

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



**ESTUDIO JURÍDICO DE LA FALTA DE APLICACIÓN DEL
REGIMEN DE COMPRA POR CONTRATO ABIERTO, DE PARTE
DE LAS ENTIDADES REGULADAS POR EL ARTÍCULO 1 DE LA LEY
DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**

MARY ANN MILLER OROZCO

GUATEMALA, NOVIEMBRE 2008

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

**ESTUDIO JURÍDICO DE LA FALTA DE APLICACIÓN DEL
RÉGIMEN DE COMPRA POR CONTRATO ABIERTO, DE PARTE
DE LAS ENTIDADES REGULADAS POR EL ARTÍCULO 1 DE LA LEY DE
CONTRATACIONES DEL ESTADO**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARY ANN MILLER OROZCO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre 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. Byron Oswaldo De La Cruz López
Vocal: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
Secretario: Lic. Ronald David Ortiz Orantes

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Guillermo Díaz Rivera
Vocal: Licda. Eneida Victoria Reyes Monzón
Secretario: Lic. Julio César Zenteno Barillas

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

DEDICATORIA

- A DIOS: Gracias Padre por estar conmigo en todo momento, escuchar mis oraciones y permitirme alcanzar esta meta.
- A MI PATRIA: Mi querida Guatemala, a quien serviré con mi profesión.
- A MI PADRES: Miriam Orozco, mi mejor amiga y confidente; gracias mamita por los esfuerzos que has hecho por mi y por estar siempre a mi lado. Mi triunfo es tu triunfo.
Roberto Miller (+), te recuerdo con mucho cariño.
- A MI HIJA: Abigail, fuente de alegría e inspiración; eres una bendición, siempre me diste fuerza para seguir adelante.
- A MI ESPOSO: Ronald Martínez, mi compañero y amigo; gracias por apoyarme y creer siempre en mí, tus palabras me dieron mucha fortaleza. Gracias también a tus padres y hermano, por su apoyo incondicional.
- A MIS HERMANOS: Roberto, Jorge y José Rodrigo, que siempre han estado conmigo; los quiero mucho.
- A MI FAMILIA: Mis sobrinos, tíos, primos y cuñados; todos son parte especial en mi vida.
- FAMILIA
MARTÍNEZ R.: Doña Mari, Don Armando y Erick; gracias por su apoyo incondicional.
- A MIS AMIGOS: Sharon, Yeni, Tete, Grisel, Mishel, Doris, Mariela y Víctor Hugo Barrios.

A LOS
PROFESIONALES: Licenciados Benjamín Estrada Barrera, Mario Efraín Flores Barrientos, Álvaro Fernández Sánchez, Beatríz Guzmán, Lucinda Chinchilla, Elia Herrera y América González; gracias por su apoyo.

A MI
UNIVERSIDAD: La tricentenaria San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; es un orgullo egresar de sus aulas como profesional.

AL MINISTERIO
DE FINANZAS
PUBLICAS Y
COMPAÑEROS: Principalmente a la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, institución en la que me he formado como profesional y a la que especialmente dedico este trabajo de investigación.

ÍNDICE

Introducción.....	Pág. I
-------------------	-----------

CAPÍTULO I

1. La administración pública.....	1
1.1. Elementos de la administración pública.....	2
1.2. Principios de la administración pública.....	2
1.3. Sistemas o técnicas de organización administrativa.....	4
1.3.1. La centralización o concentración administrativa.....	4
1.3.2. Desconcentración administrativa.....	6
1.3.3. Descentralización administrativa.....	8

CAPÍTULO II

2. Contratación administrativa.....	15
2.1. Contratos administrativos.....	17
2.1.1. Características.....	17
2.1.2. Principios.....	18
2.1.3. Elementos del contrato administrativo.....	18
2.1.4. Diferencia entre el contrato administrativo y el civil	19
2.1.5. Derechos y obligaciones de las partes.....	21
2.1.6. Clases de contratos administrativos.....	23
2.1.7. Terminación de los contratos administrativos.....	25
2.1.8. Legislación contractual guatemalteca.....	25

CAPÍTULO III

3. Ley de Contrataciones del Estado.....	27
3.1. Antecedentes.....	28
3.2. Objeto de la Ley de Contrataciones del Estado.....	28
3.3. Consideraciones generales	28

3.4. Necesidad de estar registrado	29
3.5. Guatecompras.....	30
3.6. Regímenes de compra.....	35
3.6.1. Compra directa.....	35
3.6.2. Cotización.....	36
3.6.3. Licitación.....	36
3.6.4. Casos de excepción.....	40
3.7. Procedimientos para llevar a cabo la licitación y cotización.....	42

CAPÍTULO IV

4. Contrato abierto.....	43
4.1. Características del contrato abierto.....	43
4.2. Ente rector y coordinador del contrato abierto.....	44
4.2.1. Atribuciones.....	44
4.2.2. Estructura interna de la DNCAE.....	46
4.3. Requisitos para realizar el contrato abierto.....	46
4.4. Procedimiento para llevar a cabo el contrato abierto.....	47

CAPÍTULO V

5. Análisis jurídico y práctico de la modalidad de compra por contrato abierto.....	53
5.1. Ventajas en la utilización del contrato abierto.....	68
5.2. Desventajas del contrato abierto.....	69
5.3. Contratos abiertos vigentes.....	70
5.4. Necesidades de reformar el procedimiento de compra por contrato abierto..	75
CONCLUSIONES	79
RECOMENDACIONES	81
ANEXOS	83
ANEXO 1	85
ANEXO 2	86
BIBLIOGRAFÍA	91

INTRODUCCIÓN

Uno de los deberes del Estado es promover el desarrollo económico de la Nación en beneficio de sus habitantes, para lo cual debe ejecutar obras, adquirir bienes y suministros; esto lo realiza a través de la contratación administrativa, que se encuentra regulada por el Decreto 57-92 del Congreso de la República, “Ley de Contrataciones del Estado”.

Dicho cuerpo legal establece varias modalidades de compra, entre las cuales se encuentran la Compra Directa, la Cotización y la Licitación, que conllevan la observancia de requisitos y plazos, además de limitar las compras a determinados montos, por lo que en ciertos casos se confrontan serios obstáculos para la pronta adquisición de bienes y suministros.

Existe otra modalidad de compra denominada Contrato Abierto, que exonera a las entidades del Estado a llevar a cabo los requisitos de licitación y cotización; por lo que, cuando el Ministerio de Finanzas Públicas, a través de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (DNCAE), celebra Contratos Abiertos, los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales, pueden realizar sus compras, sin el requisito de licitar o cotizar, no importando los montos de las negociaciones, agilizando las compras del Estado, cumpliendo de esta forma con los principios de los procedimientos administrativos, como lo son celeridad y eficacia.

El problema es que, no obstante los beneficios que brinda a las entidades del Estado la existencia de Contratos Abiertos, estas no requieren la realización de los mismos, requisito sin el cual no se puede iniciar un concurso de oferta de precios; situación que, durante los años que he

laborado en la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, he podido apreciar y que me motivaron a realizar un estudio profundo para determinar los factores que influyen en que las entidades del Estado, no utilicen eficazmente el régimen de compra por Contrato Abierto, siendo este el objetivo general de la presente investigación.

Los objetivos específicos fueron analizar las ventajas y desventajas en el uso de este sistema de compra, estudiar los requisitos legales y administrativos para llevar a cabo un contrato abierto, determinar cuales son las entidades que lo han requerido mayormente en el periodo comprendido del año 2004 a 2007 y detallar cada una de las etapas necesarias para la realización de un Contrato Abierto.

Los supuestos de los que se partió en la investigación fueron que la falta de requerimiento de realización de Contratos Abiertos, por parte de las entidades del Estado, ha debilitado el uso de este régimen; así como que el procedimiento vigente del contrato abierto requiere que para la realización del mismo, este sea solicitado por dos o más instituciones del Estado, lo que resulta muy complicado por la falta de comunicación y coordinación interinstitucional.

El presente trabajo esta contenido en cinco capítulos: el primero trata de la Administración pública, que es el órgano que administra y coordina el Contrato Abierto; en el capítulo dos se hace un estudio de los contratos en general; el capítulo tres se refiere a los aspectos generales de la Ley de Contrataciones del Estado y se desarrollan cada una de las modalidades de compras; en el capítulo cuatro se desarrolla todo lo concerniente a la modalidad de compra por Contrato Abierto, que es el tema central de esta investigación; y en el último capítulo se hace un análisis jurídico y practico de la utilización del Contrato Abierto, que permite apreciar las debilidades y fortalezas de esta modalidad de compra y se hacen algunas sugerencias para que sea más eficiente este régimen.

El método de investigación utilizado fue el **Método analítico descriptivo**, que consiste en llegar a conclusiones generales apreciando los hechos que surgen en la investigación, practicando silogismos sobre las observaciones realizadas que necesariamente llegan a conclusiones particulares, lo que fue de gran utilidad para las conclusiones finales.

La técnica de investigación utilizada fue la documental y bibliográfica, a través de la cual se recopiló y seleccionó adecuadamente el material que sirvió de referencia.

CAPÍTULO I

1. La administración pública

Etimológicamente la palabra administración proviene del latín “administrone”, que significa: actividad o acción de administrar, también se descompone en “ad y ministrare”, que significa actividad o acción de servir.

“La administración pública es actividad, busca servir a los habitantes del Estado de Guatemala, persigue la realización del bien común, es servicio a cargo de personas (funcionarios y empleados) que ejecutan funciones administrativas con efectividad.”¹

Muchas son las definiciones existentes de la Administración Pública, entre las cuales considero una de las más completas la siguiente: “El conjunto de Órganos Administrativos que desarrollan una actividad para el logro de un fin (Bienestar general), a través de los Servicios Públicos (que es el medio de que dispone la Administración Pública para lograr el bienestar General), regulada en su estructura y funcionamiento, normalmente por el Derecho Administrativo”².

Como se puede ver, los dos autores relacionados coinciden en que el fin primordial del Estado es el **bien común**, que tiene su fundamento constitucional en el Artículo primero de la Constitución Política de la República de Guatemala.

También se destacan varios aspectos fundamentales y relacionados con la presente investigación, como lo es que el fin primordial de las actividades realizadas por la Administración Pública es el Bienestar General, que se logra a través del Servicio Público, que se presta en diferentes ámbitos de la vida social, por ejemplo, las entidades del Estado que prestan servicios de salud no podrían lograr sus objetivos si no cuentan con el equipo médico adecuado y los

¹ Castillo González, Jorge Mario. **Derecho administrativo**. Pág. 87

² Calderón Morales, Hugo H., **Derecho administrativo I**. Pág. 10.

medicamentos y tratamientos correspondientes, de los cuales necesitan abastecerse se cumpliendo con los ordenamientos legales.

1.1. Elementos de la administración pública

De la definición anteriormente señalada, destacan elementos como: El Órgano Administrativo, la actividad, la finalidad y el medio, que a continuación se explican:

- **El órgano administrativo:** “Son todos aquellos órganos que pertenecen a la administración pública que son el medio o el conducto por medio del cual se manifiesta la personalidad del Estado”³
- **La actividad:** Es la función que desarrollan los Órganos Administrativos al prestar los servicios públicos.
- **La finalidad:** Al respecto la Constitución Política de la República de Guatemala, señala que el fin supremo del Estado es la realización del Bien común.
- **El medio:** El medio por el cual la Administración Pública va a lograr su fin es a través del Servicio Público, dependiendo de la actividad para la cual fue creado el órgano administrativo, así será el servicio que va a prestar.

1.2. Principios de la administración pública

Dos son los principios primordiales y que todo funcionario o empleado público debe atender y tener presente en el desarrollo eficiente de sus funciones, como lo son el principio de legalidad y de juridicidad.

³ **Ibid**, pág. 10

El **principio de legalidad**, es un principio fundamental de la Administración Pública, el cual se refiere a que los actos de la misma deben de estar basados en ley.

Por tal razón es imperativo que los funcionarios o empleados públicos conozcan y apliquen en sus funciones el ordenamiento jurídico guatemalteco, para no caer en actuaciones ilegales que perjudiquen a la población.

El principio de legalidad se encuentra plasmado en varios Artículos de la Constitución Política de la República de Guatemala, entre los que destacan: el Artículo 154, que en su parte conducente establece “Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella...”; es decir que a diferencia de las personas de derecho privado que pueden hacer todo lo que la ley no prohíba, los funcionarios públicos, que son quienes realizan las actividades administrativas, deben de realizar sus funciones estrictamente apegadas a la Ley, por lo que es imperante que conozcan y apliquen la normativa legal a la que deben sujetarse.

También se encuentre regulado en el Artículo 156 del mismo cuerpo legal, que preceptúa que los funcionarios o empleados públicos no están obligados a acatar ordenes que no estén basadas en Ley, consecuentemente, si desatienden esta normativa tendrán responsabilidades legales.

El problema se presenta cuando dentro de un ordenamiento jurídico no se encuentra una norma que sea aplicable a un caso concreto. ¿Que solución se le da a esa situación? Al respecto deberá aplicarse el principio de Juridicidad.

El **principio de juridicidad**, se refiere a que la actuación administrativa debe de estar apegada a derecho, es decir basada en una norma jurídica y que en ausencia de esta se debe de aplicar en primera instancia los principios generales del derecho y las instituciones doctrinarias del Derecho Administrativo, evitando la discrecionalidad en el actuar administrativo.

1.3. Sistemas o técnicas de organización administrativa

Según Rafael Godínez Bolaños “Los Sistemas de Organización de la Administración Pública, son las formas o el modo de ordenar o de estructurar las partes que integran el Organismo Ejecutivo y las entidades públicas de la Administración Estatal, con la finalidad de lograr la unidad de la acción, dirección y ejecución, evitar la duplicidad de los esfuerzos y alcanzar económicamente, los fines y cumplir las obligaciones del Estado, señalados en la Constitución Política”⁴.

La Doctrina general establece varios sistemas de administración, pero no todos se aplican en la organización del Estado de Guatemala, por lo que únicamente se entraran a desarrollar los relacionados con nuestro sistema.

