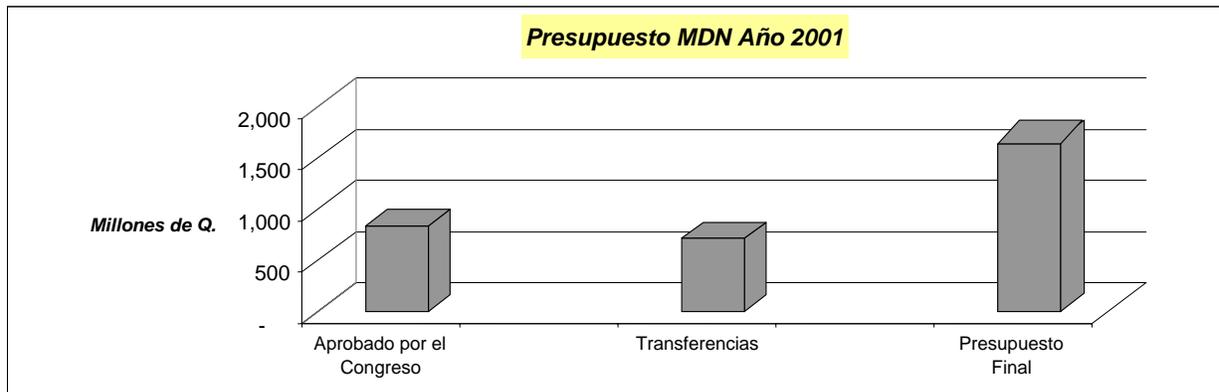
ANEXOS

Anexo I

Ministerio de la Defensa Nacional	2001	Incremento
Aprobado por el Congreso	836,994,298	
Transferencias	709,584,747	84.78%
Presupuesto Final	1,546,579,045	

Fuente: Elaboración Propia. Datos de SICOIN

Anexo II

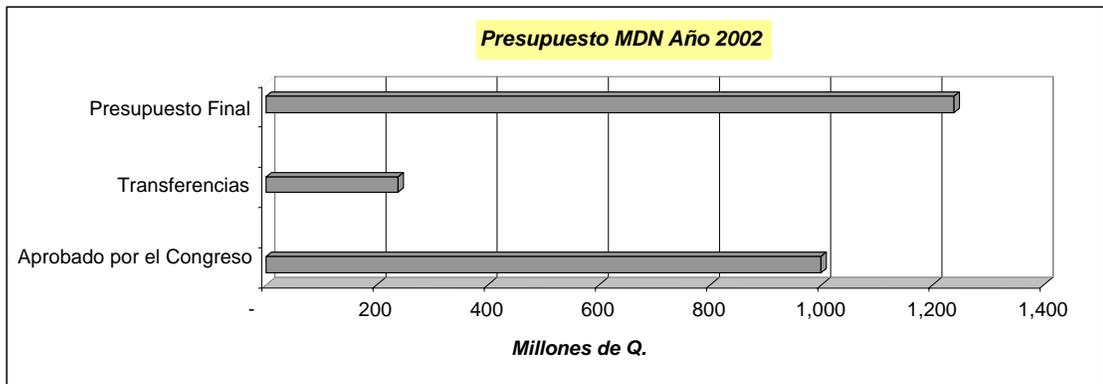


Anexo III

Ministerio de la Defensa Nacional	2002	Incremento
Aprobado por el Congreso	1,000,000,000	
Transferencias	238,733,823	23.87%
Presupuesto Final	1,238,733,823	

Fuente: Elaboración Propia. Datos de SICOIN

Anexo IV



Anexo V

Gasto en Equipo Militar y de Seguridad					
<i>Dependencia</i>	<i>Aprobado</i>	<i>Transferencia</i>	<i>Vigente</i>	<i>Ejecutado</i>	<i>% Ejecución</i>
Unidades administrativas	19,647,357	19,473,417	39,120,774	38,928,882	99.51
Unidades de tropa	0	15,691,211	15,691,211	15,664,150	99.83
Total equipo militar y de seguridad	19,647,357	35,164,628	54,811,985	54,593,032	99.60

