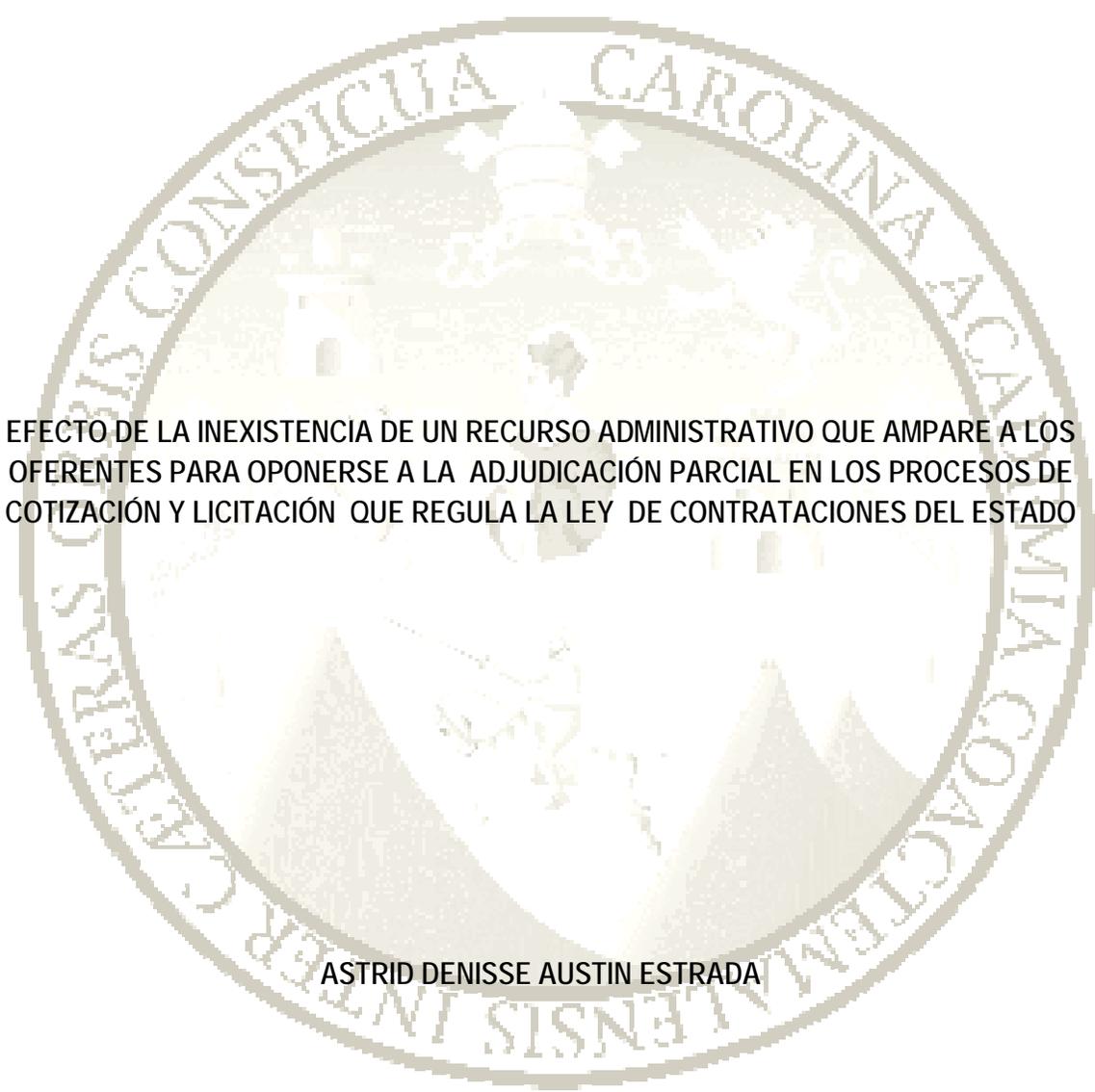


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



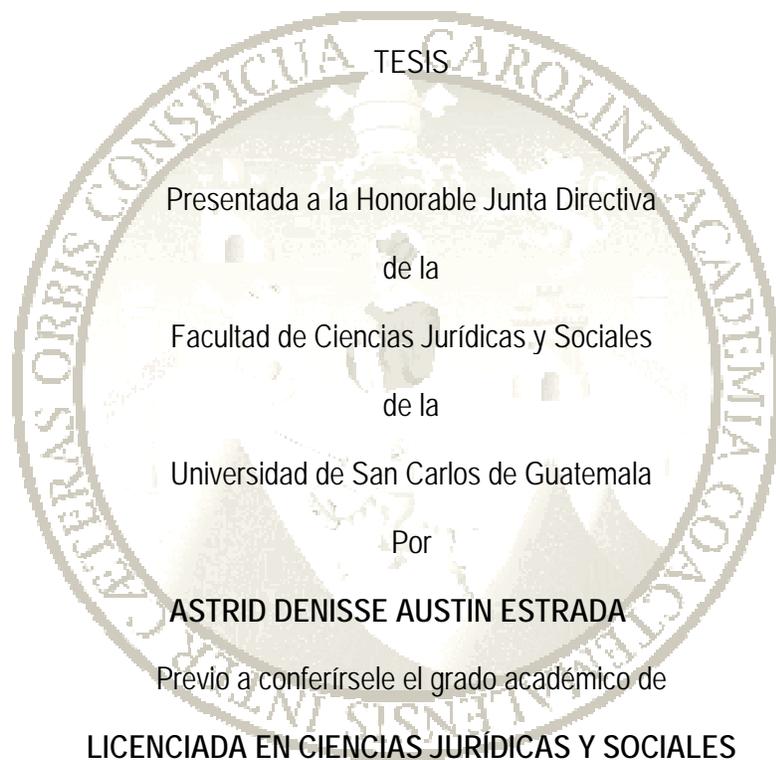
EFECTO DE LA INEXISTENCIA DE UN RECURSO ADMINISTRATIVO QUE AMPARE A LOS OFERENTES PARA Oponerse A LA ADJUDICACIÓN PARCIAL EN LOS PROCESOS DE COTIZACIÓN Y LICITACIÓN QUE REGULA LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

ASTRID DENISSE AUSTIN ESTRADA

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2008

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

EFFECTO DE LA INEXISTENCIA DE UN RECURSO ADMINISTRATIVO QUE AMPARE A LOS
OFERENTES PARA Oponerse a LA ADJUDICACIÓN PARCIAL EN LOS PROCESOS DE
COTIZACIÓN Y LICITACIÓN QUE REGULA LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO



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

ASTRID DENISSE AUSTIN ESTRADA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, septiembre de 2008.

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. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V: Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidente: Lic. César Augusto Conde Rada
Vocal: Lic. Luis Emilio Orozco Piloña
Secretaría: Licda. Floridalma Carrillo Cabrera

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Manuel Vicente Roca
Vocal: Lic. Juan Carlos Godínez Rodríguez
Secretario: Lic. Menfil Osberto Fuentes Pérez

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

Licda. MARISOL MORALES CHEW.

5ª. Ave. 11-70 zona 1, of. 4E Edificio Herrera, Teléfonos: 22381503 y 22382184.



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



Licenciado Castillo Lutín:

Respetuosamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que por resolución de fecha trece de agosto de dos mil siete, se me designó asesora del trabajo de tesis de la estudiante **ASTRID DENISSE AUSTIN ESTRADA**, intitulado: **"EFECTO DE LA INEXISTENCIA DE UN RECURSO ADMINISTRATIVO QUE AMPARE A LOS OFERENTES PARA Oponerse a la Adjudicación Parcial en los Procesos de Cotización y Licitación que Regula la Ley de Contrataciones del Estado"**.

En relación al tema investigado, manifiesto que procedí a realizar las recomendaciones y correcciones necesarias, de conformidad con el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Por lo que me permito rendir el presente dictamen:

1. El trabajo, en mi opinión es de interés y trascendencia para la administración pública, debido a que el tema se refiere a los procesos de licitación y cotización utilizados por el Estado para la adquisición de bienes y servicios, de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, toda vez que la sustentante, analiza en forma clara y precisa, desde el punto de vista legal, la problemática que surge a raíz de la inexistencia de un medio de impugnación que permita oponerse a la adjudicación parcial que realizan las Juntas de Cotización y/o Licitación;
2. Los anexos contenidos en el trabajo de investigación, reflejan los procedimientos, con que actualmente cuentan los administrados para oponerse a las resoluciones que afectan sus intereses, proporcionando una mejor comprensión del tema abordado;
3. La sustentante realizó con mucha dedicación su trabajo de investigación, habiendo utilizado bibliografía apropiada al tema abordado, así como las técnicas y métodos adecuados que le permitieron llegar a las conclusiones y a la formulación de recomendaciones.

Razón por la cual el trabajo de tesis cumple con los requisitos establecidos y emito DICTAMEN FAVORABLE, recomendando se continúe con el trámite de conformidad con la ley.

Atentamente,

Licda. Marisol Morales Chew
Abogada y Notaria
Colegiada activa No. 3985

Marisol Morales Chew
Abogado y Notario



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, seis de mayo de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) HUGO HAROLDO CALDERÓN MORALES, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ASTRID DENISSE AUSTIN ESTRADA, Intitulado: "EFECTO DE LA INEXISTENCIA DE UN RECURSO ADMINISTRATIVO QUE AMPARE A LOS OFERENTES PARA Oponerse a la ADJUDICACIÓN PARCIAL EN LOS PROCESOS DE COTIZACIÓN Y LICITACIÓN QUE REGULA LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO".

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 el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTIN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



Lic. Hugo Haroldo Calderón Morales
Abogado y Notario

Guatemala, 8 de mayo de año 2008.



Licenciado:

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

Licenciado Castillo Lutín:

Tengo el grato honor de informarle a usted, que en cumplimiento de lo dispuesto en la providencia correspondiente, procedí a revisar el trabajo de tesis de la bachiller **ASTRID DENISSE AUSTIN ESTRADA**, titulado:

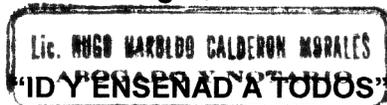
“EFECTO DE LA INEXISTENCIA DE UN RECURSO ADMINISTRATIVO QUE AMPARE A LOS OFERENTES PARA Oponerse a LA ADJUDICACIÓN PARCIAL EN LOS PROCESOS DE COTIZACIÓN Y LICITACIÓN QUE REGULA LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO”

Por tal razón, el trabajo se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnica de investigación utilizadas, la redacción, conclusiones, recomendaciones y bibliografía utilizada, así como los anexos insertos en el trabajo, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, por lo que, al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, **OPINO: Que el presente trabajo puede ser aceptado para el Examen Público de Graduación Profesional de su autora.**

Sin otro particular, me suscribo con las más altas muestras de consideración y estima.



Lic. Hugo Haroldo Calderón Morales
Abogado y Notario
Revisor de Tesis
Colegiado 3004





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, diez de junio del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ASTRID DENISSE AUSTIN ESTRADA, Titulado "EFECTO DE LA INEXISTENCIA DE UN RECURSO ADMINISTRATIVO QUE AMPARE A LOS OFERENTES PARA Oponerse a la Adjudicación Parcial en los Procesos de Cotización y Licitación que Regula la Ley de Contrataciones del Estado" 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



DEDICATORIA

- A Dios: Por sobre todas las cosas gracias Jesusito por compartir esta profesión conmigo y por demostrarme que todo lo puedo en Cristo que me fortalece.
- A mis padres: Gloria Ester Estrada Tobar.
Gracias por tu lucha incansable de sacarnos adelante sin importar lo difícil que fuera y lo que tuvieras que sacrificar, te amo con todo mi corazón, que Dios siempre llene tu vida de bendiciones.
Edwing Augusto Austin Recinos .
Que Dios te guarde y te bendiga
- A mis abuelos: Concepción López Tobar.
José Rigoberto Estrada Orellana.
Gracias por ser el pilar de la familia y el apoyo de mi madre, por su amor y sabios consejos que Dios los bendiga siempre.
- A mis hermanos: Jonathan Steven Austin Estrada.
Nathalie Zusette Austin Estrada.
Gracias hermanos por estar siempre a mi lado, por los momentos compartidos y por su amor.
- A mi sobrino: Jeremy Aldahir Austin Linares.
Para que el triunfo alcanzado le sirva de inspiración.
- A mis tíos: Gracias por su amor y apoyo.
- A mis primos: Que el triunfo alcanzado sea un estímulo de superación

A mi novio: Edwin Armando Taracena Palala.
Gracias por ser mi amigo, apoyarme en todo momento y cuidarme.

A mis amigos: Gracias por su amistad y por los momentos compartidos.

A las familias: Cerón Fion, Taracena Palala y Crooks Vásquez.
Gracias por apoyarme y por compartir su hogar conmigo.

A los profesionales: Lic. Rafael Godínez, Licda. Gladys Elizabeth Palala Gálvez,
Lic. Hugo Calderón y Licda. María Soledad Morales Chew.
Agradecimientos especiales por el apoyo brindado.

A mi querida: Universidad de San Carlos de Guatemala, a la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales y especialmente a la jornada matutina, por
brindarme la oportunidad de formarme en su seno.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El derecho administrativo.....	1
1.1 Concepto.....	1
1.2 Definición.....	2
1.3 Características del derecho administrativo.....	4
1.4 Sistemas de derecho administrativo.....	5
1.4.1 Sistema sajón.....	5
1.4.2 Sistema francés.....	5
1.4.3 Consecuencias de la Revolución Francesa.....	6
1.5 Relaciones del derecho administrativo con otras ciencias.....	6
1.5.1 Con el derecho constitucional.....	7
1.5.2 Con el derecho civil.....	8
1.5.3 Con el derecho mercantil.....	8
1.5.4 Con el derecho penal.....	8
1.5.5 Con el derecho procesal.....	9
1.5.6 Con el derecho internacional público, derecho consular y diplomático.....	9
1.5.7 Con el derecho notarial.....	10

	Pág.
1.5.8 Con el derecho del trabajo.....	10
1.5.9 Con el derecho agrario.....	11
1.5.10 Con el derecho financiero y derecho tributario.....	11
1.5.11 Con el derecho de propiedad industrial e intelectual.....	11
1.5.12 Con el derecho municipal.....	11
1.5.13 Con el derecho militar.....	12
1.5.14 Con el derecho marítimo.....	12
1.5.15 Con el derecho aeronáutico.....	12
1.5.16 Con el derecho petrolero y minero.....	12
1.5.17 Con el derecho ambiental.....	12
1.5.18 Con la economía política.....	13
1.5.19 Con la filosofía.....	13
1.5.20 Con la sociología.....	13
1.5.21 Con la estadística.....	13
1.5.22 Con la demografía.....	13
1.5.23 Con la geografía.....	13
1.5.24 Con la historia.....	14
1.5.25 Con la ciencias fenomenológicas.....	14
1.5.26 Relación del derecho administrativo con la ciencia administrativa	14

CAPÍTULO II

2. Organización pública del Estado de Guatemala.....	15
2.1 División de poderes.....	15

	Pág.
2.2 Concepto.....	15
2.3 Origen.....	16
2.4 Componentes de la organización pública.....	17
2.5 Organismo ejecutivo.....	18
2.5.1 Gobierno parlamentario.....	18
2.5.2 Gobierno presidencialista.....	19
2.5.3 Gobierno semipresidencialista.....	20
2.5.4 El jefe de Estado en la monarquía y en la república.....	20
2.6 Organismo ejecutivo (Guatemala).....	21
2.6.1 Elementos operativos del organismo ejecutivo.....	22
2.7 Organismo judicial.....	25
2.7.1 Cortes Suprema de Justicia.....	25
2.7.2 Integración de la Corte Suprema de Justicia.....	26
2.8 Organismo legislativo.....	27

CAPÍTULO III

3. Los servicios públicos.....	33
3.1 Evolución... ..	33
3.2 Definición.....	35
3. 2.1 Definición de servicios sociales.....	35
3.2.2 Diferencias entre los servicios públicos y servicio sociales.....	36
3.3 Elementos.....	37
3.3.1 Tradicionales.....	37
3.3.2 Modernos.....	38
3.4 Características.....	40

	Pág.
3.5 Clases.....	41
3.6 Prestación directa e indirecta de los servicios públicos.....	42
3.6.1 Otorgamiento de concesiones en Guatemala.....	43
3.6.2 Intervención de los servicios públicos.....	44
3.6.3 Empresas del Estado.....	44
3.6.3.1 Reglas.....	45
3.6.4 Empresas de economía mixta.....	45
3.6.5 Establecimientos de utilidad pública.....	46
3.6.6 Nacionalización y privatización de los servicios públicos.....	46
3.6.6.1 Nacionalización.....	46
3.6.6.2 Privatización.....	47
3.6.6.3 Tendencia mundial.....	47

CAPÍTULO IV

4. Relación funcional.....	49
4.1 Los funcionarios y la relación laboral.....	49
4.2 Definición.....	50
4.3 Naturaleza jurídica de la relación laboral.....	51
4.4 Derechos y obligaciones que nacen de la relación funcional.....	52
4.4.1 Derechos.....	52
4.4.2 Obligaciones.....	52
4.5 Características de la relación laboral.....	53
4.6 Clasificación del servicio civil.....	53

	Pág.
4.6.1 Sistemas de designación de los funcionarios	54
4.6.2 Requisitos para ser funcionario	55
4.6.3 Carrera administrativa.....	56
4.7 Clases de funcionarios	57
4.8 Efectos jurídicos de la relación laboral.....	58
4.8.1 Obligaciones.....	58
4.8.2 Derechos.....	59
4.9 Suspensión de la relación laboral.....	60
4.10 Terminación de la relación laboral.....	60
4.11 Responsabilidad de los funcionarios.....	61
4.11.1 Responsabilidades políticas.....	61
4.11.2 Responsabilidad jurídica.....	62
4.12 Prescripción de las responsabilidades de los funcionarios.....	66
4.12.1 Responsabilidad civil.....	66
4.12.2 Responsabilidad penal.....	66
4.13 Función de hecho.....	66

CAPÍTULO V

5. Procesos de adquisición de bienes y servicios de conformidad con el Decreto 57-92 el Congreso de la República de Guatemala	69
5.1 Contratación directa.....	69
5.2 Cotización o licitación privada.....	70
5.3 Licitación pública.....	73
5.3.1 Definición.....	73

	Pág.
5.3.2 Elementos.....	74
5.3.3 Ventajas.....	75
5.3.4 Desventajas.....	75
5.3.5 Requisitos de las bases de licitación.....	76
5.4 Contrato abierto.....	80
5.4.1 Autoridad competente.....	81
5.4.2 Ventajas.....	81
5.5 Casos de excepción.....	81
5.6 Procedimiento general para efectuar una compra.....	85

CAPÍTULO VI

6. Contratos administrativos.....	93
6.1 Definición.....	93
6.2 Características.....	93
6.2.1 Doctrinarias.....	93
6.2.2 Características legales.....	94
6.3 Elementos.....	98
6.4 Principios.....	99
6.5 Clases de contratos administrativos.....	100
6.6 Teoría de la imprevisión.....	101
6.7 Ecuación financiera.....	102
6.8 Afectación y desafectación.....	102

	Pág.
6.8.1 Afectación.....	102
6.8.2 Desafectación.....	103
6.9 Extinción de los contratos administrativos.....	103
6.10 Prorroga y ampliación.....	104
6.11 Subcontratos.....	105
6.12 Contratación no basada en ley administrativa.....	106
6.13 Liquidación.....	106
6.14 Garantías y seguros.....	107
6.15 Formalidades de los contratos.....	113
6.16 Prohibiciones.....	113
6.17 Sanciones.....	113
6.18 Registros.....	115

CAPÍTULO VII

7. Recursos administrativos.....	117
7.1 Presupuestos comunes.....	118
7.2. Requisitos formales.....	118
7.3. Efectos de la interposición de los recursos.....	119
7.4 Elementos.....	120
7.5. Recurso de revocatoria.....	121
7.5.1 Procedencia.....	121
7.5.2 Interposición.....	121

	Pág.
7.5.3 Procedimiento.....	122
7.6 Recurso de reposición.....	124
7.6.1 Procedencia.....	124
7.6.2 Interposición.....	125
7.6.3 Procedimiento.....	125

CAPÍTULO VIII

8. Laguna normativa que contiene el Decreto 47-92 del Congreso de la República, con respecto a la inexistencia del recurso de revisión.....	129
8.1 Concepto de laguna de ley.....	129
8.2 Justificación de la necesidad de regular el recurso de revisión en la Ley Contrataciones del Estado	130
8.3 Iniciativa de ley.....	138
8.3.1 Leyes formales.....	138
8.3.2 Etapas del procedimiento constitucional.....	139
8.3.2.1 Iniciativa de ley.....	139
8.3.2.2 Presentación y discusión.....	139
8.3.2.3 Votación breve, nominal y por cédula.....	140
8.3.2.4 Aprobación.....	141
8.3.2.5 Sanción.....	141
8.3.2.6 Promulgación.....	141
8.3.2.7 Publicación.....	141

	Pág.
8.4 Devolución de la ley aprobada.....	142
CONCLUSIONES.....	145
RECOMENDACIONES.....	147
ANEXOS	149
ANEXO I.....	151
ANEXO II.....	153
BIBLIOGRAFÍA.....	155

INTRODUCCIÓN

El procedimiento de adquisición de bienes y servicios para el Estado, es un proceso complejo, que requiere atención para que la ejecución presupuestaria sea transparente, eficiente y eficaz, lo que me motivó a investigar y profundizar sobre el tema.

A través de la presente investigación, se pudo determinar que, dentro de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República, a partir de las reformas efectuadas de conformidad con el Decreto 11-2006 del Congreso de la República, vigente desde el 30 de mayo del mismo año, se modificó totalmente el texto del Artículo 99, que contemplaba los recursos de aclaración y ampliación que procedían contra la resolución de adjudicación, emitida por la Junta de Cotización y/o Licitación según el caso, siendo sustituido por el recurso de revocatoria, que actualmente se interpone en contra de las resoluciones dictadas por autoridad administrativa que tenga superior jerárquico dentro del mismo ministerio, entidad descentralizada o autónoma, dejando un vacío legal, debido a que no existe dentro de la Ley de Contrataciones del Estado, ningún medio de impugnación que le permita a los oferentes que se consideren afectados y que posean elementos de juicio, oponerse a lo resuelto por las Juntas de Cotización y/o Licitación, lo que viola el debido proceso y el principio de defensa de las personas que se sientan afectadas por la decisión de estos órganos.

En la actualidad, la única herramienta con que cuentan los oferentes afectados, es la inconformidad que se manifiesta a través del sistema Guatecompras, pero sin ningún resultado positivo, debido a que éstas no son tomadas en cuenta.

Con base en lo anterior, el objetivo de la presente investigación, es demostrar que en el proceso de adjudicación que realizan las Juntas de Cotización y/o Juntas de Licitación, puede violarse el debido proceso y el principio de defensa de los oferentes, por lo que se hace necesario legislar un recurso que les permita oponerse a lo resuelto por las Juntas de Cotización y/o Juntas de Licitación.

En la presente investigación se utilizó el método descriptivo y documental, que permitió una recolección de datos pertinentes al problema que se estudió, para llegar a la comprobación de la realidad de la hipótesis planteada. Además, el interés de la reciente investigación esta basado en la observación del funcionamiento de las Juntas de Cotización y/o Juntas de Licitación.

Para tener un panorama general de los temas contenidos en el presente trabajo, se clasifican así: el capítulo I da a conocer las nociones generales del derecho administrativo; el capítulo II desarrolla la forma en que se organiza el Estado a través de la división de poderes, para cumplir con la obligación de carácter constitucional de alcanzar el bien común; el capítulo III se refiere a lo relativo a los servicios públicos, siendo éste el conducto de que se vale la administración pública para atender las necesidades de los habitantes de la república; el capítulo IV pone de

manifiesto la necesidad de la administración pública de contar con servidores o empleados públicos idóneos; el capítulo V establece el procedimiento a seguir para que el Estado pueda adquirir bienes o la prestación de servicios, según lo regulado en la Ley de Contrataciones del Estado Decreto 57-92; en el capítulo VI se desarrolla todo lo relativo a la concretización del negocio con el oferente que resulta beneficiado en los procesos de cotización y/o licitación; en el capítulo VII se establecen los mecanismos con que cuentan los oferentes para oponerse a las resoluciones que afectan sus intereses, mediante los recursos administrativos de revocatoria y reposición; y, en el capítulo VIII se establece la necesidad de regular en la Ley de Contrataciones del Estado, un recurso que permita a los oferentes no beneficiados con la adjudicación hecha por la Junta de Cotización y/o Licitación oponerse a la misma.

CAPÍTULO I

1. El derecho administrativo:

Según Castillo González, el derecho administrativo tiene como principal objetivo: "Reglamentar las actividades jurídicas y no jurídicas de la administración del Estado de Guatemala; dentro de las actividades jurídicas encontramos las leyes, reglamentos, resoluciones y contratos, dentro de las no jurídicas tenemos los manuales, instructivos, formularios, informes, órdenes, circulares etc."¹

La finalidad del derecho administrativo guatemalteco es velar por el bienestar, la felicidad y la vida de los guatemaltecos, misma que se cumple por medio del buen funcionamiento de la administración pública, no obstante su contenido jurídico, se ocupa de la calidad de la administración pública, debido a que afecta la vida humana y en concordancia con lo establecido en la Constitución Política de la República el fin supremo del Estado es el bien común.

1.1. Concepto:

Existen muchos conceptos sobre el derecho administrativo entre ellos tenemos:

- a) Es la pura legislación administrativa o el conjunto de leyes relacionadas con la administración;

¹ Castillo González, Jorge Mario, **Derecho administrativo**, tomo I, pág. 18.

- b) Es el conjunto de normas que regulan la organización y las funciones del poder ejecutivo;
- c) Es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre el Estado y los particulares;
- d) Es el derecho que regula los servicios públicos;
- e) Es la actividad del Estado para lograr sus fines.