1.3.1. La centralización o concentración administrativa.

Dentro de los sistemas o técnicas de organización que se aplican en Guatemala se encuentra el centralismo que se define como: “CENTRALISMO: Sistema de organización del Estado, cuyas decisiones de gobierno son únicas y dimanan de un mismo centro, sin tener en cuenta las diferentes culturas o pueblos que conviven en él.”⁵ (sic)

La centralización administrativa es la forma de organización en la que las funciones de administración se encuentran concentradas en los órganos superiores de la organización, existiendo una dependencia de los Órganos inferiores con respecto a éstos.

Claro ejemplo de esta forma de organización la constituye el Organismo Ejecutivo, en la que el grado más alto lo ocupa la Presidencia de la República, en la que se centraliza la decisión y el mando, concentrando todo el poder.

⁴ Godínez Bolaños, Rafael, **Los Sistemas de Organización de la Administración Pública**, pág. 1.

⁵ Diccionario enciclopédico, “**Océano uno color**”, edición del milenio, año 2000.

El Licenciado Jorge Mario Castillo González en su obra “Derecho Administrativo” once edición, señala como elementos de la centralización la Jerarquía, la decisión y el mando, considerando que sin estos tres elementos sería imposible que existiera centralización.

Características:

A continuación se mencionan algunas características que sirven para diferenciar al centralismo de los demás sistemas de administración pública.

- Existencia de un Superior Jerárquico. En el caso del Organismo Ejecutivo, el Presidente de la República es el Jerárquico Superior.
- Relación de subordinación.
- El poder central dicta las normas, por las que se manifiestan los poderes de mando, disciplinario, de avocación y delegación, etc.
- Los órganos inferiores no tiene poder de decisión, únicamente ejecutan las órdenes.

Ventajas y desventajas:

Algunos autores señalan que la ventaja de este sistema consiste en que hace posible una distribución más adecuada de los servicios públicos, mayor uniformidad en los procedimientos administrativos, mejor conocimiento de las competencias.

Los inconvenientes de la centralización administrativa son los siguientes:

- “Hay centralismo burocrático y las oficinas administrativas se ubican en su mayoría, en la sede política del gobierno o capital del Estado;
- La administración se torna ineficiente en los territorios alejados de la capital;

- Las peticiones planteadas por los particulares, deben seguir un largo trámite hasta llegar al centro de decisión, lo que les motiva gastos de dinero y de tiempo;
- En los países con territorios extensos, este sistema resulta inconveniente por la falta de atención adecuada y porque se politiza excesivamente la administración.”⁶

1.3.2. Desconcentración administrativa

La Desconcentración Administrativa es un procedimiento por medio del cual los órganos superiores transfieren competencia a los órganos subordinados, por lo que quedan vinculados unos de otros, por relación de jerarquía.

Como ya se dijo, el Órgano superior transfiere ciertos poderes de administración y esto lo hace por medio de la vía legal o reglamentaria, con el fin de que realice esas funciones como competencia propia, quedando bajo cierto control jerárquico del órgano superior.

Según la Política Nacional de Descentralización regulada en la Ley General de Descentralización, Decreto número 14-2002 del Congreso de la República, desconcentración es: “el traslado de funciones desde un nivel superior a otro inferior de la misma organización. Es un mecanismo para acercar la prestación de los servicios a más ciudadanos y ciudadanas o en más territorios distintos de la sede territorial de la administración central”.

Es decir que la desconcentración es un paso intermedio entre la centralización y la descentralización, ya que si bien es cierto que se delegan ciertas competencias y funciones, no recibe el mando y la Jerarquía.

Características:

⁶ Godínez Bolaños, **Ob. Cit**; pág. 2

Dentro de las principales características de la Desconcentración se detallan las siguientes:

- “La centralización continúa como sistema principal de organización administrativa;
- El superior mantiene la potestad de nombrar al personal directivo y técnico del órgano desconcentrado y los contratos que celebra deben ser aprobados para adquirir validez jurídica...”⁷
- La principal característica de este sistema es que no desaparece la facultad de mando del órgano central, lo que existe es independencia de funciones técnicas y se especializan en las prestación de servicios públicos específicos.

Ventajas y desventajas:

Entre las ventajas se encuentran las siguientes:

- “Este sistema facilita las actividades de la Administración Estatal pues logra satisfacer necesidades sociales en mayores extensiones territoriales;
- Se conserva la unidad del poder público, por cuanto el órgano supremo mantiene el control político;
- El servicio público mejora y es más económico, porque es administrado por personal técnico.”⁸

Se destacan las siguientes desventajas:

- “Los funcionarios principales de los órganos desconcentrados, tienden a prestar el servicio y a resolver con favoritismo político;
- Se aumenta la burocracia y por consiguiente, el gasto público;
- El servicio es ineficiente por incapacidad técnica;
-

⁷ **Ibid**

⁸ **Ibid**, pág. 3

- Se utilizan recursos del Estado, para satisfacer los fines de partidos político, antes que los propios del Estado.”⁹

1.3.3. Descentralización administrativa

Según lo establece la Ley General de Descentralización, como la Política Nacional de Descentralización, la descentralización es: “ El proceso mediante el cual se transfiere desde el organismo ejecutivo a las municipalidades y demás instituciones del Estado, y a las comunidades organizadas legalmente, con participación de las municipalidades, el poder de decisión, la titularidad de la competencia, las funciones, los recursos de financiamiento para la aplicación de las políticas públicas nacionales, a través de la implementación de políticas municipales y locales en el marco de la más amplia participación de los ciudadanos, en la administración pública, priorización y ejecución de obras, organización y prestación de servicios públicos, así como el ejercicio del control social sobre la gestión gubernamental y el uso de los recursos del Estado.”

La Descentralización Administrativa se basa en transferir competencias y funciones a una entidad distinta al Estado, por consiguiente debe tener personalidad jurídica. A diferencia de la Desconcentración Administrativa, en la que únicamente se delegan ciertos poderes a órganos administrativos, los cuales no tienen personalidad jurídica.

“Desde el punto de vista del Derecho Administrativo, la descentralización equivale al concepto general que comprende 4 conceptos específicos: avocación, delegación, desconcentración y autonomía o autarquía. La descentralización en cuanto concepto general constituye una técnica de administrar o de gobernar. Los cuatro conceptos específicos, en cualquier organización, establece la graduación de la descentralización existente, en mínima, media y máxima.”¹⁰

⁹ **Ibid**

¹⁰ Castillo González, Jorge Mario. **Derecho Administrativo**. Pág. 210

En nuestra organización administrativa la descentralización se manifiesta en la división de los tres poderes del Estado que son los Organismos Ejecutivo, Legislativo y Judicial, ejerciendo cada uno individualmente competencia, jerarquía, mando y decisión.

Características:

A diferencia de los otros sistemas de administración pública, la descentralización se caracteriza por:

- Se debe otorgar personalidad jurídica al ente, con el fin de darle la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones;
- El Estado traspasa poderes de administración al ente administrativo;
- Al ente descentralizado se le asignan fines y funciones que deberá cumplir a título propio.

Definición:

“...Sistema de organización administrativa que consiste en crear un órgano administrativo, dotándolo de personalidad jurídica y otorgándole independencia en cuanto a funciones de carácter técnico y científico, pero con ciertos controles del Estado”¹¹

Ventajas y desventajas:

A continuación se mencionan algunas ventajas de la descentralización:

- “Se descongestiona a la Administración central de las presiones sociales y de la obligación de prestar servicios;
- Los particulares se benefician porque reciben un servicio más eficiente, técnico y generalizado en todo el territorio;
- Los particulares también tienen la oportunidad de organizarse para prestar el servicio (concesiones-cooperativas);

¹¹ Calderón, **Ob. Cit**; pág. 250

- Los particulares también pueden satisfacer sus necesidades mediante la autogestión (Consejos de Desarrollo Urbano y Rural-Sistema de Ayuda Mutua y Esfuerzo Propio).¹²

Pero como en los otros sistemas, también este presenta ciertos inconvenientes como lo son:

- “Se crea un desorden de la administración pública;
- Un crecimiento exagerado de la burocracia;
- Los resultados de la actividad de estas entidades no satisfacen a plenitud las necesidades y consecuencia de ello, no se cumple a cabalidad la finalidad que se propone el Estado al crear esta clase de instituciones;
- Al no poderse cumplir con las finalidades que se propone el Estado, con la creación de estas organizaciones se generan pérdidas y estas deben ser absorbidas por el Estado;
- No existe una planificación adecuada de la labor que deben desarrollar estas instituciones, razón por la cual los resultados no son los que se propuso el Estado al crearlas.”¹³

¹² Godínez Bolaños, **Ob. Cit**; pág. 6

¹³ Calderón, **Ob.Cit**; pág. 242

Clases de descentralización:

La descentralización administrativa se puede estudiar desde varios aspectos, según se aprecia a continuación:



- **Descentralización Territorial o por Región:** En este tipo de descentralización, la competencia del ente administrativo se limita a un área geográfica. Estas entidades deben de estar dotadas de personalidad jurídica para el cumplimiento de sus fines.

La ventaja que se puede apreciar, es que presta mejor servicio a la comunidad porque se limita a conocer asuntos sólo de una región. Ejemplo de este tipo de descentralización en Guatemala son las municipalidades.

- **Descentralización por Servicio o Institucional:** La descentralización por Servicio se basa en la prestación de una función específica, para lo cual el ente administrativo debe de estar dotado de personalidad jurídica, contar con sus propios recursos y competencias exclusivas.

En Guatemala existen entidades como la Universidad de San Carlos de Guatemala, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, el Instituto Nacional de Electrificación, entre otras.

- Descentralización por Colaboración: En este tipo de descentralización el ente no es administrativo, es decir que no pertenece a la Administración Pública, es por esta razón que se le denomina por colaboración.

Por lo anterior, este tipo de entidades no tienen relación de jerarquía ni de dependencia con la Administración pública, únicamente colaboran con el Estado a prestar los servicios públicos a que este está obligado. Algunas entidades que funcionan de esta forma son la Liga Nacional Contra las Enfermedades del Corazón, la Fundación Pediátrica Guatemalteca, etc.

Entidades descentralizadas de Guatemala:

La Administración Pública de Guatemala se encuentra conformada por tres organismos principales, como lo son el Organismo Ejecutivo, Legislativo y Judicial; pero también hay entidades descentralizadas que han sido facultadas por el Estado de ciertas competencias y atribuciones, entre las cuales tenemos las siguientes:

- Academia de Lenguas Mayas de Guatemala
- Asociación Nacional de Municipalidades
- Banco de Guatemala
- Comisión Nacional de la Juventud
- Comisión Portuaria Nacional
- Comité Olímpico Guatemalteco
- Comité Permanente de Exposiciones
- Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala
- Consejo Nacional de Áreas Protegidas
- Consejo Nacional para la Protección de la Antigua Guatemala
- Corporación Financiera Nacional
- Crédito Hipotecario Nacional
- Cuerpo Voluntario de Bomberos

- Empresa Eléctrica de Guatemala
- Empresa Guatemalteca de Telecomunicaciones
- Empresa Portuaria Nacional de Champerico
- Empresa Portuaria Nacional Santo Tomás de Castilla
- Empresa Portuaria Quetzal
- Escuela Nacional Central de Agricultura
- Ferrocarriles de Guatemala
- Inspección General de Cooperativas
- Instituto de Ciencia y Tecnología Agrícola
- Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas
- Instituto de Fomento Municipal
- Instituto de Previsión Militar
- Instituto de Recreación de los Trabajadores
- Instituto Guatemalteco de Seguridad Social
- Instituto Guatemalteco de Turismo
- Instituto Nacional de Administración Pública
- Instituto Nacional de Bosques
- Instituto Nacional de Comercialización
- Instituto Nacional de Cooperativas
- Instituto Nacional de Electrificación
- Instituto Nacional de Estadística
- Instituto Técnico de Capacitación y Productividad
- Superintendencia de Administración Tributaria
- Superintendencia de Bancos
- Superintendencia de Telecomunicaciones
- Universidad de San Carlos de Guatemala
- Zona Libre de Industria y Comercio Santo Tomás de Castilla

En nuestra Carta Magna se encuentran reguladas algunas entidades denominadas autónomas, no obstante no son las únicas que existen ya que la misma Constitución en el Artículo 134 regula que de estimarse indispensable, se

podrá conceder autonomía a otras entidades siendo necesario el voto favorable de las dos terceras partes del Congreso de la República.

A continuación se señalan las entidades clasificadas como autónomas, enumeradas en la Constitución Política de la República de Guatemala:

- Escuela Nacional Central de Agricultura –ENCA- Art, 79
- Universidad de San Carlos de Guatemala –USAC-. Art. 82
- Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala y Comité Olímpico Guatemalteco. Art. 92
- Instituto Guatemalteco de Seguridad Social –IGSS- Art. 100
- Junta Monetaria. Art. 132
- Municipio Art. 253

Resulta interesante para el presente trabajo de investigación, tener una idea general de las entidades descentralizadas y autónomas que existen en Guatemala, ya que de las instituciones enunciadas anteriormente, únicamente el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS) y la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT), han participado como instituciones requirentes de la modalidad de compra por Contrato Abierto.

Por lo anterior, más adelante se analizarán las razones por las cuales la demás instituciones no se han involucrado en dicha modalidad.

CAPÍTULO II

2. Contratación administrativa

Un **contrato**, en términos generales, es definido como un acuerdo privado, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.

Asimismo, la **definición de contrato** nos dice que es un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones para las partes. Por ello se señala que habrá contrato cuando varias partes se ponen de acuerdo sobre una manifestación de voluntad destinada a reglar sus derechos.

Doctrinariamente, ha sido definido como un acto jurídico bilateral o multilateral, porque intervienen dos o más personas (a diferencia de los actos jurídicos unilaterales en que interviene una sola persona) y que tiene por finalidad crear derechos y obligaciones. También se denomina contrato el documento que recoge las condiciones de dicho acto jurídico.

