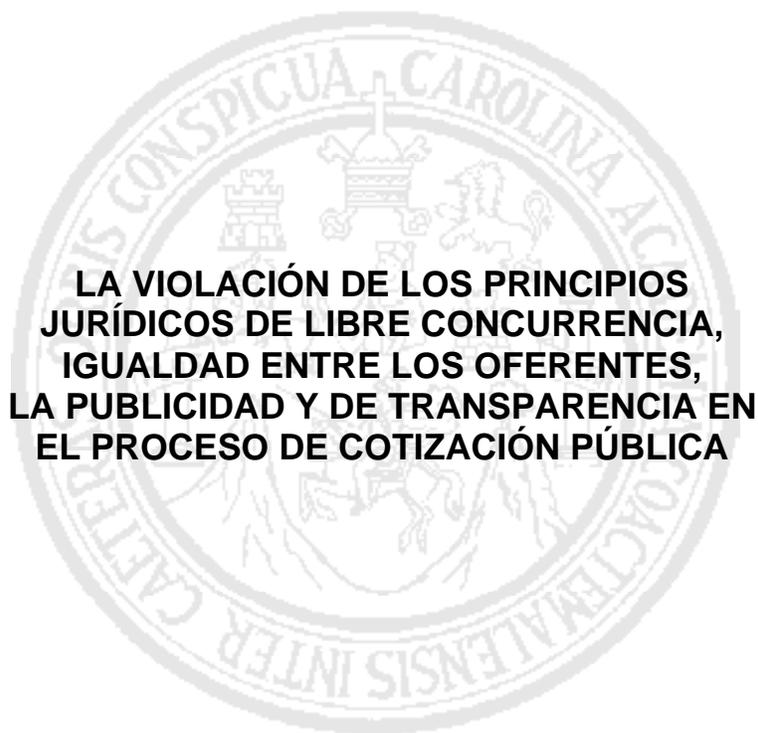


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



**LA VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS
JURÍDICOS DE LIBRE CONCURRENCIA,
IGUALDAD ENTRE LOS OFERENTES,
LA PUBLICIDAD Y DE TRANSPARENCIA EN
EL PROCESO DE COTIZACIÓN PÚBLICA**

RAÚL ANTONIO VELÁSQUEZ RAMOS

GUATEMALA, MARZO DE 2006.

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

**LA VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LIBRE CONCURRENCIA,
IGUALDAD ENTRE LOS OFERENTES, LA PUBLICIDAD Y DE TRANSPARENCIA
EN EL PROCESO DE COTIZACIÓN PÚBLICA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

RAÚL ANTONIO VELÁSQUEZ RAMOS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, marzo de 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 Enriquez
VOCAL IV	Br. Jorge Emilio Morales Quezada
VOCAL V	Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Hugo Haroldo Calderón Morales
Vocal:	Lic. Julio Roberto Echeverría Vallejo
Secretario:	Lic. Helder Ulises Gómez

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Napoleón Gilberto Orozco Monzón
Vocal:	Lic. Helder Ulises Gómez
Secretario:	Lic. Carlos Humberto De León Velasco

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



Lic. Jaime Rolando Montealegre Santos
Abogado y Notario
Posgrado en Derecho Constitucional Comparado
5 Ave. 14-50 Zona 1 Oficina No. 3 – Tel. 22323126 - 54066223



Guatemala, 19 de septiembre de 2005.

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

Distinguido Señor Decano:

En atención al nombramiento como Asesor de Tesis, del Bachiller **RAÚL ANTONIO VELÁSQUEZ RAMOS**, me dirijo a usted, haciendo referencia a la misma, con el objeto de informar sobre mi labor y oportunamente emitir el dictamen correspondiente; y habiendo asesorado el trabajo encomendado.

EXPONGO:

- A) El trabajo de tesis se denomina: **“LA VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LIBRE CONCURRENCIA, IGUALDAD ENTRE LOS OFERENTES, LA PUBLICIDAD Y DE TRANSPARENCIA EN EL PROCESO DE COTIZACIÓN PÚBLICA”**
- B) El tema elegido constituye una real y valiente investigación sobre el proceso de cotización en la administración pública, desde el punto de vista legal, tema interesante y de actualidad.
- C) Durante la revisión, discuti algunos puntos del trabajo en forma personal con el autor, me expuso sus motivaciones, y le efectué las sugerencias y correcciones del caso. Comprobé que la bibliografía y técnicas de investigación utilizadas, fueron las adecuadas, siendo elaborado el trabajo de conformidad con el reglamento respectivo.

En virtud de lo anterior concluyo **informando y dictaminando** a usted, lo siguiente:

- I. Que en el trabajo se cumple con los requisitos legales exigidos
- II. Que es procedente ordenarse su revisión y oportunamente el Examen Público

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

Lic. Jaime Rolando Montealegre Santos
Abogado y Notario
Licenciado

Jaime Rolando Montealegre Santos
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES



ACUERDO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y

SOCIALES, convalida, ventidos de septiembre del año dos mil cinco

Acuerdo que se otorga al LIC. MARCO ANTONIO AGUILAR PALMA, para que proceda a
validar el trabajo de Tesis del estudiante RAUL ANTONIO VELASQUEZ RAMOS
título: "LA VIOLACION DE LOS PRINCIPIOS JURIDICOS DE LIBRE
CONCURRENCIA, IGUALDAD ENTRE LOS OFERENTES, LA PUBLICIDAD Y DE
TRANSPARENCIA EN EL PROCESO DE COTIZACION PUBLICA" y en su
consecuencia emitir el dictamen correspondiente

~~Handwritten signature~~

Handwritten signature



Handwritten signature





Lic. Marco Antonio Aguilar Palma

ABOGADO Y NOTARIO

6a. Avenida 0-60, Zona 4
Gran Centro Comercial Zona 4 - Torre Profesional Uno
Oficina 502 - Teléfono: 2335-2136 - Guatemala, C. A.

Señor Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
De la Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho

Señor Decano:

Respetuosamente informo a usted que en cumplimiento de la resolución de fecha veintidós de septiembre del dos mil cinco procedí a revisar el trabajo de tesis designado y emito el siguiente:

D I C T A M E N:

- a) Procedí a revisar el trabajo de tesis denominado "LA VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LIBRE CONCURRENCIA, IGUALDAD ENTRE LOS OFERENTES, LA PUBLICIDAD Y DE TRANSPARENCIA EN EL PROCESO DE COTIZACIÓN PÚBLICA" sustentado por el bachiller Raúl Antonio Velásquez Ramos;
- b) La investigación realizada por el sustentante es correcta en términos técnicos. El análisis del tema tratado constituye un valioso aporte en la intención de transparentar los procesos de adquisición de bienes y servicios por parte del Estado y de sus instituciones;
- c) El trabajo de tesis del sustentante constituye un aporte que merece ser tomado en cuenta en el tratamiento sobre la temática de los problemas de investigación para evitar la corrupción pública; y,
- d) La temática planteada aborda con propiedad los temas a los cuales se refiere proponiendo soluciones y sugiriendo actitudes y actos contra los procesos de corrupción que minan la credibilidad de las instituciones públicas en los procesos de adquisición de bienes y servicios y la urgente necesidad de resolver tal problemática.

Por lo expuesto, estimo que la tesis del bachiller Raúl Antonio Velásquez Ramos, cumple con los requerimientos reglamentarios de nuestra facultad referidos a la elaboración de tesis, además de ser un trabajo de investigación basado en la realidad nuestra y tratado con la valentía y objetividad.

~~Atentamente,~~

Lic. Marco Antonio Aguilar Palma
Abogado y Notario
Colegiado 2903

Guatemala, 3 de octubre de 2005

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS
DE GUATEMALA

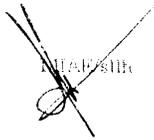


FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



**DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES** Guatemala, veintiocho de marzo de dos mil seis-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del (a) estudiante **RAUL ANTONIO VELÁSQUEZ RAMOS**, titulado **LA VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LIBRE CONCURRENCIA, IGUALDAD ENTRE LOS OFERENTES, LA PUBLICIDAD Y DE TRANSPARENCIA EN EL PROCESO DE COTIZACIÓN PÚBLICA**, 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.-


SECRETARIA


DECANATO


SECRETARIA



DEDICATORIA

AL GRAN ARQUITECTO DEL UNIVERSO:

Gracias por permitirme la vida y la oportunidad de haber realizado mis estudios.

A MIS PADRES:

Jesús y Elvira.
Me dieron la vida y me hicieron vivir con alegría. Su ejemplo maravilloso y su ternura agradeceré toda mi vida.

A MI FAMILIA CERCANA:

Raúl Antonio, Claudia Melissa, Carmen Olivia, Marcia Jessica, Juan Carlos, Andrea Sophia, Cristian Raúl y Marcia Larissa. Agradecimientos por su acompañamiento y por considerar este éxito un ejemplo.

A MIS HERMANAS Y HERMANO:

Mi agradecimiento inmenso por estar siempre conmigo y gozar de mis triunfos.

A MI FAMILIA EN GENERAL:

Agradecimientos por prodigarme siempre amor y gratos momentos de mi vida.

A MIS AMIGOS:

Mirian Cabrera, Edgar Mazariegos, Otto Vicente. Agradecimientos sinceros por impulsar y acompañarme en todo momento para lograr el éxito de mi graduación.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala. Casa de estudios que me permitió formarme ética y científicamente.