Para el profesor Castillo González es: "El conjunto de normas y principios jurídicos que reglamentan la administración estatal, incluido el derecho indígena".²

1.2. Definición:

Existen diversas definiciones sobre derecho administrativo, a manera de obtener un conocimiento exacto de lo que es el derecho administrativo y tomando en cuenta que existen diversas teorías al respecto, cada definición tendrá plena validez en la medida en que concuerde con nuestra realidad, mencionaremos algunas: para Bielsa mencionado por el licenciado Calderón es: "El conjunto de formas positivas y de principios de derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la administración pública".³

² *Ibid*, pág. 19.

³ Calderón Morales, Hugo Haroldo, **Derecho administrativo I**, pág. 67.

Para Acosta Romero es: "El conjunto de conocimientos sistematizados y unificados sobre las normas, fenómenos e instituciones sociales, relativas a la administración pública de los Estados en su interconexión sistemática, en búsqueda de principios generales con un método propio de investigación y desarrollo"⁴.

Para Prat el derecho administrativo es: "La rama autónoma del derecho público que regula la actividad administrativa en cuanto a su organización y funcionamiento de las personas públicas".⁵

Para Díez es: "El complejo de principios y normas de derecho público interno que regulan la organización, la actividad de la administración pública y su control".⁶

La definición más adecuada a la administración pública de Guatemala establece que: "El derecho administrativo es la rama del derecho público que estudia los principios y normas de derecho público, la función administrativa y la actividad de la administración pública, también estudia las relaciones que se dan entre la administración y los particulares, relaciones entre los mismo particulares, las relaciones ínter orgánicas y su control que incluye la protección judicial de los particulares y el derecho de defensa en contra de los actos que le afectan al administrado".⁷ De la anterior definición se desprende los siguientes elementos que la conforman:

⁴ Acosta Romero, Miguel, **Teoría general del derecho administrativo**, pág. 9.

⁵ Prat, Julio, **Derecho administrativo**, tomo I, pág. 175.

⁶ Díez, Manuel María, **Derecho administrativo**, pág. 235.

⁷ Calderón, **Ob. Cit**; pág. 84.

- a) Conjunto de principios, por cuanto que son fuente importante del derecho administrativo, pues son la aplicación del principio de juridicidad;
- b) Conjunto de normas jurídicas: Ya que regula las funciones, actividades ejecutivas y dispositivas que las leyes atribuyen como competencias administrativas y que las mismas se otorgan a los órganos administrativos;
- c) Las relaciones entre la administración y los particulares y la relación a nivel de órganos;
- d) El control (para cumplir con el fin supremo).

1.3. Características del derecho administrativo:

- a) Es un derecho reciente: Se dice que el derecho administrativo es de reciente creación, porque nace a partir del último cuarto del siglo XIX. Se debe tomar en cuenta que la administración pública ha existido desde que aparece el Estado, pero desvinculada del derecho. El derecho administrativo surge con la Revolución Francesa y nace como producto del surgimiento del Estado de derecho;
- b) No ha sido codificado: El derecho administrativo no ha sido codificado, porque las normas jurídicas que lo regulan, no forman un sólo cuerpo legal por lo extenso de las competencias administrativas y porque la codificación implica unificación de todo lo relativo a la administración, enmarcado en una ley única;
- c) Es un derecho subordinado: El derecho administrativo es subordinado, porque sus normas no pueden contrariar la Constitución Política, ni las leyes constitucionales;

- d) Es autónomo: El derecho administrativo es un derecho autónomo, porque tiene sus propios principios, doctrinas e instituciones que dimanar de la naturaleza ejecutiva que le distingue y que es exclusiva;
- e) Es cambiante y dinámico: El derecho administrativo es un derecho dinámico, porque es más cambiante que cualquier otra ciencia jurídica, por la naturaleza del servicio y en general por la labor que desarrolla la administración pública.

1.3. Sistemas de derecho administrativo:

En cuanto a los sistemas del derecho administrativo encontramos dos:

- a) Sistema anglosajón o sajón (inglés);
- b) Sistema francés.

1.4.1 Sistema sajón:

Este sistema de administración pública es el que impera en Inglaterra, donde no existe un derecho especial que regule las relaciones entre la administración pública y los particulares, sino que son reguladas por el derecho común, es decir por el derecho civil. Dentro del derecho sajón, es fuente principal del derecho administrativo la jurisprudencia y el precedente administrativo (resolución similar en un caso planteado con anterioridad).

1.4.2 Sistema francés, latino o administrativo:

Este sistema es producto de la Revolución Francesa, que cambia el sistema monárquico (1789). El consejo del rey fue privado de sus poderes judiciales y estos se transmitieron al tribunal de

casación, luego se organiza una especie de consejo de Estado que se llama tribunal de conflictos y la corte de casación.

1.4.3 Consecuencias de la Revolución Francesa:

- a) Desaparece la administración del antiguo régimen y subsisten sólo los cuerpos administrativos especializados en razón de su carácter técnico;
- b) Surge la división territorial de Francia en departamentos y comunas;
- c) Destaca principalmente la formulación de importantes principios de filosofía política que serán la base de toda la elaboración posterior: la supremacía de la ley; la separación de las autoridades administrativas y judiciales; el liberalismo político; la igualdad de los ciudadanos frente a la administración; el liberalismo económico. En el año de 1872, se marca la autonomía de la jurisdicción contencioso administrativa, en que se le otorga al consejo de Estado francés la facultad de administrar justicia independientemente, lo que se conoce como justicia delegada. Es en Francia en donde nace el derecho administrativo como un derecho especial, que regularía las relaciones entre la administración pública y los particulares y entre las mismas instituciones administrativas. En Guatemala se sigue un sistema mixto, ya que toma de los dos sistemas.

1.5. Relaciones del derecho administrativo con otras ciencias jurídicas y sociales:

La sistematización del derecho administrativo comienza en 1800 siendo resultado de la transformación económica, social, política y jurídica, producto de la Revolución Francesa, que terminó con el sistema feudal anteponiendo al autoritarismo la libertad y la igualdad de las personas. Dichos fenómenos provocaron el apareamiento de nuevos principios e instituciones y una nueva

forma de relación entre el Estado y los particulares incorporándose al léxico jurídico nuevos conceptos como administración pública, órgano administrativo, acto administrativo, funcionario etcétera.

La ley de organización administrativa, promulgada en Francia en 1800 por el parlamento francés, para regular las relaciones entre la administración del Estado y sus relaciones con los ciudadanos, debido a la creación de nuevas instituciones provoca la discusión y análisis de los juristas de la época y con ello el apareamiento de una nueva rama del derecho integrada entre otras disciplinas jurídicas con el derecho constitucional. Al igual que otras ramas del derecho, el derecho administrativo empieza su sistematización partiendo de instituciones y teorías insertas en el derecho privado, especialmente del derecho civil.

Los cambios del derecho administrativo se producen durante el siglo XIX y hasta la década de 1980 con el apareamiento de la globalización económica, que trata de trasladar la mayor parte de las actividades públicas a la iniciativa privada.

1.5.1 Derecho constitucional:

Los principios, teorías e instituciones representan la base fundamental de Estado y la raíz de todas las normas legales aplicables en la administración pública, indicando al Estado sus fines que en el caso de Guatemala es el bien común, así como los objetivos hacia donde debe orientar la función pública el gobierno del Estado, en sus relaciones internas y externas, las libertades, derechos y garantías de la población y los deberes del Estado. Estos se encuentran contenidos en la Constitución Política de la República y en las leyes constitucionales, que son de observancia

obligatoria y la administración pública debe respetarlas y aplicarlas a través de sus organismos y entidades autónomas y descentralizadas.

1.5.2 Derecho civil:

Esta parte del derecho privado regula las relaciones entre los particulares y lo referente a los bienes, derechos, obligaciones y contratos, ha trasladado al derecho administrativo muchas de sus instituciones que se transforman ya que se les introducen variantes debido a que el derecho administrativo es de naturaleza de orden público.

1.5.3 Derecho mercantil:

Esta parte del derecho privado regula las actividades mercantiles y las relaciones entre los comerciantes y entre estos y los clientes, siendo una de las actividades más antiguas, y debido a la desaparición de los países socialistas y a la globalización económica, se ha dado paso a que muchas de las actividades que desarrollaba el Estado se trasladan a la iniciativa privada, siendo reguladas y controladas por el derecho administrativo, pero su mayor parte por las regulaciones contenidas en el derecho mercantil. En Guatemala hay órganos y entidades del Estado que aplican las normas del derecho mercantil, el Registro de la Propiedad Industrial, Registro de Derechos de Autor, Registro de Armas y Municiones etcétera.

1.5.4 Derecho penal:

Siendo esta rama del derecho la única que tiene potestad para regular los delitos, faltas así como competencia para juzgar, sancionar o castigar y en su caso la aplicación de medidas de seguridad a las personas que los cometen, otorgándole a la administración pública de Guatemala

facultades preventivas (Policía Nacional Civil, Policía de Tránsito, control de armas y municiones etc.), facultades para plantear acciones penales previa investigación criminal (Ministerio Público y obligaciones para colaborar con la ejecución de las sanciones penales (sistema penitenciario). Existen también normas que regulan la actividad de los funcionarios, para que no cometan ilícitos penales entre ellas podemos mencionar la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos y la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas.

1.5.5 Derecho procesal:

Esta área del derecho es la que regula los actos jurisdiccionales, su relación con el derecho administrativo se debe a que existen procesos de naturaleza contencioso administrativa, necesarios para dirimir las controversias que surgen entre la administración pública y los usuarios y entre ésta y sus entidades descentralizadas y autónomas, con el objeto de establecer las responsabilidades derivadas de los actos de los funcionarios en el ejercicio de la competencia que se le asigna al órgano administrativo y que es llevada a cabo por los funcionarios, ya sea para sancionar actos delictivos cometidos contra la administración del Estado o para obligar a los usuarios a pagar sus obligaciones ante el Estado y en su caso deducir responsabilidades civiles de funcionarios.

1.5.6 Derecho internacional público y derecho consular y diplomático:

Las normas y principios que rigen las relaciones entre los Estados, organismo y entidades internacionales y los derechos y obligaciones que se derivan de esas relaciones, así como las representaciones diplomáticas y consulares entre Estados, son aplicadas en su mayoría por órganos y entidades dependientes de la administración pública. En la formación del derecho internacional, interviene el Organismo Ejecutivo, tanto en la deliberación como en la suscripción y entrega de los

instrumentos de ratificación a la sede del acuerdo, así como en las eventuales denuncias de esos instrumentos jurídicos.

1.5.7 Con el derecho notarial:

Este conjunto de principios y normas jurídicas que regulan la intervención de los funcionarios que actúan como fedatarios en nombre del Estado, para autenticar y legalizar formalmente los actos que por esa intervención, cobran vida jurídica, es aplicable como instrumento modelador de los contratos administrativos, la legalización de firmas de los funcionarios públicos y de documentos del Estado, así como de las actas administrativas que en mucho, se guían por aquellas reglas notariales. El Estado tiene su propio notario que es llamado escribano de la cámara de gobierno.

1.5.8 Con el derecho del trabajo:

Esta rama del derecho tiene relación con el derecho administrativo, porque de sus normas se derivan los principios y las regulaciones de la relación funcional, dando lugar al sistema de servicio civil, el servicio militar, el servicio judicial, el servicio municipal, el servicio legislativo, el servicio diplomático, el servicio educativo etc. Además la vinculación con el derecho administrativo, surge del traslado de la competencia para aplicar los tratados y convenios internacionales en materia de trabajo, al Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

Las normas de esta combinación de derecho administrativo y del trabajo están contenidas en la Constitución Política, el Código de Trabajo, Ley del Servicio Civil, Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Ley de Clases Pasivas, Ley de Salarios de Trabajadores del

Estado, Ley de Aguinaldos y Bonificación, además de los indicados convenios y tratados internacionales en materia de trabajo individual y colectivo.

1.5.9 Con el derecho agrario:

Sus principios y normas regulan la política del Estado en materia agraria y tenencia de tierras, actividades y contratos agrarios.

1.5.10 Con el derecho financiero y derecho tributario:

Contiene la regulación jurídica de la preparación, captación, manejo y utilización de los bienes del Estado y sus ingresos como impuestos, tasas, arbitrios, intereses, rentas, regalías, préstamos etc., que deben ser aplicados exclusivamente para alcanzar sus fines y objetivos constitucionales.

1.5.11 Con el derecho de propiedad industrial e intelectual:

Regulan la protección de las actividades creadoras y productivas. Su aplicación en la administración pública corresponde al Registro de la Propiedad Industrial, al Registro de la Propiedad Intelectual etcétera.

1.5.12 Con el derecho municipal:

Conjunto de normas y principios jurídicos que regulan la organización, administración y fines de las comunas y municipios, las relaciones entre su gobierno, los vecinos y el Estado.

1.5.13 Con el derecho militar:

Se refiere a la organización, funcionamiento y control de las fuerzas de defensa de la integridad territorial y la soberanía del Estado en la paz y guerra, su aplicación corresponde a la presidencia de la República, el Ministerio de la Defensa.

1.5.14 Con el derecho marítimo:

Todo lo relacionado con puertos, carga y descarga de mercaderías de estos medios de comunicación, se encuentran controlados por la administración pública.

1.5.15 Con el derecho aeronáutico:

Regula los aspectos de la actividad y del ambiente en donde se desarrolla la aeronavegación o tráfico aéreo; tiene mucha vinculación con el derecho internacional.

1.5.16 Con el derecho petrolero y minero:

Establecen los principios y las normas jurídicas sobre las que se basa la exploración y explotación de los recursos naturales no renovables, que son propiedad del Estado, para determinar su concesión o contratación, la participación del Estado en las ganancias.

1.5.17 Con el derecho ambiental:

Su regulación se dirige al control del ecosistema, para evitar o corregir situaciones que produzcan su contaminación y destrucción, por factores producidos por la actividad humana.

1.5.18 Economía política:

En conjunto dan normas para el desarrollo social, aunque el derecho administrativo sea parte de las ciencias jurídicas.

1.5.19 Con la filosofía:

Las concepciones filosóficas contenidas en la Constitución y la de los partidos políticos que se encuentran a cargo de la administración, tienen relación con el derecho administrativo.

1.5.20 Con la sociología:

El empleo de la sociología para el estudio de las relaciones sociales que el derecho administrativo debe regular.

1.5.21 Con la estadística:

Esta le proporciona datos que le permite a la administración pública tener elementos indispensables para el desarrollo de su actividad.

1.5.22 Con la demografía:

Esta estudia la población del país, proporcionándole datos a la administración, para la organización de servicios.

1.5.23 Con la geografía:

Le ofrece datos precisos a la administración para la solución de importantes problemas.

1.5.24 Con la historia:

Esta le facilita elementos para que las reformas administrativas tengan en cuenta las circunstancias históricas.

1.5.25 Con las ciencias fenomenológicas o naturales:

Que ofrecen una ayuda técnica a los servicios o a la gestión económica relacionada con el derecho administrativo.

1.5.26 Relación del derecho administrativo con la ciencia administrativa:

Se relacionan porque el derecho administrativo, estudia la administración desde el punto de vista jurídico, por ende la ciencia administrativa estudia y regula la organización y actividad de la administración pública, por lo que no puede estudiarse en forma aislada.

CAPÍTULO II

2. Organización pública del Estado de Guatemala:

2.1. La división de poderes:

En el origen del Estado liberal se manifestó una prevención contra la concentración de funciones en una autoridad despótica, que amenazaba la libertad de los ciudadanos. Locke y Montesquieu (1689-1755) elaboraron y pusieron en circulación la doctrina de la división de poderes, según la cual el ejercicio del poder se debía atribuir a más de una institución. Debido a que cuando el poder ejecutivo y el poder legislativo se concentran en una misma unidad se corre el riesgo de que las leyes sean tiránicas.

En cuanto a la forma de organización de los poderes en Guatemala empezaremos por conceptualizar que se entiende por organización pública del Estado.

2.2 Concepto:

El Estado de Guatemala para cumplir con los preceptos constitucionales se divide en tres grandes poderes que son: los organismos legislativos, ejecutivos y judiciales, destinados a cumplir tres funciones. De manera que se debe tener en cuenta que la organización pública del Estado cuenta con condiciones principales, el primer organismo arriba mencionado, cumple la función de legislar, el segundo cumple con la función administrativa o de ejecutar, y el último de ellos cumple la función de aplicar las leyes en conflicto.

La organización pública denominada Estado de Guatemala tiene infinitud de organizaciones públicas. Por ejemplo, los Ministerios de Estado tienen cada uno determinada organización pública, integrada a su vez por otras organizaciones públicas.⁸ “El Estado de Guatemala es un conjunto de organizaciones públicas, conectadas, interdependientes y relacionadas entre sí. Las principales, se fundamentan en la Constitución Política; ella les da vida jurídica y organización; casi todas se fundamentan en una ley ordinaria”.⁹

En consecuencia puede decirse que la organización pública del Estado se conceptualiza de la siguiente manera: “Son las personas individuales que ejecutan tareas o trabajos administrativos, las ejecutan en alguna organización”.¹⁰ Por lo tanto, la organización es: “la ordenación sistemática de personas individuales para alcanzar objetivos, metas, resultados, efectividad, basada en planes, proyectos, programas, órdenes, instrucciones”.¹¹

2.3. Origen:

En el Estado de derecho, las principales organizaciones nacen a la vida jurídica por medio de la organización constitucional. La Constitución Política, establece la organización pública del Estado de Guatemala. El nacimiento jurídico del Estado de Guatemala tiene lugar en el momento en que fuera sancionada la primera Constitución Política de la República de Guatemala, en el año 1825.

⁸ Castillo González, **Ob. Cit**; pág. 230.

⁹ **Ibid.**

¹⁰ **Ibid.**

¹¹ **Ibid.**

No obstante que el nacimiento es un hecho que formal y materialmente se produce una vez, en Guatemala se da la particularidad de que el nacimiento se repite cada vez que entra en vigencia una nueva Constitución Política; o sea, tiempo después de que la Constitución Política vigente es suspendida o suprimida por algún hecho de fuerza o un golpe de Estado.

2.4. Componentes de la organización pública:

En general, las organizaciones públicas, independientemente de su ubicación, tamaño y actividad, sin excepción, todas presentan los mismos componentes:

- a) **Personas individuales:** Que al reunirse para realizar determinada finalidad, integran la organización pública, ellas se encargan de planificar, organizar, dirigir e integrar personal, controlar y supervisar el funcionamiento o desempeño de la organización. Se le denomina de diferente forma como: Presidente de la República, Ministro de Estado, director, gerente, rector, decano etcétera;
- b) **Competencia:** Es el poder, autoridad y responsabilidad que deriva del puesto o cargo que desempeña formalizado por medio del nombramiento y acto de toma de posesión, teniendo como resultado capacidad para influir en las decisiones. Autoridad derivada del puesto o del cargo, que consiste en el derecho de dar órdenes y que estas se obedezcan de acuerdo con el puesto ocupado en la organización. Responsabilidad derivada de lo que se hace, para que lo que se haga se ejecute pensando en el bien común o interés público y en la obligación de reparar los daños perjuicios;

- c) Actividad material: Es decir, lo que materialmente se hace, puede consistir en el hacer diario de las personas individuales que preparan documentos, suscriben documentos, manejan computadoras, formulan gastos e inversiones, etc., según los planes, programas y proyectos.

2.5. Organismo ejecutivo:

Antes de adentrar en lo que para Guatemala es el organismo ejecutivo, es decir como esta regulado, para tener una mejor comprensión del tema iniciaremos con las formas de gobierno.

2.5.1 Gobierno parlamentario:

El gobierno parlamentario es una forma de democracia constitucional que se puede dar en casos de monarquía o de república, y en la que:

- a) La potestad ejecutiva procede de la legislativa y es responsable ante ella, esto es, que él jefe de gobierno y su gabinete son responsables ante el legislativo;
- b) El gobierno depende de la confianza del legislativo;
- c) El gobierno puede ver revocado su mandato por un voto de censura o de no confianza.
Ejemplos: Reino Unido, España o Italia. En estos países, los ciudadanos votan y, de estos votos, sale elegido el gobierno;
- d) Hay un electorado que vota en las elecciones legislativas y elige la composición del parlamento;

- e) De este parlamento se propone un candidato a presidente del gobierno. Para ello, el candidato presenta su programa político, se procede a la votación y luego a la investidura.

2.5.2 Gobierno presidencialista:

Esta forma de gobierno solamente se da en las repúblicas (en las monarquías, el rey, jefe de Estado, no tiene un período de tiempo para ejercer el gobierno de un Estado, puesto que siempre está ahí).

Si en la forma de gobierno parlamentaria había una fusión de poderes en donde el ejecutivo es responsable ante el legislativo, en este caso hay una separación de poderes ejecutivo y legislativo (el ejecutivo es únicamente responsable ante el electorado).

El jefe del ejecutivo (presidente) es elegido por un período constitucionalmente prescrito y, en circunstancias normales, no puede verse obligado a dimitir. En los Estados Unidos de América existe, sin embargo, una opción que sí puede hacer dimitir al Presidente: el impeachment (acusación). Éste es un instrumento que puede utilizar el legislativo (el Congreso tiene iniciativa y el Senado la apoya), cuando tiene constancias de que el Presidente ha cometido un delito penal.

La separación ejecutivo-legislativo significa que una misma persona no puede desempeñar un cargo a la vez en el ejecutivo y en el legislativo (en la forma parlamentarista, se puede ser diputado y ministro a la vez). En Guatemala el Artículo 160 de la Constitución Política establece que:

“Los diputados pueden desempeñar el cargo de Ministro o funcionario de Estado o de cualquier otra entidad descentralizada o autónoma...”.

2.5.3 Gobierno semipresidencialista:

Este es el sistema que hay en Francia. Hay autores que dicen que es únicamente presidencialista, pero se da una combinación de elementos de los sistemas parlamentarista y presidencialista tiene como características las siguientes:

- Es un sistema democrático que cuenta con dos jefes de gobierno;
- El Presidente de la República, elegido por voto popular durante un mandato fijo. Puede disolver el parlamento, convocar nuevas elecciones y cesar al Primer Ministro. Es el jefe de Estado. No puede ser obligado a dimitir;
- El Primer Ministro, nombrado o propuesto por el Presidente de la República, y elegido por el legislativo. Está sujeto a una doble confianza: a la del Presidente de la República y a la del parlamento. Es el jefe del ejecutivo o del gobierno.

2.5.4 El jefe de Estado en la monarquía y en la república:

Todos los sistemas políticos tienen un jefe de Estado que aporta legitimación al sistema. Éste puede ser un Monarca o un Presidente de la República. Los monarcas acceden a la jefatura del Estado por derechos de sucesión. Los presidentes de la República pueden ser designados por los ciudadanos (Francia, Estados Unidos, Guatemala etcétera) o por los parlamentos de consenso.

Las monarquías permanecen en aquellos países en los cuales han cedido el poder ejecutivo al gobierno. Tienen básicamente poderes simbólicos.

2.6. Organismo ejecutivo (Guatemala):

En Guatemala el organismo ejecutivo es una de las principales organizaciones del Estado y en consecuencia, la Constitución Política crea dicho organismo a través del Artículo 141 en el que se establece: “La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio en los organismos legislativo, ejecutivo y judicial...”, y en los Artículos del 182 al 202 del mismo cuerpo legal además de estar regulado en la Ley del Organismo Ejecutivo Decreto número 114-97 del Congreso de la República.

Cada organización del organismo ejecutivo regula su estructura y funcionamiento por medio de reglamentos orgánicos internos.

El organismo ejecutivo se integra con organizaciones públicas jerarquizadas y no jerarquizadas.

- **Jerarquizadas:** Presidencia de la República, Vicepresidencia de la República, Ministerios de Estado, gobernaciones departamentales y consejos constitucionales. Estas dependen directamente del Presidente de la República, del cual reciben órdenes e instrucciones.
- **No jerarquizadas:** Contraloría General de Cuentas, Ministerio Público, Fiscalía General de la República, Procuraduría General de la Nación, Procuraduría de los Derechos Humanos,

Tribunal Supremo Electoral y Corte de Constitucionalidad. Estas no dependen directamente del Presidente por cuanto gozan de autonomía o descentralización.

El último párrafo del Artículo 182 de la Constitución Política dispone que el organismo ejecutivo se integra con: Presidente, Vicepresidente, Ministros, Viceministros y demás funcionarios que laboren en dicho organismo. La Ley del Organismo Ejecutivo, por su parte, dispone que se integre con elementos que no figuran en la Constitución, como las Secretarías de la Presidencia de la República y gabinetes específicos.

2.6.1 Elementos operativos o técnicos del organismo ejecutivo:

El organismo ejecutivo trabaja con elementos operativos o técnicos, los que se pueden clasificar de la siguiente manera:

- a) Humanos: son las personas individuales que trabajan en cada organización pública, estas personas se les denomina de diferente forma como trabajadores del Estado, funcionarios, empleados públicos etcétera;
- b) Territoriales: las organizaciones públicas trabajan o funcionan en todo o en parte del territorio del Estado. Entre las primeras tenemos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República y Ministros de Estado; y entre las segundas las gobernaciones departamentales, municipalidades, regiones y consejos constitucionales;
- c) Técnicos: las organizaciones públicas ejecutan su trabajo o funciones apoyándose en instrumentos técnicos y administrativos, siendo los siguientes:

- Presupuesto público: a cargo de la Secretaría de Planificación y Programación de la Presidencia de la República y Dirección Técnica del Presupuesto del Ministerio de Finanzas Públicas;
- Contabilidad pública: a cargo de la Dirección de Contabilidad del Estado del Ministerio de Finanzas Públicas; para tal efecto se utiliza el manual de sistema integrado y uniforme de contabilidad gubernamental, el cual también se aplica en cada organización pública y el control permanente que mantiene la Contraloría General de Cuentas;
- Estadística pública: a cargo del Instituto Nacional de Estadística. Cada organización pública lleva a cabo su estadística a efecto de contar con encuestas y estadísticas destinadas a la medición del desempeño;
- Archivo público: a cargo del Archivo General de Centroamérica, cada organización pública cuenta con su archivo y remite al archivo general, sus documentos importantes;
- Registro público de datos: existe dispersión registral, cada organización lleva su registro de datos;

- Planificación administrativa: a cargo de la Secretaría de Planificación y Programación de la Presidencia de la República, Vicepresidencia, consejos constitucionales y oficinas de planificación de cada organización;
 - Capacitación: no tiene sistematización, en casi todas las organizaciones públicas funcionan escuelas de capacitación;
 - Informática: no esta sistematizada y en consecuencia lo que hay son redes disfuncionales y dirigidas por técnicos en informática aunque es de hacer notar los esfuerzos de las distintas organizaciones públicas a efecto de lograr su eficiente implementación;
 - Comunicación social: se encuentra en manos de personas no doctas en la materia y esta a cargo de la Secretaría de Comunicación Social de la Presidencia, Diario de Centroamérica, periódicos, telenoticieros etc.
- d) Económicos y financieros: las organizaciones adquieren, invierten y gastan recursos económicos y financieros para su mantenimiento. El principal recurso es el dinero y la forma de obtenerlo es a través de impuestos, tasas y contribuciones además de aquellas organizaciones que adquieren recursos por virtud de los servicios que prestan.