El Artículo 1517 del Código Civil establece: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”.

Asimismo, el Artículo 1518 de dicho cuerpo legal preceptúa: “Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.

Elementos del Contrato:

Los contratos en general, se componen por los siguientes elementos: **esenciales, naturales y accidentales.**

Los **elementos esenciales**, son aquellos sin los cuales el contrato no tiene valor, o degenera en otro diferente. Siendo los siguientes: **capacidad**,

consentimiento, objeto y causa. Para algunos contratos puede exigirse como requisito de validez también la forma.

- **Capacidad:** se subdivide en *capacidad de goce* (la aptitud jurídica para ser titular de derechos subjetivos) y *capacidad de ejercicio* (aptitud jurídica para ejercer derechos y contraer obligaciones sin representación de terceros).
- **Consentimiento:** el consentimiento se manifiesta por la concurrencia de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

El consentimiento no debe de adolecer de vicio, ya que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, simulación y dolo.

- **Objeto:** El cual debe ser lícito. Pueden ser objeto de contratos todas las cosas que no están fuera del comercio humano, aun las futuras. Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.
- **Causa:** en los contratos onerosos (como la compraventa), se entiende por causa, para cada parte contratante, la entrega o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los de pura beneficencia (ej. el de donación), la mera liberalidad del bienhechor.
- **Forma:** en algunos contratos es posible que se exija una forma específica de celebración. Por ejemplo, existen contratos solemnes, como el mandato y los fideicomisos, otros solo exigen que se hagan por escrito, etc.

Los **elementos naturales**, son los que se encuentran incorporados en el contrato, pero que las partes pueden libremente eliminar del mismo, sin que éste deje de ser válido.

Y por último, tenemos los **elementos accidentales**, que son aquellos que las partes establecen por cláusulas especiales, que no sean contrarias a la ley, la moral, las buenas costumbres o el orden público. Por ejemplo: el plazo, la condición, el modo, la solidaridad, la indivisibilidad, la representación, etc.

2.1. Contratos administrativos

El contrato administrativo es “una declaración de voluntad del Estado, a través de sus órganos descentralizados y entidades autónomas y descentralizadas, con una persona individual o colectiva, privada o pública, nacional o internacional, con el compromiso del primero de pagar honorarios o un precio por la actividad, servicio o bien, que le presta el contratante, bajo las condiciones establecidas en las leyes de orden público y sometidos en caso de conflicto o incumplimiento a la jurisdicción privativa de lo contencioso administrativo.”¹⁴

2.1.1. Características

Hay muchos criterios en cuanto a este tema, considero muy acertados las características señaladas por el Profesor Godínez en su trabajo “Temas de Derecho Administrativo” en el que señala las siguientes:

- **Preferencia del Estado:** Se refiere a que la Administración Pública, por el poder que ejerce, impone sus condiciones y obligaciones para contratar.
- **Exorbitación de sus cláusulas:** Los contratos administrativos poseen cláusulas que serían inválidas en contratos civiles y mercantiles, pero por el bien jurídico tutelado que persigue el Estado en el cumplimiento de sus fines, que es el bien común, si son validas estas cláusulas.
- **Principios Especiales:** “Dentro del Contrato Administrativo, se aplica el principio que el derecho público prevalece sobre el derecho privado,

¹⁴ Godínez Bolaños, Rafael, **Los Contratos Administrativos**, pág. 8

los principios jurídicos que orientan la aplicación interpretación de su contenido, así como la suscripción del contrato son especiales y pertenecen al derecho administrativo.”¹⁵

2.1.2. Principios

Dentro del Contrato Administrativo hay que observar los siguientes principios:

- Igualdad del Estado frente a particulares: el estado debe ponerse en igualdad de los particulares para poder contratar.
- Manifestación de voluntad: tanto el Estado como las personas individuales o jurídicas deben manifestar su voluntad.
- No alterar el orden público: dentro del contrato administrativo debe cuidarse que en el mismo no sea alterado el orden público.
- Cumplimiento de formalidades: dentro del contrato administrativo deben observarse las formalidades, contenidas normalmente dentro del Derecho Administrativo.
- Cumplimiento de procedimientos: para la suscripción de los contratos administrativos debe cuidarse de cumplir con los procedimientos previos contenidos en la ley.
- Deber ir dirigido al cumplimiento de finalidades del Estado: todo contrato administrativo debe llevar implícita la finalidad que pretende la administración pública.

2.1.3. Elementos del contrato administrativo

Como todo contrato, los administrativos también están conformados por elementos, al respecto hay muchos criterios de diversos autores (Eric Meza Duarte, Raúl Antonio Chicas, Rafael Godínez Bolaños, Hugo H. Calderón, Jorge

¹⁵ Ibid, pág. 6

Mario Castillo González), de los que considero más importantes los señalados a continuación:

- **Sujetos:** El contrato administrativo es bilateral, por lo que esta compuesto por una entidad u órgano estatal, en ejercicio de la función administrativa y un sujeto de derecho privado.
- **Consentimiento:** Es la manifestación de voluntad que deben de expresar libremente las partes y que no debe de adolecer de vicio.
- **Objeto:** Consiste en la obligación de dar, hacer o no hacer cosa determinada y que debe de estar relacionada con el fin que persigue el Estado.
- **Forma:** es como quedará representado o materializado el contrato administrativo y las formalidades que se deberán cumplir para el perfeccionamiento del mismo. La Ley de Contrataciones del Estado establece que los contratos deben constar por escrito y deberán ser aprobados por la Autoridad correspondiente y que se puede omitir el contrato cuando el monto de la negociación no sobrepase de cien mil quetzales, pero igualmente se tendrá que dejar constancia en Acta.

2.1.4. Diferencias entre el contrato administrativo y el civil

“La diferencia esencial que existe ente el contrato administrativo y el contrato civil se asienta, principalmente, en el distinto régimen de las normas que los rigen, por lo que la distinción entre uno y otro tipo de contratos se hace importante, por circunstancia de que según sea la clase de contratos que se celebren, así serán las normas y el régimen jurídico que deberá aplicarse.”¹⁶

Hay varios criterios en cuanto a las diferencias que existen entre los contratos administrativo y los privados, entre los cuales se encuentran los siguientes:

¹⁶ Carlos García Oviedo y Enrique Martínez Useros, **Derecho Administrativo**. Pág. 165

- Criterio subjetivo: Básicamente se define por la calidad del sujeto que celebra el contrato, por consiguiente establece que si el contrato es celebrado por la Administración Pública entonces será un contrato administrativo. La excepción a esta regla es cuando el Estado actúa como sujeto de Derecho privado.

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

- Criterio Objetivo: En los contratos civiles se persigue un interés particular a diferencia de los contratos administrativos, en los que se persigue satisfacer el interés público.
- En cuanto al Régimen de Actuación: En los contratos civiles las partes actúan como simples personas jurídicas individuales o colectivas; en los contratos administrativos se necesita la aprobación del contrato por un órgano superior para que este tenga efectos jurídicos.
- Criterio Legal: Los contratos civiles se regulan por leyes de carácter ordinario pero de naturaleza privada, en cambio los contratos administrativos se regulan por leyes y acuerdos Gubernativos de carácter administrativo.
- En cuanto a la expresión de la voluntad: En los contratos de naturaleza civil, las voluntades se encuentran en un plano de igualdad, sin imponerse una sobre la otra.

En los contratos administrativos, el Estado impone a la otra parte sus propias reglas, las cuales son de carácter obligatoria sujetándose a sanciones especiales en caso de incumplimiento, sin dejar al particular la oportunidad de discusión.

- En cuanto a la Forma: Los contratos civiles se usa papel simple o papel sellado especial para protocolos, dependiendo de la naturaleza del contrato y de sus formalidades especiales, asimismo es redactado por un notario.

En cuanto a la forma de los contratos administrativos, el Artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que deberán faccionarse en papel membretado de la dependencia interesada o papel simple con el sello de la misma y que cuando los mismos tengan efectos registrales deberán constar en Escritura Pública, autorizada por el Escribano de Gobierno.

2.1.5. Derechos y obligaciones de las partes

A continuación se detallan algunos de los derechos y obligaciones de la Administración Pública y del contratista particular, que a mi criterio tienen más relevancia:

- **Derechos y obligaciones de la administración pública:**
 - Derecho a exigir el cumplimiento y la adecuada ejecución del Contrato, lo cual se garantiza a través de las garantías de cumplimiento o de calidad y funcionamiento. Asimismo, el cumplimiento del contrato esta sujeto a plazos determinados, los cuales podrán prorrogarse.

El incumplimiento de plazos por parte de los contratistas esta sujeto a sanción, la que según lo regulado por el Artículo 85 de la Ley de

Contrataciones del Estado, se sancionará con el pago de una multa por cada día de atraso equivalente al cero punto cinco por millar del valor total del contrato.

Dichas multas no podrán exceder del cinco por ciento del valor del Contrato, ya que de exceder dicha suma, la entidad contratante deberá rescindir el contrato sin responsabilidad de su parte y sin perjuicio de aplicar otras medidas reguladas en la ley de la materia y su Reglamento, como por ejemplo la inhabilitación del proveedor en el registro de proveedores del Estado adscrito a Guatecompras.

- **Derechos y obligaciones del contratista:**

- Derecho a exigir a la Administración Pública el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato.

- Derecho del contratista a recibir el precio fijado, para lo cual existe un plazo de 30 días, que de incumplir en ese plazo, la Administración Pública a solicitud del contratista, deberá reconocer intereses tomando como base la tasa de interés máxima anual fijada por la Junta Monetaria para efectos de tributos.

- Derecho a solicitar fluctuación de precios, que es el cambio por incremento o decremento que sufran el costo de los bienes, suministros o servicios, según lo justifique documentalmente el contratista.

- “Derecho a suspender la ejecución del contrato, previa autorización escrita de la autoridad contratante en los casos de fuerza mayor o caso fortuito”¹⁷

2.1.6. Clases de contratos administrativos:

¹⁷ Meza Duarte, Eric, **Manual de Derecho Administrativo**, pág. 666

Entre los principales contratos que encuadran dentro de nuestra legislación se pueden mencionar los siguientes:

- **Contrato de obra pública:** Es aquel contrato en el que el contratista se obliga a ejecutar una obra, bajo la dirección inmediata de la Administración pública, a cambio de un pago que esta se obliga a satisfacer.

La Ley de Contrataciones del Estado establece requisitos específicos para este tipo de contratación, por ejemplo señala la forma como debe integrarse el precio oficial y las formulas que deben realizarse para obtener el mismo, así como la obligación que tienen todos los contratistas de obras de inscribirse en el Registro de Precalificados de Obras que se encuentra adscrito al Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda.

Son características de este contrato que es: Bilateral, oneroso, consensual, nominado, conmutativo, principal, de tracto sucesivo.

- **Contrato de suministro:** Es uno de los contratos más utilizados por la Administración Pública, por la gran cantidades de bienes muebles que el Estado necesita adquirir para la prestación adecuada de sus servicios.

Sus características son: es bilateral, consensual, a título oneroso, conmutativo, de tracto sucesivo, simple, principal y oneroso.

- **Contrato de uso y mantenimiento de equipo y maquinaria:** En el que el contratista se obliga a proveer al Estado de Equipo o maquinaria a cambio de un precio que la Administración Pública se obliga a pagar. Sus características son: Bilateral, oneroso, consensual, innominado, conmutativo, principal y de tracto sucesivo.

- **Contrato de servicios técnicos o profesionales:** es por medio del cual el contratista se obliga a prestar sus servicios técnicos o profesionales a cambio de honorarios que la Administración Pública se Obliga prestar.

En cuanto al contrato de Servicios Profesionales Individuales, regulado por el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, cabe mencionar que a diferencia del contrato individual de trabajo, en el contrato administrativo no existe relación de dependencia, por lo tanto la persona no tiene la calidad de Servidor Público, además de encontrarse regulado por la Ley de Contrataciones del Estado y no por normas del Derecho Laboral.

- **Contrato de concesión de servicios públicos:** es “un acto de la administración por el cual ésta encomienda en un tercero la organización y el funcionamiento de un servicio público, en forma temporal, otorgándole determinados poderes y atribuciones a ese fin, asumiendo dicha persona la prestación del servicio a su propia costa y riesgo, percibiendo por ello una retribución, que puede consistir en el precio pagado por los usuarios, o en subvenciones o garantías que le fueran reconocidas, en ambas cosa a la vez, cumpliéndose el servicio público bajo la vigilancia y control de la autoridad administrativa”¹⁸

2.1.7. Terminación de los contratos administrativos

“Según Marienhoff, que adopta una posición más analítica, los contratos administrativos pueden terminar por dos razones: a) Por cesación de sus efectos; y b) Por su extinción. En el primer caso el contratista termina normalmente y, en el segundo, concluye de manera anormal. Así, la cesación de los efectos del contrato opera, verbigracia, por expiración del plazo del mismo por cumplimiento

¹⁸ Meza Duarte, **Ob. Cit;** 667

de su objeto, quedando entonces ejecutado o cumplido el contrato; en cambio, en la extinción dice, la terminación del contrato se produce por caducidad, revocación, anulación, renuncia, rescisión, rescate, situaciones en las que el contrato que está en ejecución termina no por causas normales sino por virtud de causas anormales derivadas de hechos o circunstancias advertidos o surgidos con posteridad”¹⁹.

2.1.8. Legislación contractual guatemalteca

Dentro del ordenamiento guatemalteco hay una Ley específica en materia de contrataciones del Estado, que es el Decreto 57-92 del Congreso de la República, “Ley de Contrataciones del Estado” y su Reglamento contenido en el Acuerdo Gubernativo número 1056-92.

¹⁹ Idem, pág. 667

CAPÍTULO III

3. Ley de Contrataciones del Estado

El Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, “Ley de Contrataciones del Estado” es un ordenamiento jurídico de carácter administrativo, en virtud que regula aspectos relacionados con la administración pública y nace de la necesidad de desarrollar preceptos constitucionales establecidos en nuestra carta magna.