ÍNDICE

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

CAPÍTULO I

1. La administración estatal.....	1
1.1. El derecho administrativo.....	1
1.2. Características del derecho administrativo.....	2
1.2.1. Es un derecho reciente, nuevo o de joven formación.....	2
1.2.2. No codificado.....	2
1.2.3. Rama del derecho público.....	2
1.2.4. Derecho autónomo.....	2
1.2.5. Subordinado.....	3
1.2.6. Dinámico o mutable.....	3
1.3. Concepto general de administración y administración pública.....	3
1.4. Sistemas, técnicas o formas de organización de la administración pública.....	5
1.4.1. La centralización o concentración administrativa.....	5
1.4.2. La desconcentración administrativa.....	6
1.4.3. La descentralización administrativa.....	7
1.4.4. La autonomía.....	9
1.4.5 Clases de administración o formas de administrar.....	11
1.4.5.1 De planificación.....	11
1.4.5.2 Ejecutiva.....	13
1.4.5.3 De control.....	13
1.4.5.4 De asesoría.....	14
1.5 Control de la actividad administrativa del Estado.....	14
1.5.1 Control interno.....	17
1.5.2 Control directo.....	18
1.5.3 Control judicial.....	19
1.5.4 Control constitucional.....	20
1.5.5 Control parlamentario.....	20
1.5.6 Control de respeto a los derechos humanos.....	21



1.5.7	Control del gasto público.....	21
1.6	El principio de legalidad.....	22
1.7	El principio de juridicidad.....	23
1.8	El abuso y la desviación del poder público.....	24

CAPÍTULO II

2.	La personalidad del Estado y el acto administrativo.....	27
2.1.	Definición de Estado.....	27
2.2.	La personalidad jurídica del Estado.....	28
2.3.	Elementos del Estado.....	29
2.3.1.	Población.....	30
2.3.2.	Territorio.....	30
2.3.3.	Poder público o autoridad.....	31
2.4.	El fin del Estado.....	31
2.5.	La competencia administrativa.....	33
2.6.	La jerarquía administrativa.....	36
2.7.	Los actos administrativos.....	37
2.8.	Características del acto administrativo.....	39
2.8.1.	La ejecutividad y la ejecutoriedad.....	39
2.8.2.	Ejecución propia o directa.....	41
2.8.3.	Ejecución impropia, indirecta o judicial.....	41

CAPÍTULO III

3.	El proceso de cotización en la legislación guatemalteca.....	43
3.1.	El contrato administrativo.....	43
3.1.2.	Características	45
3.1.3.	Elementos del contrato administrativo.....	46
3.2.	Clases de contratos administrativos.....	48
3.2.1	De obra pública.....	49
3.2.2	De suministros.....	49
3.2.3	Concesión de servicio público.....	49



3.2.4	De servicio al Estado.....	49
3.2.5	Consultoría profesional.....	50
3.2.6	Explotación y exploración de recursos no renovables.....	50
3.3.	Definición de cotización.....	50
3.4.	Proceso de cotización pública.....	51
3.4.1.	Fase preparatoria	51
3.4.2.	Fase esencial.....	52
3.4.3.	Fase integrativa.....	52
3.5.	Las bases de cotización.....	53
3.6.	Integración de la junta de cotización y su actuación en el proceso.....	55
3.7.	La invitación a ofertar.....	56
3.8.	La calificación de las ofertas y la adjudicación.....	58
3.9.	La notificación a los oferentes del resultado del proceso de cotización.....	58
CAPÍTULO IV		
4.	La transparencia en el proceso de cotización pública.....	61
4.1.	Principios jurídicos que deben regir el proceso de cotización.....	61
4.1.1.	Libre concurrencia.....	61
4.1.2.	Igualdad entre los oferentes.....	62
4.1.3.	De publicidad.....	64
4.1.4.	De transparencia.....	64
4.2.	Sistema electrónico de licitaciones y adquisiciones de Guatemala, Guatecompras.....	65
4.3.	Arbitrariedades del proceso de cotización.....	66
4.4.	Proyecto de reforma de la ley.....	67
CONCLUSIONES.....		73
RECOMENDACIONES.....		75
BIBLIOGRAFÍA.....		77

INTRODUCCIÓN

La presente investigación no pretende agotar la discusión sobre la interpretación antojadiza que se le ha dado a determinados Artículos de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Número 57-92 del Congreso de la República, lo cual ha permitido que se cometan actos de corrupción y como consecuencia de ello, todos los ciudadanos guatemaltecos, siguen cargando sobre sus hombros el pago del enriquecimiento ilícito que ha caracterizado a algunos funcionarios públicos y a empresarios que en dichos actos han participado.

Si pretende agregar a la discusión dos aspectos fundamentales, que si se atienden con prontitud, generarán un grado de confiabilidad en la ciudadanía. Se logrará que los recursos que hoy, por actos corruptivos, son desviados a bolsillos de particulares y funcionarios públicos, se inviertan en beneficio de la ciudadanía, tal como debe ser.

Los aspectos que en el presente trabajo de investigación se han estudiado son, el primero, la forma como se integran las juntas de cotización y las consecuencias que traen aparejadas al ser nombradas por la autoridad administrativa superior del ente publico que realiza la cotización y, el segundo, las graves consecuencias que se afrontan al integrar la junta con personal que no es profesional y que no cuenta con la experiencia necesaria para realizar estas tareas, encontrándose en relación de dependencia. Se señalan estas deficiencias y se presenta un proyecto de reforma a los Artículos 15 y 16 de la Ley de Contrataciones del Estado.

(ii)



El trabajo se presenta en cuatro capítulos, los cuales se fueron desarrollando de tal manera que se logre conocer con amplitud, todo lo concerniente al concepto de Estado, de gobierno, de administración pública, de derecho administrativo y los principios que como título de la investigación, deben ser analizados para conocer las formas en que son violados.

El capítulo I trata sobre la administración estatal en general. Se analizan los conceptos y definiciones de administración, administración pública, el derecho administrativo y sus características, la concentración y desconcentración administrativa, la centralización y la descentralización, la autonomía, las formas de administrar, el control de la actividad administrativa del Estado y, los principios de legalidad y juridicidad. Seguido en el capítulo II se entra a conocer el concepto de Estado, sus elementos y personalidad, cuál es el fin del Estado, la competencia y la jerarquía administrativa, desarrollando las características del acto administrativo. A continuación en el capítulo III se desarrollan los conceptos fundamentales del presente trabajo, se trata entonces del proceso de cotización en la legislación guatemalteca, se describe el proceso de cotización pública, sus fases, el contenido de las bases de cotización, la invitación a ofertar y la obligada notificación a los oferentes. Se analiza el contrato administrativo y las clases de contratos que señala nuestra legislación. La transparencia en el proceso de cotización pública, se analiza con amplitud en el capítulo IV, se señalan los principios de libre concurrencia, igualdad entre oferentes, de publicidad y de transparencia. Se informa sobre el sistema electrónico de Guatecompras y finalmente se señalan las arbitrariedades en el proceso de cotización

(iii)



pública en Guatemala que lógicamente fue lo que generó la propuesta de reforma a los Artículos 15 y 16 de la Ley de Contrataciones del Estado.

En términos generales el trabajo se elaboró considerando conceptos y definiciones fundamentales en el análisis general del Estado, lo que coadyuvó a lograr un entendimiento claro de la violación de los principios jurídicos señalados en el título de la investigación y las conclusiones y recomendaciones que se establecieron.

CAPÍTULO I

1. La administración estatal

1.1. El derecho administrativo

El tratadista Cabanellas, define: "... El conjunto de normas reguladoras de las instituciones sociales y de los actos del poder ejecutivo para la realización de los fines de pública utilidad... rama del derecho referente a la organización, funciones y procedimientos del poder ejecutivo, según la Constitución, para el cumplimiento de la misión del Estado en la vida"¹

Es entonces el derecho administrativo una rama del derecho público que tiene por objeto el estudio del régimen jurídico de la administración pública y sus relaciones con los particulares. Establece el conjunto de doctrinas, principios y normas jurídicas que regulan la actividad, estructura, organización y funcionamiento de la administración pública, así como sus relaciones con los administrados.

El autor Ossorio, expone: "... es un conjunto de normas y de principios de derecho público interno que regulan las relaciones entre los entes públicos y los particulares o entre aquéllos entre sí,

¹

Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, pág. 572



para la satisfacción concreta, directa o inmediata de las necesidades de la colectividad, bajo el orden jurídico estatal.”²

1.2. Características del derecho administrativo

1.2.1. Es un derecho reciente, nuevo o de joven formación

Ius novum, pues surge con la Revolución Francesa y la consolidación del estado de derecho; sin embargo, su estudio en forma independiente se manifiesta a principios del siglo XX.

1.2.2. No codificado

Derivado de la variedad de leyes administrativas que la conforman, no se ha logrado su unificación en un solo cuerpo de leyes.

1.2.3. Rama del derecho público

En él se establece la actividad del Estado la cual se encuentra encaminada al cumplimiento y satisfacción de los intereses públicos.

1.2.4. Derecho autónomo

Su independencia de la base común del derecho, la logra, al abarcar un conjunto de doctrinas propias, tener métodos específicos, un contenido extenso que merece un estudio conveniente y

²

Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales*, pág. 230

particular, tener leyes propias y contar con órganos jurisdiccionales que dirimen exclusivamente conflictos de la materia.

1.2.5. Subordinado

Se encuentra subordinado a la ley constitucional, lo cual doctrinariamente se llama constitucionalización del derecho administrativo.