2.7. Organismo judicial:

La organización pública denominada organismo judicial fue creada por la Constitución Política mediante el Artículo 141. En los Artículos 203 al 222 de la Constitución Política establece la independencia del organismo judicial, la potestad de juzgar, las condiciones esenciales de la administración de justicia, las garantías de que goza, el derecho de antejuicio para magistrados y jueces, los requisitos para ser magistrado o juez, el período de funciones de magistrados y jueces, el nombramiento de jueces y personal auxiliar, la Ley de Servicio Civil del organismo judicial las instancias en todo proceso, la jurisdicción específica de los tribunales, el presupuesto del organismo judicial, la integración de la Corte Suprema de Justicia, los requisitos para ser magistrado de la misma, la integración de la Corte de Apelaciones y otros tribunales.

La Ley del Organismo Judicial, regula lo relativo a los principios y reglas de aplicación de las leyes, interpretación de la ley, obligación de resolver, debido proceso, etc., contiene reglas relacionadas con la aplicación de las leyes en el tiempo, documentos provenientes del extranjero y plazos judiciales. Regula tanto las funciones administrativas como la jurisdiccional y todas aquellas disposiciones comunes a todo proceso.

2.7.1 Corte Suprema de Justicia:

Institucionalmente la Corte Suprema de Justicia es el más alto tribunal de justicia y el órgano colegiado de gobierno del organismo judicial. En consecuencia, sus funciones abarcan lo propiamente jurisdiccional y lo administrativo; sin embargo, la Ley del Organismo Judicial en su Artículo 52 establece que la función jurisdiccional corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás tribunales, y las funciones administrativas del organismo judicial corresponden a la

presidencia de dicho organismo y a las direcciones y dependencias administrativas subordinadas a la misma. El presidente de la Corte Suprema de Justicia preside también el organismo judicial.

La Constitución Política de la República y la Ley del Organismo Judicial establecen dentro de las funciones administrativas de la Corte Suprema de Justicia las siguientes:

- a. Formular el presupuesto del ramo (Art. 213 de la Constitución);
- b. Nombrar a los jueces, secretarios y personal auxiliar (Art. 209 de la Constitución);
- c. Emitir las normas que le corresponda en materia de sus funciones jurisdiccionales, así como en relación al desarrollo de las actividades que le confiere la Constitución y la Ley del Organismo Judicial; (Art. 54 literal f, de la Ley del Organismo Judicial);
- d. Asignar la competencia de los tribunales;
- e. Establecer tasas y tarifas de los servicios administrativos que se presten (Art. 54 literal n, de la Ley del Organismo Judicial);
- f. Ejercer la iniciativa de ley (Art. 54, literal j, de la Ley del Organismo Judicial).

2.7.2 Integración de la Corte Suprema de Justicia:

La Corte Suprema de Justicia está integrada por trece magistrados, los que designan a su presidente cada año.

- **Integración de las cámaras**

La cámara se define como un tribunal colegiado, integrado por cuatro magistrados de la Corte Suprema Justicia, su función es conocer, analizar, discutir y resolver los recursos que de conformidad con la ley son de su competencia.

- a) **La cámara civil:** Es un órgano que conoce de asuntos relacionados con derecho civil;
- b) **La cámara penal:** Conoce los asuntos relacionados al derecho penal;
- c) **La cámara de amparo y antejuicio:** Es un recurso que se presenta para resarcir un derecho violado, todos los derechos constitucionales inherentes a la persona humana y antejuicio es el privilegio que la ley concede a algunos funcionarios para no ser enjuiciados criminalmente, sin que antes la autoridad distinta al juez declare si ha o no lugar a formación de causa.

2.8. Organismo legislativo:

El organismo legislativo fue creado por la Constitución Política, mediante el Artículo 141 y se encuentra de manera específica en los Artículos 157 al 181, estableciéndose la potestad legislativa y la integración del Congreso de la República, así como aspectos importantes de su funcionamiento, entre ellos, las sesiones, incluida la mayoría para tomar decisiones, especialmente la autorización a los diputados para que desempeñen otros cargos públicos, prerrogativas de que gozan los diputados, requisitos para el cargo de diputado, prohibiciones e incompatibilidades, elección la junta directiva y comisión permanente. Regula también las atribuciones específicas del Congreso, interpelación de ministros, efectos de la interpelación, asistencia de ministros al Congreso, atribuciones específicas, mayoría calificada, procedimiento consultivo y específicamente,

el proceso de formación de las leyes. La Ley Orgánica del Organismo Legislativo regula lo relativo a la organización y funcionamiento interno del Congreso.

Los órganos de los que se integra el Congreso de la República de acuerdo a lo que establece la Ley Orgánica del Organismo Legislativo son:

- **Pleno:** según el Artículo 7 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo es el órgano máximo que constituye la autoridad superior y se integra por lo diputados reunidos en número suficiente de acuerdo con dicha ley;
- **La junta directiva:** se integra por el presidente, tres vicepresidentes y cinco secretarios, electo por planilla cuyos miembros duraran un año en sus funciones pudiendo ser reelectos;
- **Presidencia del Congreso:** es el funcionario de más alta jerarquía del organismo legislativo y como tal ejerce la dirección, ejecución y representación de dicho organismo. El presidente es a su vez presidente de la junta directiva, de la comisión de régimen Interior y de la comisión permanente;
- **Comisión permanente:** el pleno del Congreso de la República procederá a integrar la comisión permanente del mismo, compuesta por el presidente, dos secretarios designados por sorteo que practicará el presidente en presencia de por lo menos cuatro de los secretarios;

- **Comisión de los derechos humanos:** se forma por un diputado de cada partido político representado en el período legislativo correspondiente, electo a propuesta de sus respectivos partidos políticos;
- **Comisiones ordinarias:** es un órgano técnico de estudio y conocimiento de los diversos asuntos que les someta a consideración el Congreso de la República o que promuevan por su propia iniciativa, cuenta con el apoyo de la junta directiva y tienen facultad para requerir la colaboración de funcionarios, técnicos de cualquier institución pública o privada;
- **Comisiones extraordinarias y específicas:** las comisiones extraordinarias y específicas son creadas por el Congreso de la República para encargarles el conocimiento de algún asunto;
- **Bloques legislativos:** pueden constituirse bloques legislativos de partidos que están integrados por los diputados que pertenezcan a un mismo partido político y mantengan su calidad de partidos políticos. También pueden existir bloques independientes que están formados por once o más diputados independientes.

Las funciones administrativas permanentes las desarrollan: junta directiva, presidencia y secretaría. El Congreso de la República funciona basándose en comisiones, algunas fueron creadas por la Ley Orgánica del Organismo Legislativo y otras son creadas por el partido político dominante en el Congreso. Las creadas por dicha ley son: comisión permanente y comisión de derechos humanos. Actualmente el Congreso tiene las siguientes comisiones:

- Agricultura, ganadería y pesca;
- Ambiente, ecología y recursos naturales;
- Apoyo técnico;
- Asuntos municipales;
- Comunicaciones, transporte y obras públicas;
- Comunidades indígenas;
- Cooperativismo y organizaciones no gubernamentales;
- Cultura;
- De la mujer;
- Defensa del consumidor y el usuario;
- Defensa nacional;
- Del menor y la familia;
- Deporte;
- Derechos humanos;
- Descentralización y desarrollo;
- De legislación;
- Economía y comercio exterior;
- Educación, ciencia y tecnología;
- Energía y minas;
- Específica de asuntos electorales;
- Específica de recursos hídricos;
- Específica de seguimiento a la reforma del sector financiero;

- Específica para la integración y desarrollo de Petén;
- Específica para la paz y el desminado;
- Extraordinaria de apoyo a la recaudación tributaria;
- Extraordinario de catastro;
- Extraordinaria de seguimiento al plan visión de país;
- Extraordinaria fiscalizadora de compras del sector salud;
- Extraordinaria nacional de transparencia;
- Finanzas públicas y moneda;
- Gobernación;
- Integración;
- Legislación y puntos constitucionales;
- Migrantes;
- Pequeña y mediana empresa;
- Previsión y seguridad social;
- Probidad;
- Relaciones exteriores;
- Salud y asistencia social;
- Seguridad alimentaria;
- Trabajo;
- Turismo;
- Vivienda.

CAPÍTULO III

3. Los servicios públicos:

Por mandato constitucional la administración pública, tiene como fin principal la satisfacción de las necesidades sociales. Esto significa que toda su actividad debe dirigirse a esa finalidad y el instrumento del que se vale para lograrlo son los servicios públicos.

Los órganos del organismo ejecutivo, las entidades descentralizadas y autónomas, satisfacen necesidades sociales en nombre del Estado, utilizando los recursos materiales que se obtienen del pago de la carga impositiva que tiene la población.

Otra forma en la que el Estado presta los servicios públicos, es a través de la ayuda que recibe de los particulares quienes organizados y sin ánimo de lucro o sin lucro excesivo, mediante el cobro de tarifas bajas, prestan dichos servicios.

3.1. Evolución:

El Estado abandona el abstencionismo, debido a que desde ese momento se hace cargo de los servicios asistenciales o sociales en tres áreas: educación, salud y trabajo. El Estado, toda vez apartado del liberalismo clásico en una primera etapa, asume la prestación de todos los servicios públicos. En una segunda etapa comparte la prestación de los servicios públicos con los particulares y en una tercera etapa, se limita a regular los servicios públicos, con la finalidad de controlar su organización, funcionamiento y régimen legal. El Estado participa en la explotación económica, asumiendo riesgos empresariales, hasta cierto límite. Los administradores públicos pasan a manejar

la concesión como fórmula para conceder la explotación de los servicios públicos a los particulares, reservándose el derecho de intervención.

Al prestar los servicios públicos, el Estado cuenta con ventajas a su favor, tales como el dinero proveniente de los impuestos y contribuciones, la propiedad sobre gran cantidad de bienes de toda clase y la influencia política, etcétera. La empresa pública surge como consecuencia de que el Estado necesita invertir los capitales acumulados en las arcas públicas, y por la escasa inversión privada, la influencia de las ideas socialistas y la tendencia política de proteger a los desamparados. Cada Estado organiza sus propias empresas públicas, según sus recursos y conveniencias políticas.

Desde el apareamiento de la empresa pública hay dos posiciones antagónicas: el Estado con empresas públicas y el Estado con empresas privadas, agregándose una tercera posición: El Estado con empresas públicas y empresas privadas, en el sentido de que el Estado se reserva la administración de servicios que no puede ceder a los particulares, permitiendo a los particulares asumir la administración de servicios por medio de empresas privadas. Al respecto, existe una polémica entre el Estado y los particulares, debido a que éstos supuestamente pueden considerarse buenos administradores. Parte de la polémica es la posición de cada Estado: Italia capitalista cuenta con empresas públicas exitosas en navegación, hierro, acero, minerales e hidrocarburos y Suecia socialista cuenta con empresas privadas, estimuladas por la política estatal de subsidios, tasas, reglamentaciones y control de los monopolios.

3.2. Definición:

Para el profesor Godínez Bolaños, los servicios públicos son: "El conjunto de actividades que desarrolla el Estado en forma directa o indirecta, con la finalidad de satisfacer necesidades sociales, atendiendo a la población por imperativo constitucional a cambio del pago de impuestos, tasas y demás contribuciones que pagan los administrados"¹².

Otra definición que podemos mencionar es la siguiente: "Es el medio o instrumento de que la administración pública se vale, para lograr sus fines y propósitos, es decir del bienestar general o el bien común"¹³.

3.2.1 Definición de servicios sociales:

Hay una categoría de servicios que debe prestar el Estado, como obligación constitucional, sin cobrar ninguna tarifa o tasa por el servicio. Cuando el servicio reviste esta característica de absoluta gratuidad, se le califica como servicio social y generalmente va dirigido a la población pobre y en estado de extrema pobreza, como es la mayoría en Guatemala.

En esta categoría se pueden incluir los siguientes ejemplos: chorros públicos de agua potable, hospitales, escuelas públicas, entrega de útiles escolares y refacción de los niños, campañas de alfabetización, campañas de vacunación, otorgamiento de viviendas o de parcelas en

¹² Godínez Bolaños, Rafael, **Servicios públicos y servicios sociales**, pág. 2.

¹³ Calderón Morales, **Ob. Cit**; pág. 376.

forma gratuita, subsidios a los cultivos por medio de entrega de fertilizantes o de insecticidas etcétera.

En la actualidad, la corriente económica dominante en el mundo, propugna por la eliminación de este tipo de servicios, pues se considera que todo servicio debe ser pagado. Sin embargo, esta corriente económica que exige la reducción del gobierno y de la administración del Estado, olvida que la población en estado de extrema pobreza, que es la mayoría de la población del país y de todos aquellos países subdesarrollados o en vías de desarrollo, padece de necesidades provocadas por el deficiente sistema de distribución de la tierra, salarios bajos, falta de trabajo, falta de educación y en general de todos aquellos factores de carácter material y espiritual que son necesarios para desarrollar el sistema capitalista.

3.2.2 Diferencias entre los servicios públicos y servicios sociales:

- a) **Objetivo:** Los servicios sociales buscan mejorar las condiciones de vida de los guatemaltecos y realizar el bien común, principalmente en la cultura, la salud y la previsión social; los servicios públicos buscan satisfacer necesidades de interés general de grupos o de todos los guatemaltecos;
- b) **Fines:** Los servicios sociales persiguen fines asistenciales, por tal motivo, no son lucrativos y funcionan generalmente con déficit y subsidiados por el Estado; los servicios públicos persiguen fines lucrativos y pueden ser explotados por el Estado, los departamentos y los municipios, por los municipios conjuntamente con los particulares y exclusivamente por lo particulares;

- c) **Ingreso:** El ingreso a los servicios sociales es limitado, tienen acceso los pobres y quienes no puedan pagar servicios privados; el ingreso a los servicios públicos es abierto, en el sentido de que a los mismos ingresa cualquier persona que requiera el servicio, cumpla los requisitos y pueda pagar un derecho, una tarifa, una tasa o una cuota;
- d) **Nombres:** La persona que usa el servicio social recibe el nombre de beneficiario y la persona que usa el servicio público recibe el nombre de usuario;
- e) **Prestaciones:** En los servicios sociales la prestación es económica y material y consiste en ayudas como dinero, medicina, alimentos ropa etcétera; en los servicios públicos la prestación es puramente material: uso de teléfono, luz eléctrica, agua potable, transporte etcétera.

Estas diferencias no se tienen por definitivas. Un servicio puede pasar a servicio público, o a la inversa, dependiendo de la intención de las autoridades.

3.3 Elementos:

3.3.1 Tradicionales:

Los elementos tradicionales de los servicios públicos según la doctrina son:

- a) El fin del servicios público;
- b) La organización pública que los presta;
- c) El régimen público que lo regula;
- d) El monopolio.

La finalidad del monopolio es asegurar la continuidad del servicio y descartar la libre competencia que en todo caso puede resultar ruinoso y restar obligatoriedad al servicio. El Estado tenía monopolizado varios servicios públicos como el ferrocarril, aviación nacional, y la energía eléctrica.

El monopolio es prohibido por la Constitución Política que en el Artículo 130 establece: "Se prohíben los monopolios y privilegios...", el mismo Artículo obliga al Estado a limitar el funcionamiento de empresas que absorban o tiendan a absorber, en perjuicio de la economía nacional, la producción de uno o más ramos industriales o de una misma actividad comercial o agropecuaria, por medio de leyes, obligando también a proteger la economía de mercado e impedir asociaciones que restrinjan la libertad de mercado o que perjudiquen a los consumidores. El texto constitucional aunque parezca inclinado a las actividades privadas, bien interpretado no excluye las actividades públicas o estatales. Por tanto: No autoriza monopolios estatales y privados ni tampoco la prohibición es de carácter general.

3.3.2 Modernos:

- a) **Es un servicio técnico:** Pues en todo servicio público debe existir una técnica. La actividad jurídica puede estar asociada a la actividad técnica, puesto que una no excluye a la otra;
- b) **Continuo:** Dar al público comodidad en forma continua y permanente, de manera que la prestación no sea interrumpida o paralizada sin perjudicar a la colectividad. Esta continuidad del servicio público supone el funcionamiento puntual y regular del mismo, que implica también un fácil acceso al servicio por parte del usuario; la continuidad se estudia en varios sentidos:

- El transporte como servicio exige un horario de 24 horas y oficinas abiertas durante 24 horas, atendiendo y resolviendo problemas, incluyendo turnos de personal para no romper la continuidad;
 - Cuando la propia administración pública presta el servicio en forma directa, es ilegal la interrupción, excepto ante casos excepcionales o de fuerza mayor. La interrupción del servicio público en manos de la administración pública, equivale a una falta grave que puede dar lugar a la demanda de daños y perjuicios por parte del usuario;
 - Cuando el servicio lo presta el concesionario, éste queda obligado a prestarlo a toda costa, aunque deje de ser ganancioso y sufra déficit;
 - La continuidad es la base de prohibir la huelga en los servicios públicos.
- c) **Igualdad:** Se basa en el principio constitucional de igualdad entre todos los seres humanos así como de oportunidades y responsabilidades del hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil. El elemento se basa en el principio de igualdad de los habitantes del Estado ante la ley;
- d) **Satisfacer una necesidad pública:** De interés general, no para satisfacer intereses públicos;
- e) **Organización pública:** El servicio público es un organismo compuesto de necesidades organizativas, que representan el elemento poder y de funcionarios, empleados o agentes de ejecución que representan el elemento competencia técnica, ambos autoridad y agente, unidos y ordenados por reglamentos y circulares que lo reglamentan y sancionan;

- f) **Adaptación:** La administración pública podrá modificar el servicio público, siempre que la modificación se fundamente en el bien común o interés público. Este elemento justifica el racionamiento de la prestación sin responsabilidad para el titular del servicio, un típico ejemplo de aplicación de este elemento lo encontramos en el racionamiento del agua potable;
- g) **Generalidad:** El servicio público es para todos los habitantes del Estado, sin exclusión, o sea que todos tienen derecho al mismo.

4. Características de los servicios públicos:

Poseen características muy generales, pero también sus características esenciales, tales como: la generalidad, uniformidad o igualdad, regularidad, continuidad y la obligatoriedad.

- a) **Generalidad:** Implica que todos los habitantes del Estado tienen el derecho de utilizar los servicios públicos, conforme a la normatividad que lo establece;
- b) **Uniformidad o igualdad:** En la prestación, desde el punto de vista que todos somos iguales ante la ley, y que las cargas tributarias, tasas y pagos de servicios públicos deben ser repartidas igualmente entre los habitantes;
- c) **Regularidad:** El servicio público debe ser prestado de acuerdo a las normas legales o reglamentarias, que rigen su prestación, y no en forma arbitraria;
- d) **Continuidad:** El servicio público debe prestarse sin interrupción, en forma permanente y constante, la continuidad puede depender de la clase del servicio de que se trate, pudiendo ser:

- **Continuidad absoluta:** Dentro del servicio público existen algunos que deben tener una continuidad absoluta, no pudiendo ser suspendidos por ningún motivo, ejemplo: agua potable, energía eléctrica;
- **Continuidad relativa:** Cuando debe de cumplirse con horarios establecidos.

e) **Obligatoriedad:** El Estado tiene la obligación de prestar o garantizar el servicio público, sin discriminación alguna, no pudiendo negar su prestación.

3.5. Clases:

Para clasificar los servicios públicos existen muchos criterios, según cada estudioso del derecho, entre ellos se encuentran los siguientes:

a) Por el ente que los presta:

- **Directos:** Son aquellos que organiza y mantiene el Estado por medio de sus dependencias y entidades;
- **Indirectos:** Son los que prestan los particulares, mediante autorizaciones y concesiones, con tarifas controladas por el Estado y subsidios, en caso de necesidad, para no interrumpir ni elevar las tarifas.

b) Por su importancia:

- **Esenciales:** Son aquellos que su existencia es de imperiosa necesidad para la vida humana, no pueden dejar de prestarse, ejemplo: agua, salud, comunicaciones, etcétera;

- **No esenciales:** También llamados discrecionales, son los que pueden dejar de prestarse sin afectar a la población y son el resultado de la vida moderna, ejemplo, el transporte de lujo, cable, etcétera.

c) **Por su continuidad:**

- **Permanentes:** No se pueden interrumpir por ninguna causa o circunstancias, ejemplo: agua, hospitales, etcétera;
- **No permanentes:** Los que se prestan en forma accidental o en caso de emergencia, se prestan por disturbios sociales, desastres naturales, ejemplo: traslado de personas de zona de peligro, reconstrucción de zonas devastadas por desastres naturales, jornadas preventivas de salud (vacunación), etcétera.

d) **Por su ámbito territorial:**

- **Nacionales:** Cuando el servicio público es prestado en todo el país;
- **Regionales:** Cuando el servicio público va dirigido a una región determinada;
- **Departamentales:** Cuando el servicio público puede ser prestado en un departamento;
- **Municipales:** Cuando corresponde prestarlo en un determinado municipio (municipalidades).

3.6. Prestación directa e indirecta de los servicios públicos:

La prestación del servicio público puede ser prestada por la administración pública y sus entidades descentralizadas en forma directa o bien en forma indirecta, a través de personas individuales o jurídicas particulares, por medio de concesiones administrativas, mediante la cual se les otorga a los particulares la facultad de prestar servicios públicos.

- **Concesiones:** Cuando la administración pública se ve imposibilitada por cuestiones presupuestarias a prestar el servicio público, encomienda a los particulares que a asuman los riesgos económicos para la prestación de los mismos, previo las autorizaciones que el Estado debe otorgar.

Según Fraga la concesión es: "Un acto mixto, compuesto de 3 elementos: Un acto reglamentario, un acto de condición y un contrato"¹⁴.

- a) Es un acto reglamentario:** En el mismo se fijan las normas a que necesariamente se deben condicionar la organización y funcionamiento del servicio público, así también quedan contenidos aspectos referentes a horarios, tarifas, forma de prestación del servicio, derecho de los usuarios, etcétera;
- b) El acto condición:** Es el que condiciona las atribuciones que debe cumplir el concesionario de las facultades que la ley le otorga, así como de las obligaciones;
- c) El elemento contractual:** Que implica las cláusulas, por medio de las cuales la administración otorga la concesión y en donde se fijan derechos y obligaciones, tanto de las empresas concesionarias como de la administración pública.

3.6.1 Otorgamiento de concesiones en Guatemala:

Además de otras leyes, lo encontramos regulado en el Código Municipal, que en el Art.74 establece:" Es la facultad que tiene la Municipalidad para otorgar a personas individuales o jurídicas

¹⁴ Fraga, Garbino, **Derecho administrativo**, pág.245.

de derecho privado, la concesión para la prestación de servicios públicos que opere exclusivamente en su jurisdicción, mediante contrato de derecho público y a plazo determinado, en el que se fije la naturaleza y condiciones del servicio y las garantías de su funcionamiento”.

3.6.2 Intervención de los servicios públicos:

En Guatemala los servicios públicos pueden ser intervenidos según lo establece el Art.120 de la Constitución, que preceptúa: “...que en caso de fuerza mayor y por tiempo estrictamente necesario, puede intervenir empresas que prestan servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando se obstaculizare su funcionamiento...”.

Conforme el Código Municipal, se pueden intervenir los servicios públicos por las razones siguientes:

- a) Por administrarse y prestarse en forma deficiente;
- b) Cuando se dejan de prestar sin autorización alguna;
- c) Cuando se falte a las ordenanzas y reglamentos por parte de concesionarios.

3.6.3 Empresas del Estado:

Las empresas del Estado son: “Entidades que constituyen uno de los medios de intervención del Estado. Es así como en estas empresas, para reducirse a ellas, el Estado actúa como Estado,

pero avoca o se abroga, si se quiere, determinadas actividades que, en otro tiempo, se consideraba que eran propias de los particulares, de la empresa privada”¹⁵.

3.6.3.1 Reglas para esta clase de empresas:

- a) Por actuar en el campo eminentemente privado, el Estado acepta someterse en principio al derecho privado y a las reglas de la oferta y la demanda;
- b) El Estado sigue actuando con su soberanía, es decir que continúa actuando como Estado sin abandonar sus prerrogativas y privilegios.

3.6.4 Empresas de economía mixta:

Son un nuevo medio de gestión de los servicios públicos y en esta forma el Estado se asocia con particulares en sociedades mercantiles, generalmente, a través de las sociedades anónimas. En estas empresas mercantiles, se encuentran aportaciones a capital por parte de la administración y aportaciones de capital privado. Normalmente el Estado adquiere la mayoría de las acciones, a efecto de tener un control efectivo dentro del consejo de la administración de la empresa mercantil. Se trata de una forma de la prestación de servicio público por colaboración.

En Guatemala, esta corriente puede notarse con la creación de la Empresa Eléctrica de Guatemala, sociedad anónima, en donde se encuentra la inversión pública y privada.

¹⁵ Penagos, Gustavo, *Curso de derecho administrativo*, tomo I, pág. 512.

3.6.5 Establecimientos de utilidad pública:

- **Utilidad pública**, significa que el interés general prevalece sobre el interés privado.
- **Establecimiento**: significa genéricamente, fundación, institución, creación de un centro o local para desenvolver una actividad.

3.6.6 Nacionalización y privatización de los servicios públicos y de las empresas estatales:

3.6.6.1 Nacionalización: Implica, la absorción estatal de empresas privadas y en algunos casos de ramas empresariales completas, sin que implique que se haya liquidado la propiedad. O sea que el Estado ante la incapacidad de los propietarios para la prestación del servicio público en una forma eficiente, los absorbe y se dedica a las labores que corresponden a la iniciativa privada.