Es por lo anterior, que el **origen constitucional** de la Ley de Contrataciones del Estado lo encontramos regulado por el Artículo 118 de la Constitución Política de la República de Guatemala, donde establece que “El régimen económico de la República de Guatemala se funda en principios de justicia social. Es obligación del Estado orientar la economía nacional para lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano, para incrementar la riqueza y tratar de lograr el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional...”

Asimismo, el Artículo 119 establece que es obligación del Estado “mantener dentro la política económica, una relación congruente entre el gasto público y la producción nacional.”...

En cuanto a la obligación del Estado de orientar la economía nacional, es un principio muy amplio que puede ser aplicado en diferentes ámbitos, pero en lo que se refiere a materia de compras aplica perfectamente, porque el Estado como administrador de los fondos públicos, debe transparentar el gasto público y debe tener un gasto congruente con los ingresos que percibe, por lo que se ve en la necesidad de desarrollar un ordenamiento legal en el que se plasme como se van a utilizar eficientemente los recursos del Estado, dando origen a la Ley de Contrataciones del Estado.

3.1. Antecedentes

El Decreto 57-92 del Congreso de la República, “Ley de Contrataciones del Estado”, surge de la necesidad de reformar el Decreto 35-80 del Congreso de la República, “Ley de Compras y Contrataciones”, ya que al aplicar este último se habían presentado serios problemas y obstáculos en la pronta adquisición de bienes, suministros y contratación de obras de las diferentes entidades que conforman el Sector Público, lo que repercutía en el adecuado ejercicio de sus funciones.

3.2. Objeto de la Ley de Contrataciones del Estado

Es regular todas las compras, ventas y contrataciones de bienes, suministros, obras y servicios que requieran los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales.

Su objeto se encuentra definido claramente en las Disposiciones Generales, Artículo 1, de dicha Ley, que establece: “La compra y venta y la contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requieran los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales, se sujetan a la presente Ley y su Reglamento...”

3.3. Consideraciones generales

Es importante resaltar que todo ente administrativo que recibe fondos del Estado tiene la obligatoriedad de aplicar las normas establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado.

Dichas normas contemplan desde la **disponibilidad presupuestaria**, que se refiere a disposición de fondos para la ejecución de sus proyectos, así como la **programación presupuestaria**, regulada en principio por la Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley Orgánica del Presupuesto. Aspectos generales que por ser relevantes deben de entrarse a desarrollar.

En lo que se refiere a la **disponibilidad presupuestaria**, es un aspecto relevante el contar con fondos para la ejecución de una contratación, requisito *sine quanon* para iniciar un procedimiento de compra, sin embargo el Artículo tres de la Ley de Contrataciones del Estado contempla que puede iniciarse un procedimiento de compra y desarrollarse hasta la fase de la adjudicación definitiva sin contarse con estos fondos.

En cuanto a la **programación presupuestaria**, es parte fundamental de las contrataciones, que las entidades antes del inicio de cada período fiscal contemplen sus necesidades de bienes y suministros para ese período.

Asimismo, al observarse esta disposición no se contravienen prohibiciones reguladas en la Ley como lo es el **fraccionamiento de compras**, que es dividir una negociación en partes con el objeto de evadir una licitación o cotización, que se da precisamente por la falta de programación, al hacer compras directas constantes de un mismo bien o suministro, que sobrepasen los montos establecidos para la cotización o licitación.

Las anteriores consideraciones son de suma importancia, porque de la observancia de las mismas parte el éxito del debido manejo de los fondos públicos.

3.4. Necesidad de estar registrado

La Ley de Contrataciones del Estado contempla tres registros, como lo son: el registro de precalificados de obras, registro de precalificados de consultores y el registro de proveedores del Estado, en los cuales tiene que estar inscritos las personas individuales y jurídicas que deseen ser proveedoras del estado, dependiendo la especialidad. A continuación se analizarán brevemente cada uno de ellos.

El **registro de precalificados de obras**, se encuentra Adscrito al Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda, en este registro se encuentran registrados todos los contratistas de obras públicas de acuerdo a su especialidad en la rama de construcción y capacidad financiera.

El **registro de precalificados de consultores**, se encuentra a cargo de la Secretaría General de Planificación y Programación de la Presidencia y está integrado por todas aquellas personas individuales y jurídicas que prestan servicios de consultoría a todas la entidades del Estado.

Además de los registros anteriores, está el **registro de proveedores del Estado**, que se encuentra a cargo del Ministerio de Finanzas Públicas, en el cual obligatoriamente deben inscribirse todas las personas individuales o jurídicas que desean realizar contrataciones con las entidades del Estado.

Dicho registro empezó a funcionar a partir de septiembre del año 2004 y se encuentra regulado por el Artículo 73 de la Ley de Contrataciones del Estado y Artículo 54 bis de su Reglamento por medio del cual se reformó el mismo en el sentido que en la actualidad opera dentro del Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, denominado: Guatecompras.

Una de las funciones de este registro es la inhabilitación de los proveedores morosos del Estado o que infrinjan algunas de las disposiciones estipuladas en el Artículo 54 bis del Reglamento, de acuerdo al procedimiento señalado en el mismo.

3.5. Guatecompras

Es un sistema electrónico de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que funciona bajo el dominio www.guatecompras.gt.

Guatecompras es un mercado electrónico que funciona desde octubre de 2003, en el cual las entidades del Estado deben publicar todo proceso de venta, compra y contratación de bienes, suministros, obras y servicios, lo que permite visualizar desde una dirección de internet, que institución pública, a través de qué procedimiento, en qué momento y lugar se está realizando un proceso de adquisición, así como el precio y el proveedor con quien se está contratando. También sirve para transparentar los procesos de compra y obtener mejores ofertas gracias a la competencia que genera.

Al respecto, el Artículo 4 Bis del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece: "Artículo 4 Bis. (Adicionado en el Artículo 1 del Acuerdo Gubernativo No. 644-2005. Publicado el 21/12/2005) Sistema de Información de

Contrataciones y Adquisiciones del Estado. El Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, adscrito al Ministerio de Finanzas Públicas, deberá ser utilizado para la publicación de todo proceso de compra, venta y contratación de bienes suministros, obras y servicios que requieran las entidades reguladas en el Artículo 1 de la Ley, desde la convocatoria, resolución de impugnaciones si las hubiere, hasta la adjudicación, incluyendo las compras por excepción y todos los procedimientos establecidos en la Ley y en el presente Reglamento...”

Al realizar la publicación en Guatecompras, el sistema automáticamente le asigna un número, denominado Número de Operación de Guatecompras – NOG-.

En lo que se refiere al régimen de compra por Contrato Abierto, el cual será analizado más adelante, existe una nueva versión del sistema Guatecompras, denominado Guatecompras Express, por medio del cual se automatiza en su totalidad la gestión de los contratos abiertos, desde la convocatoria electrónica, la oferta electrónica, las órdenes de compra electrónicas y demás procesos involucrados.

“GUATECOMPRAS EXPRESS además de promover la transparencia, se enfoca en que las compras sean más rápidas y eficientes, haciendo énfasis en los Contratos Abiertos siendo su lema: *La vía rápida para las compras públicas*”.²⁰(sic)

“GUATECOMPRAS EXPRESS brinda beneficios como lo son la transparencia, eficiencia, eliminación de papelería y burocracia, implementación del Gobierno electrónico, entre otros. Asimismo, posee varios módulos que se están implementando por etapas. El primer módulo arrancó en 2007”²¹. (sic)

²⁰ <http://www.guatecompras.gt>, consulta 18/06/2008

²¹ <http://www.guatecompras.gt>, consulta 18/06/2008

Módulos de Guatecompras

En el Sistema de Guatecompras ya se encuentran implementados algunos módulos²² como lo son seguimiento de facturas, catálogo electrónico y contratos en dólares.

Con el módulo de **seguimiento de facturas**, los proveedores ya no pierden tiempo y dinero para averiguar en qué estado se encuentran sus facturas pendientes de pago, ya que con solo conectarse a Guatecompras consultan el recorrido completo que sus facturas han tenido dentro de las diferentes áreas del sector público y el estatus en que se encuentra cada una en ese momento, esto se logra por la conexión que tiene Guatecompras los sistemas de administración financiera SIGES y SICOIN).

Adicionalmente, los proveedores pueden suscribirse a un boletín de seguimiento de facturas que les envía un email cada vez que sus facturas avanzan al paso siguiente dentro del proceso de pago. Este módulo de implementó en Mayo 2007.

Posteriormente, en diciembre de 2007 se implemento el modulo de **catálogo electrónico** de bienes y servicios disponibles en contrato abierto. Por medio de este catalogo las instituciones públicas pueden efectuar la cantidad de operaciones de compra que necesiten, sin caer en la mala práctica del denominado fraccionamiento.

Los bienes y suministros existentes en Contrato Abierto son cargados y actualizados por la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (DNCAE). Asimismo, los proveedores tienen la opción de actualizar el stock, las fotos y los comentarios de sus productos. Adicionalmente si fuera necesario la DNCAE suspende los productos o contratos y, si corresponde, autoriza la fluctuación de precios.

²² **Ibid**

En marzo de 2008 se implemento el módulo de **contratos en dólares**, por la necesidad de registrar contratos abiertos en dólares, como el de Vehículos Automotores.

Lo anterior, obligó a habilitar la incorporación de productos en dólares dentro del catálogo electrónico de contrato abierto. Los productos adjudicados en dólares se siguen comprando en quetzales, pero utilizando el tipo de cambio de referencia que publica diariamente el Banco de Guatemala.

Así también, se tiene planificado implementar los módulos de: pedidos de compra, registro del compromiso, incumplimientos, nivel de stock, oferta electrónica, fluctuaciones y calificaciones, de los cuales se da una breve descripción:

- **Pedidos de compra:** a través de este módulo las órdenes de compra que se emitan sobre los bienes y servicios disponibles en el catálogo de contrato abierto ya no serán en papel sino electrónicas y enviadas a los proveedores por correo electrónico (*paperless*). Mientras se implementa la orden de compra electrónica, los compradores escogen productos del Catálogo Electrónico y envían Pedidos de Compra a los proveedores. Cada pedido de compra electrónica reduce el stock disponible.
- **Registro del compromiso:** con este módulo los pedidos de compra se transformarán en órdenes de compra electrónicas emitidas desde Guatecompras las cuales se registrarán automáticamente en los sistemas SIGES/SICOIN, lo que eliminará la necesidad de registrar dos veces la misma información, primero en Guatecompras y luego en SIGES/SICOIN.
- **Incumplimientos:** por medio de este módulo, se permitirá detectar y registrar sanciones por incumplimientos de entregas de productos en contrato abierto, lo que facilitará el control y las sanciones por parte de la DNCAE sobre los proveedores.

- **Nivel de stock:** En este módulo se busca lograr que el proveedor automáticamente con su clave registre en el catálogo electrónico de Guatecompras el nivel de stock de los productos. Esto evitará que el nivel de stock de cada producto deba manejarse manualmente.
- **Oferta electrónica:** Con este módulo los proveedores ya no necesitarán presentar decenas o centenas de papeles para participar en cada concurso, sino que sus ofertas podrán ser enviadas en forma electrónica (*e-bidding*) sin ningún tipo de papel involucrado. La DNCAE convocará electrónicamente a concurso. El proveedor presentará oferta electrónica. La DNCAE abrirá sobres electrónicos, adjudicará y cargará el catálogo electrónico.
- **Fluctuaciones:** a través de este módulo se automatizará la solicitud de ajuste de precios que realiza un proveedor adjudicado en contrato abierto y su eventual aprobación o rechazo.
- **Calificaciones:** Con este módulo las entidades compradoras podrán calificar a los proveedores y a los productos incluidos en el catálogo de contrato abierto. Esto estimulará el buen cumplimiento de los contratos por parte de los proveedores.

3.6. Regímenes de compra

La Ley de Contrataciones del Estado, contempla varias modalidades o regímenes de compra, como lo son la compra directa, la licitación, el contrato abierto y los casos de excepción, los cuales se deben observar dependiendo de los montos de las compras y de los bienes y servicios que se van a adquirir.

A continuación se hará un breve desarrollo de cada uno de estos regímenes, que servirá para comprender el procedimiento de compra que debe aplicar cada entidad sujeta a la Ley de la materia.

3.6.1. Compra directa

Respecto a este régimen de compra, la Ley de Contrataciones del Estado en el Artículo 43 establece: “**Compra directa.** La contratación que se efectúe en un solo acto, con una misma persona y por un precio de hasta treinta mil quetzales (Q.30,00.00), 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, siguiendo el procedimiento que establece dicha autoridad...”

En relación a lo anterior, considero que es importante señalar los aspectos más relevantes, como lo son:

- El monto de la compra que es desde Q.0.01 centavos hasta Q.30,000.00 quetzales.
- El procedimiento para realizar la compra lo debe determinar la Autoridad Administrativa Superior de cada entidad, bajo cuya responsabilidad y autorización se realiza la compra.
- Las compras de un mismo renglón presupuestario no deben de ser constantes para no contravenir la prohibición de fraccionar.

3.6.2. Cotización

Como se estableció anteriormente, la compra directa comprende un monto de hasta 30,000.00 quetzales, si la compra es mayor a dicho monto y no sobrepasa los 900,000.00 quetzales se debe realizar el proceso de cotización, el cual se encuentra regulado de los Artículos 38 al 42 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Es importante resaltar que según lo regulado por el Artículo 42 de la Ley citada, las disposiciones en materia de licitación, regirán supletoriamente en el régimen de cotización en lo que fueren aplicables.

Para realizar una cotización deben observarse varios requisitos previos a la recepción de las ofertas, como lo son:

Autorización de pedido

En principio debe de existir la programación de la compra, cumplido este requisito la Autoridad Administrativa Superior, procederá a la autorización del pedido, en el formulario de cotización

Elaboración de documentos de cotización

Para llevar a cabo la cotización deberá observarse la elaboración de bases, especificaciones generales, especificaciones técnicas, disposiciones especiales y planos de construcción, cuando se trate de obras.

