


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



**ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL
ESTADO EN EL PROCESO DE COTIZACIÓN PÚBLICA, RESPECTO A LA
INTEGRACIÓN DE LAS JUNTAS DE COTIZACIÓN**

SANDRO JUVENIO MOLINA PAZ

GUATEMALA, MARZO 2007.

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL
ESTADO EN EL PROCESO DE COTIZACIÓN PÚBLICA RESPECTO A LA
INTEGRACIÓN DE LAS JUNTAS DE COTIZACIÓN**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva



Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, marzo 2007.

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

DECANO	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I	Lic. Eddy Giovanni Orellana Donis
VOCAL II	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III	Lic. José Francisco Peláez Cordón
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. José Roberto Mena Izeppi
Vocal:	Licda. Berta Aracely Ortiz Robles
Secretaria:	Licda. Aura Marina Chang Contreras

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Fernando Girón Cassiano
Vocal:	Licda. Marta Eugenia Valenzuela Bonilla
Secretario:	Lic. Juan Ramiro Toledo Alvarez

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



Lic. OTTO RENE VICENTE REVOLORIO
Abogado y Notario
Pos grado en Derecho Constitucional Comparado
10ª Av. "B" 2-32 Z. 4 de Mixto Col. Monte Real II
Tel. 57044504 - 24342727



Guatemala, 27 de septiembre de 2006.

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable Licenciado:

En cumplimiento del nombramiento como Asesor de Tesis, del Bachiller **SANDRO JUVENIO MOLINA PAZ**, me dirijo a usted, con el objeto de informar sobre mi labor y expongo lo siguiente:

- I. El trabajo de tesis se denomina: “ **ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO EN EL PROCESO DE COTIZACIÓN PÚBLICA RESPECTO A LA INTEGRACIÓN DE LAS JUNTAS DE COTIZACIÓN**”
- II. En el desarrollo de la revisión del trabajo de tesis relacionado, se discutieron algunos puntos en forma personal con el autor, realizándose los cambios y correcciones que la investigación requirió. Se comprueba además que la bibliografía y técnicas de investigación utilizadas, fueron las adecuadas, siendo elaborado el trabajo de conformidad con el reglamento respectivo.
- III. En virtud de los puntos anteriores, concluyo **informando y dictaminando** a usted, que es procedente ordenarse su revisión y en su oportunidad su discusión en Examen Público de Tesis en nuestra gloriosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

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


Lic. Otto René Vicente Revolorio
Abogado y Notario
Col. 7095
Lic. Otto René Vicente Revolorio
Abogado y Notario



UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES. Guatemala, seis de noviembre de dos mil seis.

Atentamente paise al (a) **LICENCIADO (A) JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **SANDRO JUVENIO MOLINA PAZ**, Intitulado "ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO EN EL PROCESO DE COTIZACIÓN PÚBLICA RESPECTO A LA INTEGRACIÓN DE LAS JUNTAS DE COTIZACIÓN"

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS



cc: Unidad de Tesis
MTCL/rlh



OFICINA PROFESIONAL



30 Nov. 2007

Guatemala, 10 de noviembre de 2006.

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Respetable Licenciado:

De acuerdo con el nombramiento emitido por esa Unidad, en el que se dispuso nombrarme como Revisor del Trabajo del estudiante **SANDRO JUVENIO MOLINA PAZ**, respetuosamente rindo el siguiente dictamen:

- a) El trabajo de tesis se intitula: “ **ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO EN EL PROCESO DE COTIZACIÓN PÚBLICA RESPECTO A LA INTEGRACIÓN DE LAS JUNTAS DE COTIZACIÓN**”
- b) De la revisión practicada, se establece que el trabajo cumple con los requisitos exigidos por el reglamento universitario vigente, en esencial lo establecido en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Graduación de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.
- c) La técnica de investigación utilizada, de carácter documental y bibliográfica, considero que se ha manejado con la metodología pertinente, quedando dichos extremos corroborados en la presentación del informe final.
- d) Por lo expuesto a usted, concluyo **informando y dictaminando favorablemente**, que procede ordenarse su discusión en Examen Público de Tesis.

Expreso a usted mi respeto y consideración, atentamente.

Lic. Jaime Rolando Montealegre Santos
Abogado y Notario
Col. 4713

Jaime Rolando Montealegre Santos
Abogado y Notario

5 Av. 14-62 Zona 1 Oficina 306 Tel. 54066223



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiséis de febrero del año dos mil siete-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante SANDRO JUVENIO MOLINA PAZ, Intitulado "ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO EN EL PROCESO DE COTIZACIÓN PÚBLICA RESPECTO A LA INTEGRACIÓN DE LAS JUNTAS DE COTIZACIÓN" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh



ACTO QUE DEDICO

AL SEÑOR JEHOVÁ DE LOS EJÉRCITOS:

Infinitas gracias por su inmensa misericordia, al darme tantas bendiciones, siendo una de ellas la oportunidad que me otorga de obtener este logro, que solo con su sabiduría eh podido alcanzar.

A MIS PADRES:

José María Molina

Basilía De Paz Reyes

Por sus grandes sacrificios, esfuerzos, comprensión y su infinito amor, porque a ellos les debo este triunfo.

A MI ESPOSA:

Esther González Torres

Por su amor, apoyo y comprensión.

A MIS HIJOS:

Alejandro Otoniel Molina González

Sindy Melissa Molina González

Stefanny Liseth Molina González

Que mi triunfo les sirva de base e inspiración y sean hombres de bien, éxito y prosperidad.

A MIS HERMANOS:

Elio Enaí Molina De Paz

Melida Pérez De Paz

Con mucho amor y respeto.

A MI DEMÁS FAMILIA:

Por su cariño y apoyo.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Porque en sus aulas adquirí los conocimientos que me han permitido realizar mis sueños de ser un profesional del derecho y así poder realizar con éxito esta digna profesión.