Según Ossorio, nacionalización, en otro sentido se entiende como “la incorporación a la nación de todos los bienes y medios de producción o de una parte de ellos, sustrayéndolos de la propiedad de los particulares”¹⁶.

Se dice que un servicio público o una industria han sido nacionalizados por el Estado, cuando se elimina de ellos, a los empresarios particulares para convertirse el Estado en empresario de los mismos, naturalmente que la tendencia nacionalizadora se encuentra más acentuada en aquellos países influidos por doctrinas socializantes.

¹⁶ Ossorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, pág. 479.

3.6.6.2 Privatización:

Significa lo contrario de la nacionalización, pues en este caso nace la imposibilidad del Estado de prestar el servicio público, lo traslada hacia personas particulares, para que estos presten el servicio público.

3.6.6.3 Tendencia mundial:

La tendencia mundial actual, es la privatización del servicio público, ante la ineficiencia de los órganos de la administración pública y de las empresas estatales, que dejan márgenes de pérdida, que tienen que ser absorbidas por el Estado, no teniendo otra opción, que trasladar estas empresas a particulares, a efecto de que las hagan eficientes y productivas.

CAPÍTULO IV

4. Relación funcional:

La administración pública resulta infuncional y corrupta cuando no tiene el elemento humano o personal idóneo para desarrollar sus actividades, debido a que solamente las personas pueden imprimirle a toda la organización el dinamismo que la convierta en eficiente y eficaz, pues se encarga de la planificación, decisión, ejecución, asesoría y control de la misma. La administración fue concebida por los humanos para los humanos, por mucha tecnología que se utilice, siempre serán personas las responsables de su desarrollo. Un Estado puede tener excelentes leyes, suficientes recursos materiales y buenos planes, pero si los administradores de la ejecución son incapaces, sin conocimientos técnicos y corruptos, se le niega a la administración toda posibilidad de eficiencia y eficacia.

4.1. Los funcionarios y la relación laboral:

Tradicionalmente se denomina funcionario, a la persona que tiene a su cargo un puesto superior en la administración del Estado, por elección o por nombramiento; a quienes coordinan las actividades o las ejecutan bajo supervisión se les denomina burócratas, empleados o trabajadores públicos, pero todos ellos son servidores públicos, de allí que a todo el conjunto de personas que trabajan para el Estado, en puestos de administración pública, se le denomina servicio civil.

En la actualidad se denomina funcionarios, a todas las personas que realizan funciones en nombre de la administración estatal con carácter civil y, para distinguirlos en orden a la importancia de las funciones que tienen a su cargo, se denomina funcionarios superiores a quienes ejercen el

poder público como gobernantes y toman decisiones en nombre del Estado, unos son electos y otros nombrados; los funcionarios intermedios, que son los que coordinan y controlan la ejecución de los planes de gobierno y su presupuesto, éstos deben tener conocimientos especiales y pueden llegar al puesto mediante oposición o por nombramiento de confianza y, se denomina funcionarios menores a los ejecutores de las tareas de la administración, quienes son nombrados mediante examen de oposición y hacen carrera administrativa, solo pueden ser removidos por causa justificada y se rigen por la Ley de Servicio Civil. Los funcionarios superiores y los intermedios, representan al Estado y dirigen los órganos del organismo ejecutivo o de las entidades públicas oficiales, salvo que sean funcionarios electos, pueden ser destituidos en cualquier momento, por tratarse de funcionarios exentos de la aplicación de las normas reguladoras de la carrera administrativa.

A partir del momento que la persona toma posesión del cargo público, luego de aceptar el nombramiento o elección, se origina la relación laboral, que produce efectos jurídicos en forma de derechos y obligaciones para la administración pública como patrono y para el funcionario como trabajador público. La relación laboral esta regulada por la Constitución Política de la República, la Ley del Servicio Civil y su Reglamento, la Ley Orgánica del Presupuesto, la Ley de Clases Pasivas, la Ley de Aguinaldos, la Ley de Sindicalización y Huelga de los Trabajadores del Estado, entre otras.

4.2. Definición:

La relación laboral es: "El vínculo jurídico laboral que une al Estado con los particulares, que pasan a formar parte del servicio civil, desde el momento que inician el ejercicio del cargo, hasta la entrega del mismo, que obliga al primero a pagar las remuneraciones y prestaciones

correspondientes, a cambio del trabajo material o intelectual de los segundos, de conformidad con las normas legales especiales que integran el régimen del servicio civil del Estado”¹⁷.

4.3. Naturaleza jurídica de la relación laboral:

Teorías que se han sustentado en cuanto a la relación laboral:

a) Teoría unilateral:

Es la que sostienen que la relación laboral es un acto unilateral del Estado y explica que ella nace de un acto de soberanía del Estado, que fija las condiciones de orden público, para que se desarrollen este tipo de vínculo jurídico. Las condiciones son plasmadas en leyes que solo pueden ser modificadas por leyes;

b) Teoría contractual o bilateral:

Afirman que la relación funcional es un acto contractual que conlleva la investidura o nombramiento, en donde concurren la voluntad del Estado que decide reconocer la elección o emitir el nombramiento y el funcionario que acepta el puesto, generando derechos y obligaciones para ambos, según lo establecido en la ley y el propósito de servicio a la colectividad. Las condiciones pueden ser fijadas por la ley, pero también pueden ser modificadas a favor del trabajador cuando el Estado acepta la validez y aplicación de tratados y convenios internacionales o la suscripción de pactos o convenios colectivos con sus trabajadores.

¹⁷ Godínez Bolaños, Rafael, **La relación funcional**, pág. 2.

La Constitución Política en los Artículos del 107 al 117 acepta la segunda teoría y la Ley Reguladora del Derecho de Sindicalización y Huelga de los Trabajadores del Estado, establece el procedimiento para la negociación colectiva en el servicio civil.

La mayoría de tratadista considera más adecuado para nuestro medio, una posición doctrinaria más moderna, que abandone la teoría unilateral y plantee la teoría bilateral, que recoge los elementos anteriores, explica que la naturaleza jurídica de la relación laboral, tiene por una parte un acto administrativo de nombramiento o de investidura, en donde concurren la voluntad del Estado que decide y la del particular que acepta el cargo, generando efectos jurídicos entre ambos, de conformidad con los derechos y obligaciones, previamente establecidos en la ley y el propósito de servicio a la colectividad.

4.4. Derechos y obligaciones que nacen de la relación laboral:

4.4.1 Derechos:

- **Derechos del servidor público:** Que le paguen las remuneraciones y prestaciones a que legalmente tiene derecho;
- **Derechos de la administración pública:** De exigir al funcionario a que ejercite las funciones a que por mandato legal esta obligado.

4.4.2 Obligaciones:

Obligación de la administración pública: A pagar las remuneraciones y prestaciones a que legalmente tiene derecho el servidor público y obligación del funcionario a ejercer las competencias y funciones que la ley le otorga a las que queda obligado.

4.5 Características de la relación laboral:

- a) De conformidad con la teoría bilateral, tiene por su parte un acto administrativo de nombramiento o investidura;
- b) Concurre la voluntad del Estado, que decide el nombramiento y la voluntad del particular que acepta el cargo;
- c) La relación laboral genera efectos jurídicos entre la administración pública y el particular nombrado es decir derechos y obligaciones;
- d) Todos los derechos y obligaciones se encuentran previamente establecidos en la ley y la finalidad del bien común, a través del servicio público.

4.5 Clasificación del servicio civil:

Según la Ley del Servicio Civil en los Artículos 31, 32, 33 y 34, son los siguientes:

- a) **Servicio exento:** Es el que no se encuentra sujeto a las disposiciones de la Ley del Servicios Civil;
- b) **Servicio sin oposición:** Es únicamente para puestos se asesoría técnica, legal o directores de hospitales;
- c) **Servicio por oposición:** Esta clasificación comprende aquellos puestos no comprendidos en los servicios exentos y sin oposición y que aparezca en el sistema de clasificación de puestos del servicio por oposición que establece la Ley del Servicio Civil.

4.6.1 Sistemas de designación de funcionarios:

Los funcionarios menores y la mayoría de funcionarios intermedios, ingresan a la carrera administrativa mediante examen de oposición, cuando se trata de funcionarios superiores y de funcionarios intermedios que están exentos de examen de oposición, así como los profesionales que prestan asesoría o consultoría a la administración y cuya estancia es relativamente corta en el servicio civil, ingresan mediante los sistemas siguientes:

- a) **Ingreso por elección:** La población o un sector de la misma eligen al funcionario para desempeñar el cargo público por un período determinado entre ellos se encuentran los cargo de Presidente, Vice-Presidente, Alcalde y miembros del Concejo Municipal, los Diputados, el Rector de la Universidad de San Carlos de Guatemala, los decanos de las facultades de la Universidad de San Carlos de Guatemala, etcétera;

- b) **Ingreso por nombramiento:** según el profesor Godínez Bolaños esta forma de ingreso es: "Cuando el superior jerárquico del órgano administrativo tiene la facultad de nombrar a sus subordinados entre personas de su confianza como ministros, viceministros, directores regionales, directores generales, gobernadores, gerentes y presidentes o miembros de juntas directivas de entidades descentralizadas, en este caso existen varias modalidades:
 - **Nombramiento discrecional:** Cuando el superior jerárquico puede hacer el nombramiento, observando únicamente los requisitos que la ley establece;

- **Nombramiento condicionado:** Queda condicionado el nombramiento de una persona entre varios candidatos;
 - **Nombramiento reservado:** Toma en cuenta la carrera administrativa y el sometimiento obligatorio al examen de oposición".¹⁸
- c) **Ingreso por contrato:** Esta forma de ingreso al servicio civil se utiliza normalmente para las consultorías, generalmente profesionales y técnicos, por tiempo definido o por trabajos específicos y al finalizar el tiempo o concluidos los trabajos, el contrato finaliza. Se contrata a base de honorarios profesionales y sin necesidad de oposición, no tienen derecho a prestaciones pues no se les considera como trabajadores permanentes del Estado. En algunos casos se producen estos contratos, mediante el sistema de selección entre varios candidatos, con base en su expediente personal y experiencia o con base en un examen de oposición, con la finalidad de contratar a la persona idónea.

4.6.2 Requisitos para ser funcionario:

Las normas legales establecen los requisitos mínimos que deben llenar las personas que van a ocupar puestos superiores en la administración del Estado, por ejemplo la Constitución Política de la República regula los requisitos para los cargos de Ministro de Estado, Presidente y Vicepresidente de la República etcétera.

¹⁸ *Ibid*, pág. 3.

En otros casos las normas ordinarias y leyes orgánicas de las entidades autónomas determinan esos requisitos.

Para las personas que desean ser parte del servicio civil mediante el ingreso por oposición según el Artículo 42 de la Ley del Servicio Civil, deben cumplir las siguientes condiciones:

- a) Poseer la aptitud moral, intelectual y física propias para el desempeño de un puesto;
- d) Satisfacer los requisitos mínimos especiales que establezcan el manual de especificaciones de clase para el puesto de que se trate;
- e) Demostrar idoneidad, sometiéndose a las pruebas, exámenes o concursos que establezca esta ley y sus reglamentos;
- f) Ser escogido y nombrado por la autoridad nominadora, de la nómina de candidatos certificada por la Oficina Nacional de Servicio Civil;
- g) Finalizar satisfactoriamente el período de prueba;
- h) Llenar los demás requisitos que establezcan los reglamentos de la Ley del Servicio Civil".

4.6.3 Carrera administrativa:

Es el derecho que tienen los funcionarios de pasar a desempeñara un puesto de grado o clase superior, por capacidad, conocimiento y experiencia dentro de la función administrativa.

La carrera administrativa, implica el estímulo que se pueda dar a los funcionarios que desarrollan una labor dedicada y eficiente del cargo que desempeñan.

4.6 Clases de funcionarios:

Según el Profesor Godínez Bolaños los funcionarios o empleados públicos se pueden clasificar de la siguiente forma:

- a) **Funcionario superiores:** Son los encargados de gobernar y tomar decisiones de carácter político y además son los superiores jerárquicos de la administración. Ejemplo el Presidente, quien cumple una función pública doble: como superior jerárquico de la administración pública y como jefe de Estado;

- b) **Funcionarios intermedios:** Que coordinan y controlan la ejecución de los planes, proyectos y programas de la administración pública.

Superiores e intermedios, representan al Estado por medio de los órganos de los cuales son titulares, ante otros órganos y entidades del Estado, ante los particulares y ante sus propios subordinados. Son funcionarios de confianza y pueden ser nombrados o destituidos en cualquier momento, salvo que se trate de funcionarios popularmente electos o que la ley señale que deben ejercer el cargo para determinado período, en este caso, sólo pueden ser removidos por las causas señaladas en la propia ley;

- c) **Funcionarios menores:** Llamados trabajadores o empleados del Estado, burócratas o servidores, son los ejecutores de la actividad administrativa. Realizan tareas intelectuales o manuales; permanecen dentro del servicio civil más tiempo y hacen carrera administrativa.

Son nombrados por oposición, salvo los meros operativos y únicamente pueden ser removidos por causa justificada. Se rigen principalmente por la Ley del Servicio Civil.¹⁹

4.8 Efectos jurídicos de la relación laboral:

4.8.1 Obligaciones (Art.156 de la Constitución):

Según el profesor Godínez Bolaños: ²⁰

- a) "Ejercer las competencias que por mandato legal deban ejecutar, atribuidas al órgano administrativo;
- b) Respeto y obediencia al superior jerárquico y a la ley;
- c) Ejercitar personalmente la competencia, la cual no es prorrogable, salvo en los casos de avocación y delegación;
- d) El cumplimiento fiel y dedicado dentro del procedimiento administrativo, para hacer una administración eficiente y pronta;
- e) Fidelidad al Estado, como su empleador y principalmente a la Constitución Política;
- f) Imparcialidad, en las decisiones que tome, principalmente que dentro del procedimiento administrativo se encuentra de por medio el particular;
- g) En algunos casos es obligatorio que el funcionario resida en el lugar, en donde esta desempeñando el cargo;
- h) Contribución a la seguridad pública;

¹⁹ **Ibid**, pág. 1.

²⁰ **Ibid**, pág.4.

- i) Oposición a las órdenes ilegales, ningún funcionario esta obligado al cumplimiento de órdenes manifiestamente ilegales”.

4.8.2 Derechos:

Según el profesor Godínez Bolaños son los siguientes:

- a) “Estabilidad laboral y el derecho de hacer una carrera administrativa, o sea derecho a los ascensos, de acuerdo a las capacidades desarrolladas dentro del trabajo;
- b) Derecho a la defensa, en los procedimientos por medidas disciplinarias que el superior jerárquico puede imponer;
- c) Derecho a participar en las oposiciones, para los ascensos;
- d) Descansos semanales;
- e) Asuetos, establecidos en la ley;
- f) Goce de vacaciones;
- g) Permisos especiales de estudio y/o enfermedad;
- h) Percibir un sueldo, aumentos, bonificaciones y ventajas económicas y viáticos, cuando proceden;
- i) Derecho al régimen de seguridad social;
- j) Derecho al retiro, jubilación, viudedad y sobrevivencia y a la recreación (clases pasivas del Estado);
- k) Derecho a la recreación;
- l) Derecho a la libre sindicalización y agrupación o asociación gremial;

m) Derecho a la huelga, legalmente autorizada".²¹

4.9 Suspensión de la relación laboral:

La relación laboral se interrumpe, cuando se otorgan permisos con o sin goce de sueldo, enfermedades comunes, accidentes, imposición de medidas disciplinarias de suspensión sin goce de sueldo, períodos de parto y posparto, goce de becas, detención y encauzamiento penal, mientras se dicta sentencia.

4.10 Terminación de la relación laboral:

La relación laboral termina al momento de entregar el puesto y los bienes a cargo del funcionario; debe reintegrar los faltantes o de lo contrario, se le inicia un juicio de cuentas, se le extiende el finiquito cuando la entrega es normal y total. Las causas de terminación de la relación laboral pueden ser las siguientes:

- a) Renuncia;
- b) Jubilación;
- c) Incapacidad física o mental permanente, y que imposibilite su traslado a otro puesto;
- d) Supresión de la plaza, fallecimiento;
- e) Vencimiento del contrato;
- f) Despido;
- g) Condena en sentencia ejecutoriada.

²¹ **Ibid.**

En los casos de supresión de plaza y despido injustificado, el trabajador goza del derecho a ser indemnizado hasta por el equivalente de 10 meses de salarios según el Artículo 110 de la Constitución Política; el retiro, la incapacidad o el fallecimiento producen el derecho a gozar de pensiones por jubilación, incapacidad o invalidez o sobrevivencia, en este caso para el cónyuge superstite, los hijos menores de edad o incapaces, los padres que dependían del trabajador y que no tengan medios propios para subsistir.

4.11 Responsabilidades de los funcionarios:

4.11.1 Responsabilidades políticas:

Surge de las decisiones que toman los funcionarios encargados de gobernar, cuando van en contra de los principios constitucionales y los intereses estatales, incurren en esta los funcionarios superiores, como el Presidente, Vice-presidente y Ministros de Estado.

La responsabilidad política se deduce mediante el juicio político o interpelación en el Congreso de la República, según lo dispuesto por los Artículos 166, 167, 168 y 199 de la Constitución Política y la Ley Orgánica del Congreso de la República.

Cuando los funcionarios de confianza del Presidente, se apartan con sus actos de la política general del gobierno pueden ser destituidos y en esa forma se les deduce la responsabilidad política.

Por su parte la población puede oponerse a las decisiones políticas, por medio de las consultas populares o mediante los grupos de presión; además la población cuando tiene cultura

política y buena memoria sancionan a los gobernantes cuando no votan por el partido político que ha hecho gobierno y que ha fallado en sus ofrecimientos.

4.11.2 Responsabilidad jurídica:

La responsabilidad jurídica se origina del incumplimiento de las normas legales; a los funcionarios que infringen las leyes, se les deducen responsabilidades jurídicas que pueden ser:

a) Responsabilidad civil:

Se produce cuando las actuaciones de los funcionarios causan daños o perjuicios a los particulares o al propio Estado. Se deduce mediante juicio sumario de responsabilidades, con base en los Arts.235-246-247 y 248 del Código Procesal Civil y Mercantil. La responsabilidad civil es asumida solidariamente por el Estado según lo establecido en el Artículo 155 de la Constitución Política.

b) Responsabilidad penal:

Cuando el funcionario comete delitos o faltas en el ejercicio de su cargo, se produce la responsabilidad penal, que debe ser sancionada por los jueces penales. Los funcionarios superiores gozan de la inmunidad personal que se denomina antejuicio, que consiste en una investigación preliminar para determinar si efectivamente se cometió el delito o falta, para someterlos al proceso penal y suspenderlos en el ejercicio de sus cargos.

Entre los delitos que pueden cometer los funcionarios tenemos cohecho, malversación, infidelidad, falsedad, desacato, abandono o anticipación y extralimitación de funciones, lesiones, homicidios, asesinatos, etc.

c) Responsabilidad administrativa:

La responsabilidad administrativa se origina del incumplimiento de las normas que rigen las funciones del cargo público que se ejerce. El incumplimiento puede ser por diversas causas: negligencia, ausencias, retrasos, faltas a la moral, falta de higiene, incompetencia técnica, dedicación a actividades prohibidas como colectas o juegos de azar, también constituyen incumplimiento, el no tramitar los expedientes dentro de los plazos legales, impericia, dedicación a actividades políticas etcétera, en estos casos el funcionario superior tiene la potestad y el deber de aplicar medidas de control y sanción, puede aplicar medidas correctivas previo derecho de defensa, tales como el llamado de atención verbal y privado, el llamado de atención público y por escrito y la suspensión sin goce de sueldo.

Cuando la conducta anómala es reiterada o muy grave, se puede imponer la media expulsiva de despido por causa justificada, previa audiencia para que el funcionario se defienda. La responsabilidad administrativa en que incurren los funcionarios se divide en:

- a) Responsabilidad interna:** Se origina por el incumplimiento de las funciones atinentes a su cargo, tales como ausencias, negligencia, retrasó, faltas a la moral o a la higiene, realizar colectas, retardo en el trámite de expedientes, impericia, etc., lo que da lugar a que el

funcionario superior aplique medidas correctivas y disciplinarias, previa audiencia para que se defienda.

Según el Art.74 de la Ley del Servicio Civil, las sanciones disciplinarias, son las siguientes:

- “Amonestación verbal, se aplica por faltas leves;
- Amonestación escrita, que se impone cuando el servidor haya merecido durante un mes calendario, dos o más amonestaciones verbales;
- Suspensión en el trabajo sin goce de sueldo por un mes máximo de 30 días en un año calendario, cuando la falta cometida sea de cierta gravedad;
- Suspensión del trabajo sin goce de sueldo en los casos de detención y prisión provisional durante todo el tiempo que dure”.

b) Responsabilidad administrativa externa: Cuando las resoluciones y los actos de los funcionarios de la administración pública afectan los derechos de los particulares, reconocidos por las normas legales, los afectados tienen la facultad de exigir el control administrativo, para que se revise la actuación y se revoque o modifique.

La forma de deducirle al funcionario responsabilidades administrativas externas, es por el sistema de control a petición de parte (control directo), por medio de las impugnaciones o recursos administrativos como revocatoria, reposición y apelación etcétera,

y según quien resuelve el recurso planteado se puede decir que existen los siguientes sistemas de justicia:

- Cuando la impugnación o recurso es resuelto por el funcionario superior, se da el sistema de justicia delegada;
- Cuando el mismo funcionario superior que dictó la resolución impugnada, resuelve, se llama sistema de justicia retenida. Si los recursos administrativos no satisfacen al particular, entonces funcionan las acciones judiciales, demandado a la administración pública ante el Tribunal de lo Contenciosos Administrativo, para demandar al órgano o entidad de la administración pública que afecta sus intereses legítimos, con intervención obligada de la Procuraduría General de la Nación como representante legal del Estado y de la Contraloría de Cuentas cuando se trata del manejo de fondos públicos.

Hay otras acciones judiciales como el amparo, constitucionalidad, exhibición personal, que también pueden utilizar los particulares, para que los actos administrativos se sometan a las normas legales vigentes.

Para reclamaciones de tipo laboral, también pueden entablarse ante las Salas de Trabajo y Previsión Social. Ejemplo: por despido, reinstalación, pago de prestaciones laborales.

4.12 Prescripción de las responsabilidades de los funcionarios:

4.12.1 Responsabilidad civil: Prescribe en 20 años, no se establece a partir de que momento, puede interpretarse que a partir del acto que la origina, o que a partir del momento en que el funcionario entregue el cargo. El criterio más utilizado es el primero, aunque el segundo es el más justo, pues hay más posibilidad de obtener el resarcimiento, porque la influencia que pudiere ejercer el demandado es menor al dejar el puesto.

4.12.2 Responsabilidad penal: según el Art.155, tercer párrafo de la Constitución, prescribe por el transcurso del doble del tiempo señalado por la ley para la prescripción de la pena.

4.13 Función de hecho:

Esta es una figura que tiende a ser eliminada, debido a la tecnificación de la administración estatal y consiste en el ejercicio de funciones administrativas que no están ordenadas por la ley, para el puesto que tiene a su cargo un funcionario, por ejemplo ser nombrado para maestro de educación primaria y desempeñar las funciones de maestro de educación secundaria; también ocurre cuando no se cumple con los requisitos legales que requiere el puesto y se toma posesión del mismo. Esto es constitutivo de delito y puede producir la invalidación de las actuaciones de quien desempeñe ilegalmente el cargo, además procede responsabilidades civiles, administrativas y penales.

En este caso, son responsables tanto los funcionarios de hecho como los funcionarios que permiten este tipo de ilegalidades. Actualmente se dan situaciones como el préstamo de personal de un órgano a otro, sin llenar los requisitos legales de traslado, como ocurre en el magisterio

nacional, o de funcionarios que se arrogan funciones que no les corresponden, esto también es función de hecho y produce además de las responsabilidades civiles y penales, la nulidad de sus actuaciones Art.426-427 del Código Penal.

Actualmente existe un fenómeno que consiste en lograr el retiro del personal presupuestado, desapareciendo la plaza, para en su lugar contratar nuevo personal por contrato de servicios profesionales o técnicos, renovando anualmente dichos contratos por períodos largos que se han vuelto permanentes, con el objeto de impedir que el pasivo laboral del Estado sea más grande.

Este fenómeno ha llamado la atención en cuanto a la legalidad de las funciones que pueda realizar el personal contratado bajo estos renglones, que no tienen la calidad de empleados o funcionarios públicos, ya que el Estado necesita contar con trabajadores o funcionarios permanentes, debidamente presupuestados para que puedan desarrollar sus actividades y deducirles responsabilidades y, una persona que es contratada temporalmente no puede ser funcionario ya que solo incurriría en una función de hecho y además se daría una simulación contractual, produciendo la nulidad de las actuaciones así realizadas.

En función de lo anterior, la Contraloría General de Cuentas para dar cumplimiento a lo que establece el Artículo 232 de la Constitución Política de la República de Guatemala y ejerciendo su función fiscalizadora de los ingresos, egresos y en general de todo interés hacendario del Estado, los municipios, entidades descentralizadas y autónomas, así como de cualquier otra persona que por delegación del Estado, invierta o administre fondos públicos, emitió el Acuerdo A-77-06 de fecha 27 de septiembre de 2006, el cual fue modificado por el Acuerdo A-100-2006 de fecha 30 de octubre de

2006, modificado nuevamente por el Acuerdo A-17-2007 de fecha 30 de enero de 2007 y finalmente sustituido ése y sus reformas por el Acuerdo A-118-2007 de fecha 27 de abril de 2007, a través del cual se estableció: "El personal contratado bajo renglón presupuestario 029 "otras remuneraciones del personal temporal" por carecer de la calidad de servidor público, no le son aplicables las normas del Decreto 89-2002, Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos y su Reglamento; por lo que no están afectos ni obligados a la presentación de la declaración jurada patrimonial, pero tampoco están facultados para el manejo de fondos públicos, ejerzan funciones de dirección y decisión. Por lo tanto se da un plazo a todas las entidades del sector público que vence el 31 de julio de 2007 para que regularicen la situación del personal contratado bajo renglón 029 y que se encuentren ejerciendo las funciones indicadas".