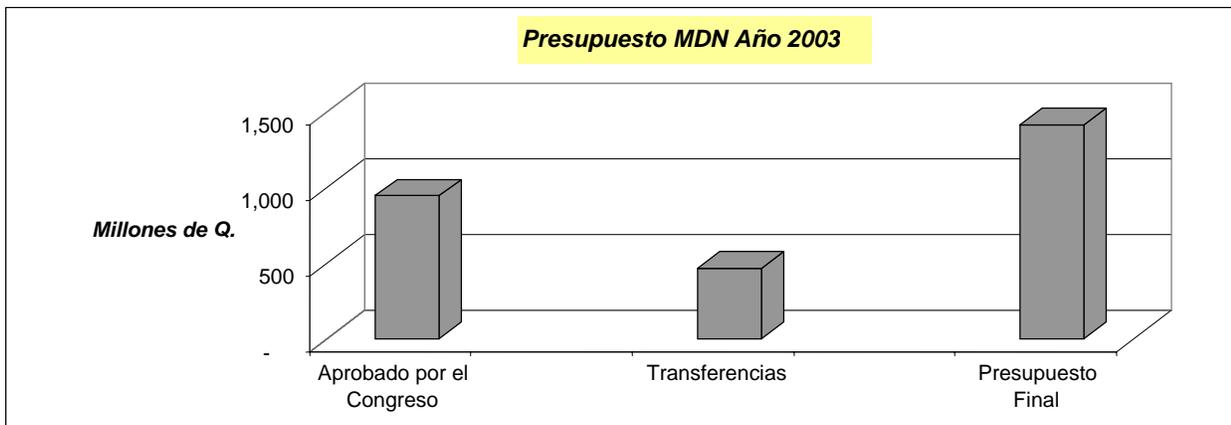
Fuente: Reporte del SICOIN al 3/12/2002

Anexo VI

Ministerio de la Defensa Nacional	2003
Aprobado por el Congreso	950,000,000
Transferencias	469,627,466
Presupuesto Final	1,419,627,466

Fuente: Elaboración Propia. Datos de SICOIN

Anexo VII



Anexo VIII

Rubro	Aprobado	Vigente	Diferencia (Vi-Ap)	Ejecutado	% Ejecución
Despacho Superior del Ministerio					
Alimentos para personas	8,148,145	8,861,913	713,768	4,781,148	53.95
Combustibles y lubricantes	937,460	980,060	42,600	768,896	78.45
Materiales y equipos diversos	38,000,000	40,700,000	2,700,000	19,646,764	48.27
Productos medicinales y farmacéuticos	1,405,300	1,404,000	-1,300	765,047	54.49
Tintes, pinturas y colorantes	132,470	153,370	20,900	64,734	42.21
Útiles de oficina	163,865	188,005	24,140	143,346	76.25
Útiles deportivos y recreativos	98,670	102,612	3,942	56,354	54.92
Accesorios y repuestos en general	433,615	479,615	46,000	264,925	55.24
Total Despacho Superior del Ministerio	49,319,525	52,869,575	3,550,050	26,491,212	50.11

Anexo IX

Entidad o Ministerio	Programa	Aprobado	Vigente	Ejecutado	Diferencia	% Incr.
Ministerio de la Defensa Nacional	01: Actividades Centrales	407,062,039	450,757,539	450,757,539	43,695,500	10.73
	11: Independencia, Soberanía, Integridad del Territorio y Seguridad Interna y Externa	423,538,073	575,307,221	575,302,802	151,769,148	35.83
	12: Educación Militar	88,343,162	108,741,513	108,741,513	20,398,351	23.09
	13: Salud Militar y Serv.Social	49,741,723	52,194,683	52,194,683	2,452,960	4.93
	14: Ingeniería Militar	31,169,023	31,121,464	31,121,464	-47,559	-0.15
	15: Apoyo Interinstitucional	0	20,465,423	20,465,423	20,465,423	N/D
	99: Partidas no Asignables	145,980	145,980	145,980	0	0.00
Total Ministerio de la Defensa Nacional		1,000,000,000	1,238,733,823	1,238,729,404	238,733,823	23.87