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS:

Por su apoyo, con quienes comparto este triunfo, éxitos en sus logros y adelante.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. El Estado guatemalteco.....	1
1.1. El Estado.....	1
1.1.1. Ventajas de su existencia.....	2
1.1.2. La actuación del Estado y el poder.....	3
1.2. Elementos del Estado	6
1.3. La finalidad del Estado	9
1.4. El estado de derecho	10
1.5. Objetivos del Estado.....	12

CAPÍTULO II

2. La administración pública.....	15
2.1. El derecho administrativo.....	15
2.2. Características del derecho administrativo.....	16

	Pág.
2.2.1. Es un derecho reciente, nuevo o de joven formación.	16
2.2.2. No codificado.....	17
2.2.3. Derecho autónomo.....	17
2.2.4. Subordinado.....	17
2.2.5. Dinámico o mutable.....	17
2.3. Concepto general de administración y administración pública	18
2.4. La organización de la administración pública.....	20
2.4.1. La desconcentración administrativa.....	21
2.4.2. La descentralización administrativa.....	22
2.4.3. La autonomía.....	24
2.4.4. La centralización o concentración administrativa.....	26
2.5. Elementos de la administración pública.....	27
2.5.1. Actividad	28
2.5.2. El órgano administrativo.....	28
2.5.3. Finalidad.....	28

	Pág.
2.5.4. El medio.....	28
2.6. Principios de la administración pública.....	29
2.6.1. El principio de legalidad.....	29
2.6.2. El principio de juridicidad.....	30
2.6.3. El abuso y la desviación del poder público.....	32
2.7. Clases de administración.....	33
2.7.1. De planificación.....	34
2.7.2. Ejecutiva.....	35
2.7.3. De control.....	36
2.7.4. De asesoría.....	36

CAPÍTULO III

3. La contratación administrativa del Estado.....	39
3.1. El contrato administrativo.....	39
3.2. Características	41
3.2.1. Cláusulas exorbitantes.....	41

	Pág.
3.2.2. Principios especiales	42
3.2.3. Preferencia del Estado	42
3.2.4. Jurisdicción especial	42
3.3. Procedimientos de contratación.....	42
3.3.1. Contrato abierto.....	43
3.3.2. Compras directas.....	43
3.3.3. Licitación.....	45
3.3.4. Cotización.....	45

CAPÍTULO IV

4. El control de la actividad administrativa.....	47
4.1. Controles de la actividad administrativa del Estado	47
4.2. Interno.....	49
4.3. Directo.....	50
4.4. Judicial.....	51
4.5. Constitucional.....	53

	Pág.
4.6. Parlamentario.....	53
4.7. De derechos humanos.....	54
4.8. Del gasto público.....	54

CAPÍTULO V

5. El proceso de cotización en el derecho guatemalteco.....	57
5.1. Definición de cotización.....	57
5.2. El proceso de cotización.....	58
5.3. Fases del proceso de cotización.....	59
5.3.1. Inicial o preparatoria	60
5.3.2. Esencial	60
5.3.3. Integrativa	61
5.4. Las bases de cotización.....	61
5.5. Integración de la junta de cotización.....	63
5.6. Los oferentes.....	65
5.7. Guatecompras	67

	Pág.
5.8. La independencia y autonomía de la junta de cotización.....	68
5.9. Integración de juntas especializadas.....	69
5.10. Efectos negativos de la subordinación jerárquica.....	70
5.11. Proyecto de reforma a la ley.....	72
CONCLUSIONES.....	75
RECOMENDACIONES.....	77
<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	79

(i)

INTRODUCCIÓN

La presente investigación pretende realizar un análisis del Artículo 15 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Número 57-92 del Congreso de la República, el cual permite en su aplicación, que se puedan cometer actos de corrupción, a través de beneficiar a ciertos oferentes en un proceso de cotización, ejerciendo presión sobre los miembros integrantes de la junta de cotización.

Las graves consecuencias que se afrontan al integrar las juntas de cotización con personal que se encuentra en relación de dependencia, quienes no cuentan con la experiencia necesaria para realizar estas tareas, las mismas pueden ser manipuladas e influenciadas por intereses de la autoridad superior de la Institución en que laboren, lo cual desnaturaliza y vicia el proceso.

En el primer capítulo se trata lo relativo al Estado de Guatemala, como la organización jurídico-política más perfecta que se conoce hasta el presente, ente orgánico unitario, estructurado jurídicamente bajo la forma de una corporación que detenta el ejercicio del poder, así como la entidad que debe velar por el bien común de la población y el desarrollo de políticas en beneficio de todos los habitantes del territorio.

(ii)

El segundo capítulo trata sobre lo relativo al derecho administrativo, la administración pública en general. Se analizan las definiciones y 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, con lo cual se puede establecer, que toda actividad desarrollada por la administración pública debe estar basada en ley.

En el capítulo tercero, se desarrolla la contratación administrativa, como el medio por el cual el Estado, a través de sus instituciones, trata de satisfacer las necesidades de la población, celebrando contratos administrativos que buscan obtener los insumos y desarrollar obras que le permitan cumplir con sus objetivos y que sean del interés general.

En el capítulo cuarto, se desarrolla los controles de la administración pública, es decir se evalúa la gestión de los organismos públicos, en el desenvolvimiento de sus funciones, a través de sistemas internos y externos de control que examinen el cumplimiento de las políticas, metas y objetivos propuestos y la calidad de los servicios prestados.

(iii)

En el último capítulo, se establece lo relativo a la cotización pública, el cual es un procedimiento legal y técnico de invitación a los interesados en prestar un servicio o construcción de una obra para el Estado y demás entidades públicas descentralizadas, autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades, entre otras, para que, conforme a las bases preparadas al efecto, llamadas “bases de cotización”, se formulen propuestas y ofertas, de las cuales se elige y acepta la más ventajosa mediante un proceso de adjudicación, que se perfeccionará y culminará con un contrato. Sin embargo fue necesario señalar los vicios que existen en el nombramiento de los miembros de la junta de cotización, proponiendo en este último capítulo, la reforma que permita viabilizar y profesionalizar la integración de las juntas de cotización.

CAPÍTULO I

1. El Estado guatemalteco

1.1. El Estado

El autor Francisco Porrúa Pérez 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 público temporal.”¹

El tratadista Gerardo 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.”²

Respecto al Estado el autor Manuel Ossorio, señala que: “es una organización social constituida en un territorio propio, con fuerza para mantener en él e imponer dentro de él un poder supremo de ordenación y de imperio.”³

¹ Ibid, Teoría del estado, Pág. 26.