1.2.6. Dinámico o mutable

Debido a que es un derecho cambiante, debe ajustarse a una realidad social y en beneficio de la población más que cualquiera otra ciencia jurídica. El constante desarrollo y evolución que tiene la administración pública para obtener el bienestar general que realiza a través del servicio público es la principal causa de mutación.

1.3. Concepto general de administración y administración pública

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

El autor Ossorio establece respecto a lo que se conoce como administración: “Ordenamiento económico de los medios de que se



dispone y uso conveniente de ellos para proveer a las propias necesidades.”³

Para Cabanellas administración en sentido amplio es: “Gestión, gobierno de intereses o bienes; en especial, de los públicos...”⁴

Respecto a la administración pública el autor Ossorio señala: “La actividad administrativa de los órganos del Estado en todas sus escalas o jerarquías. La entidad que administra. Constituye función típica del poder ejecutivo, nacional o provincial, y de los municipios. Sus actividades son las que regula el derecho administrativo.”⁵

El tratadista Gabino Fraga expone: “La administración pública debe entenderse desde el punto de vista formal, como el organismo público que ha recibido del poder político la competencia y los medios necesarios para la satisfacción de los intereses generales y que desde el punto de vista material es la actividad de este organismo considerado en sus problemas de gestión y de existencia propia tanto en sus relaciones con otros organismos semejantes como los particulares para asegurar la ejecución de su misión”⁶

³

Ibid. pág. 36

⁴

Cabanellas, **Ob. Cit.** pág. 167

⁵

Ossorio. **Ob. Cit.** pág.37

⁶

Fraga, Gabino. **Derecho administrativo**, pág. 4

1.4. Sistemas, técnicas o formas de organización de la administración pública

La administración pública, como todo elemento del Estado, necesita ordenarse adecuada y técnicamente, es decir, organizarse, para realizar su actividad en forma rápida, eficaz y conveniente. Para ello a través de la evolución de la administración pública, se trata de buscar formas de organización que respondan lo mejor posible a las necesidades del país en un momento determinado.

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

Dentro de las formas de organización administrativa, se pueden enunciar cuatro, siendo las que a continuación se desarrollan.

1.4.1. La centralización o concentración administrativa

Es aquella forma de organización administrativa que tiene lugar cuando los órganos de la administración tienen una relación de

dependencia y subordinación directa e inmediata con el órgano superior de la misma.

Se caracteriza principalmente por dos circunstancias, la primera establecida por todas las funciones estatales que se concentran en un órgano superior, ejerciendo todas las facultades públicas de decisión, revisión, mando, vigilancia, disciplina y nombramiento; y la segunda la existencia de una relación de jerarquía entre los órganos inferiores con el superior. Ese órgano superior jerárquico o jefe supremo de la administración pública, lo constituye el presidente de la república como titular del Organismo Ejecutivo.

1.4.2. La desconcentración administrativa

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

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

servicios públicos específicos, en sus demás actividades el órgano está centralizado;

- ❖ El traspaso de poderes debe tener origen legal;
- ❖ El órgano superior es quien nombra a su personal y el que ejerce control sobre la actividad que el órgano desconcentrado desarrolla en ejercicio de los poderes que le fueron dados; y
- ❖ Al órgano desconcentrado se le puede otorgar cierto patrimonio y manejo autónomo de su presupuesto.

Los autores del derecho administrativo sitúan la desconcentración administrativa como un punto intermedio entre la centralización y la descentralización.

1.4.3. La descentralización administrativa

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

La descentralización administrativa se caracteriza principalmente por seis circunstancias siendo las siguientes:



- ❖ El órgano central les ha transferido a los órganos descentralizados los poderes de decisión y de mando;
- ❖ Sin perder su calidad de estatal, el órgano descentralizado goza de independencia administrativa, es decir, que realiza todas sus funciones sin depender directamente del gobierno central, sin perjuicio a que en ciertos casos se ejerza determinado control o vigilancia;
- ❖ Para ejercer mejor sus facultades y atribuciones el Estado a través de la ley ordinaria les ha dado personalidad jurídica y patrimonio propio para que puedan ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismos, es decir, que se crea una nueva persona jurídica de carácter público distinta del Estado, pero parte de la estructura estatal;
- ❖ Poseen un régimen jurídico propio, constituido por su Ley Orgánica, la cual regula su personalidad, su patrimonio, su denominación, su objeto y su actividad;
- ❖ Pueden manejar su presupuesto con el objeto de que administren sus recursos y realicen sus actividades económicas por sí mismos, sin embargo, ésta independencia financiera es relativa, pues deben hacerlo conforme a su Ley Orgánica, Ley Orgánica del Presupuesto, el Presupuesto

General del Estado, la Ley de Contrataciones del Estado, sus estatutos y reglamentos propios, además de la vigilancia que debe mantener por mandato constitucional la Contraloría General de Cuentas; y

- ❖ Pueden emitir sus propias normas jurídicas (estatutos y reglamentos), pero sin violar la Ley Orgánica que las creó ni la Constitución Política de la República.

1.4.4. La autonomía

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

Se caracteriza principalmente por seis circunstancias que con las que se describen a continuación:

- ❖ Generalmente la autonomía es reconocida por la ley constitucional;
- ❖ Los órganos autónomos están dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio, por lo que sin perder su calidad de estatal

constituyen una persona jurídica de carácter público distinta del Estado, contando con capacidad para tomar sus propias decisiones y gestionar sus asuntos por sí mismos;

- ❖ Su grado de emancipación funcional, administrativa y financiera es mayor que la descentralización, pues tiene como elemento esencial la autarquía, lo cual les permite el autofinanciamiento, gozando de gran independencia económica al disponer libremente de sus propios recursos y captarlos por sí mismos sin depender del Presupuesto General del Estado;
- ❖ Las entidades autónomas no dependen del Organismo Ejecutivo, el cual no ejerce ninguna clase de control político o financiero, pues no manejan fondos públicos sino privativos;
- ❖ Los órganos autónomos pueden designar a sus propias autoridades, teniendo su propio representante legal; y
- ❖ Se rigen por sus propias leyes, lo que los faculta a crear sus estatutos y reglamentos.

El autor de la presente investigación considera que, en nuestro medio técnicamente no existe una verdadera autonomía, ya que las entidades denominadas autónomas carecen de suficientes ingresos propios, por lo que se encuentran presupuestadas, dependiendo así financieramente del Estado, por lo que al captar fondos públicos son

fiscalizadas por mandato constitucional por la Contraloría General de Cuentas.

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

1.4.5. Clases de administración o formas de administrar

Fundamentalmente dentro de la administración pública, existen cuatro clases de administración o formas de administrar, siendo las siguientes:

- De planificación;
- Ejecutiva;
- De control; y,
- De asesoría.

1.4.5.1 De planificación

La planificación, no es más que fijar con precisión lo que va a realizarse a futuro, es fijar el curso concreto de la acción que ha de seguirse, estableciendo los principios que habrán de orientar a la administración al desarrollo de sus operaciones determinando el tiempo y los números, necesarios para su realización.



Será entonces dirigir a la administración pública al desarrollo de sus actividades, estableciendo las soluciones necesarias. La actividad de planificar es tan importante como el que hacer de la administración pública, ya que los planes deben ser de tal naturaleza que pueda decirse que existe uno solo objetivo, un solo plan general.

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

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

Cabanellas indica respecto a la planificación estatal: "... establecimiento de una estructura coherente al servicio del progreso nacional o del bienestar público mediante la ejecución de obras, la intensificación productora, la creación o activación de instituciones en plazos de intermedia duración... En este último sentido, en moderna aceptación, la Academia habla de un plan general,



científicamente organizado y frecuentemente de gran amplitud, para obtener un objeto determinado; tal como el desarrollo económico, la investigación científica o el funcionamiento de una industria.⁷

1.4.5.2 Ejecutiva

La administración ejecutiva es la que decide y ejecuta, realmente tiene y ejerce la competencia administrativa. Posee la facultad legal para poder actuar, a través de las decisiones, actos o resoluciones administrativas. Dentro de la administración pública existen otros órganos que no deciden ni ejecutan como los órganos de control, los órganos asesores, etc. Ejemplo de órganos ejecutivos: El Presidente de la República, Ministros de Estado, Directores Generales, Concejos Municipales, etc.

1.4.5.3 De control

Esta clase de administración, se encarga que las tareas administrativas se realicen de conformidad con las normas establecidas. Se trata de órganos con independencia de funciones, tales como la Contraloría General de Cuentas, el Procurador de los Derechos Humanos, la Corte de Constitucionalidad, el Congreso de la República.

⁷

Cabanellas. **Ob. Cit.** pág. 259



Respecto al control Guillermo Cabanellas, señala: “Predominio, hegemonía, supremacía... dirección, guía.”⁸

1.4.5.4 De asesoría

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

El tratadista Guillermo Cabanellas, expone: “Administración consultiva. El conjunto de órganos técnicos que asesoran a la administración central, formado por diversos Consejos, juntas, institutos, comisiones. Realizan estudios, preparan informes, evacuan consultas de las autoridades ejecutivas y cumplen otras funciones asignadas.”⁹

1.5. Control de la actividad administrativa del Estado

Existe una creciente conciencia sobre la necesidad de evaluar la gestión de los organismos públicos, estableciendo para ello sistemas internos y externos de control que examinen el

⁸

ibid. pág. 362

⁹

ibid. pág. 168



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

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

Estas reformas del Estado deben ser también reformas políticas. Pueden y deben realizarse con un sentido profundamente democrático, evaluando y haciendo más transparente el funcionamiento de la administración pública, lo que significa permitir el acceso a la información para que la ciudadanía exija cuentas sobre la gestión pública.