Dentro de esta modalidad hay un documento específico y muy importante que debe de elaborarse, que es el formulario de cotización, mediante el cual los interesados en ofertar van a presentar sus cotizaciones.

Los documentos de cotización contendrán las especificaciones generales y técnicas de lo que se desea adquirir; por lo anterior, las personas que elaboren la parte técnica deben ser conocedoras de lo que se desea adquirir, para que establezcan las características de los bienes que sean apropiados para cubrir la necesidad que motiva la compra, así como que las mismas concuerden con los productos que se comercializan en el mercado.

Asimismo, no debe dejarse descubierta la parte general en donde se establecen aspectos que deben de estar apegados a la Ley, en la que se recomienda que se haga un examen de los aspectos jurídicos del caso, según lo regulado por el Artículo 6 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Aprobación de los documentos de cotización

Para que los documentos de cotización tengan fuerza legal deben de ser aprobados por la autoridad que en cada caso determina el Artículo 9 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Dicha Autoridad no deberá de aprobar los documentos de cotización si los mismos no cuentan con Dictamen técnico y examen jurídico, según lo regulado por el Artículo 6 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece: “Los dictámenes técnicos a que se refiere el artículo 21 de la Ley serán emitidos por personal especializado que designe la autoridad administrativa superior de la dependencia, y las que no cuenten con esta clase de personal podrán recurrir a otras dependencias que dispongan del mismo, debiéndose analizar el cumplimiento de los requisitos de los documentos de licitación previstos por la Ley. Así como el examen de los aspectos jurídicos del caso.”

Invitación a cotizar

Antes de que existiera el portal de compras del Estado, denominado Guatecompras, las entidades sujetas a la Ley de Contrataciones del Estado debían cumplir con el requisito de enviar invitaciones a las empresas que se dedicarían al giro comercial de lo que se cotizaba; esto implicaba que las entidades se inclinaran siempre por las empresas que ya conocían vedándoseles el derecho a otros proveedores que podrían ofrecer mejores precios, entre otros factores.

En la actualidad y con las reformas realizadas al Reglamento de la Ley de Contrataciones y con la implementación del sistema Guatecompras, ya no es necesario enviar dichas invitaciones ya que realizar la publicación del evento en Guatecompras equivale al trámite anterior, tal y como lo especifica el Artículo 16 Bis del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece: “Formulario de cotización. De conformidad con el Artículo 39 de la Ley, el formulario de cotización, bases, especificaciones generales, especificaciones técnicas, disposiciones especiales y

planos, según corresponda, deben entregarse a los interesados, en medio electrónico a través de GUATECOMPRAS...”(sic)

Junta de cotización

Las Juntas de cotización estarán conformadas por tres servidores públicos, los cuales deberán ser empleados de la entidad contratante y tener conocimiento en la materia que se va a contratar.

La competencia de la Junta inicia con la recepción de ofertas y son el único ente capaz de recibir, conocer, calificar las ofertas y adjudicar el negocio. Su competencia finaliza cuando traslada el expediente a la Autoridad Administrativa Superior para que apruebe o impruebe la adjudicación.

3.6.3. Licitación

Cuando el monto de la negociación sobrepase los Q.900,000.00 quetzales que establece el régimen de cotización, se deberá seguir el procedimiento de Licitación, el cual en general es similar al de cotización, con algunas variantes que entraremos a desarrollar.

Convocatoria a licitar

Tanto la licitación como la cotización conllevan etapas previas a la publicación de las bases, como lo es la elaboración de los documentos de licitación, que la única diferencia que hay en esta etapa es la Autoridad que está a cargo de la aprobación de los documentos, que para el caso de la Licitación es la Autoridad Superior de la dependencia interesada.

Por la anterior vamos a partir de la etapa de la publicación, que varía con el régimen de cotización en los plazos y en que es obligatoria la publicación en el Diario de Centro América y en otro de mayor circulación.

Al respecto de la publicación, el Artículo 23 de la Ley de Contrataciones del Estado señala: “Publicaciones. Las convocatorias a licitar se publicarán por lo menos dos veces en el diario oficial y dos veces en otro de mayor circulación, así como en el Sistema de Contrataciones y Adquisiciones del Estado de Guatemala –GUATECOMPRAS-, dentro de un plazo no mayor de quince (15) días hábiles entre ambas publicaciones. Entre la última publicación y el día fijado para la presentación y recepción de ofertas, deberá mediar, un plazo no menor de cuarenta (40) días...”(sic)

En aplicación a lo anterior, primero debe publicarse la convocatoria en Guatecompras para obtener el Número de Operación de Guatecompras –NOG-, al cual debe hacerse referencia en la publicación en los diarios.

Se puede observar que los plazos de la Licitación son extensos, lo que deben de tomar en cuenta las entidades al momento de hacer la programación de sus negociaciones, ya que el único plazo que se puede reducir es el que media entre cada publicación, el cual la Ley señala no debe ser mayor de 15 días, pero el plazo que debe mediar entre la segunda publicación y la recepción de ofertas no puede ser menor de 40 días hábiles, situación que de no preverse repercute negativamente, ya que las entidades desaprovechan el presupuesto asignado por la falta de ejecución en el momento programado.

Junta de licitación

Las Juntas de Licitación estarán conformadas por cinco servidores públicos preferiblemente de la entidad contratante, nombrados por la autoridad administrativa superior. Al igual que las Juntas de cotización, son el único órgano competente para recibir, calificar ofertas y adjudicar el negocio.

3.6.4. Casos de Excepción

Como su nombre lo señala, los casos señalados son excepciones a la aplicación de los regímenes de compra desarrollados anteriormente, por lo que en los casos excepción no se van a tomar en cuenta los montos, sino las situaciones específicas que se dan según las diversas necesidades de compra y contratación de cada institución.

Los casos de excepción se encuentran divididos en dos numerales que se subdividen en varios supuestos.

En el primer supuesto no será obligatoria la Licitación ni la cotización, entre otros los siguientes casos:

- La compra y contratación de bienes, suministros, obras y servicios indispensables para solucionar situaciones derivadas de los estados de excepción declarados conforme la Ley Constitucional de Orden Público que hayan ocasionado la suspensión de servicios públicos o que sea inminente tal suspensión.
- La contratación de servicios profesionales individuales en general.
- La compra y contratación de bienes, suministros y servicios con proveedores únicos. La calificación de proveedor y servicio único o exclusivo se hará conforme el procedimiento que se establece en el reglamento de esta Ley.

En el segundo supuesto, será obligatoria la cotización o el procedimiento que en cada caso señale el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Entre los casos más comunes se encuentran:

- El arrendamiento con o sin opción de compra de inmuebles, maquinaria 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.
- Los contratos que celebre el Tribunal Supremo Electoral para la realización de eventos electorales.

Es importante señalar que no obstante de tratarse de casos de excepción se eximen de la aplicación y sujeción de las normas contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado, pues siempre hay que guiarse por el procedimiento señalado en cada supuesto, además de estar sujetos a las disposiciones contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado, tal y como lo preceptúa en su Artículo 45: **“Normas aplicables en casos de excepción.** Las negociaciones en que se aplique cualesquiera de los casos de excepción a que se refiere el artículo anterior, quedan sujetas a las demás disposiciones contenidas en esta ley y en su reglamento”

3.7. Procedimientos para llevar a cabo la licitación y cotización:

Para tener una visualización del procedimiento de una cotización o licitación, se presenta el esquema relacionado en el anexo I.

CAPÍTULO IV

4. Contrato abierto

Es una modalidad o régimen de compra en la que, a diferencia de la cotización y la licitación, no existe un monto de compra establecido, ya que se trabaja con cantidades estimadas de consumo.

Por medio del Contrato Abierto el sector público adquiere bienes y suministros de uso general y constante, permitiendo economías en gran escala, con los proveedores con los que el Ministerio de Finanzas Públicas hubiese suscrito contrato.

El Contrato Abierto se encuentra normado por los Artículos 46 del Decreto 57-92 del Congreso de la República, “Ley de Contrataciones del Estado” y 25 de su Reglamento, Acuerdo Gubernativo 1056-92.

4.1. Características del contrato abierto:

Esta Modalidad de compra se caracteriza por:

- Se utiliza únicamente para la adquisición de bienes y suministros, no incluye servicios ni contratación de Obras.
- Se inicia con el requerimiento de compra de dos o más entidades del Estado.
- Lo administra el Ministerio de Finanzas Públicas, a través de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- No hay montos establecidos, únicamente existen cantidades de consumo estimadas.
- Todas las entidades del Estado puede adquirir sus productos por medio de Contrato Abierto.

4.2. Ente rector y coordinador del contrato abierto

La Ley del Organismo Ejecutivo, en el Artículo 35, literal t) menciona que una de las funciones del Ministerio de Finanzas Públicas es la de “Coordinar el sistema de contrataciones y adquisiciones del Estado”. Esta función la ejerce a través de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que en adelante se podrá denominar indistintamente DNCAE.

Asimismo, el Artículo 36 del Acuerdo Gubernativo número 382-2001 de fecha 20 de septiembre de 2001, establece que la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, es una dependencia del Ministerio de Finanzas Públicas responsable de facilitar los procesos de contrataciones y adquisiciones del Sector Público, velando por los intereses del Estado, para lo cual tiene a su cargo proponer la normativa pertinente para que dichos procesos

se desarrollen en un marco de transparencia, con reglas claras y estables que permitan ganar la confianza de los proveedores nacionales e internacionales, agilizar las compras, reducir riesgos y eliminar pérdidas en las operaciones que efectúe el Estado.

4.2.1. Atribuciones

Las atribuciones de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado se encuentran establecidas en el Artículo 37 del Acuerdo Gubernativo numero 382-2001, que preceptúa: “ATRIBUCIONES. Son atribuciones de la Dirección Normativa de Contrataciones del Estado, las siguientes:

1. Actuar como órgano rector del Sistema de Contrataciones y Adquisiciones del Sector Público;
2. Normar, coordinar y administrar el Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Sector Público;
3. Proponer políticas, normas y procedimientos para la adecuada aplicación de la legislación en materia de contrataciones y adquisiciones del Sector público;
4. Administrar el Sistema de Contrato Abierto, para la adquisición de bienes y contratación de servicios por parte del Sector Público;
5. Proponer reformas a la legislación en materia de contrataciones y adquisiciones;
6. Asesorar a las entidades del sector público en materia de procedimientos para las contrataciones y adquisiciones, y participar activamente en las juntas de cotización y licitación que para el efecto se nombren, particularmente en el Ministerio de Finanzas Públicas;
7. Requerir de todas las entidades del sector público sus programas de compras, para su optimización y elaboración de estadísticas; y
8. Desarrollar otras funciones que le asigne la ley y el Despacho Ministerial.”

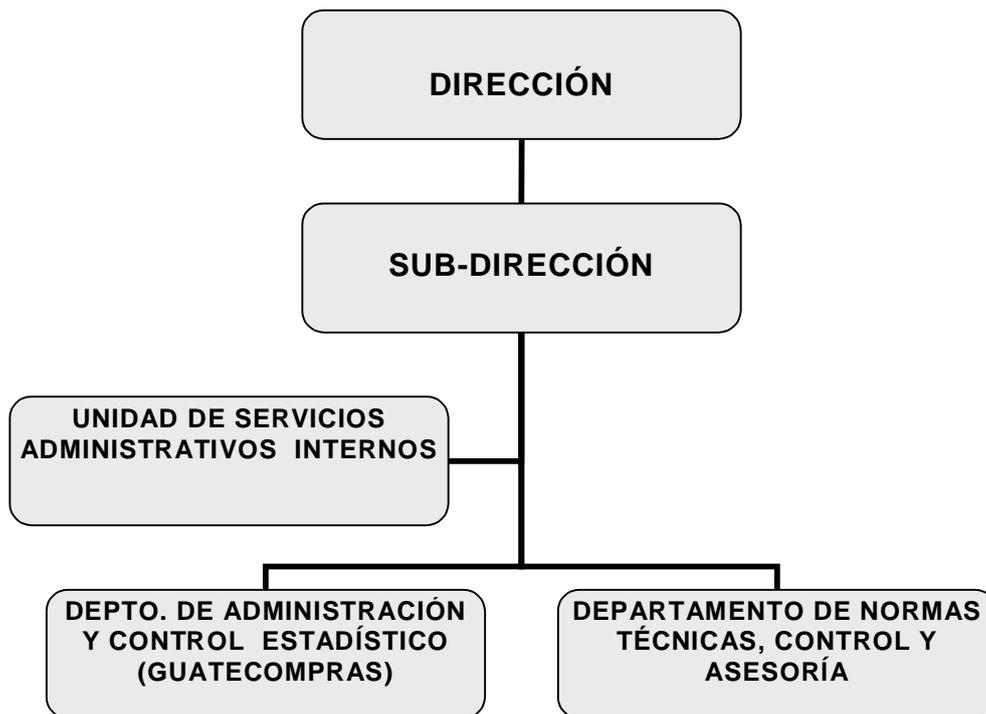
En resumen, la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, ha sido delegada como el órgano rector en materia de contrataciones y adquisiciones del Sector Público, otorgándole un papel muy relevante dentro de la Administración Pública por sus funciones de asesoría en materia de procedimientos de compras y contrataciones.

En cuanto al Contrato Abierto, tema central de la presente investigación, se delimita su función a Administrar dicha modalidad de compra.

4.2.2. Estructura interna de la DNCAE

Organigrama de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones de Estado -DNCAE-²³

²³ <http://www.minfin.gob.gt>, Consulta: 18/06/2008



(Elaborado por la DNCAE)

4.3. Requisitos para realizar el contrato abierto

El requisito indispensable, sin el cual no puede iniciarse un contrato, es que sea requerido por 2 o más entidades sujetas a la Ley de Contrataciones del Estado, las cuales deberán de acompañar a su solicitud las especificaciones de los bienes o suministros, así como las cantidades estimadas de consumo.