² Ibid, Teoría del estado, Pág. 22

³ Ibid, Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Pág. 325

Desde un punto de vista legal, la Constitución Política de la República de Guatemala establece: “Guatemala es un Estado libre; independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de Gobierno es republicano, democrático y representativo.”⁴

Para el autor Guillermo Cabanellas, el Estado 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.”⁵

1.1.1. Ventajas de su existencia

El Estado se obliga a cumplir con sus fines determinados a favor de la población existente en su territorio, quienes son los sujetos gobernados y que han de cumplir con la observancia del derecho vigente. El orden jurídico nacional determina los derechos y deberes de todos los habitantes del territorio y un orden jurídico parcial, que no es más que el Estado como persona jurídica sometida al derecho.

⁴ Constitución Política de la República. Pág. 3

⁵ Ibid, Diccionario de derecho usual. Pág. 219.

El Estado es la organización jurídico-política más perfecta que se conoce hasta el presente, 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 del Estado en tres 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 José Roberto 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"⁶

1.1.2. La actuación del Estado y el poder

El tratadista Guillermo Cabanellas establece que: "Poder Público es la facultad consubstancial con el Estado que le permite dictar normas obligatorias que regulen la convivencia

⁶ Ibid, Instituciones del derecho administrativo, Pág. 53

social de las personas que por vínculos personales o situación territorial se encuentran dentro de su jurisdicción legislativa o reglamentaria"⁷

El autor Manuel Ossorio respecto al poder público escribe que: "La potestad inherente al Estado y que autoriza para regir, según reglas obligatorias, la convivencia de cuantos residen en territorio sujeto a sus facultades políticas y administrativas"⁸

Para ejercer el poder es necesario que exista el elemento humano, que a través del desarrollo de actividades estatales, impulsen a la administración del Estado.

El poder público debe ser considerado de la siguiente manera, como competencia, un imperativo jurídico y un medio para realizar el fin fundamental del Estado, que es el bien común.

Es importante resaltar que el poder público, no equivale o no es lo mismo que Estado, ni debe confundirse con el concepto de este, el Estado es el continente y el poder público el contenido.

⁷ Cabanellas, Guillermo. *Ob. Cit.* Pág. 819.

⁸ Ossorio, Manuel. *Ob. Cit.* Pág. 873

El poder público implica la facultad de crear el derecho, definirlo en normas jurídicas y aplicarlo unilateralmente, sin previa consulta, empleando la coacción si es necesario.

El poder público es un conjunto de competencias constitucionales o de competencias reconocidas por la Constitución, que sirven para garantizar el propio orden jurídico.

Será el instrumento adecuado para realizar los fines fundamentales del Estado en especial del bien común o interés público. La Constitución Política de Guatemala, en el título IV, capítulo I ilustra sobre el ejercicio del poder público y establece que el poder proviene del pueblo, pero agrega que ese ejercicio, está sujeto a limitaciones que señala la ley. Es decir que ninguna persona, sector del pueblo, fuerza armada o política puede arrogarse esa facultad.

El poder es entonces, la 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.

Radicando la soberanía en el pueblo quien la delega en sus representantes, quienes ocuparán los diferentes cargos en el Organismo Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en ningún momento la Constitución Política, emplea el vocablo poder para identificar a esos órganos; lo que ha hecho es englobarlo en la frase poder público y estaría ajustándose al criterio de que no hay división de poderes porque el poder del Estado es uno.

1.2. Elementos del Estado

En las definiciones doctrinales del Estado siempre van a encontrarse tres elementos esenciales, sin los cuales no es

posible concebir la existencia de éste: En primer lugar un pueblo al que se puede denominar sociedad, colectividad, nación, etc. un territorio y un gobierno, que es, precisamente, la organización política que detenta el poder.

Territorio, en una primera instancia, es una porción de la superficie terrestre perteneciente a una nación, provincia o región. En segunda instancia, territorio es una entidad política regida por un gobernador, ocupada por un pueblo, sometida a la misma soberanía y separada de los pueblos vecinos por límites o fronteras.

Gobierno, por su parte, es el conjunto de personas y órganos revestidos de poder para expresar la voluntad del Estado y hacer que ésta se cumpla. A su vez, poder es la suprema potestad rectora y coactiva del Estado, la cual le da competencia y facultad a éste para cumplir con sus objetivos naturales.

De esta manera, territorio, población y gobierno están sometidas al imperio de la ley para garantizar su existencia ordenada y la convivencia política. El Estado contemporáneo ha sufrido importantes cambios a través de la historia, pero que el cambio fundamental lo ha representado, a partir de la

segunda mitad del siglo XIX, la gradual integración del Estado con la sociedad civil, que ha terminado de alterar la forma jurídica tradicional del Estado, los procedimientos de legitimación y la estructura de la administración.

Respecto a la población se conoce al conjunto de seres humanos cuya conducta se coordina de manera específica: en términos generales, la comunidad se configura como una estructura de conducta orientada con sentido y, la comunidad estatal, en particular, se constituye como una estructura de acción, jurídicamente organizada y que esta acepción del Estado se aproxima a uno de los significados originarios del término status, que designa una situación de Estado, una determinada constitución de la convivencia.

Los elementos del Estado contemporáneo son el pueblo, el territorio, el gobierno y una serie de cuerpos intermedios, es decir, organismos que fungen como voceros del pueblo en sociedades muy grandes y complejas. Estos organismos recogen, sintetizan e interpretan, o bien, transmiten literalmente, la opinión, el sentir, las tendencias del pueblo con la fuerza que le da su personalidad jurídica y sus recursos legales y financieros.

1.3. La finalidad del Estado

La finalidad principal del Estado es el bien común, objetivo que se desea alcanzar con la ayuda y participación del poder y establecimiento del orden.

La satisfacción de las necesidades de los habitantes de un territorio determinado, es prioridad estatal, se busca que esos individuos tengan los satisfactores sociales que les permitan vivir social y familiarmente estables, con un Estado que busca su protección y desarrollo.

El bien común no es más que el bien humano, una nueva forma y un nuevo valor del bien de los hombres en cuanto se integran dentro de una comunidad.

La proyección del bien común en la vida social, se realiza mediante la unidad y articulación del orden que se cumple a través del derecho. Se habla 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.

El bien común se distingue del bien individual y del bien público, ya que el bien público es de todos en cuanto que están unidos y el individual es el objetivo de cada persona en cuanto ser aparte de los demás ciudadanos. En contraparte, el bien común es de los individuos en cuanto que son miembros de un Estado. De esta manera, no importa que la persona no lo busque, basta con que alguien más lo busque para que ésta, incluso siendo apática o indiferente, goce del privilegio de tenerlo.