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLA, Fermín. **Tratado de derecho administrativo español**, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos; Madrid, España: 1866.
- ABINADER, José Rafael. **La corrupción administrativa en la América Latina**, Ed. Panamericana; Santo Domingo, República Dominicana: 1992.
- BÁEZ MARTÍNEZ, Roberto. **Manual de derecho administrativo**, Ed. Trillas, 2ª. ed.; México: 1997.
- BENAVIDES, Leonel. **Instituciones de derecho administrativo**, Ed. Torel, 2ª. ed.; España: 1986.
- COLMEIRO, Manuel. **Derecho administrativo español**, Ed. Don Ángel Calleja; Madrid, España: 1990.
- DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**, Ed. Ciudad de Buenos Aires; Argentina: 1997.
- Enciclopedia salvat diccionario**, Ed. Salvat, S.A., 2ª. ed.; Barcelona, España: 1979.
- ESCOLA, Héctor Jorge. **Compendio de derecho administrativo**, volumen II, Ed. Desalma; Buenos Aires, Argentina: 1990.
- FERNANDEZ RUIZ, Jorge, Herrera García, José Alfonso. **Teoría y praxis de la contratación administrativa**, Universidad Nacional Autónoma de México; México: 2004.
- GAYO. **Instituciones**, edición bilingüe, coordinada por Francisco Hernández Tejero, Ed. Civitas; Madrid, España: 1990.

GORDILLO, Agustín A. **El informalismo y la concurrencia en la licitación pública**, Ed. Ediciones de Palma; Buenos Aires, Argentina: 1992.

GUILLÉN, José. **Roma, vida y costumbres de los romanos, religión y ejército**, Ed. Sígueme; Salamanca, Costa Rica: 1980.

LARA PEINADO, Federico. **Código de Hammurabi**, edición preparada, Ed. Nacional; Madrid, España: 1982.

LIRA UBIDIA, Celia. **Contrato público**,
www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/ecol/contrapublico.htm

LÓPEZ-ELÍAS, José Pedro. **Aspectos jurídicos de la licitación pública en México**, Universidad Nacional Autónoma de México; México: 1999.

LUIS CAYUELA, Sebastián. **Los contratos de las administraciones públicas**, Ed. Estudios Financieros; España: 1997.

MAYNZ, Carlos. **Curso de derecho romano**, trad. José Pou, Ed. Jaime Molinas; Barcelona, España: 1887.

MERINO DIRÁN, Valeria y Lozano, Juan. **Transparencia internacional**, Ed. Mexica; México, 1999.

MOLINA BLÁSQUEZ, Concepción. **Protección jurídica de la lealtad en la competencia**, Ed. Montecorvo; Madrid, España: 1993.

NOILLET, Alejandra. **Contratos administrativos, selección del contratante**, Ed. Desalma; Argentina: 2000.

NOILLET, Héctor. **El procedimiento de la licitación pública**, Ed. Desalma; Argentina: 2001.

ORTEGA TORRES, Jorge. **Contratos de la administración pública**, Ed. Temis, 3ª. ed.; Bogotá, Colombia: 1990

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Ed. Heliasta, 2da. ed.; Argentina: 2001.

RAMIREZ, William. **Libre acceso a la información, protección de datos y habeas data**, Fundación Myrna Mack; Guatemala: 2003.

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

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

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

SANONER, Marcelo Fernando, **El procedimiento de selección del cocontratante. La licitación pública**, Ed. La ley; Buenos Aires, Argentina: 1989.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. **La licitación pública**, obra actualizada por los Prof. Daniel Hugo Martins y Rubén Flores Dapkevicius; Buenos Aires, Argentina: 2005.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. **Tratado de derecho administrativo**, t. 1, Ed. FCU, Mdeo.; Buenos Aires, Argentina: 1991.

SERRANO RODRÍGUEZ. Carlos Eduardo, **La contratación administrativa**, Ed. de la Universidad de Costa Rica; Costa Rica: 1991.

SIERRALTA, Aníbal. **Contratación internacional**, Ed. Fondo; Asunción, Paraguay 1993.

SILVA CIMMA, Enrique. **Derecho administrativo chileno y comparado**, Ed. Jurídica de Chile, 4ª. ed.; Santiago de Chile, Chile: 1992.

TORRES CÓRDOVA, Héctor Ramón. **Teoría general del contrato administrativo**, tesis de la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" UCA; San Salvador, El Salvador: 2004.

VALLE FIGUEIREDO, Lucia. **Licitación y administración indirecta**, Ed. Galiley, Santiago de Chile, Chile: 1989.

VINYOLES I CASTELLS, Miguel. **La adjudicación de los contratos públicos**, Ed. Civitas; Madrid, España: 1995

ZANELLA DI PRIETO. María Sylvia, **Derecho administrativo**, Ed. Atlas, 4ª. ed.; Sao Paulo, Brasil: 1994.

Legislación:

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

Ley del Orden Público, Asamblea Nacional Constituyente, 1965.

Código Civil, Decreto Ley número 106, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1963.

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