4.4. Procedimiento para llevar a cabo el contrato abierto

El procedimiento del Contrato Abierto se encuentra regulado por el Artículo 25 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y es similar en sus etapas al de Licitación y cotización, con ciertas variantes que mas adelante entraré a detallar. (Ver Anexo II)

Requerimiento de compra

El Contrato Abierto se inicia con la solicitud por escrito de 2 o más entidades del Estado, esta es la primera etapa y de aquí en adelante las entidades que lo requirieron deberán participar activamente en las siguientes fases:

- Elaboración de documentos, especificaciones técnicas y generales y las bases.
- Dictamen Técnico conjunto, es decir que cada entidad requirente deberá designar un técnico en la materia que se encargará de verificar el contenido de las bases.
- Anuencia al contenido de las bases.
- Las entidades requirentes quedan obligadas a nombrar a una persona para conformar la Junta de Calificación, que estará conformada por 3 servidores públicos.
- Suscripción del contrato.

Elaboración de bases, especificaciones técnicas y generales

La elaboración de los documentos es responsabilidad de las entidades requirentes quienes trabajarán en coordinación con la Dirección Normativa de Contrataciones del Estado, quien como ente coordinador de la modalidad de Contrato Abierto, vigilará los aspectos legales de las bases.

Las entidades requirentes deberán designar una persona que estará encargada de la elaboración de las especificaciones técnicas y generales.

Las personas nombradas por cada entidad trabajarán conjuntamente y se reunirán periódicamente hasta que el contenido de las bases quede definido. Asimismo, cada requirente deberá presentar sus cantidades estimadas de compra para cada año.

Opinión técnica y jurídica

Elaborados los documentos descritos anteriormente, deberá nombrarse al personal técnico en la materia, uno por cada entidad requirente, quienes estarán encargados de emitir opinión técnica sobre el contenido de las bases.

Los aspectos legales serán analizados por la Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas, quien estará a cargo de emitir la Opinión Jurídica.

Aprobación de los documentos de contrato abierto

Emitidas las opiniones técnica y jurídica, las entidades requirentes deberán dar su anuencia por escrito al contenido de los documentos. Posteriormente se elevarán las actuaciones al despacho superior del Ministro de Finanzas Públicas para que éste apruebe los documentos del concurso.

Convocatoria a contrato abierto

A diferencia que en el régimen de Licitación, la convocatoria a Contrato Abierto únicamente debe publicarse en el Diario de Centro América y en Guatecompras, al respecto la literal D del Artículo 25 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece: “La convocatoria a un concurso de Contrato Abierto será de alcance nacional o regional, según se especifique en los respectivos documentos. La referida convocatoria se publicará dos veces, la primera, en GUAATECOMPRAS y la segunda en el Diario de Centro América, con intervalo mínimo de cinco (5) días calendario entre cada publicación. Entre la primera publicación y el día fijado para la presentación y recepción de ofertas deberá mediar por lo menos cuarenta (40) días calendario.”

La otra variante que existe con el régimen de licitación es que el plazo entre la segunda convocatoria y la recepción de oferta es menor, ya que el plazo de Contrato Abierto es de 40 días calendario y el de Licitación de 40 días hábiles, por lo que en esta etapa se acorta el plazo.

Junta de calificación

Las Juntas de Calificación de Contrato Abierto tienen las mismas competencias y facultades que las Juntas de Cotización y de Licitación, estas Juntas van a variar en que los miembros que la conforman deben ser nombrados uno por cada entidad requirente.

Otra diferencia importante de señalar es que éstas Juntas serán auxiliadas por un asistente de Contrato Abierto.

Asistente de contrato abierto

El Asistente de Contrato Abierto es una característica singular de esta modalidad, el cual será nombrado por la Dirección Normativa de Contrataciones del Estado y es responsable de la custodia y diligenciamiento del Expediente Administrativo.

Asimismo, apoyará a la Junta de Calificación en la elaboración de los documentos que sean necesarios, conforme esta lo requiera. También participa activamente en la etapa de la Junta de Calificación, y además en etapas previas y posteriores, como lo son entre otras:

- Elaboración de documentos para solicitar nombramiento de miembros de Juntas de Calificación y observadores.
- Formación del expediente administrativo, así como su custodia.
- Elaboración de Contratos Abiertos y de todos los documentos que sean necesarios para el diligenciamiento de los eventos de Contrato Abierto.

Recepción, apertura, calificación y adjudicación de ofertas

Al Contrato Abierto le son aplicables supletoriamente las disposiciones legales del régimen de licitación en las etapas de recepción y apertura y calificación de ofertas.

En lo relativo a la adjudicación, las Juntas de calificación deberán considerar lo siguiente:

- Se podrá adjudicar hasta tres proveedores por marca, con un máximo de ocho marcas por renglón. Lo que resulta beneficioso para las entidades del Estado que compran a través de Contrato Abierto, porque les da oportunidad de selección de marcas, además de generar competencia entre los proveedores adjudicados lo que repercute en que presten un mejor servicio para obtener la venta.
- La diferencia del precio entre el oferente que haya sido calificado con el precio más bajo y los demás oferentes no debe superar una variación porcentual del tres por ciento.
- Los precios de referencia que deben tomar en cuenta las Juntas de Calificación, son proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística y cuando dicha institución no contaré con la información solicitada, las entidades requirentes deberán proporcionar los precios en base a sus registros.

Aprobación de la adjudicación

Le corresponde aprobar la adjudicación de la Junta de Calificación a la Autoridad Superior del Ministerio de Finanzas Publicas. Con relación al plazo para la aprobación es el mismo que el de la Licitación, que es de cinco días.

Impugnación de la aprobación de la adjudicación

Anteriormente a la reforma contenida por el Decreto 11-2006 del Congreso de la República, Ley de Implementación del Tratado de Libre Comercio, en la Ley de Contrataciones del Estado se contemplaba el recurso de Aclaración y Ampliación, el que procedía en contra de las resoluciones dictadas por las Juntas de Calificación cuando los términos de las mismas fueran oscuros, ambiguos o contradictorios, o se hubiera omitido resolver sobre algún asunto, situación que hacia los procesos mas lentos, aparte que la resolución dictada por la Junta no era definitiva, por lo que también procedía alegar contra la resolución de aprobación de la adjudicación emitida por la Autoridad correspondiente.

La Ley de Contrataciones del Estado en el Artículo 99, únicamente establece dos medios de impugnación, como lo son los recursos de revocatoria y de reposición que proceden en contra de la resolución que apruebe la adjudicación de la Junta de Calificación.

En materia de Contrato Abierto, que es la que nos ocupa, aplica interponer el recurso de reposición, por ser una resolución dictada por la Autoridad Superior del Ministerio de Finanzas Públicas.

El plazo que tiene el oferente para interponer el recurso de reposición es de diez días contados a partir de que se le notifique la aprobación de la adjudicación.

Es importante resaltar que el procedimiento para resolver los recursos de revocatoria y de reposición que establece la Ley de Contrataciones del Estado es el regulado por la Ley de lo Contencioso Administrativo, con la única variante que el plazo establecido para interponerlos es menor en esta última, ya que es de cinco días.

Suscripción y aprobación del contrato

En esta etapa también participan las entidades requirentes, quienes nombrarán a un representante para que conjuntamente con el Director de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y el oferente adjudicado suscriban el contrato.

Dicho contrato deberá ser aprobado por la Autoridad Superior del Ministerio de Finanzas Públicas, dentro de los 10 días calendarios contados a partir de la presentación de la fianza de cumplimiento de contrato.

Publicación de listados de precios

Una vez formalizada la parte administrativa, la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, a través del Departamento de Administración y Control Estadístico, emitirá los listados de productos adjudicados dentro de Contrato Abierto y los publicará en el Portal de Guatecompras, de esta forma todas las entidades reguladas en el Artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado, tienen acceso a los productos de Contrato Abierto, los cuales deberán de tener en cuenta para la realización de sus compras.

CAPÍTULO V

5. Análisis jurídico y práctico de la modalidad de compra por contrato abierto

El Artículo 46 de la Ley de Contrataciones del Estado establece: “**Contrato Abierto**. Queda exonerada de los requisitos de licitación y cotización, la compra de bienes y suministros que lleven a cabo los organismos 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. El reglamento de esta ley, determinará todo lo relativo a esta materia.”

Del análisis de la Ley de Contrataciones del Estado se infieren generalidades a considerar del Contrato Abierto, de las que son relevantes las siguientes:

- Exonera a las entidades del Estado de realizar los procedimientos de cotización y licitación, cuando existe un Contrato Abierto vigente.
- Bajo el Sistema de Contrato Abierto únicamente se pueden comprar bienes y suministros, quedando excluida la contratación de servicios y obras.
- Delega la competencia como administrador y coordinador del Contrato Abierto al Ministerio de Finanzas Públicas.
- Otorga facultades muy amplias al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, al indicar que este determinará todo lo relativo a la materia.

El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por ser un Acuerdo Gubernativo está sujeto a realizarle reformas, por lo que desde el año 2005 a la fecha ha sido reformado en tres ocasiones. La última de ellas es la implementada por el Acuerdo Gubernativo 151-2007 de fecha siete de mayo 2007 y que reformó el Artículo 25 en el que se encuentra regulado todo lo relativo al Sistema de Contrato Abierto.

Para tener una idea más clara acerca de lo indicado, presentamos el siguiente modelo analítico descriptivo con el respectivo análisis jurídico del Artículo 25 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Este modelo presenta primero el texto entrecomillado y luego se describe o analiza su contenido.

“Artículo 25.- Contrato Abierto. El Contrato Abierto a que se refiere el artículo 46 de la Ley, es un sistema de compra de suministros y bienes, administrado y coordinado por el Ministerio de Finanzas Públicas a través de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. La contratación se ajustará al procedimiento siguiente:” (sic)

Análisis: Si bien es cierto este apartado se encuentra en concordancia con lo regulado en la Ley con respecto al Órgano Rector en materia de Contrato Abierto, también lo es que a través de éste se le delega a la competencia la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, reconociéndola como administrador y coordinador de dicho sistema.

Inciso A. “El concurso de oferta de precios se iniciará con la solicitud, por escrito, a la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que efectúen dos o más instituciones de las reguladas en el artículo 1 de la Ley, a efecto de que se realice la adquisición de suministros y bienes de uso general y constante, o de considerable demanda, que permitan el cumplimiento de sus programas de trabajo. Para el efecto deberá tomarse en cuenta la compra por volumen que incide en mejores precios y la estandarización de especificaciones que hacen más económica y práctica la adquisición.”

Análisis: El requisito indispensable para que se origine un concurso de oferta de precios es que sea requerido por dos o más instituciones del Estado, lo que en la práctica resulta un obstáculo porque la mayoría de entidades públicas no tienen iniciativa en requerirlo y aunque conocen los

beneficios de comprar por Contrato Abierto esperan a que otras entidades den el primer paso.

Otra situación que considero importante mencionar es que las entidades que solicitan los concursos, presentan sus cantidades estimadas de consumo y no se toman en consideración los consumos de las demás instituciones del estado, obligándose a los proveedores a suministrar únicamente el estimado de compra de las entidades requirentes.

Inciso B. “Para el Contrato Abierto son aplicables, según corresponda, los documentos establecidos en los artículos del 18 al 21 de la Ley, así como otros aspectos que se consideren pertinentes. La Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado deberá poner a disposición de los oferentes la documentación en forma impresa o en medio electrónico. La elaboración de los documentos es responsabilidad de las entidades requirentes en coordinación con la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Para el caso de productos medicinales, dispositivos médicos, gases médicos, fórmulas infantiles, material de diagnóstico por imágenes, y productos sucedáneos de la leche materna, por la naturaleza de los mismos, los documentos serán elaborados por las entidades requirentes, bajo la rectoría del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, en coordinación con la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Una vez elaborados éstos, las instituciones requirentes deberán nombrar al personal técnico en la materia, uno por cada entidad, para emitir opinión sobre su contenido. El Ministerio de Finanzas Públicas a través de la dependencia de Asesoría Jurídica, emitirá opinión jurídica sobre las respectivas bases de cada concurso; posteriormente, las instituciones requirentes

manifestarán su anuencia por escrito al contenido de los documentos de Contrato Abierto para continuar con el procedimiento de contratación. Seguidamente, la autoridad superior del ente administrador y coordinador de la modalidad de compra por Contrato Abierto aprobará los documentos del concurso.”

Análisis: Se establece la aplicación supletoria del régimen de Licitación en lo referente a los documentos de Contrato Abierto.

Delega atribuciones a las entidades requirentes en la elaboración de documentos, así como en la emisión del dictamen técnico.

Para que se aprueben los documentos de Contrato Abierto es requisito indispensable que las entidades requirentes den su anuencia al contenido de los mismos.

Se hace una división de los productos medicinales, hospitalarios y alimenticios de los otros bienes y suministros que se compran en Contrato Abierto, otorgándosele la rectoría en la elaboración de los documentos relacionados al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.

Inciso C. “Las dependencias de los organismos y entidades a que se refiere el artículo 1 de la Ley, que hayan solicitado que se realice un concurso en la modalidad de compra por Contrato Abierto, quedan obligadas a nombrar a las personas idóneas, con capacidad técnica y vasta experiencia, para conformar las Juntas de Calificación en cada concurso, integradas por tres (3) servidores públicos, quienes deberán ser nombrados a tiempo completo y no podrán abstenerse de votar ni

ausentarse o retirarse del lugar donde se encuentren constituidos durante la jornada de trabajo en el proceso de la adjudicación. Para el efecto, serán aplicables los artículos del 9 al 16 de la Ley, en lo que a las Juntas de Calificación se refiere, y en cada concurso el Ministerio de Finanzas Públicas nombrará un asistente de Contrato Abierto que será responsable de la custodia y diligenciamiento del Expediente administrativo respectivo, asimismo apoyará a la Junta de Calificación en la elaboración de los documentos que sean necesarios, conforme a las instrucciones giradas por dicha Junta. La Junta de Calificación podrá solicitar asistencia de asesores, tanto de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado como de las entidades requirentes, cuando así lo considere necesario para el adecuado desarrollo de sus funciones. De todo lo actuado se dejará constancia en las actas respectivas.”