1.4. El estado de derecho

El imperio de la ley, constituye la nota primaria y fundamental del estado de derecho. En el contexto ideológico-político en que tiene sentido y aplicabilidad la noción referida. En el estado de derecho, la ley es la concretización racional de la voluntad popular, manifestada con las posibles intervenciones del ejecutivo, a través de un órgano de representación popular libremente elegido.

La ley norma las relaciones entre individuos y gobierno, entre las autoridades y entre los mismos individuos. Este orden se rige por una ley suprema, es decir, la Constitución, y por las

normas, reglas o actos que se derivan de ella, esto es lo que propiamente se considera un orden jurídico.

Por estado de derecho debemos entender que toda acción social y estatal debe estar mediada por una ley o norma orgánicamente dispuesta dentro de un sistema. Por tanto, el correcto funcionamiento del poder político estatal debe estar subordinado a un cumplimiento absoluto del orden jurídico vigente sintetizado, en la mayoría de los casos, por el texto constitucional.

Ningún hombre está por arriba de la ley, es decir, cada hombre está sujeto a la ley, y ningún hombre puede ser castigado o sufrir pena sobre su cuerpo o sus bienes, salvo que haya cometido una violación a la ley y así lo determinen las autoridades competentes a través de un proceso imparcial.

De tal manera, puede considerarse al orden jurídico como la base de la convivencia humana, toda vez que, por medio de reglas y normas escritas, regula las relaciones y la conducta entre individuos para obtener, en el caso que nos interesa, seguridad para ellos mismos.

El orden jurídico marca la pauta de dichas relaciones así como las sanciones a las que se harán acreedores aquellos que

incumplan con lo dispuesto en ellas atentando en contra de la estabilidad y la paz social al igual que en contra de la tranquilidad, integridad y derechos de los demás.

1.5. Objetivos del Estado

Dentro de los objetivos del Estado se pueden establecer los siguientes:

- La consecución del bien común.
- La interpretación y aplicación correcta del interés general.
- La obediencia del mandato popular.
- El logro del equilibrio y la armonía de toda la población.

El Estado no debe tener otros fines que los de la sociedad, aunque ciertos fines forman tareas u operaciones técnicas de su actividad para facilitar o preparar el cumplimiento de los objetivos del Estado. El Estado busca la obtención del bien común, tal como se observa en la teoría clásica de la administración pública. En cambio, el pensamiento político contemporáneo se refiere al bien público y al interés general.

El interés general o interés público es la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales y, asimismo, el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en la cual la mayoría de los individuos reconoce también un interés propio y directo.

CAPÍTULO II

2. La administración pública

2.1. El derecho administrativo

El autor Manuel 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, para la satisfacción concreta, directa o inmediata de las necesidades de la colectividad, bajo el orden jurídico estatal."⁹

El tratadista Guillermo 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"¹⁰

Es entonces el derecho administrativo una rama del derecho público que tiene por objeto el estudio del régimen

⁹ Ossorio, Manuel. *Ob. Cit.*. Pág. 230

¹⁰ Cabanellas, Guillermo. *Ob. Cit.*. Pág. 572

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.

Se define al derecho administrativo como: “El conjunto de normas jurídicas y principios de derecho público interno, que regula la organización y actividad de la administración pública, las relaciones que se dan entre la administración y los particulares, las relaciones entre los órganos y su control.”

2.2. Características del derecho administrativo

Dentro de las características del derecho administrativo se pueden enunciar las siguientes:

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

A pesar de que surge con la revolución Francesa y nace como producto del surgimiento del estado de derecho, se le considera un derecho nuevo y joven puesto que las necesidades de la población y los cambios que debe realizar el Estado para satisfacer las mismas transforman constantemente el mundo del derecho administrativo.

2.2.2. No codificado

En el derecho administrativo no se puede hablar de una codificación, es decir lograr regular el funcionamiento de todo el ente estatal y demás instituciones en un solo cuerpo normativo, puesto que solo se ha logrado establecer de las competencias administrativas

2.2.3. Derecho autónomo

Es autónomo por la especialización y relaciones que regula, basados en el principio de normatividad que lo informa. Además establece sus propios principios e instituciones que lo hacen una rama más del mundo del derecho.

2.2.4. Subordinado

Porque depende de una ley superior, en este caso la Constitución Política de la República y demás leyes constitucionales, es decir que la actuación de las entidades del Estado debe regirse únicamente por la ley.

2.2.5. Dinámico o mutable

Es dinámico por la naturaleza del servicio y por la labor que desarrolla la administración pública que se encuentra en

constante cambio, más que todo en los procedimientos administrativos.

2.3. Concepto general de administración y administración pública

El autor Álvarez-Gendín, expresa que: “La palabra administración etimológicamente viene del latín Ad y del verbo Ministro-as-are, administrar servir, ejecutar y singularmente del sustantivo ministratio-ministrationes, servicio, acto de servir. La preposición ad rige acusativo, de donde resulta administrationem, acerca del servicio administración, régimen, gobierno.”¹¹

Desde un punto de vista etimológico, la palabra administración da la idea que ésta se refiere a una función que se desarrolla bajo el mandato de otro; de un servicio que se presta, es decir que existe subordinación así como servicio.

El autor Manuel Ossorio establece respecto a la administración: “Ordenamiento económico de los medios de que se dispone y uso conveniente de ellos para proveer a las propias necesidades.”¹²

¹¹ Álvarez Gendín, Sabino, *Tratado general de derecho administrativo*. Pág. 54

¹² Ossorio, Manuel. *Ob. Cit.* Pág.36

Administración será entonces el proceso social de planificar, organizar, dirigir, coordinar y controlar un grupo humano particular para lograr un propósito determinado.

Para Guillermo Cabanellas administración en sentido amplio es: “Gestión, gobierno de intereses o bienes; en especial, de los públicos...”¹³

Respecto a la administración pública, el autor Manuel Ossorio señala: “ Es 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.”¹⁴

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

¹³ Cabanellas, Guillermo. *Ob. Cit.* Pág. 167

¹⁴ Ossorio, Manuel. *Ob. Cit.* Pág.37

relaciones con otros organismos semejantes como los particulares para asegurar la ejecución de su misión”¹⁵

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.

2.4. La organización de la administración pública

Respecto a la organización de la administración pública, es necesario resaltar que todo elemento del Estado, necesita

¹⁵ Fraga, Gabino. Derecho administrativo. Pág. 4

ordenarse adecuada y técnicamente, es decir, organizarse, para realizar su actividad en forma rápida, eficaz y conveniente.