Por tanto, las reformas del Estado no deben apuntar sólo a lograr servicios públicos más eficientes y de mayor calidad, sino



también a la construcción de ciudadanía y al fortalecimiento de la democracia.

El control implica que las tareas se realicen conforme a las normas establecidas, tomando en cuenta control de calidad, auditorías, especificaciones técnicas, procedimientos establecidos, etc., máxime cuando se realizan al amparo de una Ley de Contrataciones del Estado, que invita a licitar o cotizar un producto o servicio y tanto los oferentes como el resto de la ciudadanía, confían en el buen actuar de la administración pública y en la transparencia del proceso.

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

En la actividad administrativa hay varias clases de control y se pueden clasificar de la forma siguiente:

- ❖ Interno;
- ❖ Directo;
- ❖ Judicial;

- ❖ Constitucional;
- ❖ Parlamentario;
- ❖ De respecto a los derechos humanos;
- ❖ Del gasto público.

1.5.1 Control interno

Es el que se realiza internamente en la administración pública, por los órganos superiores sobre los subordinados, como ejemplo: El Ministro ejerce control sobre sus directores generales. Se da normalmente dentro de los órganos jerarquizados y es uno de los poderes que otorga la jerarquía, el poder disciplinario, de revisión, de revocatoria.

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

La importancia radica en la administración pública cuando concurre ciertos elementos tales como:



- ❖ Que exista una jerarquía plena entre los órganos administrativos, siendo de una misma competencia.
- ❖ Que el control se de previamente al acto de la notificación al particular, quien al consentir la resolución, solo él puede exigir el control a petición de parte.

1.5.2 Control directo

Es el que ejercen los particulares sobre los actos de la administración pública, a través de los recursos administrativos. Estos recursos se encuentran enmarcados en diversas leyes y aunque se denominen de igual forma, se encuentran regulados con distintos procedimientos. Es decir que a través de los recursos administrativos, se controlan los actos de la administración que les afectan.

Los medios de impugnación o recursos administrativos, son un medio de control directo o una facultad que la ley le otorga a los particulares, para oponerse a las resoluciones o actos de los órganos administrativos. De los mismos se hará uso si la administración pública no basa sus actos en el principio de legalidad o en el principio de juridicidad y en lo que se denomina justicia administrativa.



Para el autor Fraga, señala que: “Esos derechos del administrado necesitan protegerse en forma de dar a su titular los medios legales para obtener la reparación debida en caso de violación, es decir, para lograr el retiro, la reforma o la anulación del acto lesivo.”¹⁰

1.5.3 Control judicial

El que se ejerce ante los tribunales de justicia a través del proceso de lo Contencioso Administrativo y el Proceso de Amparo.

El proceso contencioso administrativo es un medio de control privativo, que los particulares tienen, una vez agotada la vía administrativa. El Artículo 221 de la Constitución Política de la República establece: “Su función es de contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contiendas por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas.”

La Corte de Constitucionalidad, en el texto que contiene la Constitución Política de la República y su interpretación, establece: “... el principio de control jurídico de los actos de la administración,

¹⁰ Fraga. **Ob. Cit.** pág. 434



de manera que sus resoluciones directas o de sus entidades pueden ser revisadas a fin de evitar a los gobernados la lesión de sus derechos fundamentales y legales. El cuerpo procesal aplicable para tal objeto es la Ley de lo Contencioso Administrativo, la que a fin de concentrar y reducir diversos medios de impugnativos dispuestos en materia administrativa, para agotar esta vía que previamente obliga a acudir a la jurisdicción, los redujo a los recursos de revocatoria y reposición.”¹¹

1.5.4 Control constitucional

El que ejerce la Corte de Constitucionalidad, para que la administración pública y otros órganos del Estado, no violen con sus actos los preceptos y garantías que la Constitución Política de la República garantiza. La Corte de Constitucionalidad debe responder en todo ámbito de la vida del Estado de Guatemala, para que se cumpla con los preceptos constitucionales y que no se violen los mismos.

1.5.5 Control parlamentario

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

¹¹

Corte de Constitucionalidad, **Constitución Política de la República de Guatemala y su interpretación por la Corte de Constitucionalidad**, pág. 175.



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

1.5.6 Control de respeto a los derechos humanos

Es el que se realiza para garantizar el respeto a los derechos humanos y se ejerce por una figura creada por la Constitución y recae en dos órganos:

- La Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República; y,
- El Procurador de los Derechos Humanos.

1.5.7 Control del gasto público

La Contraloría General de Cuentas es una institución técnica descentralizada con funciones de fiscalización de los ingresos, egresos y en general, de todo interés hacendario de los organismos del Estado, los contratista de obras públicas y de cualquier persona que por delegación del Estado, invierta o administre fondos públicos.

El Artículo 323 de la Constitución Política establece: “... La Contraloría General de Cuentas es una institución técnica

descentralizada, con funciones fiscalizadoras de los ingresos, egresos y en general de todo interés hacendario de los organismos del Estado, los municipios, entidades descentralizadas y autónomas, así como de cualquier persona que reciba fondos del Estado o que haga colectas públicas. También están sujetos a esta fiscalización los contratistas de obras públicas y cualquier otra persona que, por delegación del Estado, invierta o administre fondos públicos. Su organización, funcionamiento y atribuciones serán determinados por la ley.

1.6 El principio de legalidad

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

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

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

1.7 El principio de juridicidad

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

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

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

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



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

El tratadista Calderón señala: "... Principio de Legalidad. Este debe entenderse desde el punto de vista de ley... el administrador no puede actuar si no existe una norma legal que le otorgue competencia... Principio de Juridicidad... En este caso ni la Constitución ni la ley indican que la Administración Pública y sus entidades deben actuar en base al principio de juridicidad, pero desde el momento en que la Constitución indica que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es Contralor de la Juridicidad, significa que la autoridad administrativa debe someter su actuación a la juridicidad y en consecuencia debe aplicar este principio en sus actuaciones, decisiones, actos administrativos o resoluciones".¹²

1.8 El abuso y la desviación del poder público

El autoritarismo guatemalteco se a utilizado durante años como método de hacer gobierno. La discrecionalidad, sirve de

¹²Calderón Morales, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo**. pág. 28



fundamento para afirmar que los funcionarios y empleados públicos deben y pueden actuar y decidir discrecionalmente, siempre que sea necesario para resolver asuntos del Estado, sin tener en cuenta el bien común.

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

Mediante el abuso y desviación de poder, se hace caso omiso de la discrecionalidad, es decir que se limita la misma por la oportunidad de escoger opciones y medios para ejecutar las actividades y tomar la decisión arbitraria. La conveniencia que obliga a la obtención de resultados finales favorables a los intereses de la administración pública, no son observados, por lo que las opciones y los medios seleccionados causan daños y perjuicios y, la utilidad que obliga a la obtención del bien común o interés general o público es inexistente.





CAPÍTULO II

2. La personalidad del Estado y el acto administrativo

2.1 Definición de Estado

El autor Cabanellas, señala que es: “La representación política de la colectividad nacional, para oponerlo entonces a la nación, en el sentido estricto o conjunto de personas con comunes caracteres históricos y sociales, regido por las mismas leyes y un solo gobierno.”¹³

El Tratadista Porrúa Pérez en su examen analítico del Estado, expone: “El Estado es una sociedad humana, establecida en el territorio que le corresponde, estructurada y regida por un orden jurídico, creado, aplicado y sancionado por un poder soberano, para obtener el bien publico temporal.”¹⁴

El autor guatemalteco Prado define: “... Estado, en sentido amplio, es un conglomerado social, político y jurídicamente constituido, asentado sobre un territorio determinado, sometido a una actividad que se ejerce a través de sus propios órganos y cuya soberanía es reconocida por otros Estados”¹⁵.

¹³ Cabanellas. **Ob. Cit.** pág. 219.

¹⁴ Porrúa Pérez, Francisco, **Teoría del Estado**, pág. 26.

¹⁵ Prado, Gerardo, **Teoría del Estado**, pág. 22



2.2 La personalidad jurídica del Estado

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

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

La personalidad del Estado, es definida por el tratadista Dromi, como: "... una realidad social y política integrada por un conjunto de hombres con asiento en un determinado ámbito territorial, con potestad soberana en lo interior e independiente en las relaciones internacionales"¹⁶

Las dos caras del Estado, una como creador del ordenamiento jurídico y otra como entidad sometida a él, es decir el autosometimiento o autolinutación del Estado, es la teoría del Estado bifrente. La misión ideológica de esta teoría es clara: Se

¹⁶

Dromi, José Roberto, *Instituciones del derecho administrativo*, pág. 53



pretende justificar el mero hecho de poder que se encuentra en el Estado por el derecho que elabora. Pero esta pretensión sólo puede justificarse si en alguna medida se claudica del principio positivista y se supone al derecho como un orden necesariamente recto o justo, tornándose de este modo subrepticamente al iusnaturalismo.

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

Plasmado en otras palabras, el orden jurídico nacional (Estado) determina los derechos y deberes de todos los habitantes del territorio y, por otra parte, imputa a un orden jurídico parcial (el Estado como persona jurídica sometida al derecho) ciertos derechos y obligaciones bien determinados.