Análisis: La Junta de Calificación se integrará con tres miembros que serán nombrados por las entidades requirentes. Pero en el caso que solo dos entidades hubieran requerido el concurso, surge la interrogante ¿Quién nombrará al tercer miembro de la Junta?; considero que hay un vacío legal y que por esta razón la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado siempre espera a que existan tres solicitudes para iniciar un concurso, aunque legalmente lo podría iniciar con dos requerimientos.

En lo referente a la competencia y facultades de la Junta de Calificación se aplica supletoriamente lo dispuesto en materia de Licitación.

Esta modalidad de compra cuenta con una figura excepcional como lo es el Asistente de Contrato Abierto, en

el que se delegan ciertas atribuciones y competencias que en los otros regímenes se encuentran a cargo de la Junta de Calificación o de la unidad de compras.

Asimismo se faculta a los miembros de las Juntas para solicitar asesores a la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado o a las entidades requirentes.

Tanto la figura del Asistente de Contrato Abierto como la de los Asesores vienen a jugar un papel muy importante porque con su experiencia y conocimientos técnicos fortalecen a la Junta de Calificación para que adjudique correctamente.

Inciso D. “La convocatoria a un concurso de Contrato Abierto será de alcance nacional o regional, según se especifique en los respectivos documentos. La referida convocatoria se publicará dos veces, la primera, en GUATECOMPRAS y la segunda en el Diario de Centro América, con intervalo mínimo de cinco (5) días calendario entre cada publicación. Entre la primera publicación y el día fijado para la presentación y recepción de ofertas deberá mediar por lo menos cuarenta (40) días calendario.”

Análisis: El plazo de la convocatoria se reformo en congruencia con los plazos establecidos en el Tratado de Libre Comercio, Lo que representa mayor planificación y coordinación para que dichos plazo por ser tan extensos no afecten la ejecución del presupuesto de las entidades públicas.

Inciso E primer párrafo. “El Ministerio de Finanzas Públicas, a través de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del

Estado, llevará un registro informático, mediante una base de datos, de los bienes o suministros de uso general y constante o de considerable demanda, que necesite el sector público y que sean requeridos en la modalidad de compra por Contrato Abierto. En el citado registro se deberán agrupar los bienes o suministros de acuerdo a su naturaleza y contener, como mínimo, el código de identificación del bien, número de renglón, especificación técnica, precio y proveedor adjudicado en cada uno de los concursos de oferta de precios que se lleven a cabo bajo esta modalidad.”

Análisis: Actualmente se encuentra habilitado Guatecompras Express, por medio del cual las entidades pueden acceder más rápidamente a consultar los productos adjudicados en Contrato Abierto, con lo que se cumple con lo establecido del registro informático.

Inciso E segundo párrafo. “La Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, una vez solicitado el concurso de oferta de precios y aportadas las especificaciones técnicas, verificará si se cuenta con el registro respectivo y, si no existiere el mismo, procederá a su creación. En ambos casos deberá actualizarse el precio del bien o suministro de que se trate, con base en la información que se solicite al Instituto Nacional de Estadística –INE-, según lo regulado en el artículo 8 de la Ley y 4 de este Reglamento. En caso que el Instituto Nacional de Estadística –INE- no contara con el precio actualizado requerido, y así lo informare por escrito a esa Dirección, las instituciones públicas solicitantes deberán proporcionarle el precio de referencia respectivo al ente coordinador y administrador. En ambos casos, los precios así obtenidos, serán proporcionados por el ente administrador y coordinador a la Junta de Calificación y publicados en GUATECOMPRAS, previo a la apertura de las plicas, luego de realizada la recepción de ofertas. La Junta de Calificación podrá

considerar los precios de referencia para la adjudicación. Para aquellos renglones en que no sea utilizado el precio de referencia, deberá razonar los motivos en el acta de adjudicación.”

Análisis: En relación a los precios de referencia, se deberán solicitar al INE, requisito que se cumple en cada nuevo concurso, aunque dicha institución siempre responde que no cuenta con registros de precios, por lo que no se cuenta con su apoyo y la intención de crear registros o hacer estudios de mercado para proporcionarlos en un futuro, porque el reglamento no le da obligatoriedad en cumplir tal función.

Se establece que si el INE no cuenta con precios de referencia los deberán proporcionar las entidades requirentes. El subrayado es para denotar la obligatoriedad que va inmersa en la palabra deberán.

En la práctica esto resulta poco convencional ya que delega la responsabilidad a las entidades requirentes, quienes en su mayoría no cuentan con los recursos necesarios para realizar un estudio adecuado de los precios de mercado, por lo que en ocasiones proporcionan precios inexactos a la realidad.

Anteriormente los oferentes no disponían de conocer los precios de referencia, lo cual fue modificado con la publicación obligatoria de los mismos en Guatecompras, lo que le da transparencia y publicidad al proceso de calificación y adjudicación de ofertas.

Inciso F. “La Junta de Calificación adjudicará total o parcialmente,

según lo establecido en los artículos 28, 33 y 34 de la Ley, 12 del Reglamento y lo establecido para el efecto en las bases.”

Análisis: Aplicación supletoria de las disposiciones del Régimen de Licitación. Por lo anterior, se puede apreciar que los procedimientos del Contrato Abierto son similares a los del Régimen de Licitación.

Inciso G. “La Junta de Calificación podrá adjudicar hasta tres proveedores por marca ofertada, con un máximo de ocho marcas por renglón, siempre y cuando la diferencia de precio entre el oferente que haya sido calificado con el precio más bajo y el de los restantes no supere una variación de precios mayor del tres por ciento (3%) con relación al precio más bajo. Si se diera el caso que por cada marca hubiere más de tres oferentes con el mismo precio, la Junta de Calificación realizará un sorteo para adjudicar a tres oferentes. Si se diera el caso que por cada marca hubiere más de tres oferentes con diferente precio, se adjudicarán los tres oferentes que presenten el menor precio. Cuando no existieren precios de referencia por tratarse de productos nuevos en el mercado, de nueva inclusión en el sistema de compra por Contrato Abierto o por cualquier otra causa, la Junta de Calificación podrá adjudicar el precio menor ofertado, siempre y cuando llene los requisitos exigidos por las bases.

Análisis: Se permite la adjudicación por renglón de ocho marcas y de tres oferentes por cada marca, lo que quiere decir que podrían quedar adjudicados hasta 24 proveedores por renglón.

La adjudicación múltiple por renglón permite que las entidades que compren por Contrato Abierto tengan más opciones de elección.

Se establece que no debe haber un rango de variación mayor del 3% entre el menor precio adjudicado y los restantes.

Inciso H. “La aprobación de la adjudicación se llevará a cabo de acuerdo a lo establecido en el artículo 36 de la Ley y 12 Bis del presente Reglamento. Contra la aprobación de la adjudicación efectuada por la autoridad superior del ente administrador y coordinador del Contrato Abierto, procede solamente el Recurso de Reposición, contemplado en los artículos 100 y 101 de la Ley y será resuelto según la ley de la materia.” (sic)

Análisis: La Autoridad Superior del Ministerio de Finanzas Públicas será la encargada de aprobar la adjudicación realizada por la Junta de Calificación, contra esta resolución únicamente cabe el recurso de Reposición.

Inciso I. “Si no se suscribiere el correspondiente Contrato Abierto para un concurso adjudicado por la Junta de Calificación, debido a alguno de los supuestos establecidos en el artículo 36 de este Reglamento, o bien, si un contrato suscrito se rescindiere total o parcialmente, a efecto de asegurar el abastecimiento y no repetir el procedimiento, podrá optarse por adjudicar al subsiguiente calificado en su orden, siempre y cuando, las condiciones y precios ofertados, sean convenientes a los intereses del Estado.” (sic)

Análisis: Se prevé la calificación de subsiguientes oferentes por parte de la Junta de Calificación, que permite a la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado contratar con los mismos sin tener la necesidad de realizar un nuevo concurso.

Inciso J. “Los contratos abiertos serán celebrados por el Ministerio de Finanzas Públicas y serán suscritos, para su formalización y perfeccionamiento, dentro del plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la adjudicación definitiva, por el Director de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, conjuntamente con el funcionario público que en cada caso deleguen las autoridades superiores de las entidades requirentes y el propietario o representante legal de la empresa o entidad adjudicada.”

Análisis: El plazo para la suscripción del contrato es congruente con el plazo establecido en el Artículo 47 de la Ley de Contrataciones del Estado.

En esta etapa también se le da participación a las entidades requirentes con la suscripción del contrato, dándoles un mayor compromiso por ser parte del mismo.

Inciso K. “La aprobación de los Contratos Abiertos se hará por la autoridad superior de la entidad administradora y coordinadora de conformidad con lo establecido en los artículos 48 de la Ley y 26 de este Reglamento, y estarán vigentes por el plazo que en cada concurso se determine.”(sic)

Análisis: El Ministro/a de Finanzas Públicas hará la aprobación del contrato.

Es importante mencionar que los contratos abiertos tienen un plazo de vigencia que por lo regular es de 12 meses.

Inciso L primer párrafo. “Para todos los casos de incumplimiento de los contratos abiertos deberán ser notificados a la autoridad superior

de la entidad afectada o quien ésta designe, para que se efectúe el análisis correspondiente que permita la depuración y consolidación de información.”

Análisis: Se fija un procedimiento para los incumplimientos de entrega y de calidad por parte de los proveedores, que permite darle seguimiento y una sanción más rápida.

Inciso L segundo párrafo. “Para el caso particular de incumplimiento de entrega y variación de las condiciones contratadas la entidad afectada o quien ésta designe, debe emitir la nota de no objeción que autorice la compra respectiva fuera de Contrato Abierto. “

Análisis: Nace la figura de la Nota de No Objeción, con la cual se pueden realizar compras fuera de Contrato Abierto y evita el desabastecimiento de bienes y suministros.

Inciso L tercer párrafo. “Para cualesquiera de los supuestos establecidos en los párrafos anteriores, el expediente documentado deberá ser trasladado a la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del Ministerio de Finanzas Públicas para que aplique las sanciones reguladas en los artículos 85, 86, 87 y 88 de la Ley o remita el expediente a la Comisión de Vigilancia a la que se refiere la literal M de éste artículo, según sea el caso.” (sic)

Análisis: La Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado es la responsable de aplicar las sanciones por incumplimiento en la entrega.

Inciso L cuarto párrafo. “Los incumplimientos de calidad, serán conocidos por la Comisión de Vigilancia Seguimiento y Monitoreo de Contrato Abierto, la que recomendará a la Dirección Normativa de

Contrataciones y Adquisiciones del Estado las sanciones respectivas, luego de agotadas las instancias pertinentes.”

Análisis: Los incumplimientos de calidad serán competencia de la Comisión de Vigilancia, Seguimiento y Monitoreo de Contrato Abierto.

Inciso L. quinto párrafo. “Las sanciones aplicadas como consecuencia de los incumplimientos, cuando proceda, podrán ser anotadas en el Registro de Proveedores de GUAATECOMPRAS.”

Análisis: Al establecerse que las sanciones podrán ser anotadas en el Registro de proveedores de Guatecompras, no se le da fuerza ni obligatoriedad, dejándolo a discreción de la DNCAE.

Inciso M primer párrafo. “Para la eficaz ejecución de los Contratos Abiertos que se celebren con motivo de la aplicación de las normas procedimentales reguladas en el presente artículo, se integrará en forma coordinada una Comisión de Vigilancia, Seguimiento y Monitoreo de Contrato Abierto, constituida de acuerdo a la naturaleza de los suministros y bienes contratados. Los documentos de Contrato Abierto que en cada caso rijan la negociación, establecerán todo lo relativo a esta comisión.

Análisis: Se trata de regular la integración y funciones de la Comisión de Vigilancia para cada concurso.

Inciso M segundo párrafo. “Para el caso de los Contratos Abiertos que se deriven de los concursos solicitados por el sector salud, por la naturaleza de los mismos, la Comisión de Vigilancia Seguimiento y Monitoreo de Contrato Abierto, conocerá los casos de incumplimiento

de calidad y recomendará a la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado las acciones temporales que correspondan para resguardar el Derecho a la Salud de los usuarios de la red hospitalaria. Dicha comisión será una entidad colegiada integrada por las entidades requirentes, cámaras, gremiales y asociaciones correspondientes, la cual deberá ser presidida por el Ministro de Salud Pública y Asistencia Social o por quien éste designe.”

Análisis: Para el caso de los concursos relacionados con el Sector Salud, la Comisión de Vigilancia y Monitoreo de Contrato Abierto juega un papel muy importante, porque debe resguardar el Derecho a la Salud;

En ningún momento se hace mención del Departamento de Regulación, Control y Vigilancia de Medicamentos, quien tiene fuerza sancionatoria para los incumplimientos de calidad.

Hay muchos vacíos legales en relación al funcionamiento de la comisión de vigilancia que se dejan a disposición de lo que establezcan las bases de cada concurso, lo que no permite unificación y fortalecimiento en su actuar.

Inciso N primer párrafo. “Las autoridades superiores indicadas en el artículo 9 de la Ley, no deberán autorizar el pago de adquisiciones hechas por otro sistema, si los precios son iguales o superiores a los que figuren en los listados de bienes y suministros adjudicados en Contrato Abierto.”

Análisis: El Contrato Abierto no es de uso obligatorio, ya que si las entidades del Estado compran a precios menores lo pueden hacer fuera de este sistema.

Inciso N segundo párrafo. “Para el caso de productos medicinales, dispositivos médicos, gases médicos, fórmulas infantiles, material de diagnóstico por imágenes, y productos sucedáneos de la leche materna, por la naturaleza de los mismos, los documentos de Contrato Abierto incluirán la prohibición de adquirir tales bienes fuera de los contratos abiertos que se hubieren celebrado para el efecto.”

Análisis: Los productos relacionados con el sector salud son una excepción a la regla, ya que existe expresa prohibición de adquirir los mismos fuera de Contrato Abierto.