Lo anterior se lleva a cabo a través de la evolución de la administración pública, buscando formas de organización que respondan lo mejor posible a las necesidades del país en un momento determinado.

El Organismo Ejecutivo y las entidades públicas de la administración estatal, con la finalidad de lograr la unidad de la acción, dirección y ejecución, así como evitar la duplicidad de los esfuerzos y alcanzar económicamente, los fines y cumplir las obligaciones del Estado, señalados por la Constitución Política, deben organizarse. Dentro de las formas de organización administrativa, se pueden enunciar cuatro, siendo las que a continuación se desarrollan.

2.4.1. La desconcentración administrativa

Se denomina así a la 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 esta forma de organización principalmente por cinco circunstancias:

- Existe una independencia relativa o parcial, pues aún existe vínculo de dependencia entre el órgano superior y el inferior.
- 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.
- 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.

2.4.2. La descentralización administrativa

Esta representación de organización administrativa, 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.

Esta forma de organización se caracteriza por las siguientes circunstancias:

- Se transfieren del órgano central poderes de decisión y de mando a otras entidades;
- El órgano descentralizado goza de independencia administrativa, realiza todas sus funciones sin depender directamente del gobierno central, sin perjuicio a que en ciertos casos se ejerza determinado control o vigilancia;
- El Estado a través de la ley ordinaria otorga personalidad jurídica y patrimonio propio para que puedan ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismo. Se crea una nueva persona jurídica de carácter público distinta del Estado, pero parte de la estructura estatal;
- Se rigen por una ley orgánica, la cual regula su personalidad, su patrimonio, su denominación, su objeto y su actividad;

- Manejan su presupuesto con el objeto de que puedan administrar sus recursos y realicen sus actividades económicas por sí mismos; y
- Se les permite emitir sus propias normas jurídicas estatutos y reglamentos, pero sin violar la ley orgánica que las creó ni la Constitución Política de la República.

Respecto a la 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;

2.4.3. La autonomía

En esta forma de organización 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, lo que se conoce como autarquía.

Se caracteriza principalmente las circunstancias que se describen a continuación:

- Las entidades autónomas no dependen del Organismo Ejecutivo, es decir que este, no ejerce ninguna clase de control político o financiero, pues no manejan fondos públicos sino privativos;
- Como órganos autónomos pueden designar a sus propias autoridades, teniendo su propio representante legal;
- Se rigen por sus propias leyes, es decir que crean sus propios estatutos y reglamentos.
- Generalmente la autonomía es reconocida por la ley constitucional;
- 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.
- Cuentan con capacidad para tomar sus propias decisiones y gestionar sus asuntos por sí mismos;

- La autoarquía 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;

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.

2.4.4. La centralización o concentración administrativa

Se denomina así a 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.

2.5. Elementos de la administración pública

En la administración pública, los elementos importantes se pueden resumir y explicar de la siguiente manera:

- El órgano administrativo
- La actividad administrativa
- La finalidad, y
- El medio

2.5.1. Actividad

La actividad administrativa se desarrolla a través de la prestación de los servicios públicos, a los cuales está obligada la administración pública para el logro de su finalidad.

2.5.2. El órgano administrativo

Se consideran órganos administrativos a todos aquellos que pertenecen a la administración pública y que son el medio o el conducto por medio del cual se manifiesta la personalidad del Estado.

2.5.3. Finalidad

La finalidad no es más que el bien común o bienestar general de toda la población, elemento no sólo doctrinario sino Constitucional, expresado dentro del artículo 1 de la Constitución Política de la República que establece: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.”

2.5.4. El medio

El medio que la administración pública utiliza para el logro del bienestar general o el bien común es el Servicio Público.

2.6. Principios de la administración pública

Los principio que rigen y sobre los cuales descansa la actuación de la administración pública son el principio de legalidad y el principio de juridicidad, los cuales son desarrollados a continuación:

2.6.1. El principio de legalidad

Para este principio aplicado a la administración pública, lo fundamental es la aplicación de la ley. Es decir que el administrador o sea las entidades del Estado, no puede actuar si no existe una norma legal que le otorgue competencia para poder hacerlo.

Toda la actividad administrativa del Estado se considera sometida a la ley. Esto 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.

2.6.2. El principio de juridicidad

La aplicación de este principio como base fundamental de la administración pública, es que a falta de una ley que regule la actuación de la administración pública, esta puede recurrir a los principios generales del derecho o a las instituciones doctrinarias, evitando caer en una arbitrariedad.

En la administración pública es necesaria la juridicidad, puesto que 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.

Cuando 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 Hugo 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".¹⁶

2.6.3. El abuso y la desviación del poder público

Respecto al abuso de poder, este implica la extralimitación de un funcionario en las atribuciones sin tener la competencia administrativa. Entonces es el uso y el ejercicio del poder fuera de la competencia administrativa.

Respecto a la desviación de poder público, este se refiere al uso y ejercicio de la competencia administrativa con un fin distinto del que otorga la ley.

El autoritarismo guatemalteco se a utilizado durante años como método de hacer gobierno. La discrecionalidad, sirve de fundamento para afirmar que los funcionarios y empleados

¹⁶ Calderón Morales, Hugo Haroldo. *Derecho Administrativo*. Pág. 28

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.

2.7. Clases de administración

Dentro de la administración pública, existen cuatro clases de administración, denominadas también formas de administrar, siendo las siguientes:

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

2.7.1. De planificación

El tratadista Guillermo 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.¹⁷

Consiste en fijar con precisión lo que va a realizarse a futuro, determinar el curso concreto de la acción que ha de

¹⁷ Cabanellas, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 259

seguirse, que principios habrán de orientar a la administración al desarrollo de sus operaciones determinando el tiempo y los números, necesarios para su realización.

Se dirige 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.

Se deben contar con 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.

2.7.2. 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.

2.7.3. De control

Esta clase de administración, se encarga que las tareas administrativas se realicen de conformidad con las normas establecidas.

Respecto al control Guillermo Cabanellas, señala: “Predominio, hegemonía, supremacía... dirección, guía.”¹⁸

Son 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.