2.3 Elementos del Estado

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



2.3.1 Población

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

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

2.3.2 Territorio

El autor guatemalteco Prado expone: "... soporte físico común de las comunidades políticas. Algunos autores lo califican como elemento previo del Estado y su estudio se lo adjudican a ciencias como la geografía, o la geopolítica. A la primera, porque se ocupa de la descripción de la Tierra; a la segunda, porque tiene a su cargo el estudio de las materias que la componen; y a la tercera... la dependencia de los hechos políticos con relación al suelo..."¹⁷

¹⁷Prado. **Ob. Cit.** pág. 54



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

2.3.3. Poder público o autoridad

Energía o fuerza necesaria con que cuenta el Estado para llevar a cabo sus objetivos. La finalidad del Estado es la realización de objetivos comunitarios. El ejercicio del poder será legítimo si el bien que se persigue es el bien común; es decir que una orden para ser legítima además de emanar formalmente del órgano competente debe serlo en su sustancia.

Originalmente fue un atributo otorgado a un solo hombre y dio lugar al surgimiento del absolutismo, lo cual significó ejercer la autoridad por un individuo en forma personal y por delegación divina. Sin embargo, con la evolución de las ideas, ahora se considera que es un atributo que le corresponde al pueblo como grupo en convivencia, en donde se manifiesta como acción política que expresa una energía espiritual y material capaz de configurar un orden positivo de derecho.

2.4 El fin del Estado

El fin es el objetivo que se desea alcanzar con la ayuda y participación del poder y establecimiento del orden. En relación con

las necesidades de los habitantes de la citada organización, ya que esos individuos buscan su perfeccionamiento y su desarrollo.

Los fines como resultado de la conducta humana, pueden ser:

- ❖ Fines subjetivos de los hombres, o sea los múltiples fines que, con el Estado persiguen lograr todos o la mayoría de los hombres.
- ❖ Fin objetivo del Estado, o fines que causal o teleológicamente le dan sentido; esto significa que es aquello que debe realizar o cumplir el Estado como organización de un pueblo, quedando implícitas las causas finales de la conservación del orden que determinan la organización, o sea el para qué existen el Estado y el Poder.

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

El bien común o bien público, es un bien humano; es en último término, una nueva forma y un nuevo valor del bien de los hombres en cuanto se integran dentro de una comunidad. Esta nueva forma del bien humano, supone la realización, participación y comunicación en la vida social. Es, pues, el bien humano participado y enriquecido aunque en parte limitado por la vida social.



La proyección del bien humano en la vida social, se realiza mediante la unidad y articulación del orden que se cumple a través del derecho. Se puede hablar entonces de que el bien común es el fin que persigue todo tipo de sociedad, y bien público es el fin específico que trata de alcanzar la sociedad estatal. Siempre que los hombres se agrupen socialmente para obtener un fin que beneficie a todos, será éste un bien común.

2.5 La competencia administrativa

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

La administración pública se desenvuelve dentro de un ordenamiento jurídico que va desde la Constitución Política de la República de Guatemala, que ocupa dentro de la pirámide jerárquica el primer lugar, derivado de un poder constituyente, en la cual se encuentra estructurado todo el Estado y sus organismos: Legislativo, Ejecutivo y Judicial y, en su mayoría, los órganos administrativos. En ella se regula otros órganos administrativos, como la Procuraduría de los Derechos Humanos, la Universidad de San Carlos, la Contraloría General de Cuentas, Ministerio Público, etc..



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

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

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

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

Algunos autores hablan de sujeto o de capacidad legal del órgano en vez de competencia. El acto administrativo debe ser

realizado dentro del límite de la competencia del órgano administrativo para que la declaración de voluntad formulada tenga plena validez legal.

La competencia debe ser por razón de la materia (competencia objetiva), por razón del grado (competencia jerárquica o vertical), por razón del territorio (competencia espacial u horizontal) y por razón del tiempo (competencia temporal).

La competencia administrativa, revista ciertas características que es necesario resaltar tales como:

- ❖ La legalidad en la esfera de atribuciones debe ser determinada por la ley.
- ❖ Irrenunciabilidad de la competencia, pues la misma es establecida en interés público y por una ley, lo que significa que es obligatoria y debe ser ejercida en forma independiente de la voluntad del funcionario público que la ejerce.
- ❖ La inderogabilidad que significa que no puede ser derogada por el propio órgano administrativo, ni particular o funcionario, ni por acto administrativo, ni reglamento.
- ❖ La atribución de la competencia pertenece al órgano administrativo y no a quien la desempeñe como titular; y

- ❖ La improrrogabilidad de la competencia, que no puede ser transferida o trasladada a otro órgano administrativo si la misma ha sido asignada en forma taxativa por la ley.

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

2.6 La jerarquía administrativa

Siendo la mayoría de órganos que se encuentran dentro de la administración pública guatemalteca son centralizados, por consecuencia pertenecen a una escala jerárquica.

Las características de la jerarquía varían según el autor que las establezca, por lo que a continuación se enuncian simplemente algunas de éstas.

- ❖ Se trata de una relación entre órganos de un mismo ente administrativo, es decir no se da entre distintos sujetos.

- ❖ El poder jerárquico se da cuando hay centralización, desconcentración o delegación.
- ❖ La relación jerárquica se da entre un superior de grado, en la línea de competencia y un órgano inferior, ambos tienen la misma competencia en razón de la materia.
- ❖ Existe la posibilidad de recurrir los actos del inferior jerárquico a través de recursos.
- ❖ La jerárquica es un poder que se da de manera total y constante.
- ❖ El poder jerárquico abarca la totalidad del órgano inferior.

2.7 Los actos administrativos

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

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



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

El término declaración es considerado mucho más formal y técnico, por lo que ha desplazado el uso de la palabra manifestación, pues ésta se origina de las voces latinas “manus” y “pendere”, que significan: golpear un objeto con la mano, lo que implica que no interesa si la manifestación se origina de una expresión de voluntad debidamente elaborada por un procedimiento racional, o si por el contrario esa expresión corresponde a un impulso que nos hace actuar irracionalmente.

En cambio, declaración se origina de la palabra latina “declarus”, la cual significa dejar claro algo, para lo cual necesariamente hubo todo un procedimiento de análisis y síntesis, de inducción y deducción en la persona que expresa su voluntad.

En ese sentido, el acto administrativo es el producto de un procedimiento legal e intelectual por parte de los funcionarios o empleados públicos que lo realizan. Se trata de una declaración de voluntad en nombre del Estado.

El acto administrativo se considera como una declaración unilateral de voluntad, porque emana sólo de la administración pública, es ella la que toma sus propias decisiones sin consulta previa a los interesados. Esto se debe a que el Estado actúa investido de prerrogativas que le otorga la ley que lo elevan a una categoría superior con relación a los administrados, actuando bajo un régimen de derecho público. En la bilateralidad, en cambio, supone la conjunción de dos voluntades que implica la creación de una relación mutua y equitativa, en donde los sujetos o partes se encuentran en una misma posición o plano de igualdad verbigracia los contratos.

2.8 Características del acto administrativo

Doctrinalmente los autores atribuyen varios caracteres al acto administrativo; sin embargo, podemos hacer mención de las siguientes características:

2.8.1 La ejecutividad y la ejecutoriedad

Para que el acto administrativo produzca las consecuencias de derecho a que está destinado, necesita en primer término perfeccionarse, esto es, quedar integrado en sus componentes. A la reunión de los elementos de esenciales o de legalidad, tanto de forma como de fondo, es a lo que se denomina perfección.



La eficacia del acto administrativo es la cualidad que tiene para producir o surtir efectos jurídicos. La perfección del acto equivale a la existencia del mismo, no así su eficacia, ya que puede existir el acto, pero ser ineficaz, características que puede adquirir con posterioridad.

La validez del acto administrativo, lo fija la conformidad del acto con la ley, es decir, el cumplimiento de las condiciones de legalidad. Perfección, eficacia y validez dan al acto administrativo la condición específica de ser ejecutivo.

Por ejecutividad entendemos la posibilidad que tiene el acto de producir sus efectos. Ello quiere decir, su potencialidad jurídica de realización; su fuerza obligatoria. Esto implica que el acto debe y puede ser realizado, esto es, producir los efectos concretos que tiene que llenar, pudiendo dichos efectos ser susceptibles de suspensión o de prórroga.

Si el acto administrativo es notificado al particular y éste no lo cumple voluntariamente, es necesaria la intervención de la administración para su ejecución coactiva, o sea, la facultad de ejecutar o exigir forzosamente lo que en dicho acto está mandado u ordenado. De esa manera, el acto es ejecutorio cuando la administración no necesita contar con el apoyo de los órganos



jurisdiccionales para proceder a ejecutar o exigir a los particulares su cumplimiento.

Se expone actualmente que existen dos clases de ejecución del acto administrativo, las cuales son la ejecución propia o directa y la ejecución impropia, indirecta o judicial.

2.8.2. Ejecución propia o directa

Este tipo puede ser de dos formas: a) Voluntaria: Se da cuando el administrado por sí mismo, en forma espontánea, ejecuta o cumple el acto administrativo, independientemente que le beneficie (licencia, permiso, autorización, etc.) o le perjudique (sanción, prohibición, multa, etc.). Esto para la administración no tiene problemas; y b) Forzosa o Involuntaria, es la que se da cuando el acto administrativo se ejecuta por parte de la administración en forma coercitiva, pero empleando sus propios funcionarios, mecanismos y recursos, en virtud de que el administrado no cumplió el acto voluntariamente.