Las personas contratadas bajo los renglones 029 y subgrupo 018 no se reputan empleados o funcionario, por lo que, únicamente pueden prestar servicios profesionales o técnicos, prohibiéndoseles el manejo de fondos públicos y ejercer las funciones de dirección, decisión ejecución, dirección y administración; unificando así criterios en cuanto a si tenían obligación o no de prestar declaración jurada patrimonial.

Esto obligó a todas las instituciones públicas a reformar su estructura organizativa y a crear las plazas necesarias para poder funcionar, gestionando ante la Oficina Nacional del Servicio Civil las plazas necesarias para poder operar con personal presupuestado, en los renglones 011, 021 y 022.

CAPÍTULO V

5. Procesos de adquisición de bienes y servicios de conformidad con el Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala:

La administración pública del Estado de Guatemala, para cumplir con sus fines en las distintas entidades centralizadas, descentralizadas y autónomas, necesitan adquirir bienes o servicios, pero para poder hacerlo de forma legal deben de cumplir con lo requisitos que establece la Ley de Contrataciones del Estado Decreto 57-92 del Congreso de la República, según la cual dependiendo del monto que se va a invertir existen los siguientes:

- Contratación directa o compra directa;
- Cotización o licitación privada;
- Licitación pública;
- Contrato abierto;
- Casos de excepción.

5.1 Contratación directa o compra directa:

Existe la contratación si la organización pública elige directamente al contratista ,es decir que se basa en la elección directa del contratista sin concurrencia de otros contratistas y sin someterse a oposición, actuando igual que el particular que compra directamente, paga y obtiene factura o contrato. El requisito de la contratación directa es solicitar precios a varios interesados, reunir por lo menos tres presupuestos o proformas (cotizaciones). Si no se reúne la oferta de tres casas, empresas o personas individuales o se consigue una o dos o ninguna, la organización

pública queda en libertad de contratar en forma directa con quien considere conveniente a sus intereses, tal extremo debe hacerse constar. La contratación directa no es obligatoria, aunque se establezca en la ley. El procedimiento contractual directo equivale a la facultad o atribución que ejerce el contratante público.

“Artículo 43. Compra directa. La contratación que se efectúe en un solo acto, con una misma persona y por un precio de hasta 30 mil quetzales (Q 30,000.00) 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, siguiéndose el lineamiento que establezca dicha ley”.

5.2 Cotización o licitación privada:

Es la invitación o petición de oferta que directamente hace la organización pública a fábricas, empresas, comercios y personas que venden bienes, ejecutan obras, servicios. La legislación contractual nacional denomina a la licitación privada como régimen de cotizaciones y esta a su vez desde un punto de vista general es: “El precio que en el mercado se fija para la venta o compra de mercancías”²².

La licitación privada se regula legalmente por los montos. Si el precio de los bienes, de las obras, de los suministros o la remuneración de los servicios, exceden de 30 mil y no pasa de 900 mil

²² Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**, tomo I, pág. 544.

quetzales para las municipales y 900 mil para el Estado y otras organizaciones públicas, se utiliza el sistema de cotizaciones.

El procedimiento de cotización es regulado en los Artículos del 38 al 42 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y en los Artículos del 14 al 17 del Reglamento de dicha ley.

“Artículo 38. Monto. Cuando el precio de los bienes, o de las obras, suministros o la remuneración de los servicios exceda de Q 30,000.00 y no sobrepase los siguientes montos, la compra o contratación podrá hacerse por el sistema de cotización, así:

- a) Para las municipalidades que no excedan de Q 900,000.00;
- b) Para el Estado y sus entidades, que no excedan de Q 900,000.00.

En el sistema de cotización, la aprobación de los formularios, designación de la Junta y la aprobación de la adjudicación, compete a las autoridades administrativas que en jerarquía le siguen a las nominadas en el Artículo 9 de esta ley”.

Si los bienes, suministros o remuneración de los servicios están contemplados en el contrato abierto entonces procederá la cotización. De realizarse la misma será responsable el funcionario que la autorizó”.

En materia de contratación nunca se pretende una negociación libre de normas esta pretensión, inevitablemente, conduce a la corrupción administrativa.

Ley de Contrataciones del Estado:

“Artículo 39. Formulario de cotización. Mediante formulario de cotización, deberá obtenerse un mínimo de tres ofertas firmes solicitadas a proveedores que se dediquen en forma permanente a ese giro comercial y esté legalmente establecido para el efecto y que estén en condiciones de vender o contratar los bienes, suministros, obras o servicios requeridos. Los formularios de cotización, las bases, especificaciones generales, especificaciones técnicas, disposiciones especiales y planos, según procedan, deberán entregarse sin costo alguno a los interesados en presentar ofertas”.

“Artículo 40. Aprobación de formulario y de documento para cotización. El formulario y los instrumentos indicados en el artículo anterior, deberán ser aprobados por la autoridad superior de la entidad contratante, antes de requerirse las ofertas”.

“Artículo 41. Presentación de cotizaciones. Los interesados presentarán sus ofertas por escrito, en sobre cerrado, en el formulario que les fue entregado, acompañando los documentos que les serán entregados, fotocopia de su patente de comercio y/o patente de sociedad y copias de los documentos que se les soliciten. Los precios unitarios y totales que figuren en las ofertas serán fijos, expresados en quetzales, tanto en cifras como en letras. No se aceptará ninguna oferta fuera del plazo que se estipule”.

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

“Artículo 14. Juntas de Cotización. Los integrantes de las Juntas de Cotización a que se refiere el Artículo 15 de la ley, serán nombrados por la autoridad administrativa superior de la dependencia interesada, misma que aprobará la adjudicación. Podrán funcionar o no varias Juntas de Cotización con carácter temporal o permanente según las necesidades o convencia dependencia interesada”.

“Artículo 15. Pedidos. Previo a la solicitud de cotizaciones deberá contarse con el pedido suscrito por el jefe de la oficina que corresponda, que justifique la necesidad de la compra o contratación de los bienes, suministros, obras o servicios, debiendo contarse con la descripción y especificaciones de lo que se requiere, bases de contratación cuando proceda y en el obras, también con estudios, diseños, planos y referencias sobre el costo probable de las mismas, todo aprobado por la autoridad administrativa superior de la dependencia interesa”.

5.3 Licitación pública:

5.3.1 Definición:

La licitación es: “El procedimiento contractual que obliga a la organización a formular invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones o en las bases de licitación, formulen propuestas entre las que será seleccionada y aceptada (adjudicación) la más ventajosa, a fin de perfeccionar el contrato administrativo”.²³

²³ Castillo González, *Ob. Cit*; pág. 410.

Otra definición de licitación es la siguiente: "Acto de subastar o someter a concurso público los contratos de obras o servicios, compras, adquisiciones etcétera, del gobierno con el propósito de obtener la mejor oferta en calidad y precio de los contratistas o proveedores".²⁴

5.3.2 Elementos:

De la definición anterior se toman los principales elementos:

- a) **Procedimiento:** La licitación pública es un procedimiento o proceso que cuenta con etapas legalmente definidas;
- b) **Invitación previa:** La base de la licitación pública es la invitación a participar;
- c) **Selección en igualdad de oportunidades:** Es el momento clave del procedimiento de licitación y de su observancia depende la eliminación de preferencia y desigualdades que den lugar a impugnaciones;
- d) **Ofrecimiento de mejores condiciones:** Este elemento es el objeto de la licitación pública y procura lo más conveniente para los intereses públicos. En otras palabras, obtener lo mejor para la organización pública contratante.

²⁴ <http://www.definición.org/licitación-pública> (20 de febrero de 2008).

La licitación pública es un procedimiento obligatorio en determinados casos, en cuanto al monto de la contratación, obliga al funcionario a licitar públicamente. El monto puede dispensar la obligación de licitar públicamente, pero en el caso de que no exista obligatoriedad, el funcionario podrá tomar la decisión de licitar públicamente, por su conveniencia.

5.3.3 Ventajas: La licitación pública asegura precios más favorables, elimina favoritismos y discriminaciones y controla eficazmente la contratación administrativa.

5.3.4 Desventajas: El excesivo formalismo y el excesivo tiempo empleado en trámites administrativos y legales, incluyendo las impugnaciones que retardan la contratación. Un trámite de licitación pública principia en un año y pueden llegar a terminar en el siguiente.

Aplicando los montos, si el monto total de los bienes, suministros y obras excede de Q900,000.00 para las municipalidades y Q900,000.00 para el Estado y otras organizaciones, obligatoriamente se hará licitación pública según lo establece el Artículo 17 de la Ley de Contrataciones del Estado, pudiendo obviarse este proceso, únicamente en los casos de excepción que contempla la ley.

De conformidad con el Artículo 18 de la Ley de Contrataciones del Estado, para llevar a cabo un proceso de licitación pública, deberán elaborarse, según el caso, los documentos siguientes:

- Bases de licitación;

- Especificaciones generales;
- Especificaciones técnicas;
- Disposiciones generales y planos de construcción, cuando se trata de obras.

La base legal de la licitación pública la encontramos regulada en los Artículos del 17 al 37 de la Ley de Contrataciones del Estado y en el Reglamento en los Artículos del 5 al 13.

5.3.5 Requisitos de las bases de licitación:

Los requisitos se dividen en legales, reglamentarios y aquellos que dispone la autoridad contratante:

- a) Condiciones que reunirán los oferentes:** Las personas jurídicas deben estar organizadas en la forma autorizada por las leyes guatemaltecas, deben tener sede y representación legal en la República; experiencia en negocios anteriores; determinada y cierta capacidad técnica, financiera; finiquitos de otras negociaciones;
- b) Características generales y específicas de las obras, bienes o servicios:** Significa que deberá describirse con la mayor exactitud las obras bienes o servicios requeridos, volúmenes y tiempos; requisitos de los materiales; medios y procedimiento de producción: planos, dibujos o maquetas, etcétera;

c) Lugar y forma en que será ejecutada la obra, entregados los bienes o prestado el servicio: Identificar el lugar exacto, especificando facultades y prohibiciones que observará el oferente;

d) Listado de documentos que deberá contener la plica: La plica deberá contener como mínimo:

- Oferta firmada por el oferente o su representante legal;
- Declaración jurada o compromiso a que se refiere el inciso 10 del Artículo 19 de la ley;
- Declaración jurada a que se refiere el Artículo 26 de la ley;
- Garantía de sostenimiento de oferta;
- Constancia de estar precalificado en el registro correspondiente;
- Programa preliminar de inversión y ejecución de los trabajo, de acuerdo al sistema que se especifique en las bases o calendarización para la entrega de bienes o suministros;
- Cuadro de cantidades estimadas de trabajo;
- Análisis detallado de la integración de costos de todos y cada uno de los precios unitarios que se aplicarán a los diferentes conceptos o renglones de trabajo;
- Documentos que acrediten la personalidad jurídica del oferente y la personería jurídica de su representante en su caso;
- Testimonio de la escritura pública o documento legalizado que contenga y acredite la constitución de la empresa oferente, y en su caso, de la casa matriz y las modificaciones que haya sufrido;

- Certificación de inscripción en el Registro Mercantil. Sí se trata de oferente extranjero, además, documento legalizado que acredite contar con autorización para operar en Guatemala;
 - Documentos que acrediten la capacidad técnica y financiera del oferente;
 - Documento legalizado de la patente de sociedades y de comercio de empresa;
 - Documento notarial que contenga declaración jurada del oferente sobre que no es deudor moroso del Estado o de las entidades a que se refiere el Artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado, o compromiso de pagar si le fuera adjudicada la negociación, previo a la adjudicación del contrato;
 - Documento en que conste que el oferente paga al día el Impuesto al Valor Agregado (IVA);
 - Documento conteniendo la oferta económica, concreta sobre la obra, bien o servicio, precios globales y unitarios;
 - Fianza de sostenimiento de la oferta;
 - Otros documentos que el contratante o el oferente consideren necesarios.
- e) **Garantías:** Las bases indicarán las garantías de sostenimiento de la oferta y de cumplimiento del contrato, sin perjuicio de alguna garantía especial, de acuerdo con la naturaleza de la negociación;
- f) **Forma de pago:** Las bases establecerán la forma de pago, que puede ser un anticipo máximo del 20%, un solo pago, varios pagos etcétera. En todo caso, deberá especificarse las cantidades a pagar;

- g) **Lugar, dirección exacta, fecha y hora:** En que se efectuará la diligencia de presentación, recepción y apertura de plicas, debiéndose cumplir con lo establecido en las bases y en la ley;
- h) **Criterios para calificar las ofertas:** En las bases se podrá establecer un procedimiento de evaluación de las ofertas pero este procedimiento se basará en criterios a calificar. La ley establece los siguientes criterios: calidad, precio y tiempo, características y otras condiciones que se fijen en las bases de licitación, dando a cada uno determinado porcentaje, excepto cuando el único criterio para calificar sea el precio, en tal caso la decisión se basará en el precio más bajo. La doctrina jurídica contractual sostiene que el precio más bajo corresponde a la peor oferta;
- i) **Requisitos que se consideran fundamentales:** En las bases de licitación se justificarán los requisitos fundamentales y los no fundamentales. Esto permitirá que la Junta de Licitación subsane los requisitos no fundamentales en la oferta o dentro del plazo que fije. Los requisitos fundamentales no serán subsanados y darán lugar al rechazo de la oferta;
- j) **Modelo de la oferta y proyecto de contrato:** En anexo o como parte de las bases de licitación, debe figurar el modelo de oferta y el proyecto de contrato. Ambos documentos obligarán al oferente a observar determinados requisitos y condiciones. Un vicio usual en la administración pública es presentar las bases sin estos documentos.

La relación anterior pretende dar una idea general, de aplicación a toda licitación. Sin embargo, en cada licitación, dependiendo de la negociación, se podrá adicionar otras condiciones y requisitos. La omisión de cualquiera de los requisitos legales, en el proceso de licitación pública, puede dar lugar a impugnaciones por parte de los oferentes, a través de los recursos legales y a la imposición de sanciones por parte de la Contraloría General de Cuentas.

5.4 Contrato abierto:

Este régimen de adquisición de bienes del Estado y sus entidades descentralizadas y autónomas, según la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (DNCAE), se lleva a cabo mediante convocatoria pública, consiste en la oferta de precios de bienes y suministros de uso general y constante que necesite el sector público y que son requeridos por dos o más instituciones del Estado y sus entidades descentralizadas. Este régimen de contratación se encuentra regulado en el Artículo 46 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Ley de Contrataciones del Estado:

“Artículo 46. Contrato abierto. Queda exonerada de los requisitos de licitación y cotización, la compra de bienes y suministros que llevan a cabo los organismo del Estado y dependencias a que se refiere el artículo 1 de esta ley, quienes la podrán hacer directamente con los proveedores con quienes el Ministerio de Finanzas Públicas, previa calificación de proveedor, de cotización y adjudicación, de los distintos rubros, hubiera celebrado contratos abiertos”.

5.4.1 Autoridad competente:

La autoridad competente para llevar a cabo este proceso, es el Ministerio de Finanzas Públicas y lo administra a través de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

5.4.2 Ventajas:

- Hace expedita la compra;
- Optimiza el presupuesto por las compras en volumen que incide en mejores precios;
- Las entidades públicas no necesitan licitar ni cotizar;
- Cualquier entidad del Estado puede hacer uso del contrato.

5.5. Casos de excepción:

Estas compras se basan en casos específicos enumerados en la Ley de Contrataciones del Estado, Artículos 44 y 45, y del 18 al 24 del respectivo Reglamento. Estas compras se llevan a cabo libres de licitación y de cotización, sin límite de monto, pero sujetas a los requisitos establecidos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Ley de Contrataciones del Estado:

“Artículo 44. Casos de excepción. Se establecen los siguientes casos de excepción:

- a) No será obligatoria la licitación ni la cotización en las contrataciones en las dependencias, entidades públicas, conforme el procedimiento que se establezca en el reglamento de esta ley y en los casos siguientes:

- La adquisición de bienes, contratación de obras, servicios y suministros para salvaguardar las fronteras, puentes, los recursos naturales sujetos a régimen internacional o la integridad territorial de Guatemala;
- La compra y contratación de bienes, suministros, obras y servicios indispensables para solucionar situaciones derivadas de los estados de excepción declarados conforme la Ley de Orden Público que hayan ocasionado la suspensión de servicios públicos o que sea inminente tal suspensión;
- La compra y contratación de bienes, suministros, obras y servicios que sean necesarios y urgentes para resolver situaciones de interés nacional o beneficio social, siempre que ello se declare así, mediante acuerdo, tomado por el respectivo presidente de cada uno de los organismos del Estado, así:

Organismo ejecutivo, con el Consejo de Ministros;

Organismo legislativo, con la junta directiva;

Organismo judicial, con su órgano superior de administración.

En cada situación que se declare, se indicarán las obras, bienes, servicios o suministros que puedan contratarse o adquirirse determinándose el monto y hasta qué plazo se podrán efectuar las operaciones. El organismo, ministerio o entidad interesada será responsable de la calificación que en cada caso declare, debiendo acompañar a su emisión de acuerdo, toda información justificativa.

- La compra de bienes muebles e inmuebles y acondicionamiento de embajadas, legaciones, consulados o misiones de Guatemala en el extranjero; deberá, sin embargo, existir partida específica presupuestaria previa, o regularse con lo establecido en el Artículo 3 de la presente ley;
- La contratación de obras o servicios para las dependencias del Estado en el extranjero; deberá sin embargo, existir partida específica presupuestaria previa, o regularse con lo establecido en el Artículo 3 de la presente ley;
- La compra de armamento, municiones, equipo, materiales de construcción, aeronaves, barco y demás vehículos, combustibles, lubricantes, víveres y la contratación de servicios o suministros que se hagan para el ejército de Guatemala y sus instituciones, a través del Ministerio de la Defensa Nacional, en lo necesario para el cumplimiento de sus fines;
- La compra de metales necesarios para la acuñación de moneda, sistemas, equipos, impresión de formas de billetes y títulos valores, que por la naturaleza de sus funciones requiere el Banco de Guatemala. La compra de oro y plata deberá hacerse a los precios del día según cotización internacional de la bolsa de valores de Londres o menor;
- La compra de bienes inmuebles que sean indispensables por su localización para la realización de obras o prestación de servicios públicos, que únicamente puedan ser

adquiridos de una sola persona, cuyo precio no sea mayor al avalúo que practique el Ministerio de Finanzas Públicas;

- La contratación de servicios profesionales individuales en general;

 - La compra y contratación de bienes, suministros y servicios con proveedores únicos. La calificación de proveedores y servicio único o exclusivo se hará conforme procedimiento que se establece en el reglamento;
- b) No será obligatoria la licitación, pero se sujetan a cotización o al procedimiento determinado en esta ley o en su reglamento, los casos siguientes:
- El arrendamiento con o sin opción de compra de inmuebles, maquinarias y equipo dentro o fuera del territorio nacional, conforme el procedimiento determinado en el reglamento de esta ley;

 - La contratación de estudios, diseños, supervisión de obras y la contratación de servicios técnicos, conforme el procedimiento establecido en el reglamento de esta ley, según el Artículo 22;

 - La adquisición de obras científicas, artísticas o literarias; previo dictamen favorable de la autoridad competente, conforme el procedimiento que establezca el reglamento;

- La adquisición de bancos de materiales destinados a la construcción de obras públicas;
- Los contratos que celebre el Tribunal Supremo Electoral para la realización de eventos electorales”.

En los casos de excepción, se toma en cuenta especialmente el factor personal, intelectual, creativo o situaciones de emergencia”.

Para la contratación de estudios, diseños, supervisión de obras y servicios técnico, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece dos concursos: a) concurso abierto, si hay invitación a participar por medio de un aviso en el Diario Oficial y otro en periódico privado de mayor circulación; b) concurso cerrado, si la invitación a participar es directa, a personas individuales o jurídicas, sin avisos.

En ambos casos, los participantes presentarán propuesta técnica y oferta económica. Una comisión calificará los documentos y con base en los mismos, seleccionará a la persona a contratarse. Se acude al concurso para establecer la mayor calidad técnica, científica, cultural o artística, entre dos o más personas. El concurso podrá abarcar algo más que lo previsto en la ley. De todo lo actuado en los concursos se levanta acta.

5.6 Procedimiento general para efectuar compras:

A continuación se desarrollaran los pasos a seguir en un proceso de compras sin importar que régimen se utilice para adquirir bienes o servicios, siendo los siguientes:

Paso No.1

- a) Documentos y bases: Contienen las condiciones y requerimientos de la compra;
- b) Documentos a elaborar, según el caso de que se trate:
 - Bases;
 - Especificaciones generales;
 - Especificaciones técnica;
 - Disposiciones especiales;
 - Planos de construcción (si se trata de obra).
- c) Aprobación según el régimen:
 - Licitación: Lo aprueba la autoridad superior de la entidad interesada (Arts.9 y 21 de la Ley de Contrataciones del Estado y 6 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado);
 - Cotización: Autoridad que en jerarquía le sigue a las nominadas en la ley (Art. 9 y 38 de la Ley de Contrataciones del Estado);
 - Contrato abierto: Con anuencia de las entidades requirentes la autoridad superior del Ministerio de Finanzas Públicas. (Art.25 literal b) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado).

Paso No.2

Publicar las convocatorias en el Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado de Guatemala (GUATECOMPRAS), para viabilizar los principios de transparencia, competitividad y participación ciudadana señalados en la Constitución Política de la República,

previo a cumplir con el procedimiento regulados en la Ley de Contrataciones del Estado, se deben publicar los concursos de licitación, cotización, contrato abierto y los casos de excepción, obteniéndose de esa forma el número de operación de Guatecompras (NOG), según el Artículo 4bis del Reglamento de la Ley de Contrataciones y la Resolución número 100 de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Paso No.3

Previo haber obtenido el número de operación de Guatecompras, se procede a realizar las publicaciones que correspondan según el régimen que se este utilizando:

- **Licitación:** Se debe publicar dos veces en el Diario Oficial de Centro América y dos en otro de mayor circulación, dentro de un plazo no mayor de 15 días hábiles entre ambas publicaciones. Entre la publicación y el día fijado para la presentación y recepción de ofertas deberá mediar un plazo no menor de 40 días hábiles, la ampliación del plazo que debe mediar se hizo con el ánimo de dar oportunidad para que personas extranjeras puedan presentar sus ofertas, según el Artículo 23 de la Ley de Contrataciones del Estado;
- **Cotización:** No se realiza ninguna publicación en diarios, si no que mediante formularios de cotización se obtiene un mínimo de tres ofertas firmes, solicitadas a proveedores que se dediquen en forma permanente a ese giro comercial y estén legalmente establecidos. Entre la publicación en Guatecompras y el día fijado para la presentación y recepción de ofertas, deberá mediar un plazo mínimo de ocho días hábiles, según los Artículos 39 y

39 bis de la Ley de Contrataciones del Estado y los Artículos 16 y 17 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado;

- Contrato abierto: La convocatoria se publicará dos veces, la primera en Guatecompras y la segunda en el Diario de Centro América, con intervalo mínimo de 5 días calendario entre cada publicación y entre la publicación y el día fijado para la presentación y recepción de ofertas deberá mediar por lo menos 40 días calendario, según el Artículo 25 literal d) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Paso No.4

Integración de Juntas según el régimen:

- Licitación: Será integrada por cinco miembros nombrados por la autoridad administrativa superior, de preferencia entre servidores públicos de otras dependencias del Estado que tengan experiencia en la materia que se trate, según lo establece el Artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado;
- Cotización: Será integrada por tres servidores públicos nombrados por la autoridad administrativa que en jerarquía le sigue a los nominados en el Artículo 9 de la Ley de Contrataciones del Estado. Según lo establecen los Artículo 15 y 38 de la ley mencionada;
- Contrato abierto: Será integrada con tres servidores públicos nombrados por las entidades del concurso de oferta de precios. En cada caso el Ministerio de Finanzas Públicas

nombrará un asesor técnico con voz pero sin votos, según lo establece el Artículo 25 literal c) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado).

Paso No.5

Presentación de ofertas: Los interesados deberán entregar las ofertas directamente a la Junta, en el lugar, dirección, fecha y hora que señalen las bases. Transcurridos 30 minutos de la hora señalada, no se aceptarán más y se procederá al acto público de apertura de pliegos, de todo lo actuado se levantará a el acta correspondientes en forma simultánea, debiendo rubricar y numerar las hojas de las ofertas.

Los oferentes que adquieran las bases por medio electrónico o en papel deben presentar junto con las bases, las constancias de inscripción en el registro de precalificados correspondiente. El fundamento legal de lo antes expuesto lo encontramos en los Artículos 39 y 41 de la Ley de Contrataciones del Estado y el Artículo 16 bis del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Paso No.6

Calificación de ofertas: La Junta de Cotización y/o Junta de Licitación para determinar cuál es la oferta más conveniente a los intereses del Estado utilizará los criterios siguientes:

- Calidad;
- Precio;
- Experiencia;

- Tiempo de entrega;
- Características y demás condiciones que fijen las bases.

La Junta puede exigir a los oferentes las aclaraciones y muestras que considere pertinentes para hacer una mejor adjudicación, aunque no estuviere incluido en las bases siempre que se físicamente posible y económica, según lo establece el Artículo 27 y 28 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Paso No.7

Adjudicación: Esta fase de los procesos de adquisición de bienes y servicios del Estado, la realizará la Junta de Cotización y/o Licitación según sea el caso, dentro del plazo que señalen las bases, debiendo adjudicar al oferente que reúna todos los requisitos y condiciones y que haya realizado la proposición más conveniente para los intereses del Estado.

Cuando en un proceso de cotización o licitación las bases no establezcan un plazo para adjudicar, éste será de cinco días hábiles contados a partir del día señalado para la recepción y apertura de ofertas, prorrogables por períodos iguales hasta un máximo de 15 días hábiles. El otorgamiento de la prórroga del plazo para adjudicar, debe ser publicado en Guatecompras, tomando en cuenta lo regulado en el Artículo 33 de la Ley de Contrataciones del Estado y en el Artículo 12 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Paso No.8

Notificación: La Junta debe notificar la adjudicación a cada uno de los oferentes, dentro del plazo de tres días de dictaminada la resolución razonada, según lo regula la Ley de Contrataciones del Estado.