2.7.4. De asesoría

Se desarrolla una actividad importante dentro de la administración pública. Su función es aconsejar o asesorar al

¹⁸ Cabanellas, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 362

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.”¹⁹

¹⁹ Cabanellas, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 168

CAPÍTULO III

3. La contratación administrativa del Estado

3.1. El contrato administrativo

La contratación administrativa, es el medio por el cual el Estado a través de sus instituciones trata de satisfacer las necesidades de la población, así como a través de los contratos administrativos, busca obtener los insumos, así como desarrollar las obras que le permitan cumplir con sus objetivos y que sean del interés general.

La celebración de contratos administrativos entre el Estado y los particulares, así como su concepto no difiere del concepto de contrato en el derecho privado, pero al ser una de las partes el Estado, tiene características propias.

La administración pública ejercerá siempre prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo.

El objeto de la celebración de un contrato se rige por el derecho público. En todo contrato administrativo tiene que participar un órgano estatal en ejercicio de función y competencia administrativa.

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, entre otros.

El Estado necesitará 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.

El tratadista Manuel Ossorio define el contrato administrativo así: “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 del derecho administrativo.”²⁰

Los contratos administrativos tienen una característica especial y es que en ellos una de las partes de la

²⁰ Ossorio, Manuel. Ob. Cit. Pág. 167.

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 cotización, mientras que en el derecho civil o mercantil lo que importa es únicamente la voluntad de las partes.

3.2. Características

Son diversas las características de los contratos. Para desarrollar las características del contrato administrativo, se enuncian las siguientes:

3.2.1. Cláusulas exorbitantes

Se da cuando en la celebración de algunos contratos, las 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.

3.2.2. 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.

3.2.3. Preferencia del Estado

La administración pública, impone sus condiciones para contratar y en su caso, para obligar al cumplimiento coactivo del contrato, es decir que efectivamente el Estado actuará con cierta aplicación de su poder estatal.

3.2.4. 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.

3.3. Procedimientos de contratación

Respecto al procedimiento de contratación, derivado que es producto de una declaración de voluntad del Estado, a

través de sus órganos centralizados y entidades autónomas y descentralizadas, con una persona individual o colectiva, privada o pública con el compromiso del primero de pagar honorarios por la actividad, servicio que le presta el contratante, existen entre los procesos de contratación los siguientes:

3.3.1. Contrato abierto

El contrato abierto es aquel que se celebra con la exoneración de los requisitos de licitación y cotización, la cual puede hacerse directamente con los proveedores con quienes el Ministerio de Finanzas Públicas previa calificación del proveedor de cotización y adjudicación hubiere celebrado contratos abiertos.

La compra de suministros de uso común o de considerable demanda puede hacerse mediante el contrato abierto.

3.3.2. Compras directas

Se refiere a la contratación que se efectúa en un solo acto, con una misma persona y por un precio de hasta diez mil quetzales (Q.10,000.00). Esta se realizará bajo la responsabilidad y autorización previa de la autoridad

administrativa superior de la entidad interesada, tomando en cuenta el precio, calidad, el plazo de entrega y demás condiciones que favorezcan los intereses del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas.

La misma Ley de Contrataciones del Estado establece que en caso de ausencia de ofertas fehacientes, se podrá hacer compra directa, sin atender los límites establecidos en la ley.

Siempre deberá tenerse en cuenta, precio, calidad y plazo de entrega que favorezcan al Estado. El Ministerio de Finanzas, deberá anunciar los precios por una sola vez en el diario oficial y otra en otro diario de mayor circulación en el país. Cumplidos los requisitos se suscribirá el contrato, dentro de un plazo de diez días contados a partir de la adjudicación definitiva.

La aprobación del contrato se hará por medio de autoridad superior del organismo del estado o dependencia que se trate. Deberá constar en papel membretado de la empresa contratante, en caso de que tengan que inscribirse o anotarse en los registros deben de constar en escritura pública autorizada por el escribano de gobierno. Los contratos pueden suscribirse ante notario siempre que el estado no deba pagar

los honorarios.

3.3.3. Licitación

Es un procedimiento administrativo, que tiene por objeto seleccionar al contratante de la administración pública, evaluando las condiciones técnicas y económicas, a efecto de determinar la idoneidad del sujeto elegido, verificando que ofrezca las condiciones más convenientes, sobre todo el precio para el órgano o entidad convocante.

3.3.4. Cotización

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.

CAPÍTULO IV

4. El control de la actividad administrativa

4.1. Controles de la actividad administrativa del Estado

La necesidad de evaluar la gestión de los organismos públicos, en el desenvolvimiento de sus funciones, se debe hacer estableciendo para ello sistemas internos y externos de control que examinen el cumplimiento de las políticas, metas y objetivos propuestos y la calidad de los servicios prestados a la ciudadanía.

En este contexto es recomendable además la creación de instituciones nacionales de evaluación que permitan desarrollar estos sistemas, 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, 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.

Las reformas del Estado no deben apuntar sólo a lograr servicios públicos más eficientes y de mayor calidad, sino también a la construcción de la ciudadanía y al fortalecimiento de la democracia.

Los controles implican que las tareas se realicen conforme a las normas establecidas, tomando en cuenta la calidad, auditorias, especificaciones técnicas, procedimientos establecidos, etc., máxime cuando se realiza 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 vigilantes con el actuar de los funcionarios y empleados públicos de las diferentes instituciones del Estado, naturalmente respetando las 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:

- Parlamentario
- De respecto a los derechos humanos

- Del gasto público
- Interno
- Directo
- Judicial
- Constitucional

4.2. Interno

Se realiza en la administración pública internamente, 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. Por lo tanto las decisiones tomadas por las autoridades superiores, rara vez serán impugnadas o incumplidas por los trabajadores del Estado, máxime si existe subordinación entre los mismos.

Siendo un tipo de control basado en jerarquía, no es una garantía para el particular, que la actividad administrativa desarrollada por las diferentes dependencias del Estado, no se

vea influenciada por intereses de las autoridades superiores de una Institución pública.

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.

4.3. 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 desarrollan con distintos procedimientos. 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 Gabino 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.”²¹

4.4. Judicial

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

²¹ Fraga, Gabino. Ob. Cit. Pág. 434

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, 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.”²²

²² Corte de Constitucionalidad, Constitución Política de la República de Guatemala y su interpretación por la Corte de Constitucionalidad. Pág. 175.

4.5. Constitucional

Este tipo de control se ejerce y ejecuta por parte de 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.

4.6. Parlamentario

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.”