2.8.3. Ejecución impropia, indirecta o judicial

Se da cuando la ejecución del acto la lleva a cabo un tribunal. Generalmente se trata de actos en donde se les impone a los administrados una obligación, o bien se les afecta en sus derechos o intereses, por lo que el acto no es cumplido voluntariamente.



Así, cuando se trata de incumplimiento de pago en impuestos, arbitrios, tasas, contribuciones, etc., en donde la Administración no tiene poder suficiente para hacer que se cumpla con obligaciones preestablecidas o sanciones por infracción a leyes o reglamentos en la que implique adeudos al fisco, la Administración tiene necesariamente que acudir a los órganos jurisdiccionales a efecto de ejecutar estos actos.



CAPÍTULO III

3. El proceso de cotización en la legislación guatemalteca

3.1. El contrato administrativo

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

Ossorio define: “Se entiende por tal el que celebra la administración pública con los particulares a efectos de asegurar la ejecución de obras de prestación de servicios o el suministro de materiales. Estos contratos no se rigen por las normas del derecho civil, sino por las derecho administrativo.”¹⁸

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

En el contrato administrativo, la administración ejerce prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo. El objeto de este contrato se rige por el derecho público. En todo contrato administrativo tiene que participar un órgano estatal en ejercicio de función y competencia administrativa.

¹⁸Ossorio. **Ob. Cit.** pág. 167.



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

El Estado para su actividad necesita de la compra de inmuebles, bienes, obras, arrendamiento de bienes inmuebles o muebles, que le son necesarios para desarrollar su finalidad. En este caso la administración pública se ve en la necesidad de contratar con los particulares, contratos que son de la misma naturaleza que los contratos civiles.

Se puede decir que los contratos administrativos tienen una característica especial y es que en ellos una de las partes de la administración pública y que la competencia de los órganos, se regula por el derecho administrativo y dentro de la misma ley administrativa, se regulan requisitos de forma y solemnidades especiales en su creación, las que son distintas de las que exige la ley civil.

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

3.1.1. Características

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

- ❖ **Cláusulas exorbitantes:** Esto significa que algunas de sus condiciones contenidas en las cláusulas, serían inválidas en un contrato civil o mercantil, pero no en lo administrativo, debido al bien jurídico que se tutela y que es el interés social.
- ❖ **Principios especiales:** Dentro del contrato administrativo, se aplica el principio que el derecho público prevalece sobre el derecho privado, los principios jurídicos que orientan la interpretación de su contenido, así como a la suscripción del contrato son especiales y pertenecen al derecho administrativo.
- ❖ **Preferencia del Estado:** La administración pública, impone sus condiciones para contratar y en su caso, para obligar al cumplimiento coactivo del contrato.
- ❖ **Jurisdicción especial:** Los conflictos derivados del cumplimiento o interpretación de los contratos administrativos, son sometidos a una jurisdicción especial privativa, que es el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.



3.1.2 Elementos del contrato administrativo

Respecto a los elementos del contrato, en la administración pública deben mencionarse los siguientes:

- ❖ **Sujetos:** Porque existen necesariamente dos partes, es bilateral.
- ❖ **Manifestación de voluntad:** El Estado y sus entidades así como la persona jurídica individual o colectiva, manifiestan su voluntad libremente.
- ❖ **Contenido:** Debe referirse a hechos lícitos, ciertos y determinados, relacionados con la gestión patrimonial del Estado, ya sea compra de bienes, suministro de utensilios, alimentos, construcción de obras públicas, prestación de servicios públicos, etc.
- ❖ **La forma:** Deben constar por escrito con o sin intervención notarial, según la ley.

De lo expuesto anteriormente es necesario tener en cuenta lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado.

No obstante la manifestación de voluntad del particular frente al estado en un contrato administrativo, están en un plano desigual. En los contratos administrativos desaparece el principio de igualdad



entre las partes, que es uno de los elementos básicos de los contratos civiles.

La administración aparece en una situación de superioridad jurídica respecto del contratista. Cuando una de las partes contratantes es la administración, se imponen ciertas prerrogativas y condiciones que subordinan jurídicamente al contratista. El principio de la inalterabilidad de los contratos no puede ser mantenido, sino que cede ante el *ius variandi* que tiene la administración a introducir modificaciones en ellos, y que son obligatorias, dentro de los límites de la razonabilidad, para el contratista.

Esta desigualdad jurídica se traduce en la competencia que tiene la administración para adaptar el contrato a las necesidades públicas, variando dentro de ciertos límites las obligaciones del contratista, es decir modificación unilateral, mutabilidad del contrato. El contrato administrativo carece de la rigidez e inmutabilidad del contrato civil, porque cede ante el interés público.

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

3.2. Clases de contratos administrativos

Legal y doctrinariamente existen un sinnúmero de clases de contratos administrativos, por la diversidad de actividades y necesidades que debe cumplir el Estado en su funcionamiento, así como el beneficio de la colectividad.

Para tener un panorama legal de los alcances legales de los diferentes tipos de contratos que puede realizar el Estado es necesario citar el Artículo 1 del Decreto 57-92 del Congreso de la República, que establece: “Objeto. La compra y venta y la contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requieran los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales, se sujetan a la presente ley y su reglamento. Queda a salvo lo dispuesto en convenios y tratados internacionales de los cuales Guatemala sea parte. Las donaciones que a favor del Estado, sus dependencias, instituciones o municipalidades hagan personas, entidades, asociaciones u otros Estados o Gobiernos extranjeros, se regirán únicamente por lo convenido entre las partes, pero si tales entidades o dependencias tienen que hacer alguna aportación, a excepción de las municipalidades, previamente oirán al Ministerio de Finanzas Públicas”

A continuación se enuncian algunos contratos administrativos, que se consideran importantes.

3.2.1 De obra pública

Dirigido a la construcción, modificación, reconstrucción o mantenimiento de una edificación o de alguna obra de utilidad pública. Ejemplo hospitales, escuelas, puentes, carreteras, etc.

3.2.2 De suministros

Es la obtención de bienes, materiales de oficina, papelería etc., con los cuales la administración desarrolla su actividad.

3.2.3 Concesión de servicio público

En este el Estado encomienda a particulares la prestación de servicios públicos.

3.2.4 De servicio al Estado

En este tipo de contrato el Estado requiere de un particular, la prestación de un servicio, como ejemplo el mantenimiento de maquinaria y equipo u otros servicios.



3.2.5 Consultoría profesional

El Estado requiere el servicio de empresas especializadas en consultoría, es decir de profesionales y técnicos que prestan al Estado un servicio especial. Por ejemplo los estudios de factibilidad, de preinversión, estudios jurídicos, estudios técnicos.

3.2.6 Explotación y exploración de recursos no renovables

El objetivo del presente contrato es otorgar a personas jurídicas individuales o colectivas, la explotación y la exploración de hidrocarburos, que por mandato constitucional son propiedad del Estado.

3.3. Definición de cotización

Cabanellas, define la cotización como: “Precio que en mercados públicos se fija para la venta o compra de mercancías. Todos los valores pueden ser objeto de cotización, pero generalmente en bolsa sólo lo son algunos.”¹⁹

Ossorio expone: “Determinación del curso del cambio y del precio corriente de las mercaderías, fletes, seguros, fondos públicos nacionales y cualesquiera otros papeles de crédito, como resultado

¹⁹Cabanellas. **Ob. Cit.** pág. 404



de las operaciones y transacciones reales y legítimas verificadas habitualmente en las bolsas o mercados.”²⁰

3.4. Proceso de cotización pública

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

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

3.4.1. Fase preparatoria

En ella se cumplen los presupuestos que tornan jurídicamente posible la manifestación de voluntad contractual administrativa. Es puramente interna de la administración, sin intervención ni participación de los administrados, oferentes o terceros interesados.

²⁰

Ossorio. **Ob. Cit.** pág. 182



Se comprende en esta fase, los estudios de factibilidad física, jurídica, contable, financiera, económica y política de la obra o servicio objeto de la futura contratación, la imputación previa de conformidad al crédito presupuestario y la preparación del pliego de condiciones. Una vez que se adopta la decisión de contratar, se realizan los proyectos de orden técnico en cuanto a las ventajas, beneficios y posibilidad de realización del objeto del contrato, y económicos, respecto del costo del contrato, la existencia de créditos y su asignación presupuestaria.

3.4.2. Fase esencial

Comprende la cotización propiamente dicha, o sea, los actos dirigidos a lograr la manifestación de voluntad común del ente público que cotiza y de un tercero contratista.

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

3.4.3. Fase integrativa

Por último, la fase integrativa da lugar a la voluntad objetiva y a su exteriorización en un contrato, perfeccionado en la forma en



que el derecho positivo lo prevea: notificación de la adjudicación, aprobación de la adjudicación, instrumentación escrita, etc.