Paso No.9

Remisión del expediente: Según lo establece el Artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado, la Junta deberá remitir el expediente a la autoridad respectiva dentro del plazo de dos días siguientes a que quede firme lo resuelto, para que se apruebe o impruebe lo actuado.

Paso No.10

Aprobación de la adjudicación: La autoridad que corresponda según lo establecido en el Artículo 9 de la Ley de Contrataciones del Estado, deberá aprobar o improbar dentro del plazo de cinco días de recibido el expediente, según lo regula el Artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Paso No.11

Notificación de la adjudicación: La autoridad que haya aprobado la adjudicación debe notificar a cada uno de los oferentes, dentro del plazo de cinco días de dictaminada la resolución razonada, plazo que se aplica supletoriamente, según lo establecido en el Artículo 142 bis de la Ley del Organismo Judicial.

Paso No.12

Recursos: Los recursos procedentes según los Artículos 99, 100 y 101 de la Ley de Contrataciones del Estado, son la revocatoria y la reposición, los que se deben interponer dentro de los 10 días hábiles siguientes al de la notificación de la resolución respectiva.

Paso No.13

Suscripción del contrato: Tanto en la licitación, cotización y contrato abierto el plazo para la suscripción del contrato es dentro de los 10 días hábiles, contados a partir de la adjudicación definitiva, según lo establecen los Artículos 47 de la Ley de Contrataciones del Estado y 25 literal J, del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Paso No.14

Aprobación del contrato: La debe realizar la misma autoridad a cargo de quien se encuentra la modalidad de compra, según lo establece el Artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Paso No.15

Remisión de copia del contrato a la Contraloría General de Cuentas: De todo contrato, de su incumplimiento, resolución, rescisión o nulidad, la entidad contratante deberá remitir dentro del plazo de 30 días contados a partir de su aprobación, o de la respectiva rescisión, una copia a la Contraloría General de Cuentas, para efectos de registro, control y fiscalización.

CAPITULO VI

6. Contratos administrativos

6.1 Definición:

El contrato administrativo se puede definir como: " La declaración de voluntad del Estado, a través de sus órganos centralizados, entidades autónomas y descentralizadas, en donde los funcionarios públicos y una persona individual o colectiva, privada o pública, nacional o internacional, acuerdan derechos y obligaciones; el primero reconoce su obligación de pago de honorarios o precios por actividades, bienes o servicios que debe proporcionarle el segundo, bajo las condiciones reguladas en leyes de orden público y sometidos en caso de conflicto de intereses, a la jurisdicción del tribunal de lo contenciosos administrativo".²⁵

6.2 Características:

Podemos mencionar dos clases de características unas son las doctrinarias y otras las legales.

6.2.1 Doctrinarias:

- a) **Preferencia del Estado:** La administración pública, investida de poder público, impone sus condiciones para contratar, y, en su caso para obligar al cumplimiento coactivo del contrato;

²⁵ Godínez Bolaños, Rafael. **Los contratos administrativos**, pág. 3.

- b) **Exorbitación de sus cláusulas:** El contrato administrativo, tiene cláusulas exorbitantes de derecho privado, o sea 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, que es el interés social.

- c) **Principios especiales:** En el contrato administrativo, se aplica el principio de que el derecho público prevalece sobre el derecho privado, los principios jurídicos que orientan la interpretación de su contenido, así como la suscripción del contrato, son especiales y pertenecen al derecho administrativo.

- d) **Jurisdicción especial:** Los conflictos derivados del cumplimiento o interpretación de los contratos administrativos, son sometidos a la jurisdicción especial privativa del Tribunal de lo Contenciosos Administrativo de conformidad con el Artículo 19, numeral 2 que establece: "Procede el contencioso administrativo, en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas".

6.2.2 Características legales de los contratos administrativos:

- a) **Adjudicación:** Toda vez adjudicada la compra o la prestación del servicio licitado o cotizado, se procede a la suscripción del contrato. La adjudicación total o parcial se encuentra regulada en los Artículos 33, 34 y 36 de la Ley de Contrataciones del Estado;

b) **Suscripción y aprobación de los contratos administrativos:** En la legislación guatemalteca es posible diferenciar entre suscripción del contrato y aprobación. Suscribir, equivale a firmar al pie del contrato administrativo y aprobar equivale a calificar la contratación como buena y conforme a las técnicas formales y a las disposiciones legales aplicables.

La legislación guatemalteca separa la suscripción y la aprobación del contrato administrativo, con el objeto de lograr un verdadero cruce de control entre la autoridad administrativa superior de la entidad interesada y la autoridad superior que determina el Artículo 9, y los Artículos 47 y 48 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Ley de Contrataciones del Estado:

“Artículo 47. Suscripción del contrato. Los contratos que se celebren en aplicación de la presente ley, serán suscritos dentro del plazo de 10 días, contados a partir de la adjudicación definitiva en representación del Estado, cuando las negociaciones sean para las dependencias sin personalidad jurídica por el respectivo Ministro del ramo. Dicho funcionario podrá delegar la celebración de tales contratos, en cada caso, en los Viceministros, directores generales o directores de unidades ejecutoras. Cuando los contratos deban celebrarse con las entidades descentralizadas y las municipalidades, serán suscritos por la autoridad que corresponda de acuerdo con su Ley Orgánica o conforme el Código Municipal, supletoriamente en aplicación del párrafo primero del presente Artículo. Cuando se trate de negociaciones que deban efectuar las dependencias de la Presidencia de la República, serán suscritos por el Secretario General, quien podrá delegar dicha facultad en cada caso, en los titulares de las citadas dependencias. Para las negociaciones de los

organismos legislativo y judicial, del Tribunal Supremo Electoral y Corte de Constitucionalidad, el contrato deberá ser suscrito por el Presidente de cada organismo”.

“Artículo 48. Aprobación del contrato. El contrato a que se refiere el Artículo anterior, será aprobado por la misma autoridad que determina el Artículo 9 de esta ley, según el caso. Cuando los contratos sean celebrados por los organismos legislativo y judicial, la aprobación corresponderá a su junta directiva o la Corte Suprema de Justicia”.

“Artículo 9. Autoridades superiores. Corresponderá la designación de los integrantes de la Junta de Licitación y la aprobación de la adjudicación de toda licitación, a las autoridades superiores siguientes:

a) Para los organismos legislativo y judicial:

- Cuando el monto no exceda de Q900,000.00 al Presidente del organismo legislativo o del organismo Judicial;
- Cuando el monto exceda de Q 900,000.00 al órgano administrativo superior del organismo.

b) Para la Corte de Constitucionalidad y el Tribunal Supremo Electoral:

- Cuando el monto no exceda de Q900,000.00 al Presidente de la Corte de Constitucionalidad o al Presidente del Tribunal Supremo Electoral, respectivamente;
- Cuando el monto exceda de Q 900,000.00 al pleno de la Corte de Constitucionalidad o del Tribunal Supremo Electoral, en su caso.

c) Para las dependencias o entidades del organismo ejecutivo, sin personalidad jurídica:

- A las que forman parte de un Ministerio, al Ministro del ramo;
- A las que no forman parte de un Ministerio, a la autoridad administrativa superior;
- A las unidades ejecutoras, al director ejecutivo, gerente o funcionario equivalente cuando el monto no exceda Q900,000.00 y al Ministro del ramo, cuando el monto exceda de Q900,000.00.

d) Para las entidades estatales con personalidad jurídica, descentralizadas y autónomas:

- Al gerente o funcionario equivalente, cuando el valor total no exceda de Q900,000.00;
- A la junta directiva, autoridad máxima, o en su caso quien ejerza las funciones de ellas. cuando el valor total exceda de Q 900,000.00.

e) Para las municipalidades y sus empresas ubicadas en las cabeceras departamentales

- Al alcalde o al gerente, según sea el caso, cuando el monto no exceda de Q900,000.00;
- A la corporación municipal o autoridad máxima de la empresa, cuando el valor total exceda de Q 900,000.00.

Cuando se trate de negociaciones que se financien con recursos provenientes de préstamos otorgados por el Instituto de Fomento Municipal o de entidades financieras del exterior a la corporación municipal, previo dictamen favorable de dicho instituto, pero si el mismo no evacúa la consulta o emite el dictamen correspondiente en un plazo de 30 días, contados a la fecha de recibido el expediente, se entenderá que su opinión es favorable”.

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

“**Artículo 26. Suscripción y aprobación del contrato.** La suscripción del contrato deberá hacerla el funcionario de grado jerárquico inferior al de la autoridad que lo aprobara. Tales instrumentos deberán ser suscritos preferentemente en las dependencias interesadas. Previo a la aprobación del contrato deberá constituirse la garantía de cumplimiento correspondiente. El contrato deberá ser aprobado en todos los casos, dentro de los 10 días calendario contados a partir de la presentación por parte del contratista de la garantía del cumplimiento a que se refiere Artículo 65 de la ley. Para los efectos de la aprobación del contrato y la aplicación del párrafo tercero del Artículo 47 de la ley, en las dependencias y entidades de la Presidencia de la República, la autoridad administrativa superior es el Presidente de la República o el Secretario General, indistintamente”.

6.3 Elementos:

a) Sujetos:

- El Estado y sus entidades;
- Una persona individual o jurídica.

- b) **Manifestación de Voluntad de Los sujetos:** Que debe ser expresada libremente, el Estado no puede hacer uso del ejercicio de su soberanía, para imponer a los particulares un contrato;

- c) **Contenido:** Debe referirse a hechos lícitos, ciertos y determinados, relacionados con la gestión patrimonial del Estado (compra de bienes, suministro de utensilios, alimentos, construcción de obras públicas y prestación de servicios públicos, etc.);

- d) **La forma:** Debe constar por escrito, con o sin intervención notarial.

6.4 Principios:

Para el licenciado Calderón los principios que rigen los contratos administrativos son:

- a) "Igualdad del Estado frente a los particulares, para poder contratar;

- b) Manifestación de voluntad, tanto del Estado como de las personas individuales o jurídicas que participan en la contratación deben manifestar su voluntad, pues un contrato no puede ser impuesto por la soberanía del Estado, aquí se pone de manifiesto la voluntad privada del Estado;

- c) No alterar el orden público;

- d) Cumplimiento de formalidades contenidas dentro del derecho administrativo;

- e) Cumplimiento de los procedimientos previos contenidos en la ley, ejemplo: la licitación, la cotización, etcétera;

- f) Debe ir dirigido al cumplimiento de las finalidades del Estado: Todo contrato administrativo debe llevar implícita la finalidad que pretende la administración pública, ejemplo creación de obras públicas, suministros, consultoría, etcétera”.²⁶

6.5 Clases de contratos administrativos:

Para el licenciado Calderón las clases de contratos administrativos son:

- **“Contrato de obra pública:** Dirigidos a la construcción, modificación, reconstrucción o mantenimiento de un edificio, o de alguna otra obra de utilidad pública.
- **Contrato de suministro:** Por medio del contrato de suministro el Estado obtiene bienes muebles, materiales de oficina, etcétera, con los cuales la administración desarrolla su actividad;
- **Concesión de servicios públicos:** Es aquel por medio del cual, el Estado encomienda a particulares la prestación de servicios públicos;
- **Contrato de servicio al Estado:** Es aquel en que un particular presta algún servicio al Estado, ejemplo: mantenimiento de maquinaria, equipo y otros servicios;

²⁶ Calderón Morales, **Ob. Cit;** pág. 402.

- **Contrato de consultoría profesional:** Por medio de este contrato, empresas especializadas en consultoría, profesionales y técnicos prestan al Estado un servicio especial, ejemplo: Estudio de factibilidad, de pre inversión, jurídicos, técnicos, etcétera;
- **Explotación y exploración de recursos no renovables:** El objetivo primordial de este contrato, es otorgar a personas individuales o jurídicas, la explotación y exploración de hidrocarburos, que por mandato constitucional son propiedad del Estado".²⁷

6.6 Teoría de la imprevisión:

Significa que cuando ocurren acontecimientos excepcionales y anormales, imprevisibles y extraños a las partes, que hacen más onerosa la situación del contratante, con el peligro de llegar a la quiebra, se produce un estado extracontractual, lo que significa que ya no es la situación prevista dentro del contrato. Obliga al contratante a seguir cumpliendo con el contrato y la administración le otorga una compensación, no por la ganancia omitida, sino por la pérdida sufrida por el contratante, a consecuencia de los acontecimientos excepcionales. La teoría de la Imprevisión, normalmente puede darse dentro del contrato de concesiones de prestación de servicios públicos, y la administración pública asume parte de las pérdidas que sufre el concesionario, a cambio que se le siga prestando el servicio al público, lo que normalmente se le denomina como subsidio, ejemplo de ello es lo que ha sucedido en Guatemala con el transporte público. La justificación jurídica según la doctrinas es que el concesionario no puede dejar la explotación del servicio, sino por causa de fuerza mayor.

²⁷ Calderón Morales, **Ob. Cit**; pág. 403.

6.7. La ecuación financiera (indexación):

Dentro del contrato administrativo se establece la ecuación financiera, consistente en la fluctuación de los precios, la que se traduce en más igual a incremento o en menos igual a decremento, que sufren los costos de los bienes, suministros, servicios y obras sobre la base de los precios que figuran en la oferta de adjudicatarios e incorporados al contrato.

Esta fluctuación se reconoce por las partes y lo aceptan para su pago o deducción. En los Arts.7 y 61 del Decreto 57-92, se encuentra contemplada la autorización de pagos sobre costos por fluctuación de precios, cuyo procedimiento se encuentra regulado en el Art.3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Acuerdo Gubernativo 1056-92.

Ley de Contrataciones del Estado:

“Artículo 7. Fluctuación de precios. Se entiende por fluctuación de precios el cambio en más o en menos que sufran los costos de bienes, suministros, servicios y obras, sobre la base de los precios que figuran en la oferta de adjudicatarios e incorporados al contrato; los que se reconocerán por las partes y los aceptarán para su pago o para su deducción. Tratándose de bienes importados se tomará como base, además el diferencial cambiario y las variaciones de costos. En todo caso se seguirá el procedimiento que establezca el reglamento”.

6.8 Afectación y desafectación:

6.8.1 Afectación: Significa la sujeción de una propiedad al régimen especial de dominio público, por la utilidad pública a que la misma se destina. Se produce a través de la expropiación forzosa. Su procedimiento se encuentra establecido en la Ley de Expropiación Decreto 529 del Congreso de la

República y en el Art.40 de la Constitución Política de la República. Presupone un poder de disposición, es un acto jurídico administrativo, con efectos específicos; carece de destinatario, va dirigido a una cosa no a una persona.

6.8.2 Desafectación: Es cuando la administración pública, traslada a particulares bienes de su propiedad, de acuerdo a los procedimientos establecidos en la Ley de Contrataciones de Contrataciones del Estado (subasta pública).

6.9 Extinción de los contratos administrativos:

Los contratos administrativos pueden extinguirse por dos formas:

a) **Extinción normal del contrato administrativo:** Cuando este termina por el cumplimiento de las condiciones pactadas dentro del contrato administrativo y en las que no ha habido variación alguna.

b) **Extinción anormal:** Puede darse por varias situaciones, tales como:

- Por cumplimiento de su objeto antes del plazo contractual;
- Por incumplimiento de su objeto, vencido el plazo;
- Por incumplimiento del contratante;
- Por incumplimiento del contratista;
- Por rescisión bilateral del contrato;
- Por rescisión unilateral del contrato;
- Por imposibilidad material de terminar la obra, servicio o entrega de bienes;

- Por imposibilidad material de realizar el pago de la obra, servicios o bienes por parte del Estado.

6.10 Prórroga y ampliación:

La prórroga se refiere al plazo del contrato y la ampliación, al valor de la negociación, la Ley de Contrataciones del Estado, autoriza la prórroga contractual para la terminación de obras, la entrega de bienes o suministros o la prestación de los servicios a solicitud del contratista por caso fortuito o fuerza mayor o por cualquier otra causa no imputable al contratista, según el Artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado. El procedimiento lo fija el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado en el Artículo 27. La prórroga no se pide al terminar el contrato sino dentro de los 10 días hábiles de ocurrido el hecho en que se fundamente la solicitud.

La Ley de Contrataciones del Estado autoriza la ampliación del monto en los contratos de obra o de suministro de equipo instalado (Artículo 52), hasta por el 20% en más o en menos del valor original del contrato, debiendo emitirse órdenes de cambio, órdenes de trabajo suplementario o acuerdos de trabajo extra, aprobados por la autoridad administrativa superior de la organización interesada. Si las variaciones exceden del 20 % pero no sobrepasan el 40%, debe celebrarse nuevo contrato adicional.

“Artículo 51. Prórroga contractual. A solicitud del contratista, el plazo contractual para la terminación de las obras, la entrega de bienes y suministros o la prestación de los servicios podrán prorrogarse por caso fortuito o causa de fuerza mayor o por cualquier otra causa no imputable al contratista. El reglamento de esta ley establecerá la forma y el trámite a seguir”.

“Artículo 52. Ampliación del monto del contrato. Las variaciones del valor de los contratos de obra o de suministro de equipo instalado, pueden efectuarse hasta un 20% en más o en menos del valor original del contrato ajustado como lo establezca el reglamento de la presente ley. Para el efecto se emitirán: órdenes de cambio, órdenes de trabajo suplementario, acuerdos de trabajo extra, que serán aprobados por la autoridad administrativa superior de la entidad interesada. Cuando las variaciones excedan del porcentaje antes indicado, y no sobrepasen el 40% del valor original ajustado del contrato, se celebrará un contrato adicional. Todo lo relativo a esta materia, será contemplado en el reglamento de la presente ley. Los valores que resulten de la aplicación de las normas contenidas en la ley, para los pagos por fluctuación de precios no se consideran dentro de las variaciones a que se refiere este artículo”.

6.11 Subcontratos:

El subcontrato se autoriza o se prohíbe en el contrato original, para segmentos determinados de la obra. La autorización expresa y por escrito corresponde al contratante, según la Ley de Contrataciones del Estado.

“Artículo 53. Subcontrato. El contratista solamente podrá subcontratar partes de la obra, cuando esté estipulado en el contrato y obtenga autorización por el contratante. Los subcontratistas deberán estar inscritos en el registro de precalificados y no estar comprendidos en ninguna de las prohibiciones establecidas en esta ley”.

La prohibición de subcontratar se basa en el deseo de la autoridad de que el contratista sea quien haga la obra o el servicio, por su calidad. La Ley autoriza subcontratar partes determinadas,

no la obra en su totalidad. La subcontratación, total puede convertir al contratista en un intermediario que no garantiza la calidad y eleva los costos de la obra.

6.12 Contratación no basada en la ley administrativa:

Los contratos que no estén basados en los procedimientos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado y los contratos en que la organización pública actúa como particular, se sujetan a las normas del Código Civil y del Código de Comercio, según el caso.

“Artículo 54. Otros contratos. En los contratos que celebre el Estado, por medio de sus entidades centralizadas o descentralizadas, que no provengan de procedimientos que determine la presente ley, o en los que el ente administrativo actúe como sujeto de derecho privado, se aplicarán las normas del derecho común”.

6.13 Liquidación:

Después que las obras, bienes o servicios se reciben a entera conformidad, se pasa a la liquidación del contrato y al pago o cobro de los saldos o ajustes que resulten en un plazo de 90 días siguientes a la fecha del acta de recepción definitiva de la obra. Este mismo procedimiento se observa en el caso de rescisión o resolución del contrato. Si la comisión receptora y liquidadora no suscribe el acta en el plazo de 90 días, el contratista puede presentar un proyecto de liquidación. La autoridad que lo reciba cuenta con un mes para emitir la resolución aprobatoria. Si ésta no llega a emitirse, se tendrá por aprobada favorablemente (silencio positivo) Artículos 55, 56, 57 de la Ley de Contrataciones del Estado y los Artículos 30 y 31 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del

Estado. Del anterior procedimiento se levanta acta. La liquidación sigue a la recepción definitiva de la obra, de los bienes, suministros y servicios.

6.14 Garantías y seguros:

Durante el proceso de contratación, el contratista, dependiendo de cada situación, presta garantías y seguros, siendo las siguientes:

- **Garantía de sostenimiento de la oferta:**

El principal objetivo de esta garantía es reparar la inversión en la promoción del negocio. Es regulada por el Artículo 64 de la Ley de Contrataciones del Estado y los Artículos 36 y 37 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

“Artículo 64. De sostenimiento de oferta. La firmeza de la oferta se caucionará con depósito en efectivo o mediante fianza, por un porcentaje no menor del 1% ni mayor del 5% del valor del contrato. Cubrirá el período comprendido desde la recepción y apertura de plicas, hasta la aprobación de la adjudicación y, en todo caso, tendrá una vigencia de 120 días. Sin embargo, con el adjudicatario puede convenirse su prórroga”.

“Artículo 36. Causas para hacer efectiva la garantía de sostenimiento de oferta. Son causas para hacer efectiva la garantía de sostenimiento de oferta: a) Si el adjudicatario no sostiene su oferta; b) Si no concurre a suscribir el contrato respectivo dentro del plazo (el plazo es de 10 días) que determina el Artículo 47 de la ley, o si habiéndolo hecho no presenta la garantía de cumplimiento dentro del plazo de 15 días siguientes a la firma del contrato. En estos casos, quedará

sin efecto la adjudicación de la negociación, debiéndose emitir la resolución que así lo disponga y modo de ejecutar la garantía”.

“Artículo 37. Cancelación de garantía de sostenimiento de oferta. Al aprobarse la adjudicación, la dependencia o entidad interesada deberá notificar a los oferentes. Con esta notificación, los oferentes que ocupan el tercer lugar y los siguientes podrán cancelar la garantía de sostenimiento de oferta y al calificado en segundo lugar se le notificará para que cancele la garantía hasta que el contrato sea aprobado”.

- **Garantía de cumplimiento de las obligaciones contractuales:**

El principal objeto de esta garantía es reparar el daño que produce el incumplimiento de los compromisos adquiridos por el contratista. En caso que el funcionario contratante realice la negociación sin constituir esta garantía, debe ser sancionado por la Contraloría General de Cuentas y debe responder con su patrimonio por los daños ocasionados por el incumplimiento. Artículo 65 de la Ley de Contrataciones del Estado y Artículos 38 y 39 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

“Artículo 65. De cumplimiento. Para garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones estipuladas en el contrato, el contratista deberá prestar fianza, depósito en efectivo o constituir hipoteca en los porcentajes y condiciones que señale el reglamento. Para el caso de obras además esta garantía cubrirá las fallas o desperfectos que aparecieran durante la ejecución del contrato, antes de que se constituya la garantía de conservación”.

“Artículo 38. Garantía de cumplimiento. Esta garantía se constituirá: 1) Cuando se trate de bienes, suministros y servicios, por el 10% del monto del contrato respectivo; 2) Cuando se trate de obras, por un valor del 10% al 20% del monto del contrato respectivo, a criterio de la autoridad administrativa superior de la entidad interesada. En ambos casos la garantía cubrirá con el 10% de su valor, el pago de salarios y prestaciones laborales de los trabajadores incluyendo las cuotas patronales establecidas por la ley con el 90% restante, el cumplimiento del contrato de acuerdo con las especificaciones, planos y demás documentos contractuales, así como la ejecución de la obra en el tiempo estipulado”.

“Artículo 39. Vigencia de la garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento debe estar vigente, según el caso: a) Cuando se trate de bienes, suministros o servicios hasta que la entidad interesada extienda la constancia de haber recibido a su satisfacción la garantía de calidad o de funcionamiento, o haberse prestado el servicio en su caso. b) Cuando se trate obras, hasta que la entidad interesada extienda la constancia de haber recibido a su satisfacción garantía de conservación de la obra”.

- **Garantía de anticipo para la ejecución de la obra:**

Se garantiza mediante fianza o hipoteca, previo al recibo de cualquier suma anticipada. Esta garantía cubre el 100% del anticipo o el máximo del saldo deudor hasta amortización total del anticipo (Artículo 66 de la Ley de Contrataciones del Estado y 40 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado). El anticipo funciona en las negociaciones que requieren grandes inversiones previa ejecución del contrato y la garantía asegura la no pérdida del dinero anticipado al contratista.

“Artículo 66. De anticipo. Previo a recibir cualquier suma por concepto de anticipo, el contratista constituirá garantía mediante fianza o hipoteca por el monto de un 100% del mismo. La garantía podrá reducirse en la medida que se amortice el valor del anticipo cubriendo siempre el máximo del saldo deudor y estará vigente hasta su total amortización. El reglamento establecerá el procedimiento de reducción y lo concerniente en los casos de rescisión, resolución y terminación de contrato”.

“Artículo 40. Reducción de la garantía de anticipo y saldo del mismo en caso de rescisión, resolución o terminación del contrato. Conforme se amortice el anticipo otorgado al contratista, se podrá reducir en la misma medida la garantía de anticipo. Al concluir el plazo contractual original, el supervisor o su equivalente extenderán una certificación donde conste el saldo del anticipo pendiente de amortizar, para que el contratista gestione el endoso de reducción de la fianza respectiva. En casos de rescisión, resolución o terminación del contrato, el saldo del anticipo será tomado en cuenta en la liquidación del contrato”.

- **Garantía de conservación de la obra, de la calidad o del funcionamiento:**

Esta garantía persigue contar con recursos para poder efectuar reparaciones o pagar daños que resulten de una mala ejecución del contrato. Se regula en el Artículo 67 de la Ley de Contrataciones del Estado.

“Artículo 67. De conservación de obra o de calidad o de funcionamiento. El contratista responderá por la conservación de la obra, mediante depósito en efectivo, fianza, hipoteca o prenda,

a su elección, que cubra el valor de las reparaciones, de las fallas o desperfectos que le sean imputables y que aparecieran durante el tiempo de responsabilidad de 18 meses contados a partir de la fecha de recepción de la obra. Tratándose bienes y suministros, deberá otorgarse garantía de calidad y/o funcionamiento, cuando proceda. La garantía de conservación de la obra, o de calidad y/o funcionamiento deberá otorgarse por el equivalente al 15% del valor original del contrato, como requisito previo para la recepción de la obra, bien o suministro. El vencimiento del tiempo de responsabilidad previsto en el párrafo anterior, no exime al contratista de las responsabilidades por destrucción o deterioro de la obra debido a dolo o culpa de su parte, por el plazo de cinco años, a partir de la recepción definitiva de la obra.