El Congreso de la República a través de la interpelación dirigida hacia los diferentes ministros de gobierno, ejerce este tipo de control.

4.7. De derechos humanos

Este tipo de control se ejecuta para garantizar el respeto a los derechos humanos, es una institución 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.

4.8. Del gasto público

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.

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.

CAPÍTULO V

5. El proceso de cotización en el derecho guatemalteco

5.1. Definición de cotización

Guillermo 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.”²³

El autor Manuel 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 de las operaciones y transacciones reales y legítimas verificadas habitualmente en las bolsas o mercados.”²⁴

De conformidad con la Enciclopedia Encarta 2006 establece: “cotizar. Poner o fijar precio a algo. Estimar, particularmente de forma pública, a alguien o algo en relación con un fin determinado. Publicar en la bolsa el precio de los efectos públicos allí negociados”²⁵

²³ Cabanellas, Guillermo, *Ob. Cit.* Pág. 404

²⁴ Ossorio, Manuel. *Ob. Cit.* Pág. 182

²⁵ Enciclopedia Encarta 2006. Cd. Room.

El diccionario Enciclopédico Lexus establece: "... publicar el precio de los valores y poner o fijar precio a alguna cosa"²⁶.

5.2. El proceso de cotización

La cotización pública es un procedimiento legal y técnico de invitación a los interesados en prestar un servicio o construcción de una obra para el Estado y demás entidades públicas descentralizadas, autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades, entre otras, para que, conforme a las bases preparadas al efecto, llamadas "bases de cotización", se formulen propuestas y ofertas, de las cuales se elige y acepta la más ventajosa mediante un proceso de adjudicación, que se perfeccionará y culminará con un contrato.

El Decreto Número 57-92 del Congreso de la República que contiene la Ley de Contrataciones del Estado, pretendía evitar los serios obstáculos para la pronta ejecución de obras y adquisición de bienes, suministros y servicios que requiere las entidades del Estado, dotando de un mecanismo legal a la administración pública, para que se regule la compra, venta y la contratación de bienes, suministros, obras y servicios.

²⁶ Diccionario enciclopédico Lexus. Pág. 345

De conformidad con la ley, debe conformarse una junta de cotización, la cual es considerada como el único órgano competente dentro de la entidad que desea cotizar alguna obra, suministro, equipo, etc., para que pueda recibir, calificar ofertas y adjudicar el negocio.

El proceso de cotización, es entonces 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 seleccionara y aceptara 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.

5.3. Fases del proceso de cotización

El proceso de cotización pública se integra por varias fases, es decir, desde el momento mismo de la necesidad de crear un proyecto, necesitar un suministro o proveerse de equipos necesarios para el desarrollo de actividades de la administración pública.

5.3.1. Inicial o preparatoria

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

En esta fase se establecen 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.

5.3.2. Esencial

Son los actos dirigidos a lograr la manifestación de voluntad común del ente público que cotiza y de un tercero contratista.

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.

5.3.3. Integrativa

Esta fase da lugar a la voluntad objetiva y a su exteriorización en un contrato, perfeccionado en la forma en que el derecho positivo lo prevea: La notificación de la adjudicación, aprobación de la adjudicación, instrumentación escrita, etc.

5.4. Las bases de cotización

Es un conjunto de actos, en suma, un procedimiento administrativo especial que tiene que ver con la formación del vínculo jurídico y 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 oferente 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 19 de la Ley de Contrataciones del Estado establece: "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 pliegos, 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 plicas. 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."

5.5. Integración de la junta de cotización

La forma de integrar cada junta de cotización, según la entidad de que se trate, es la parte central de la presente investigación. Debe ser integrada con 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 tengan 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.”.

Iniciado el proceso de cotización, se desarrollan los actos dirigidos a lograr la manifestación de voluntad común del ente público que cotiza y de los oferentes que manifiestan su voluntad de participar y ofertar, inclusive a través del sistema nacional de Guatecompras.

Aparentemente se cumplen los presupuestos jurídicos conforme lo estipula nuestra legislación, sin embargo, el

problema no es simplemente llenar requisitos y lograr que toda la operación de un proceso de cotización este blindado y no se detecten las irregularidades en que se incurre, logrando así que los órganos de control, tanto gubernamentales como de la sociedad civil, den por aprobado el proceso.

El autor Hugo Calderón²⁷, indica que las juntas de cotización, constituyen el único órgano que tiene la competencia, para recibir, calificar ofertas y adjudicar el negocio.

5.6. Los oferentes

Uno 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,

²⁷ Calderón Morales, Hugo Haroldo. *Ibid.* Pág. 223

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.

5.7. Guatecompras

Se denomina así al sistema electrónico de licitaciones y adquisiciones de Guatemala. La necesidad de agilizar y transparentar el uso de medios electrónicos para comprar y contratar bienes y servicios, es lo que lleva al gobierno a implementar el sistema de Guatecompras, el cual comenzó a funcionar hasta el año 2004, cuando se hizo obligatorio su utilización y que definitivamente se tomó la bandera de transparentar la gestión pública.

Su uso es obligatorio por todas las entidades del sector público, incluyendo a las municipalidades, 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

5.8. La independencia y autonomía de la junta de cotización

A través de la jerarquía que existe entre las autoridades superiores de cada Institución pública y los subordinados que serán nombrados para la conformación de una junta de cotización, estarán siempre influenciados por esa subordinación a regirse por las instrucciones que reciban de la autoridad superior.

Es decir que la junta de cotización no goza de una autonomía total para decidir sobre el evento de cotización, su integración por personal en relación de subordinación es un vicio inminente, puesto que no existirá transparencia en la adjudicación del evento.

5.9. Integración de juntas especializadas

Establecido en la presente investigación que la integración arbitraria de las juntas de cotización con personal de la propia Institución del Estado que desea cotizar, aunado a la subordinación jerárquica y la dependencia de la relación funcional – autoridad y empleado-, no garantiza la transparencia de un proceso de cotización pública, puesto que existe temor de ser despedido del trabajo, es el vicio principal de los procesos de cotización en Guatemala.

La autoridad superior de cada institución pública, puede ejercer presión sobre la decisión de los miembros de la junta de cotización en cuanto a la entidad a la que debe adjudicársele el proyecto o suministros cotizados. En muchas ocasiones se conforman las juntas de cotización, con personal que no tienen los conocimientos básicos para calificar la mejor oferta, por no ser profesionales, puesto que no en todos los casos la oferta de menor valor llenará las expectativas de la Institución.