3.5. Las bases de cotización

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

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

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

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



El Artículo 19 del mismo texto legal citado preceptúa: “Requisitos de las Bases de Licitación. Las bases de licitación, según el caso, deberán contener como mínimo lo siguiente: 1. Condiciones que deben reunir los oferentes. 2. Características generales y específicas, cuando se trate de bienes y/o servicios. 3. Lugar y forma en donde será ejecutada la obra, entregados los bienes o prestado los servicios. 4. Listado de documentos que debe contener la pliega, en original y copias requeridas, una de las cuales será puesta a disposición de los oferentes. 5. Indicación de que el oferente deberá constituir, según el caso, las garantías a que se refiere el Título V, Capítulo Único de la presente ley. 6. En casos especiales y cuando la autoridad superior lo considere oportuno, las garantías que deberá constituir el contratista, con indicación de los riesgos, a cubrir, su vigencia y montos. 7. Forma de pago de la obra, de los bienes y servicios. 8. Porcentaje de anticipo y procedimiento para otorgarlo, cuando éste se conceda. 9. Lugar, dirección exacta, fecha y hora en que se efectuará la diligencia de presentación, recepción y apertura de pliegos. 10. Declaración Jurada de que el oferente no es deudor moroso del Estado ni de las entidades a las que se refiere el Artículo 1, de esta ley, o en su defecto, compromiso formal de que, en caso de adjudicársele la negociación, previo a la suscripción de contrato acreditará haber efectuado el pago correspondiente. 11. Indicación de la forma de integración de



precios unitarios por renglón. 12. Criterios que deberán seguir la Junta de Licitación para calificar las ofertas recibidas. 13. Indicación de los requisitos que se consideren fundamentales; 14. Modelo de oferta y proyecto de contrato. Los requisitos anteriores también regirán en lo que fuere aplicable para los efectos de cotización...". Debemos apuntar en este espacio que el Artículo 42 de la Ley citada anteriormente establece que "Aplicación Supletoria. Las disposiciones en materia de licitación, regirán supletoriamente en el régimen de cotizaciones en lo que fueren aplicables."

3.6 Integración de la junta de cotización y su actuación en el proceso

La integración de la junta de cotización que es la parte central de la presente investigación será con un número de tres miembros, nombrados por la autoridad administrativa superior, de preferencia entre servidores públicos de la entidad contratante. Salvo el caso de que la entidad no cuente con personal idóneo, podrá nombrarse a servidores públicos de otras dependencias del Estado que tenga experiencia en la materia de que se trate. La junta en este caso de cotización, tomará sus decisiones por mayoría del total de sus miembros, quienes no podrán abstenerse de votar, dejando constancia en una acta de su forma de actuar.

El Artículo 15 de la Ley de Contrataciones del Estado establece: "Integración de la Junta de Cotización. La Junta de



Cotización se integrará con tres miembros que sean servidores públicos de la entidad contratante, nombrados por la autoridad administrativa superior.”.

Calderón señala respecto a las juntas de licitación y de cotización que: “... son el único órgano que tiene la competencia, para recibir, calificar ofertas y adjudicar el negocio...”²¹

3.7 La invitación a ofertar

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

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

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

²¹Calderón. **Ob. Cit.** pág. 223



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

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

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

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

3.8 La calificación de las ofertas y la adjudicación

La Junta de Cotización tiene la competencia para recibir, calificar y adjudicar la cotización. Sus decisiones las tomará por mayoría de sus miembros, quienes no podrán abstenerse de votar, dejando constancia en acta de lo actuado.

El Artículo 28 de la Ley de Contrataciones del Estado, preceptúa: “Criterios de Calificación de Ofertas. Para determinar cuál es la oferta más conveniente y favorable para los intereses del Estado, se utilizarán los criterios siguientes: calidad, precio, tiempo, características y demás condiciones que se fijan en las bases en los cuales también se determinará el porcentaje en que se estimara cada uno de los referidos elementos, salvo que en éstas se solicite únicamente el precio, en cuyo caso, la decisión se tomará con base en el precio más bajo. Cuando se trate de obras, la junta tomará en cuenta el costo total oficial estimado.”

3.9 La notificación a los oferentes del resultado del proceso de cotización

Respecto a la notificación a los oferentes que participaron en el proceso de cotización, debe estarse a lo que regula el Artículo 35 de la Ley de Contrataciones del Estado que establece: “Notificación. Dentro del plazo de tres días de dictaminada la resolución razonada,

la Junta deberá hacer la respectiva notificación a cada uno de los oferentes.”

La notificación de la adjudicación de proceso de cotización a cada oferente participante, es con el objeto de que en caso de inconformidad con la misma, puedan hacer usos de los recursos que contempla la Ley de Contrataciones del Estado, siendo estos el de aclaración y ampliación. En el Artículo 99 que preceptúa que contra la adjudicación por la junta de licitación o junta de cotización, únicamente procederán los recursos de aclaración cuando la resolución sea obscura, ambigua o contradictoria y de ampliación si se hubiere omitido resolver sobre algún aspecto que incida en la negociación.

Además contempla el recurso de Revisión contenido en el Artículo 100 que establece que contra la resolución de la autoridad que apruebe la adjudicación de toda licitación o cotización, únicamente procederá el recurso de revisión, el que podrá interponerse dentro del plazo de tres días (3) contados a partir del día siguiente de la notificación, por el oferente que se considere afectado y ante la misma autoridad que la dictó.



CAPÍTULO IV

4. La transparencia en el proceso de cotización pública

4.1. Principios jurídicos que deben regir el proceso de cotización

La finalidad del procedimiento de cotización, es la determinación del proponente que formula la oferta más ventajosa para el Estado. De ahí que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, hayan establecido algunos principios que hacen de la cotización un proceso limpio por cuanto que, deben recurrirse a ellos para resolver los problemas concretos de interpretación que la práctica administrativa promueve.

Los principios jurídicos esenciales, que hacen a la ratio iuris de la cotización y del procedimiento de cotización transparente son:

4.1.1. Libre concurrencia

El principio jurídico de la libre concurrencia tiende a afianzar la posibilidad de oposición entre todos los oferentes, como contrapartida de la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso. Como afirmaciones complementarias del principio, la legislación impone a la administración el deber de adjudicar imparcialmente la mejor oferta, sobre la base de una decisión discrecional.



En función de esa concurrencia o posibilidad de oposición, la administración no puede elegir individualmente a sus ofertantes.

Por último, como contrapartida de esa libre concurrencia, se faculta a la Administración para exigir ciertas garantías a los oferentes.

La administración no puede elegir individualmente a sus proponentes; si así fuere, la concurrencia no sería libre. Por tanto, la publicidad del llamado a licitación es una consecuencia obligada del principio jurídico de la libre concurrencia. La norma positiva exige siempre que los anuncios de cotización se publiquen en boletines oficiales y en otros periódicos de mayor circulación, pero cumplimentado ésto la administración puede elegir discrecionalmente cualquier otro modo técnico de publicación que asegure la mayor difusión entre los eventuales interesados y el respecto al principio de igualdad entre ellos.

4.1.2. Igualdad entre los oferentes

Otros de los presupuestos fundamentales del procedimientos de cotización, es que los sujetos concurrentes a la misma tengan igualdad de posibilidades en la adjudicación de la obra, suministro u objeto del contrato de que se trate.



Debe ponerse a todos los proponentes en pie de igualdad. Es la consecuencia de la competencia. No debe existir ningún motivo de preferencia, fuera de las ventajas que se dan a la administración. Debe elegirse a quien le hace las mejores ofertas. La igualdad entre los competidores comprende, pues, dos aspectos: Primero las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores y segundo debe darse preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la administración.

Así el trato igualitario se traduce en una serie de derechos a favor de los oferentes, existe consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes; y existe respecto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento. El Estado respecta las normas positivas que rigen el procedimiento de elección del oferente que realiza la mejor oferta

El principio del procedimiento de la cotización, hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de este, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas.

Por razones expuestas y en tutela del principio de igualdad, son nulas las cláusulas que impliquen monopolio y que tiendan a corromper o limitar los derechos de los empresarios guatemaltecos.

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

4.1.3. De publicidad

La actividad administrativa del Estado es constitucionalmente pública, salvo las excepciones establecidas en la propia Constitución.

Se manifiesta en un doble sentido en el proceso de cotización pública, procedimiento administrativo especial. Desde el llamado a licitación, la publicidad significa la posibilidad de que el mayor número de interesados tome conocimiento del pedido de ofertas de la administración, ampliando así su concurrencia y competencia.

Durante el desarrollo del procedimiento, la publicidad implica que la cotización debe efectuarse en forma pública. En este sentido, gran parte de los actos y hechos del procedimiento licitatorio son abiertos al público en general, y a los licitadores en particular.

4.1.4. De transparencia

La transparencia, como principio rector del proceso de cotización pública, abarca respecto del actuar administrativo el cumplimiento irrenunciable de los principios de legalidad, moralidad,

publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control.

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

4.2. Sistema electrónico de licitaciones y adquisiciones de Guatemala, Guatecompras

En el uso de medios electrónicos para comprar y contratar bienes y servicios, surge el sistema de Guatecompras, este sistema se publicó a partir del año 2003, pero hasta el año 2004 se hizo obligatorio al entrar el nuevo Gobierno y que definitivamente se tomó la bandera de transparentar la gestión pública.

Es de uso obligatorio incluyendo a las 331 municipalidades, las entidades del sector público, pueden publicar y gestionar sus compras, contrataciones y enajenaciones.

El lema de la Institución es “Todo a la vista de todos”, ya que permite publicar todas las compras o contrataciones, las preguntas de los proveedores y sus respectivas respuestas, los montos y proveedores adjudicados.