- **Garantía de saldos deudores:**

Esta garantía busca asegurar el pago de saldos deudores que pudieran existir a favor del Estado, de las entidades autónomas o descentralizadas.

“Artículo 68. De saldos deudores. Para garantizar el pago de saldos deudores que pudieran resultar a favor del Estado, de la entidad correspondiente o de terceros en la liquidación, el contratista deberá prestar fianza, depósito en efectivo, constituir hipoteca o prenda, a su elección, por el 5% del valor original del contrato. Esta garantía deberá otorgarse simultáneamente con la de conservación de obra como requisito previo para la recepción de la obra, bien o suministro aprobada la liquidación, si no hubiere saldos deudores, se cancelará esta garantía”.

- **Otras garantías:**

“Artículo 70. Garantías. El contratista deberá garantizar mediante seguro, depósito en efectivo, hipoteca o prenda, que cubran los riesgos a que están sujetos los bienes, suministros u obras según se indique en las bases. Tales garantías cubrirán los riesgos que se determinen en el contrato”.

“Artículo 41. Garantías. Las garantías que se otorguen conforme lo dispuesto en el Artículo 70 de la ley, permanecerán en vigencia hasta la finalización de la garantía de conservación de obra o de calidad o funcionamiento, para el caso de bienes y suministros. Tales garantías cubrirán como mínimo: a) tratándose de obras, las responsabilidades civiles, a terceros y los riesgos inherentes a que esté expuesta la obra; b) tratándose de bienes y suministros, los riesgos terrestres, marítimos y aéreos a que estén sujetos los mismos, hasta su recepción satisfactoria. Tratándose de seguros que se contraten en el país, deberán sujetarse a las formalidades que termina el Decreto Ley número 473 Ley sobre Seguros”.

El Artículo 69 de dicha ley establece que las garantías arriba mencionadas deberán otorgarse mediante póliza que emitirán las entidades autorizadas para operar en Guatemala; o si se tratara de depósitos, deberá hacerse en quetzales o por medio de cheque certificado en caso de que fuese garantía hipotecaria o prendaria mediante escritura pública que debe ser inscrita en los registros respectivos.

6.15 Formalidades de los contratos:

Algunas formalidades específicas se localizan en la Ley de Contrataciones del Estado y otras formalidades deben considerarse generales, se refieren a requisitos del contenido del contrato y trámites administrativos inherentes a su legalización. Estas formalidades figuran en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

6.16 Prohibiciones:

No podrán cotizar, licitar y celebrar contratos con el Estado derivados de la aplicación de la ley, las personas en quienes concurra cualquiera de las circunstancias siguientes:

- No estar inscrito en el registro de precalificados correspondiente;
- Estar privado del goce de los derechos civiles por sentencia firme;
- Ser servidor o trabajador del Estado o pariente legal del mismo;
- Haber intervenido en fases previas a la compra o contratación siendo servidor o trabajador del Estado, esta prohibición se extiende a los parientes legales.

6.17 Sanciones:

Las sanciones consisten en multas impuestas por la Contraloría General de Cuentas y la Superintendencia de Bancos, a funcionarios y empleados públicos y por la autoridad superior correspondiente, según el Artículo 9 de la Ley de Contrataciones del Estado, a los particulares por medio de resolución administrativa, según el Artículo 88 del mismo cuerpo legal. Las multas se imponen por faltas a la Ley de Contrataciones del Estado en los siguientes casos:

- a) Fraccionamiento del contrato: Lo que se fracciona es el valor del contrato con la finalidad de eludir la licitación y la cotización. En este caso, la multa equivale al 2.5 % del valor total de la negociación, se haya o no suscrito el contrato. El reglamento establece cuando hay fraccionamiento: existe fraccionamiento si debiendo sujetarse la negociación por su monto al procedimiento de licitación o cotización, se fracciona deliberadamente con el propósito de evadir la licitación o la cotización según lo establece el Artículo 81 de la Ley de Contrataciones del Estado;
- b) Retraso en la entrega de la obra, bienes o suministros: Si fuera imputable al contratista por cada día de atraso la multa equivalente al 0.5 por millar del valor total del contrato. Si fueran varias las obras, el valor de la multa se calculará exclusivamente sobre el valor de la obra en que se observe el atraso, Artículo 85 de la Ley de Contrataciones del Estado. 3. Variación de la calidad o cantidad del objeto del contrato. Multa del 100 % del valor de la negociación. Las empresas supervisoras los funcionarios y empleados supervisores, así como a quienes reciban una obra, bien o servicio en nombre del Estado, en tales circunstancias, variación serán sancionados con multa equivalente al 2 por millar del daño deducido del valor de la negociación, Artículo 86 de la Ley de Contrataciones del Estado. 4. Otras infracciones. Infracciones a la ley o al reglamento serán sancionadas con multa equivalente 5% del valor total de la negociación sin perjuicio de las responsabilidades penales, Artículo 83 de la Ley de Contrataciones del Estado.

6.18 Registros:

- **Registro de precalificados de obra:** Adscrito al Ministerio de Comunicaciones, Transportes, Obras Públicas y Vivienda. Se inscriben los contratistas atendiendo a su especialidad, experiencia y capacidad financiera;
- **Registro de precalificados de consultores:** Adscrito a la Secretaría de Planificación y programación de la Presidencia. Se inscriben los consultores interesados atendiendo a su especialidad y capacidad financiera;
- **Registro de proveedores:** Adscrito al Ministerio de Finanzas Públicas. Se inscriben los proveedores de bienes y suministros atendiendo a su especialidad y capacidad financiera;
- **Registro de contratos:** Adscrito a la Contraloría General de Cuentas. Al mismo se remiten copias de los contratos con fines de fiscalización.

CAPÍTULO VII

7. Recursos administrativos:

Para comprender el tema que trataremos en este capítulo se proporciona una definición de lo que se entiende por recurso administrativo: "Es el procedimiento que formula objeciones a la decisión administrativa con forma de resolución administrativa, a la cual se imputa algún defecto de forma y de fondo, con la finalidad de corregir o eliminar ese defecto"²⁸.

Los recursos administrativos son mecanismos de defensa que poseen los particulares frente a la administración pública para oponerse a las resoluciones que afectan sus intereses particulares, ya que todo administrado tiene derecho a que se apliquen los principios de legalidad y juridicidad en las resoluciones que se dictan, de acuerdo con las formalidades legales, por los motivos que fijen las leyes y con el contenido que las mismas señalen.

La Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto 119-96 del Congreso de la República establece los recursos administrativos de revocatoria y reposición, dichos recursos son de aplicación en toda la administración pública centralizada, descentralizada y autónoma, reconociéndose en el Artículo 17 de dicha ley la excepción a su aplicación que es en materia laboral ya que se rige por leyes y reglamentos laborales y en los asuntos tributarios.

²⁸ Castillo González, Jorge Mario, **Derecho procesal administrativo**, tomo II, pág. 625.

7.1 Presupuestos comunes:

- a. Resolución administrativa impugnada:** Únicamente las resoluciones administrativas se impugnan por medio de recursos administrativos, en consecuencia se excluyen las providencias, dictámenes, reclamos y requerimientos;

- b. Resolución ilegal o violatoria de la ley, incluyendo las formas del procedimiento:** Comprende la violación de las formas del procedimiento o etapas, principalmente, de los principios constitucionales que rigen el procedimiento administrativo, dando lugar al recurso;

- c. El recurso debe ser interpuesto por quien tenga interés o quien lo represente:** El recurso presentado por tercero sin interés es inadmisibles y en consecuencia improcedente, debido a que no se consideran afectados o dañados directamente por la resolución impugnada. Al respecto la Ley de lo Contencioso Administrativo ha previsto la legitimación en el sentido de que los recursos de revocatoria y reposición, se interponen por quien haya sido parte en el expediente o aparezca con interés en el mismo.

7.2. Requisitos formales:

Según la Ley de lo Contencioso Administrativo, en el memorial de interposición del recurso se observará las formalidades siguientes:

- a. Autoridad a quien se dirige;
- b. Nombre del recurrente y lugar en donde recibirá notificaciones;
- c. Identificación precisa de la resolución que impugna y fecha de la notificación de la misma;

- d. Exposición de los motivos por los cuales se recurre;
- e. Sentido de la resolución que según el recurrente deba emitirse en sustitución de la impugnada;
- f. Lugar, fecha y firma del recurrente o su representante; si no sabe o no puede firmar imprimirá la huella dactilar de su dedo pulgar derecho u otro que se especificará.

El recurso se presenta en memorial, es decir en forma escrita, lo que excluye la posibilidad del recurso oral; en cuanto al tipo de papel puede ser papel corriente o papel español y se interpone en contra de una resolución de fondo y nunca en contra de una providencia de trámite.

El memorial se dirige al órgano administrativo que emitió dicha resolución, cumpliendo con los requisitos arriba mencionados. En el trámite de los expedientes se observará lo escrito y la gratuidad en las actuaciones, el derecho de defensa y los principios de impulso de oficio, celeridad, sencillez y eficacia, según establece la Ley de lo Contencioso Administrativo.

7.3 Efectos de la interposición del recurso:

- a) Suspensión o no del acto:** Al plantear un recurso administrativo se suspende la ejecución del acto impugnado y la administración se encuentra limitada a la ejecución directa o indirecta del acto administrativo;

b) Interrumpe el plazo: Si la resolución administrativa contiene un plazo para el cumplimiento de lo resuelto, el hecho de plantear el recurso interrumpe el plazo del cumplimiento. Este es el efecto más importante;

c) Afecta la facultad del inferior para revocar el acto impugnado: Es decir que cuando el subordinado ha dictado una resolución administrativa y esta debidamente notificada, y dicha resolución es impugnada, corresponde al órgano que debe conocer y resolver el recurso dictar la resolución revocando, modificando o confirmando la resolución impugnada.

7.4 Elementos:

Los elementos más importantes del recurso administrativo, son la resolución administrativa, la autoridad impugnada u órgano administrativo y el particular afectado con lo resuelto.

a) La resolución administrativa que afecta los derechos de los particulares: Para plantear un recurso administrativo, tiene que existir una resolución administrativa que vulnere los derechos del particular afectado.

Es diferente cuando hay falta de resolución ante una petición de los particulares, pues en este caso se produce como consecuencia, una figura jurídica que se denomina silencio administrativo de naturaleza sustantiva y contra la falta de resolución, procede plantear un amparo con el único efecto de obligar al funcionario a resolver, o bien, dar por agotada la vía administrativa;

- b) **Órgano competente:** Para que un recurso se pueda plantear debe existir una institución u órgano competente, con facultades para actuar, de lo contrario el acto o resolución devendría en ilegal o nula;

- c) **Un particular afectado que impugne:** Las resoluciones van necesariamente dirigidas a personas individuales o colectivas.

7.5 Recurso de revocatoria:

7.5.1 Procedencia:

El recurso de revocatoria procede contra resoluciones originarias emitidas por órganos subordinados de la administración pública y órganos descentralizados que en sus leyes y reglamentos no tienen medios de impugnación, así como contra órganos que no siendo directores generales tienen dicha categoría.

7.5.2 Interposición:

La interposición se refiere a la forma en que debe ser planteado el recurso de revocatoria. Se presenta por escrito, ante el mismo órgano administrativo que emitió la resolución que afecta al particular o administrado y como se trata de un órgano subordinado el expediente debe ser elevado al superior para su resolución. Todo recurso administrativo debe interponerse ante el mismo órgano que emitió la resolución administrativa. Si el órgano administrativo subordinado no eleva el expediente, puede ser motivo de un amparo, para obligarlo a elevar el expediente.

7.5.3 Procedimiento:

a) Plazo para plantearlo: El recurso se debe interponer dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la resolución, mediante memorial dirigido al órgano administrativo que dictó la resolución administrativa;

b) Requisitos del memorial:

- Autoridad a quien se dirige;
- Nombre del recurrente y lugar que señala para recibir notificaciones;
- Identificación precisa de la resolución que impugna y la fecha de notificación;
- Exposición de los motivos por los cuales se recurre;
- Sentido de la resolución que según el recurrente debe emitirse, en sustitución de la impugnada;
- Lugar, fecha y firma del recurrente o su representante legal, si no sabe o no puede firmar imprimirá la huella dactilar de su dedo pulgar derecho u otro que especificará.

c) Presentación del recurso ante el órgano competente: Debe plantearse ante el órgano que dictó la resolución administrativa;

d) Remisión del expediente: La autoridad que emitió la resolución impugnada deberá elevar el expediente al órgano superior jerárquico de la entidad, con informe circunstanciado, dentro de los cinco días siguientes a la interposición del recurso;

e) Órgano que resuelve: Toda vez que se encuentre el expediente en el órgano superior jerárquico, éste deberá correr las audiencias siguientes:

- A toda las personas que hayan manifestado su interés en el expediente administrativo y hayan señalado lugar par ser notificadas;
- Al órgano asesor, técnico o legal, que corresponda, según la naturaleza del expediente. Esta audiencia se omitirá cuando la organización de la institución que conoce del recurso carezca de tal órgano;
- A la Procuraduría General de la Nación.

Estas audiencias se corren en el orden que se estableció y el plazo es de cinco días en cada caso.

f) Diligencias para mejor resolver: El órgano que conoce del recurso, podrá practicar las diligencias que estime convenientes para mejor resolver, fijando plazo de 10 días para ese efecto;

g) Resolución: El recurso debe ser resuelto por el superior jerárquico y contra lo resuelto por este no cabe recurso administrativo alguno. El superior debe resolver dentro de los 15 días hábiles de finalizado el trámite que puede ser de dos formas: a) si el órgano no decreta diligencias para mejor resolver, el plazo inicia desde el momento que venció el plazo para

que las personas y órganos que se les corrió audiencias emitan su opinión y b) si el órgano decreta diligencias para mejor resolver, el plazo inicia transcurridos los 10 días que duran las diligencias para mejor resolver;

- h)** Consecuencias de la falta de resolución: Si el superior, no resuelve el recurso planteado dentro de los 30 días a partir de la fecha en que el expediente se encuentre en estado de resolver, se tendrá por agotada la vía administrativa y por confirmado el acto o resolución, para efecto de usar la vía judicial a través del proceso Contencioso Administrativo según lo establece el Artículo 16 de la Ley de lo Contenciosos Administrativo. El particular afectado puede esperar indefinidamente a que el órgano superior resuelva o bien puede plantear un amparo, con el único objeto de obligarlo a resolver o en su caso, plantear un proceso contencioso administrativo.

7.6 Recurso de reposición:

Este recurso es llamado doctrinariamente “recurso gracioso o jerárquico” y es el medio de impugnación que tienen las personas individuales o jurídicas para oponerse a lo resuelto por un órgano superior jerárquico, siendo el propio órgano administrativo el que debe revisar su actuación y resolver el recurso.

7.6.1 Procedencia:

Este recurso procede contra resoluciones originarias emitidas por órganos superiores de la administración pública y órganos descentralizados que en sus leyes y reglamentos no tienen

regulados medios de impugnación, así como contra algunos otros órganos que no tienen superior jerárquico.

Puede plantearse contra las resoluciones emitidas por los Ministros de Estado, juntas directivas de órganos colegiados y algunos órganos descentralizados y con lo resuelto por estos órganos administrativos se agota la vía gubernativa, es decir que la resolución causa estado. El fundamento legal del recurso de reposición lo encontramos en el Artículo 9 de la Ley de lo Contencioso Administrativo.

7.6.2 Interposición:

La interposición se refiere a la forma en la que debe ser planteado el recurso de reposición y debe presentarse por escrito y ante el mismo órgano administrativo que emitió la resolución que afecta al particular o administrado, como se trata de un órgano superior el expediente se encuentra en el mismo órgano ante quien se plantea el recurso y quien debe conocer para su resolución. En este caso el mismo órgano que resolvió el expediente revisará su actuación y resolverá la impugnación.

7.6.3 Procedimiento:

- a) Legitimación para plantear el recurso. En este caso el legitimado es la persona afectada por la resolución administrativa emitida por el órgano superior;

- b) Plazo para plantearlo: debe ser dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución, mediante memorial dirigido al órgano administrativo que dictó la misma;

c) Requisitos formales del recurso: Debe hacerse por escrito y contener como mínimo los siguientes requisitos:

- Autoridad a quien se dirige;
- Nombre del recurrente y lugar que señala para recibir notificación;
- Identificación precisa de la resolución que se impugna y la fecha de la notificación de la misma;
- Exposición de los motivos por los cuales se recurre;
- Sentido de la resolución que según el recurrente debe emitirse, en sustitución de la impugnada;
- Derecho u otro que especificará;
- Lugar, fecha y firma del recurrente o su representante legal.

d) Presentación del recurso ante el órgano competente: Debe ser planteado ante el órgano que dictó la resolución administrativa;

e) Trámite: Planteado el recurso, el órgano recurrido deberá proceder con el trámite del mismo, corriendo las audiencias siguientes:

- A todas las personas que hayan manifestado su interés en el expediente administrativo y hayan señalado lugar par ser notificadas;

- Al órgano asesor, técnico o legal, que corresponda, según la naturaleza del expediente. Esta audiencia se omitirá cuando la organización de la institución que conoce del recurso carezca de tal órgano;
- A la Procuraduría General de la Nación.

Estas audiencias se corren en el orden que se estableció, el plazo es de cinco días en cada caso.

- f) Diligencias para mejor resolver: El órgano tiene la facultad para ordenar antes de resolver el recurso y después de las audiencias o transcurrido el plazo, diligencias para mejor resolver, fijando el plazo de 10 días para ese efecto;
- g) Resolución: El recurso debe ser resuelto por la autoridad superior del órgano administrativo y debe recordarse que contra lo resuelto no cabe otro tipo de impugnación administrativa. El plazo para resolver es dentro de los 15 días hábiles de finalizado el trámite que puede darse de dos formas: a) si el órgano superior no decreta diligencias para mejor resolver, el plazo inicia desde el momento que se venció el plazo para que la Procuraduría General de la Nación emita su dictamen, en este momento el expediente se encuentra en estado de resolver; y b) si el órgano ordena diligencias para mejor resolver, el plazo inicia transcurridos los 10 días que duran las diligencias para mejor resolver;

h) Consecuencias de la falta de resolución del recurso: Si el órgano administrativo no resuelve el recurso que fue interpuesto por el particular afectado dentro de los 30 días a partir de la fecha en que el expediente se encuentre en estado de resolver, es decir cuando venció el plazo de la audiencia de la Procuraduría General de la Nación o vencido el plazo de las diligencias para mejor resolver, se tiene por agotada la vía administrativa a efecto de abrir la vía judicial y tener por confirmado el acto o resolución, en consecuencia el administrado puede: a) esperar indefinidamente que el superior jerárquico de la administración resuelva; b) plantear un amparo; c) plantear el contencioso administrativo.

CAPÍTULO VIII

8. Laguna normativa que contiene el Decreto 57-92 del Congreso de la República, con respecto a la inexistencia del recurso de revisión:

8.1 Concepto de laguna de ley:

De manera general y únicamente con el objeto de abordar adecuadamente el tema objeto de la presente tesis, diremos que el tratadista Ramón Soriano al respecto de la laguna de ley opina que: "En principio no existen lagunas de derecho o lagunas jurídicas, porque siempre hay un medio de solución de conflictos jurídicos, lo que existen son lagunas normativas...la laguna puede ser definida sencillamente como una situación no regulada en el marco de un conflicto de derecho, que es necesario resolver".²⁹

Cabanellas define la laguna del derecho como: "Ausencia de norma positiva aplicable a una relación determinada"³⁰. Los conceptos doctrinales anteriormente expuestos, nos motivan a investigar como resolver las denominadas lagunas de ley; y al respecto el Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial preceptúa: "Las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes oscuros de la misma, se podrán aclarar, atendiendo el orden siguiente:

²⁹ Soriano, Ramón, *Compendio de teoría general del derecho*, pág. 312.

³⁰ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario jurídico elemental*, pág. 227.

- Atendiendo a la finalidad y al espíritu de la misma;
- A la historia fidedigna de su institución;
- A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas;
- Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.

8.2 Justificación de la necesidad de regular el recurso de revisión en la Ley de Contrataciones del Estado:

Antes de la reforma contenida en el Decreto No.11-2006 del Congreso de la República que entró en vigencia el 30 de mayo del 2006, la Ley de Contrataciones del Estado en su Artículo 99 contemplaba el recurso de aclaración y ampliación en contra de la resolución de adjudicación emitida por las Juntas de Cotización y/o Junta de Licitación que adjudicaba el proceso de adquisición que se estaba conociendo en ese momento.

Este recurso fue totalmente derogado y actualmente la Ley de Contrataciones del Estado, contempla únicamente los recursos de revocatoria y reposición regulados en la Ley de lo Contencioso Administrativo Decreto número 119-96 del Congreso de la República, habiendo suprimido el único recurso que cabía en contra de la resolución de adjudicación de las Juntas de Cotización y/o Juntas de Licitación, que por lo menos planteaba el recurso de aclaración y ampliación, situación que viola el debido proceso administrativo, al dejar en estado de indefensión a los oferentes que no han sido beneficiados con la adjudicación, pero que tienen elementos de juicio para rebatir la decisión tomada por la Junta en el momento oportuno, pues la Ley de Contrataciones del Estado, en su Artículo 36 establece: "Dentro del plazo de dos días siguientes a que quede firme lo resuelto por la Junta, esta cursará el expediente a la autoridad superior...", siendo este el

momento oportuno, pues transcurrido este plazo, la resolución queda firme. Debemos tomar en cuenta que para que una resolución quede firme es necesario que no exista recurso pendiente de resolver, allí es donde se encuentra la laguna normativa porque existe un plazo para que la resolución cause estado, sin embargo, no existe el medio de impugnación idóneo que pueda ser interpuesto, existiendo incongruencia entre lo que establece el Artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado y lo que se establece en el Título X de Recursos al no regularse ninguno que pueda ser interpuesto en contra de esta resolución.

Hay que recordar que de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado vigente, las Juntas de Cotización y/o Junta de Licitación, son órganos autónomos nombrados temporalmente con facultades para recibir, calificar ofertas y adjudicar el negocio; la Junta de Cotización se integra con tres miembros, y, son nombrados por la autoridad administrativa superior de la entidad interesada en el proceso y la Junta de Licitación se integra con cinco miembros nombrados por la autoridad superior según el Artículo 9 del mismo cuerpo legal.

Como puede analizarse la Junta de Cotización y/o Junta de Licitación, es un órgano sui generis nombrado y conformado por una única vez para conocer de un proceso de adquisición o de prestación de un servicio específico; sin embargo, son órganos de suma importancia porque en sus manos está elegir a las personas que suministrarán bienes o servicios a toda la administración pública, siendo responsables de alguna manera del manejo de gran parte del presupuesto de cada institución, lo que conlleva un gran poder de decisión, porque no obstante su decisión en ese momento puede no ser definitiva por estar sujeta a la aprobación por parte del superior jerárquico de la institución, por lo regular se confía en su trabajo y se respetan sus decisiones, pues las

autoridades superiores están conscientes de que cada uno de los miembros de la Junta es responsable administrativa, civil y penalmente por sus decisiones, responsabilidad que prescribe en 20 años, lo que significa que deben ser cuidadosos para no incurrir en ninguna de ellas, debido a que pueden ser objeto de sanciones y reparos por parte de la Contraloría General de Cuentas en caso de detectarse anomalías en su actuación.

Al no existir un parámetro de actuación y no contemplar ningún medio de control o impugnación que elimine la discrecionalidad de sus actuaciones, éste órgano actúa con total libertad, pudiendo caer con facilidad en arbitrariedades que doctrinariamente se conocen como abuso de poder y consiste en que el funcionario actúe extralimitándose en sus atribuciones en perjuicios de los particulares, o bien que incurra en desviación de poder que es cuando el funcionario actúa utilizando sus atribuciones a un fin distinto lesionando los derechos e intereses de los oferentes.

Para corregir estas violaciones la ley debe otorgar a los particulares el derecho de oponerse o impugnar esos actos administrativos mediante los recursos administrativos, razón por la cual se justifica la creación de un medio de impugnación o recurso que esté a disposición del oferente no ganador para que transparente la actuación de las Juntas y se posibilite el control social.

Estamos consientes de que con las últimas reformas a la Ley de Contrataciones del Estado se burocratizo aún más los procesos de licitación y que un recurso nuevo incidirá en el tiempo del proceso, no obstante por todo lo apuntado es legalmente necesario incluir un recurso rápido y eficaz,

por lo que proponemos la inclusión dentro de la Ley de Contrataciones del Estado del recurso de revisión en contra de la resolución de adjudicación que emite la Junta de Cotización y/o Licitación.

No desconocemos que el espíritu de la Ley de lo Contencioso y Administrativo ha sido unificar los recursos dentro de la administración; sin embargo, la creación del recurso de revisión dentro de la Ley de Contrataciones del Estado sería única y especialmente en contra de la resoluciones de adjudicación, considerando que se va a aplicar a un órgano de carácter sui generis como lo son las Juntas de Licitación y/ o Juntas de Cotización.

Es necesario depurar el proceso para que cuando lo conozca la autoridad superior, ya no existan acciones que interponer haciendo más expedito los procesos, para que lleguen sin vicios a dicha autoridad debido a que éste no ha intervenido en el proceso y por lo tanto no conoce sus vicisitudes, dificultándose enmendar el procedimiento si se espera llegar a esa etapa.

Para una mejor comprensión a continuación se presenta un análisis de cómo se encontraban regulados los medios de impugnación en la Ley de Contrataciones del Estado con anterioridad al 30 de mayo del 2006:

- **Aclaración y ampliación:** Procedía el recurso de aclaración, contra las resoluciones de adjudicación emitida por las Juntas de Cotización y/o Junta de Licitación, según el caso, cuando las mismas eran oscuras, ambiguas o contradictorias y el recurso de ampliación, si en dicha resolución se omitía resolver algún aspecto que incidiera en la negociación;

- **Revisión:** Recurso que procedía en contra de la autoridad que aprobaba la adjudicación de la licitación y/o cotización hecho por la Junta, facultando a la autoridad recurrida para que modificará o confirmará su resolución;
- **Recurso de Revocatoria:** En el Artículo 101 de la Ley de Contrataciones se establecía que toda vez agotada la fase conciliatoria, la autoridad debía dictar la resolución respectiva que daba por agotado el procedimiento administrativo, abriendo la posibilidad de plantear el recurso de revocatoria.