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

consiguiente, existen influencias que no pueden ser detectadas por los administrados en el momento de realizarse un evento de cotización pública.

Por lo que se hace necesario establecer mecanismos que permitan profesionalizar las juntas de cotización, desligando a la autoridad superior de cada institución gubernamental de la arbitrariedad de su elección y nombramiento.

5.10. Efectos negativos de la subordinación jerárquica

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.

La Junta es nombrada por la autoridad administrativa superior, en este caso, lógicamente esta autoridad nombrará 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 más 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.

La integración de la junta de cotización debiera ser con personal profesional, es decir que cuando el proceso de cotización se trate de una obra de construcción de un edificio, la junta de cotización debiera ser integrada así: Un ingeniero civil por el tipo de proyecto, un abogado y notario quien establecerá la legalidad de todo el proceso, ambos profesionales debidamente colegiados y 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.

5.11. Proyecto de reforma a la ley

Debiendo ser una política de Estado a favor de la transparencia en la administración de los recursos de las instituciones públicas, es urgente corregir estos aspectos haciendo la reforma legal que permita garantizar la integración de una junta de cotización con personal calificado para tal función y que no dependa específicamente de cada institución o ente público.

Queda demostrado que no existen requisitos de carácter técnico o profesional para integrar una junta de cotización. No se determinan los criterios que deben respetarse en las juntas de cotización, al calificar las ofertas cuando existen requisitos técnicos y jurídicos. La oposición de un miembro de la junta de cotización ante la autoridad superior, contempla el peligro de perder su empleo, lo que permite ser influenciado por la autoridad superior.

El autor de la presente investigación considera que la reforma del artículo 15 de la Ley de Contrataciones del Estado,

permitirá que en el proceso de cotización, la calificación de la mejor oferta sea realizada por miembros de una junta de cotización, que sean profesionales en diferentes campos (ingeniero, abogado y notario, médico, arquitectos, etc.), según el proyecto o suministro u obra que desea cotizarse, en el cual como entidad profesional tengan independencia y responsabilidad de sus decisiones.

Por lo que se transcribe el artículo como aparece en la Ley de Contrataciones y posteriormente se propone la reforma de dicho artículo.

➤ **Legislación actual**

“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.“

➤ **Proyecto de Reforma**

“ARTÍCULO 15. Integración de la Junta de Cotización. La junta de cotización se integrará por tres miembros, quienes deberán ser profesionales en diferentes campos, procurando tener relación y conocimiento sobre la legalidad y aspectos

técnicos de la obra, proyecto o suministros que deseen obtener los entes públicos. Estos gozan de autonomía en sus decisiones, así como de responsabilidad profesional y administrativa en todo el proceso de cotización en que participen. Si la institución o ente público, no contara con el personal idóneo, podrá recurrir o solicitar la colaboración a otra institución pública del Estado“

CONCLUSIONES

1. Existe falta de transparencia, cuando la calificación de ofertas y la adjudicación de la obra o la compra en el proceso de cotización, se realiza únicamente por la junta de cotización, sin participación de los oferentes.
2. Las juntas de cotización, se ven influenciadas y presionadas por la autoridad administrativa superior de cada Institución o ente público, quienes ejercen presión sobre los trabajadores nombrados, quienes por su relación de dependencia jerárquica deben realizar lo que se les solicita o exige.
3. La falta de profesionalización del personal que integran una junta de cotización, esta ausente en la actualidad, quienes integran dicho ente son personas que no poseen los conocimientos ni la experiencia necesaria para desarrollar adecuadamente su función.
4. La entidad a través de la cual se realizan las publicaciones de los diferentes eventos por medio de Internet, denominado Guatecompras, no llena las expectativas de la población en el sentido de transparentar el proceso de cotización.

5. Existen vacíos legales en 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 los oferentes, tengan acceso total al momento de revisar las ofertas, conozcan del efectivo cumplimiento de lo requerido en las bases y puedan impugnar de inmediato cualquier anomalía que exista.
2. Evitar el manipuleo de ofertas por distintas personas, es decir que se unifique un lugar específico para desarrollar el evento de cotización fuera de la Institución pública, evitando provocar actos de corrupción.
3. El cumplimiento de los plazos para el desarrollo de cada evento de cotización sea respetado, puesto que se otorgan adendas que permiten el manipuleo en el tiempo y desarrollo de cada actividad.
4. La profesionalización de las personas que integran las juntas de cotización en las dependencias del Estado, sean independientes a cada institución pública, lo que evitará injerencias en dicho personal, quienes pueden llegar en algún momento a constituir juntas de cotización independientes y autónomas.

Bibliografía

ADAMS, John Clarke. **El derecho administrativo norteamericano.**
Traducida al Español por Dionisio Pietriella, Buenos Aires,
Argentina: Ed. De Palma, 1964.

BREWER, Allan R. **Estado de derecho y control judicial.**
Colección Administración Pública en América Latina, No.4
INAP de Madrid, España: Ed. Ramón Sopena, 1987.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho
usual.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasa S.R.L., 1979.

CANASI, José. **Derecho administrativo.** Buenos Aires, Argentina:
Ed. De Palma, 1974.

CASTILLO, 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. Driskin S.A., 1973.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires, Argentina: Ed.
Driskin S.A., 1979.

FLAMENCO, José. **Teoría del acto administrativo**. Tesis, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala: (s.e), 1989.

FRAGA, Gabino. **Derecho Administrativo**. Vigésima Primera edición, México: Ed. Porrúa, S.A., 1981.

GODÍNEZ, Rafael. **Los contratos administrativos**. Temas de Derecho Administrativo, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1990.

GODINEZ, Rafael. **Marco jurídico político de la administración pública guatemalteca**. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, USAC., Guatemala: 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. Heliasta, 1982.

SINEX, Jeanne. **Desconcentración administrativa**. Colección seminarios No. 4 Secretaría de la Presidencia, Dir. General de Estudios Administrativos. México: Ed. Complejo editorial mexicano, S.A., 1976.

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

Legislación

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

Código Municipal. Decreto 12-02 del Congreso de la República, 2002.

Código Civil. Decreto Ley 106, del Jefe de Gobierno, 1963.

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

Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural. Decreto 11-02 del Congreso de la República, 2002.

Ley General de Descentralización. Decreto 14-02 del Congreso de la República, 2002.

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