Esto, tiene como supuesto preponderante, que se aumenta la transparencia y eficiencia en el gasto público al aumentar la oferta, al mismo tiempo que reduce la corrupción. La experiencia ha determinado que, si bien el proceso ha informado a la mayoría de ofertantes, existen dudas sobre la adjudicación debido al procedimiento a través del cual se nombra a la junta de cotización y la forma en que esa junta realiza la evaluación de las ofertas, que en el 90 % de los casos investigados es realizada a puerta cerrada

4.3. Arbitrariedades del proceso de cotización

La Ley de Contrataciones del Estado, da margen para que al realizarse una cotización pueda manipularse el proceso de tal manera que el ente público que convoca, pueda beneficiarse adjudicando la compra o la obra a quien para él sea el más adecuado y que lo beneficie.

De lo expuesto se pueden señalar las siguientes situaciones:

- ❖ La Junta es nombrada por la autoridad administrativa superior, en este caso, lógicamente esta autoridad nombrara a los subalternos que puedan ser manipulados y en el mejor de los casos, cumplan sus ordenes de cómo debe realizarse la adjudicación;

- ❖ Generalmente la Junta se integra con personal de la Institución que no son los mas calificados para realizar el evento. En casos que se investigaron en municipalidades, se encontró que de los tres miembros de la junta, uno de ellos era un policía municipal que no poseía los conocimientos ni la experiencia necesaria para evaluar las ofertas.

- ❖ La junta de cotización señala la fecha y hora para recibir las ofertas, concluida la recepción se realiza la evaluación de las mismas en un lugar al que solo los miembros de la junta tienen acceso, quedando los oferentes en total desconocimiento de que fue lo que evaluaron y como se dio esa evaluación, situación que pone al descubierto serios problemas de corrupción.

4.4. Proyecto de reforma de la ley

Es evidente que lo señalado en el punto anterior es producto de la forma antojadiza de interpretar la Ley. Es urgente corregir estos aspectos haciendo determinadas reformas, que deben realizadas en el Artículo 15 de la Ley de Contrataciones del Estado, garantizando que la junta de cotizaciones se integre con personal calificado para tal función.



A continuación se presenta el proyecto de reforma de la ley que debe realizarse.

DECRETO NÚMERO 01-2007

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:

Que el proceso actual de cotización y licitación, no son suficientemente amplios y acordes con las técnicas de transparencia actualmente empleadas y que necesitan ser reformadas.

CONSIDERANDO:

Que también es necesario modificar el proceso de cotización y licitación, de manera que puedan garantizarse los objetivos de estos últimos sobre la base de un marco normativo que permita manejar adecuadamente la variedad y circunstancias particulares de cada caso, así como garantizar la transparencia del proceso.

POR TANTO

En ejercicio de las atribuciones que le confiere la literal a) del Artículo 171 de la Constitución Política de la República,

DECRETA:



Reformar el Artículo 15 del Decreto No. 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado, que dice así:

ARTÍCULO 15. Integración de la Junta de Cotización. La Junta de Cotización se integrará con tres miembros que sean servidores públicos de la entidad contratante, nombrados por la autoridad administrativa superior.

El cual queda así:

ARTÍCULO 15. Integración de la Junta de Cotización. La Junta de Cotización se integrará con tres miembros que sean servidores públicos de la entidad contratante, nombrados por la autoridad administrativa superior.

Cuando el proceso de cotización se trate de una obra, la Junta de Cotización será integrada así: Un Ingeniero Civil, un Abogado y Notario, ambos colegiados activos y, un tercero que acredite experiencia en la construcción de la obra según el proyecto a desarrollar, quienes serán responsables de elegir la oferta más conveniente a los intereses de la Institución. Si la Institución no cuenta con personal idóneo, puede recurrir en colaboración a otras dependencias del Estado para conformar la Junta.



Y el Artículo 16 del Decreto No. 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado, que dice así:

ARTÍCULO 16.- Competencia de la Junta de Cotización. La Junta de Cotización tendrá competencia para recibir, calificar y adjudicar la cotización. Sus decisiones las tomara por mayoría de sus miembros, quienes no podrán abstenerse de votar, dejando constancia en acta de lo actuado. La Junta de Cotización tendrá las mismas facultades, atribuciones, responsabilidades y obligaciones que se fijan para la junta de licitación.

El cual queda así:

ARTÍCULO 16.- Competencia de la Junta de Cotización. La Junta de Cotización tendrá competencia para recibir, calificar y adjudicar la cotización. Sus decisiones las tomara por mayoría de sus miembros, quienes no podrán abstenerse de votar, dejando constancia en acta de lo actuado. La Junta de Cotización tendrá las mismas facultades, atribuciones, responsabilidades y obligaciones que se fijan para la junta de licitación.

La calificación de las ofertas se hará públicamente y con participación de los oferentes, quienes podrán intervenir en el proceso solicitando las aclaraciones y ampliaciones que consideren pertinentes. La apertura de plicas y el proceso de calificación de



ofertas se hará treinta minutos después de haberse cerrado la recepción de ofertas. En este acto se hará la adjudicación correspondiente quedando todos los oferentes notificados del proceso.

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

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

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, A LOS... DIAS DEL MES DE... DEL DOS MIL...

PRESIDENTE

SECRETARIO

Las reformas enunciadas anteriormente en el proyecto de ley, eliminan la falta de profesionalismo y conocimientos en la materia, de los miembros de la junta de cotización.

La realización de calificación y adjudicación de la obra en forma pública, dará confianza y credibilidad a todos los oferentes, respetándose los principios jurídicos de libre concurrencia; de igualdad entre los oferentes; de publicidad y sobre todo la transparencia de los actos.



Se combate así la corrupción y amiguismos que a la fecha han prevalecido y que, según datos aportados por oferentes, se considera en un ochenta por ciento de los procesos de cotización pública que actualmente se realizan.

Finalmente debe aplicarse el Artículo 23 de la Ley de Contrataciones del Estado a los procesos realizados a través de Guatecompras, en lo concerniente a los plazos fijados.

CONCLUSIONES

1. Las juntas de Cotización en las dependencias del Estado, se integran, en la mayoría de los casos, con personal que no posee los conocimientos ni la experiencia necesaria para desarrollar adecuadamente su función.
2. En las cotizaciones que se realizan en dependencias del Estado, la calificación de ofertas y la adjudicación de la obra o la compra, se realiza únicamente por la junta de cotización, sin participación de los oferentes.
3. Las juntas de cotización, son nombradas por la autoridad administrativa superior de la Institución, lo cual sujeta a dicha junta a cumplir con las orientaciones que de dicha autoridad emanen.
4. Guatecompras no ha cumplido a cabalidad su función, por los vacíos legales que presenta la Ley de Contrataciones del Estado, dejando abierto el camino para que el personal del ente administrativo que realiza el proceso de cotización pueda manipular la información y la forma de calificación de ofertas.



RECOMENDACIONES

1. Que las personas que integran las juntas de cotización en las dependencias del Estado, sean profesionales debidamente calificados y conocedores de la obra o compra que se pretende adjudicar.
2. Si la Institución que realiza un proceso de cotización no cuenta con personal debidamente calificado para integrar la junta de cotización, debe solicitar la colaboración de otras dependencias estatales para integrarla adecuadamente.
3. Que los procesos de cotización sean realizados con total transparencia para que los oferentes conozcan públicamente la calificación de las ofertas y la adjudicación de la obra o compra de que se trate para evitar manipuleos que provocan actos de corrupción.
4. Que por parte del Organismo Ejecutivo, se envíe al Congreso de la República un proyecto de ley que reforme los Artículos 15 y 16 de la Ley de Contrataciones del Estado con las sugerencias que en este trabajo se realizaron y que se sustentan en la investigación.
5. Que en el proceso de Guatecompras se aplique el Artículo 23 de la Ley de Contrataciones del Estado en lo que se refiere a



los plazos establecidos entre el momento de la invitación y la entrega de ofertas.



BIBLIOGRAFÍA

- ADAMS CLARKE, John. **El derecho administrativo norteamericano.** Traducción del Dr. Dionisio Pietriella, Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1964.
- BREWER CARIAS, Allan R. **Estado de derecho y control judicial.** Colección Administración Pública en América Latina, No.4 INAP de España, Madrid, España: (s.e.), 1987.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1979.
- CANASI, José. **Derecho administrativo.** Buenos Aires, Argentina: Ed. de Palma, 1974.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo y teoría de la administración.** Guatemala: Ed. Impresos Industriales, 1987.
- DROMI, José Roberto, **Instituciones de derecho administrativo.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 1973.
- Enciclopedia Jurídica Omeba.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Driskin S.A. 1979.
- FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo.** 21ª ed. México: Ed. Porrúa, S.A. 1981.
- GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael, **Los contratos administrativos,** Temas de Derecho Administrativo, Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala: (s.e.) 1990.
- GODINEZ BOLAÑOS, Rafael. **Marco jurídico político de la administración pública guatemalteca.** Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala: (s.e.) 1989.
- MONTANO, Agustín, **Manual de administración municipal.** México: Ed. Litográfica Tavera, S.A. 1987



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

SINEX, Jeanne. **Desconcentración administrativa**. Colección seminarios No. Secretaría de la Presidencia, Dir. General de Estudios Administrativos. México: Complejo editorial mexicano, S.A. (s.e.) 1976.

SOPENA, Ramón. **Diccionario enciclopédico ilustrado de la lengua española**. T. I, Barcelona, España: Ed. Ramón Sopena, 1980

Legislación

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

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

Código Civil. Decreto Ley 106. del Jefe de Gobierno de la República. 1974

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

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

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

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

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