Con posterioridad a la fecha arriba mencionada, mediante el Decreto 11-2006 del Congreso de la República, se cambió el Capítulo X que regulaba los recursos anteriormente expuestos, convirtiéndose en el Título X, Capítulo único que regula los recursos siguientes:

- **Recurso de revocatoria:** Dicho recurso procede en contra de las resoluciones dictadas por autoridad administrativa que tenga superior jerárquico, dentro del mismo ministerio o entidad descentralizadas o autónomas;
- **Recurso de reposición:** Este recurso procede contra las resoluciones dictadas por los ministerios y las dictadas por las autoridades administrativas superiores de las entidades descentralizadas o autónomas.

Los recursos de revocatoria y reposición en cuanto a requisitos de solicitud, trámite y diligenciamiento se debe aplicar supletoriamente lo dispuesto en la Ley de lo Contencioso Administrativo.

Todo lo antes expuestos tiene su origen en lo que establecen los Artículos 33, 34, 35 y 36 de la Ley de Contrataciones del Estado, en cuanto a la obligación que tienen las Juntas de Cotización y/o Juntas de Licitación de adjudicar las mismas, al oferente que se ajuste a los requisitos y condiciones de las bases, dicha adjudicación debe ser notificada dentro de los tres días de dictaminada la resolución, a cada uno de los oferentes. De igual manera el Artículo 8 de la Resolución número 100 del Ministerio de Finanzas Públicas estipula que la adjudicación debe publicarse en Guatecompras antes de notificar al adjudicatario por medios impresos, en papel o distintos a Guatecompras.

Ley de Contrataciones del Estado

“Artículo 33. Adjudicación. Dentro del plazo que señalen las bases, la Junta adjudicará la licitación al oferente que ajustándose a los requisitos y condiciones de las bases, haya hecho la proposición más conveniente para los intereses del Estado. La Junta hará también una calificación de los oferentes que clasifiquen sucesivamente. En el caso de que el adjudicatario no suscribiere el contrato, la negociación podrá llevarse a cabo con solo el subsiguiente clasificado en su orden”.

“Artículo 34. Adjudicación parcial. La Junta, cuando proceda, adjudicará parcialmente la licitación: a) Si así se estableció en las bases; b) Siempre que convenga a los intereses del Estado;

c) Atendiendo a la naturaleza de los bienes, suministros, obras o servicios; d) Si no forma parte de una obra unitaria”.

“**Artículo 35. 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”.

“**Artículo 36. Aprobación de la adjudicación.** Dentro del plazo de dos días siguiente a que quede firme lo resuelto por la Junta, esta cursará el expediente a la autoridad superior, la que aprobará o improbará lo actuado y en este último caso, con exposición razonada, ordenará su revisión con base en las observaciones que formule. Si se ordenare la revisión, dentro del plazo de dos días el expediente volverá a la Junta, la que revisará la evaluación y hará la adjudicación, dentro del plazo de cinco días de recibido el expediente. La Junta podrá modificar o confirmar su decisión, en forma razonada. Devuelto el expediente a la autoridad superior, esta aprobará lo actuado por la Junta, quedando a salvo el derecho de prescindir. Tanto la aprobación como la improbación, la hará la autoridad superior dentro del plazo de cinco días de recibido el expediente”.

Las interrogantes que resultan de lo antes expuesto son:

- **¿Qué recurso cabría?** Para dar una respuesta a esta pregunta es necesario hacer notar que la Ley de Contrataciones del Estado fue reformada mediante el Decreto 11-2006 que está vigente desde el 30 de mayo del mismo año, antes de esta fecha los oferentes contaban con un mecanismo de defensa que les permitía oponerse a aquellos actos o resoluciones que afectaran sus derechos, como podría serlo la notificación de la

adjudicación parcial que hubiere acordado la Junta de Cotización y/o Junta de Licitación, ese medio de impugnación era el recurso de aclaración y ampliación que se regulaban en el Artículo 99 de la Ley de Contrataciones del Estado, pero que tampoco entraban a conocer el fondo del asunto, por lo que creemos que es necesario regular el recurso de revisión.

- **¿Ante qué autoridad?** En la actualidad la inexistencia del recurso arriba mencionado, deja indefensos a los oferentes sin saber a que autoridad del órgano administrativo recurrir y además es de hacer notar que la Junta de Cotización y/o Junta de Licitación ya se desintegró y, en muchos casos la Junta pudo ser conformada por servidores públicos de otras entidades, por lo tanto, la respuesta a la interrogante planteada es que el recurso de revisión que se propone mediante el presente trabajo, sea conocido por la Junta de Cotización y/o Junta de Licitación según el caso, a solicitud del oferente que se considere afectado y tenga elementos de juicio para interponerlo.
- **¿En qué plazo debía plantearse el recurso?** Para imprimirle celeridad a los procesos de contratación del Estado, consideramos oportuno que el recurso se interponga dentro del plazo de tres días contados a partir del día siguiente de la notificación de la resolución administrativa que lesiona o afecta al interesado.

Podemos concluir, después del análisis previamente planteado que es procedente el planteamiento de un recurso administrativo, como medio de impugnación; apoyado en el debido proceso y derecho de defensa, que es de rango constitucional; los que deben hacerse efectivos en

forma inmediata, directa y por la vía más rápida, pues a nadie debe impedírsele la defensa efectiva de sus derechos o intereses, ante un hecho o situación que le amenace o que pueda ocasionarle perjuicios y del cual se entera por medio de una notificación. A efecto de establecer dicho recurso es necesario regularlo en la Ley de Contrataciones del Estado mediante una iniciativa de ley presentada ante el Congreso de la República. De conformidad con lo establecido en el Artículo 174 de la Constitución Política de la República de Guatemala, tienen iniciativa de ley, los diputados al Congreso de la República, el organismo ejecutivo, la Corte Suprema de Justicia, la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Tribunal Supremo Electoral.

Después del análisis acerca de cómo se encontraba regulado y cómo están en la actualidad los medios de impugnación en la Ley de Contrataciones del Estado, y debido a que la Universidad de San Carlos de Guatemala tiene iniciativa de ley; me permito como estudiante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de dicha Universidad, sugerir que en ejercicio de ese derecho presente su proyecto de ley a efecto de regular el recurso de revisión en la Ley de Contrataciones del Estado.

3. Iniciativa de ley:

3.1 Leyes formales:

“Es la decisión formal exclusiva del Estado que cuenta con alguna organización legislativa”.³¹ Del concepto arriba mencionado se desprende los siguientes elementos:

³¹ Castillo González, **Ob. Cit;** pág. 52.

- **Decisión formal**, que es la voluntad manifestada a través de un procedimiento establecido constitucionalmente;
- **Exclusiva**, es decir decisión única del Estado que cuenta con alguna organización destinada a ejercer la función legislativa.

La Constitución Política de la República atribuye al Congreso, competencia exclusiva para decretar, reformar y derogar las leyes, según el inciso a) del Artículo 171 y establece aparte, el procedimiento constitucional entre los Artículo 174 y 181.

3.2 Etapas del procedimiento constitucional:

3.2.1 Iniciativa de ley:

La Constitución Política de la República en el Artículo 174, establece las entidades que tiene facultad para presentar sus iniciativas de ley ante el Congreso de la República, como ente encargado de legislar pero los proyectos presentados no pueden ser contrarios a la Constitución Política de la República, según lo establecido en el Artículo 175 de la misma. Así mismo en los Artículo 109 al 111 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo se establecen las normas relacionadas con la iniciativa de ley.

3.2.2 Presentación y discusión:

Toda vez se presente un proyecto de ley, el siguiente paso según la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, es someterlo a discusión en tres sesiones celebradas en distintos días y no podrá votarse hasta que se tenga por suficientemente discutido en la tercera sesión, la excepción a

la regla son aquellos casos que el Congreso de la República, declare de urgencia nacional con el voto favorable de las dos terceras parte del número total de diputados que lo integran según lo regula el Artículo 176 de la Constitución Política de la República y los Artículos 112 al 122 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo.

3.2.3 Votación breve, nominal y por cédula:

- **La votación breve y sencilla:** Se hace levantando la mano en señal de aprobación o por procedimiento electrónico o de otra tecnología que acredite el sentido del voto de cada diputado y los resultados totales de la votación, en caso de duda la secretaría pedirá a los diputados que votaron afirmativamente que se pongan de pie y no se sentarán hasta que no se haya hecho el computo y declarado el resultado.
- **La votación nominal:** Se hará a petición escrita de seis o más diputados, se formarán tres listas que serán las de los votos a favor, los votos en contra y los diputados ausentes; en esta votación los diputados deben manifestarse de viva voz, clara e inteligiblemente y no dejar duda alguna de su decisión de voto, el último en votar será el Presidente del Congreso.
- **Votación por cédula:** Es secreta y siempre se hará cuando se deba hacer algún nombramiento, escribiendo en la cédula el nombre del candidato de cada diputado, las cédulas las recogen dos ujires en urnas separadas. El fundamento legal de las votaciones lo encontramos en los Artículos del 94 al 96 de la Ley del Orgánica del Organismo Legislativo.

3.2.4 Aprobación:

Es el resultado favorable de la votación de la mitad más uno del total de diputados, equivale a la aprobación de un proyecto. Si el número total de diputados fuere impar se toma como número total el número par inmediato siguiente más alto. Los proyectos de ley pueden ser aprobados o rechazados. Artículo 177 de la Constitución Política de la República.

3.2.5 Sanción:

Cuando el proyecto de ley es aprobado pasa al organismo ejecutivo para su sanción, y esta es la decisión solemne por la que el Presidente de la República confirma y da pase a una ley. En la práctica la Secretaría General de la Presidencia de la República previo dictamen jurídico dicta la providencia mandando que se publique y ejecute la ley trasladando el expediente al Ministerio de Gobernación, quien se encarga de su publicación en el Diario Oficial. Artículo 177 de la Constitución Política de la República.

3.2.6 Promulgación:

Es la orden de publicación solemne que establece la Constitución, en cuanto a requisito esencial de la obligatoriedad de la ley. Artículo 177 de la Constitución Política de la República.

3.2.7 Publicación:

Es el medio de comunicación por el cual una ley o cualquier disposición legal, se hace del conocimiento público. La ley ordena que la publicación íntegra se realice en el Diario Oficial, la publicación es de suma importancia debido a que de ella depende que la ley entre en vigencia en todo el territorio nacional, ocho días después de publicada a menos que la misma ley amplíe o restrinja el plazo. Artículos 177 y 180 de la Constitución Política de la República.

8.4 Devolución de la ley aprobada:

Los asesores jurídicos y técnicos de la Presidencia de la República, en dictamen jurídico y técnico podrán manifestar objeciones a determinada ley, en dicho caso el Presidente de la República, por medio de acuerdo emitido en Consejo de Ministros devuelve el decreto al Congreso de la República con las observaciones pertinentes, dicha devolución debe realizarse dentro de los 15 días siguientes a la fecha de recepción, a esto se le denomina derecho de veto, si no se hace uso del mismo dentro del plazo mencionado, el Congreso lo deberá promulgar como ley dentro de los ocho días siguientes. Artículo 178 de la Constitución Política de la República.

En tal sentido se propone la siguiente adición a la Ley de Contrataciones del Estado:

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

DECRETO NÚMERO...

El Congreso de la República de Guatemala,

CONSIDERANDO:

Que este órgano legislativo, con fecha cinco de octubre de mil novecientos noventa y dos, emitió el Decreto Número 57-92, por medio del cual se decretó la Ley de Contrataciones del Estado.

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con los Artículos 12 y 28 de la Constitución Política de la República, la defensa de las personas y sus derechos son inviolables, es decir que toda persona tiene derecho a defenderse cuando sus intereses están siendo violados mediante un acto o resolución administrativa, y el derecho de petición faculta a los administrados a presentar sus solicitudes ante la autoridad administrativa que corresponda, la que deberá tramitarlas y resolverlas conforme a la ley , lo que no se encuentra regulado en el Título X, Capítulo Único de Recursos de la Ley de Contrataciones del Estado; por lo que es necesario emitir la normativa respectiva, para que no se perjudique a las personas individuales o colectivas en sus derechos al ofertar en los procesos de cotización y/o Licitación del Estado.

POR TANTO:

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

DECRETA:

La siguiente:

Reforma a la Ley de Contrataciones del Estado

Artículo 1. Se adiciona el Artículo 99 bis, el cual queda así:

Artículo 99 bis. Recurso de Revisión: Contra la resolución de la adjudicación hecha por la Junta de Cotización y/o Junta de Licitación, únicamente procede el recurso de revisión, que podrá ser interpuesto por el oferente que se considere afectado, ante la Junta de Cotización y/o Junta de Licitación que dictó la resolución, dentro del plazo de tres días contados a partir del día siguiente de

la notificación y será resuelto por la misma Junta dentro del plazo de 3 días contados a partir de la fecha de interposición. La Junta podrá modificar o confirmar su resolución. En caso de que el recurso sea declarado con lugar, la Junta podrá revocar, modificar o confirmar la adjudicación efectuada y procederá conforme lo establecido en los Artículos 33, 35 y 36 de la presente ley. Contra lo resuelto por la Junta no cabrá impugnación alguna.

Artículo 2. El presente decreto entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial.

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

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DEGUATEMALA A

LOS... DÍAS DEL MES DE... DEL AÑO 200...

CONCLUSIONES

1. Dentro de la legislación guatemalteca, se tiene la Ley de Contrataciones del Estado, a través de la cual se busca brindar seguridad y celeridad para la pronta ejecución de obras y adquisición de bienes, suministros y servicios, que requieren las entidades centralizadas, descentralizadas y autónomas del Estado de Guatemala, estableciendo los lineamientos procedimentales para lograrlo;
2. Las personas individuales o jurídicas que cumplan con los requisitos de las bases de cotización o licitación, tienen derecho a participar en los procesos de adquisición de bienes o prestación de servicios del Estado, estando facultados para dirigir sus peticiones a la autoridad correspondiente; pero en la Ley de Contrataciones del Estado, se viola el mismo, al no regular el recurso que proceda en contra de la resolución de adjudicación de las Juntas de Cotización y/o Licitación;
3. A los oferentes en los procesos de cotización y licitación, no se les otorgan las herramientas legales para asegurar una contratación transparente y eficaz, y a pesar de las reformas introducidas en el año 2006, se ha incurrido en ilegalidades, debido a que, para lograr la unificación de los medios de impugnación en la administración pública, se viola el debido proceso, al dejar indefenso a los oferentes.

RECOMENDACIONES

1. El Estado debe proporcionar la legislación adecuada, para que tanto las personas individuales como las colectivas, puedan hacer efectivo los derechos de defensa y de petición, otorgados por la Constitución Política de la República de Guatemala.

2. En la Ley de Contrataciones del Estado, el legislativo debe ampliar la ley, adicionando el recurso de revisión, para eliminar la discrecionalidad de la que gozan las Juntas de Cotización y/o Licitación, cuando adjudican total o parcialmente la contratación de obras o servicios; evitando así la violación del debido proceso, dicho recurso permitiría a los oferentes oponerse a la resolución de adjudicación, siempre que tengan elementos de juicio y se interponga en el momento oportuno.

3. Es preciso que el Congreso de la República, reforme la Ley de Contrataciones del Estado, en el sentido de proporcionar las herramientas legales necesarias, para que los oferentes puedan oponerse a las resoluciones de las Juntas de Cotización y/o Licitación, que afecten sus intereses.

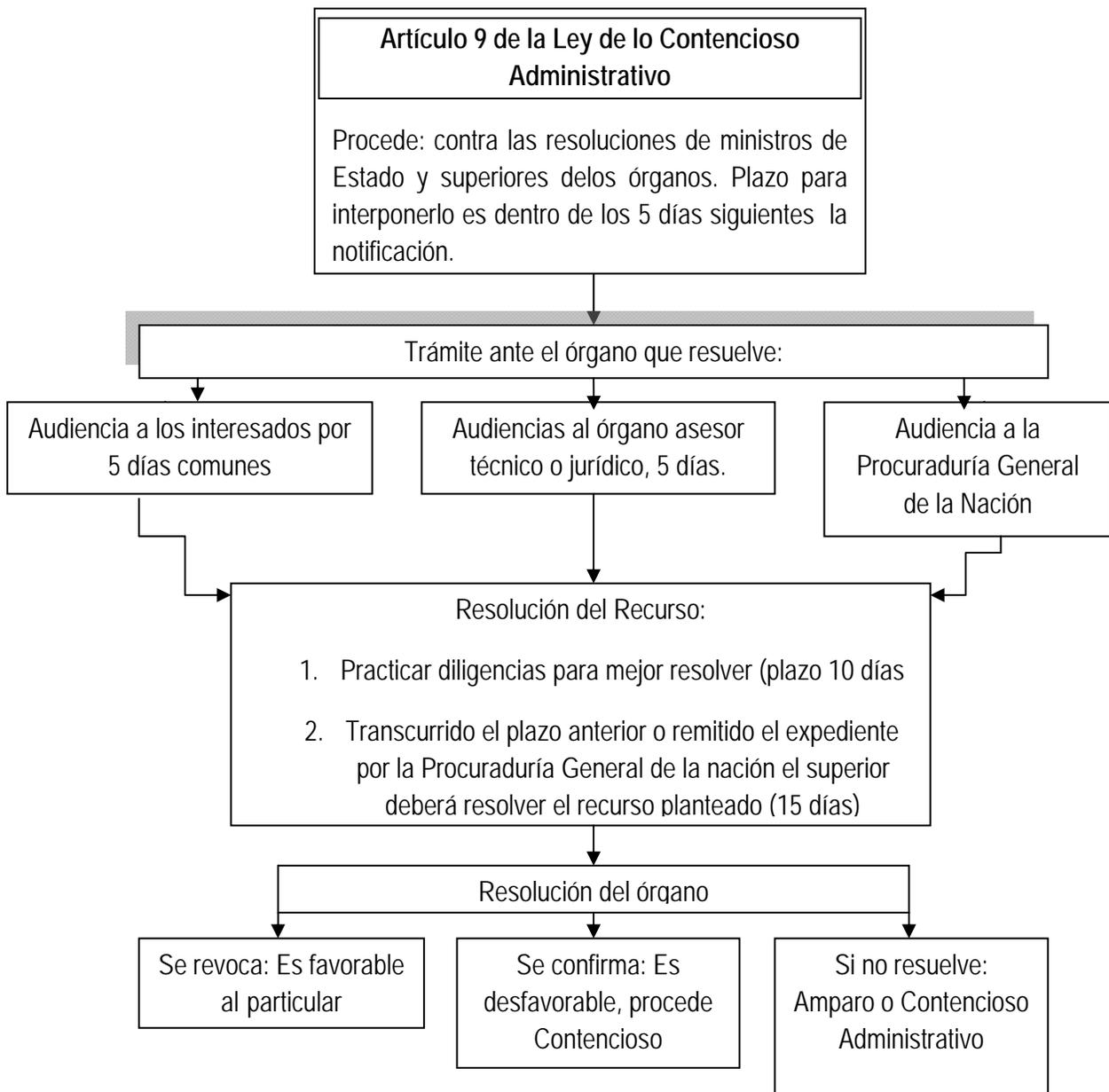
4. Es necesario que, antes de reformar la Ley de Contrataciones del Estado, se realicen estudios exhaustivos por el Congreso de la República, mediante la comisión correspondiente, para evitar que las reformas a realizarse no alcancen lo objetivos; como en la Ley de Contrataciones del Estrado, que en aras de unificar los recursos dentro de la administración pública, obvió el medio de impugnación idóneo que proceda en contra de las resoluciones de adjudicación dictadas por las Juntas de Cotización y/o Licitación.

ANEXOS

ANEXO I

RECURSO DE REPOSICIÓN

150

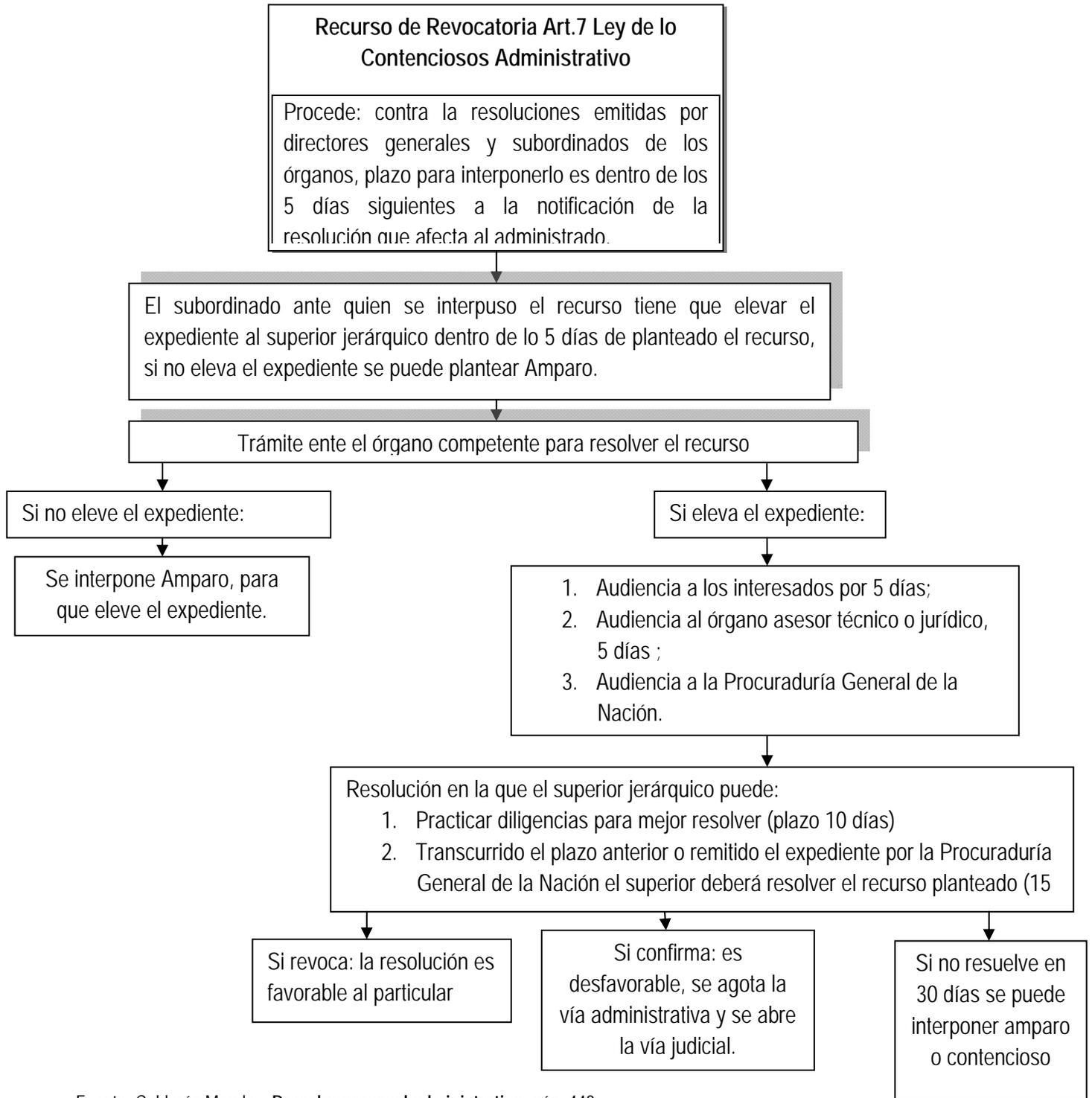


Fuente: Calderón Morales, Hugo Haroldo, *Derecho procesal administrativo*, pág. 444.

ANEXO II

RECURSO DE REVOCATORIA

152



Fuente: Calderón Morales, **Derecho procesal administrativo**, pág. 443.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel. **Teoría general del derecho administrativo**. Universidad Autónoma de México, México, 1975.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. ed. 14ª, Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1988.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. ed. 10ª, Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1976.
- CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo**. ed. 6ª, t. I; Guatemala, Guatemala: Ed. Fénix, 2003.
- CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. **Derecho procesal administrativo**. ed. 4ª, Guatemala, Guatemala: Ed. Fénix, 2003.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo**. ed. 14ª, t. I; Guatemala, Guatemala: Ed. Impresiones Gráficas, 2003.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho procesal administrativo**. ed. 14ª, Guatemala, Guatemala: Ed. Impresiones Gráficas, 14ª, 2003.
- DIEZ, Manuel María. **Derecho administrativo**. ed. 2ª, t. 6; Buenos Aires, Argentina: Ed. Plus Ultra, 1973.
- FRAGA, Garbino. **Derecho administrativo**. ed. 21ª, México: Ed. Porrúa, 1981.
- GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **La relación funcional**. (Colección Juritex No. 10); Guatemala, Guatemala: (s.e.), 2002.
- GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **Servicios públicos y servicios sociales**. (Colección Juritex No. 8); Guatemala, Guatemala: (s.e.), 2003.
- GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **Los contratos administrativos**. (Colección Juritex, No. 16); Guatemala, Guatemala: (s.e.), 2003.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1981.
- PENAGOS, Gustavo. **Curso de derecho administrativo**. ed. 1ª, Colombia: Ed. Librería profesional, 1982.
- PRAT, Julio. **Derecho administrativo**. Montevideo, Uruguay: Ed. Acali, 1977.

Legislación:

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

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

Ley del Organismo Ejecutivo, Congreso de la República, Decreto número 114-97, 1997.

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

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

Ley Orgánica del Organismo Legislativo. Congreso de la República, Decreto número 63-94, 1994.

Ley de lo Contencioso Administrativo. Congreso de la República, Decreto número 119-96, 1997.

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

Reglamento de la Ley del Servicio Civil. Presidente de la República, Acuerdo Gubernativo 1898, 1998.

Acuerdo No. A-77-06. Emitido por la Contraloría General de Cuentas, 2007.

Acuerdo No. A-17-2007. Emitido por la Contraloría General de Cuentas, 2007.

Acuerdo No. A-118-2007. Emitido por la Contraloría General de Cuentas, 2007.