Inciso O. “Los listados de los productos de bienes y suministros adjudicados en Contrato Abierto serán publicados en la página Web del Ministerio de Finanzas Públicas, dentro del plazo de diez días contados a partir de la fecha de aprobación del contrato respectivo y además serán entregados a los jefes de los departamentos de abastecimientos, compras y/o adquisiciones de las entidades requirentes para que éstos los reproduzcan y distribuyan a sus unidades que no cuenten con acceso a Internet.”

Análisis: Aunque los listados se publican en el sistema de Guatecompras, no todas las unidades ejecutoras tienen acceso al sistema por lo que la Ley otorga a las Autoridades Superiores la responsabilidad de trasladar la información a sus Unidades Ejecutoras, lo que no siempre se cumple.

5.1. Ventajas en la utilización del contrato abierto

Muchos son los beneficios que brinda el Contrato Abierto a las entidades del Estado, al respecto se señalan las siguientes ventajas:

- Las entidades del Estado ya no necesitan cotizar ni licitar, lo que es un gran beneficio para las entidades del Sector Público, porque ahorran recursos humanos y materiales y se reduce la burocracia, ya que lo que hubiera significado hacer un procedimiento de compra por cada entidad que necesite un bien o suministro, se resume a uno solo que lleva a cabo la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, por el que cualquier entidad pública puede comprar.
- El manejo del presupuesto es de acuerdo a las aportaciones de cada entidad que compra a través de esta modalidad de compra.
- Se evita el fraccionamiento, Los compradores del Sector Público pueden efectuar repetidas compras de un mismo producto a un mismo proveedor, como si fuera una “compra directa”, sin caer en la práctica prohibida por la Ley de “fraccionamiento”.
- Se adquiere el bien o suministro de acuerdo a la necesidad generada, eliminando de esta forma los costos de almacenamiento que se transfieren al proveedor. Dichos costos incluyen el almacenaje, la custodia, el conteo de inventario, el extravío, el robo, la obsolescencia, el deterioro por caídas, golpes, incendios, humedad, inundaciones, etc.
- Cualquier entidad del Sector público puede hacer uso del Contrato Abierto, aunque no lo hubiese requerido.
- La compra en volúmenes incide en mejores precios de mercado.
- El Contrato Abierto no sólo resulta beneficioso para las entidades del Estado, sino también para las personas individuales o jurídicas que

se encuentran adjudicadas en Contrato Abierto, porque al no existir el contrato tienen que estar presentando ofertas por cada cotización o licitación que publiquen las entidades del Estado, generando más gasto para su empresa.

5.2. Desventajas del contrato abierto

Aunque en mi opinión hay más pros que contras para las entidades del Estado en el uso del Contrato Abierto, considero que es importante plantear algunas desventajas, que lejos de dañar los beneficios del Contrato Abierto sirven para detectar las debilidades de este Sistema y de esta forma fortalecerlas con la búsqueda de mecanismos que ayuden a hacer más eficaz la compra por Contrato Abierto.

Por lo anterior, nos permitimos plantear las siguientes desventajas:

- La mayoría de entidades del Estado no requieren el Contrato Abierto.
- No hay obligatoriedad en el uso del Contrato, ya que a excepción de la compra de algunos bienes señalados en la literal N del Artículo 25 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aunque exista un Contrato Abierto no es obligatorio hacer la compra mediante este sistema.
- Las entidades públicas no cumplen con lo establecido en las bases de los concursos con respecto a enviar la programación trimestral de sus compras a los proveedores de Contrato Abierto, en consecuencia los proveedores no se abastecen por no contar con información real de consumos, lo que provoca incumplimientos en la entrega de los bienes.

- La falta de cooperación por parte de las entidades que utilizan el Contrato Abierto, en cuanto a denunciar a los proveedores que incumplen con el contrato.
- Las acciones de amparo interpuestas por los proveedores de medicamentos y dispositivos médicos, en su mayoría frívolas y sin fundamento a obstaculizado la ejecución de nuevos eventos, creando desabastecimiento médico hospitalario, perjudicando a las entidades del Sector Salud y en consecuencia a la población guatemalteca, lo que violenta el derecho a la salud.

5.3. Contratos abiertos vigentes

En el período comprendido del año 2007 al 2008 se encuentran vigentes 21 Contratos Abiertos los cuales fueron requeridos por diferentes entidades de las reguladas por el Artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado.

A continuación se hace un detalle de los **productos para compradores disponibles en Contrato Abierto**, clasificándolos por categorías:

- **Alimentos y semillas:** En este rubro se encuentran vigentes dos contratos:
 - Concurso Nacional de Oferta de Precios DNCAE No. **13-2006** para la compra de Alimentos Servidos para Personas requerido por el Consejo Nacional del Deporte y Recreación, Consejo Nacional de la Juventud y Ministerio de Educación a través de Dirección General de Educación Física. Vigente del 17 de mayo de 2006 al 16 de diciembre de 2008.
 - Concurso Nacional de Oferta de Precios DNCAE No. **02-2008** para el suministro y adquisición por parte del Estado de Alimentos a Granel y Agua Pura Embotellada, requerido por la Secretaría de Obras

Sociales de la Esposa del Presidente (SOSEP) y la Dirección General de Educación Física del Ministerio de Educación (DIGEF). Vigente del cinco de septiembre de 2008 al cuatro de septiembre de 2009.

- **Computación y telecomunicaciones:** Actualmente se encuentran vigentes dos concursos de ofertas de precios, como lo son:
 - Concurso Nacional de Oferta de Precios DNCAE No. **01-2007** de Licenciamiento Microsoft requerido por la COPRE y la Dirección de Informática del Ministerio de Finanzas Públicas. Vigente del 28 de mayo de 2007 al 27 de mayo de 2010.
 - Concurso Nacional de Oferta de Precios DNCAE No. **09-2007** para la compra de Equipo de Cómputo requerido por el Ministerio de Gobernación, la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT) y el Ministerio Público, Vigente del siete de noviembre de 2007 al seis de mayo de 2009.
- **Limpieza, fumigación y artículos afines,** dentro de este rubro únicamente se encuentra vigente el Concurso Nacional de Oferta de Precios DNCAE No. **07-2007** para el suministro de Artículos de Limpieza, requerido por el Ministerio de Gobernación, la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT) y el Organismo Judicial. Vigente del 10 de octubre de 2007 al 9 de octubre de 2008.
- **Papelería y artículos de librería:** Dos son los contratos vigentes:
 - Concurso Nacional de Oferta de Precios DNCAE No. **11-2006** para el suministro de Papelería, requerido por el Diario de Centro América, el Organismo Judicial y el Taller Nacional de Grabados en Acero. Vigente del 23 de mayo de 2007 al 25 de mayo de 2009.
 - Concurso Nacional de Oferta de Precios DNCAE No. **08-2007** para la compra de Útiles de Oficina, requerido por el Ministerio de

Gobernación, la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT) y el Organismo Judicial. Vigente del 17 de octubre de 2007 al 16 de octubre de 2008.

- **Salud e insumos hospitalarios:** Este tipo de bienes y suministros son de los que más se consumen en contrato abierto y se encuentran vigentes 12 contratos, los cuales fueron requeridos por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y el Ministerio de la Defensa Nacional. A continuación se detallan:
 - Concursos Nacionales de Oferta de Precios DNCAE Números **08-2005, 09-2005, 10-2005, 11-2005, 12-2005 y 13-2005** para el suministro de Productos Medicinales Y Farmacéuticos Paquetes uno, dos, tres y cuatro y Paquetes Extraordinarios uno y dos, los cuales fueron requeridos por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y el Ministerio de la Defensa Nacional y que se encuentran vigentes desde el año 2005 hasta el mes de febrero del año 2009, ya que su plazo ha sido prorrogado en varias ocasiones. (sic)
 - Concursos Nacionales de Oferta de Precios DNCAE Números **03-2007 y 05-2007**, para el suministro de Material Médico Quirúrgico Menor (Dispositivos Médicos) Paquetes números uno y tres los cuales fueron requeridos por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y el Ministerio de la Defensa Nacional, con vigencias del 26 de noviembre de 2007 al 25 de noviembre de 2008 y del tres de diciembre de 2007 al dos de diciembre del 2009, respectivamente.
 - Concurso Nacional de Oferta de Precios DNCAE No. **06-2007** para el suministro de Fórmulas sucedáneas de leche materna, leche entera, fórmulas para alimentación enteral por sonda o vía oral, fórmulas

enterales modulares, cereales para alimentación complementaria (ablactación) y fórmula de harina vegetal sustituta de la leche, requerido por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y el Ministerio de la Defensa Nacional. Vigente del dos de abril de 2008 al uno de abril de 2009.

- Concurso Nacional de Oferta de Precios DNCAE No. **15-2007** para el suministro de Material y Equipo odontológico e Insumos afines para profilaxis dental, requerido por Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y el Ministerio de la Defensa Nacional. Vigente del 20 de mayo de 2008 al 19 de mayo de 2009.
- Concurso Nacional de Oferta de Precios DNCAE No. **18-2007** para el suministro de Gases Médicos Hospitalarios requerido por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y el Ministerio de la Defensa Nacional. Vigente el 20 de mayo de 2008 al 19 de mayo de 2009.
- Concurso Nacional de Oferta de Precios DNCAE No. **02-2007** para el suministro de Material de Diagnostico por Imágenes, requerido por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y el Ministerio de la Defensa Nacional. Vigente del 30 de octubre de 2007 al 29 de octubre de 2008
- **Transporte, repuestos y combustibles**, anteriormente no se había requerido este rubro dentro de Contrato Abierto, a pesar de eso, la demanda de sus productos ha sido bastante alta por parte de las entidades compradoras. Los concurso que se encuentran vigentes son:

- Concurso Nacional de Oferta de Precios DNCAE No. **10-2007** para la adquisición de Vehículos Automotores, requerido por el Ministerio de Educación a través de la Dirección Departamental de Educación de Alta Verapaz y de Baja Verapaz y el Registro de Información Catastral (RIC). Vigente del dos de diciembre de 2007 al uno de diciembre de 2008.
- Concurso Nacional de Oferta de Precios DNCAE No. **16-2007** para el suministro de Llantas para vehículos a ser adquiridas por el Estado, requerido por el Ministerio de Gobernación y el Ministerio de la Defensa Nacional. Vigente del 10 de junio de 2008 al nueve de junio de 2009.

Al hacer un análisis de lo anterior, se puede constatar que las entidades que requieren el Contrato Abierto, en su mayoría, son las mismas en cada rubro, destacándose la participación del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, el Ministerio de la Defensa Nacional, el Ministerio de Gobernación, el Organismo Judicial, la Superintendencia de Administración Tributario, el Ministerio Público y el Ministerio de Educación, las cuales al haber participado activamente como entidades requirentes del Contrato Abierto, han sido testigos de las ventajas que obtienen al comprar dentro de esta modalidad.

5.4. Necesidad de reformar el procedimiento de compra por contrato abierto.

Derivado del análisis jurídico que se hizo al Artículo 25 de la Ley de Contrataciones del Estado, que regula todo lo concerniente a la materia de Contrato Abierto, aprecie ciertas necesidades de modificar el procedimiento en los siguientes puntos:

- En el Reglamento se limita la función de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado a coordinar y administrar

el Contrato Abierto. Por ello, es necesario fortalecerla en el sentido de que tenga la potestad de emitir lineamientos y una política de observancia general.

- Como quedó establecido, los concursos de Contrato Abierto se inician con el requerimiento que realicen dos o más entidades sujetas a la Ley; el problema que se suscita con frecuencia es que por falta de comunicación y coordinación interinstitucional no lo requieren.

Por lo anterior, considero que a través del Reglamento debería de otorgársele poder de Convocatoria a la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, como órgano rector del Contrato Abierto, para que por medio del Sistema Guatecompras convoque a las entidades del Estado para que manifiesten su interés o soliciten la realización de determinado concurso de oferta de precios; debiéndose determinar en el Reglamento el momento y forma en que la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado deberá hacer las convocatorias, lo que a nuestro juicio solucionaría en gran medida la falta de uso del Contrato Abierto.

- Que a través del Reglamento se obligue a las entidades públicas a enviar sus programaciones de compra trimestral a los proveedores de Contrato Abierto, ya que aunque en las bases de los concursos se estipula lo anterior, las entidades del Estado no lo cumplen, por lo que los proveedores no se abastecen adecuadamente, dando como resultado el incumpliendo con los plazos de entrega de los bienes y suministros.
- Hemos podido determinar que existe un vacío legal en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado en lo que se refiere a la

integración de la Juntas de Calificación, que establece que estará conformada por tres miembros, nombrados uno por cada entidad requirente, pero no define quién va a nombrar al tercer miembro en el caso de que solo hubieran dos requirentes, situación que a nuestro juicio puede solucionarse estableciendo en el Reglamento que el Ministerio de Finanzas Públicas nombrará a un tercer miembro (que por transparencia no deberá ser de la Dirección Normativa de Contrataciones del Estado) y en el caso de que no contara con personal idóneo, podrá nombrarse a otros servidores públicos de otras dependencias del Estado que tengan experiencia en la materia de que se trate.

- En cuanto a los precios de referencia establecidos en el Reglamento, es necesario corregir el procedimiento actual y fijar métodos claros y factibles para su obtención, ya que se delega la responsabilidad de proporcionarlos a las entidades requirentes, quienes en su mayoría no cuentan con los recursos humanos y materiales necesarios para obtenerlos.
- El último párrafo de la literal L del Artículo 25 del Reglamento establece: “Las sanciones aplicadas como consecuencia de los incumplimientos, cuando proceda, podrán ser anotadas en el Registro de Proveedores de GUATECOMPRAS.”

Al respecto, consideramos que debe sustituirse la palabra “podrán” por “deberán” en virtud de ser imperativa, haciendo obligatoria la anotación de las sanciones por incumplimientos para que los proveedores sean más temerosos de incumplir con lo estipulado en los contratos.

CONCLUSIONES

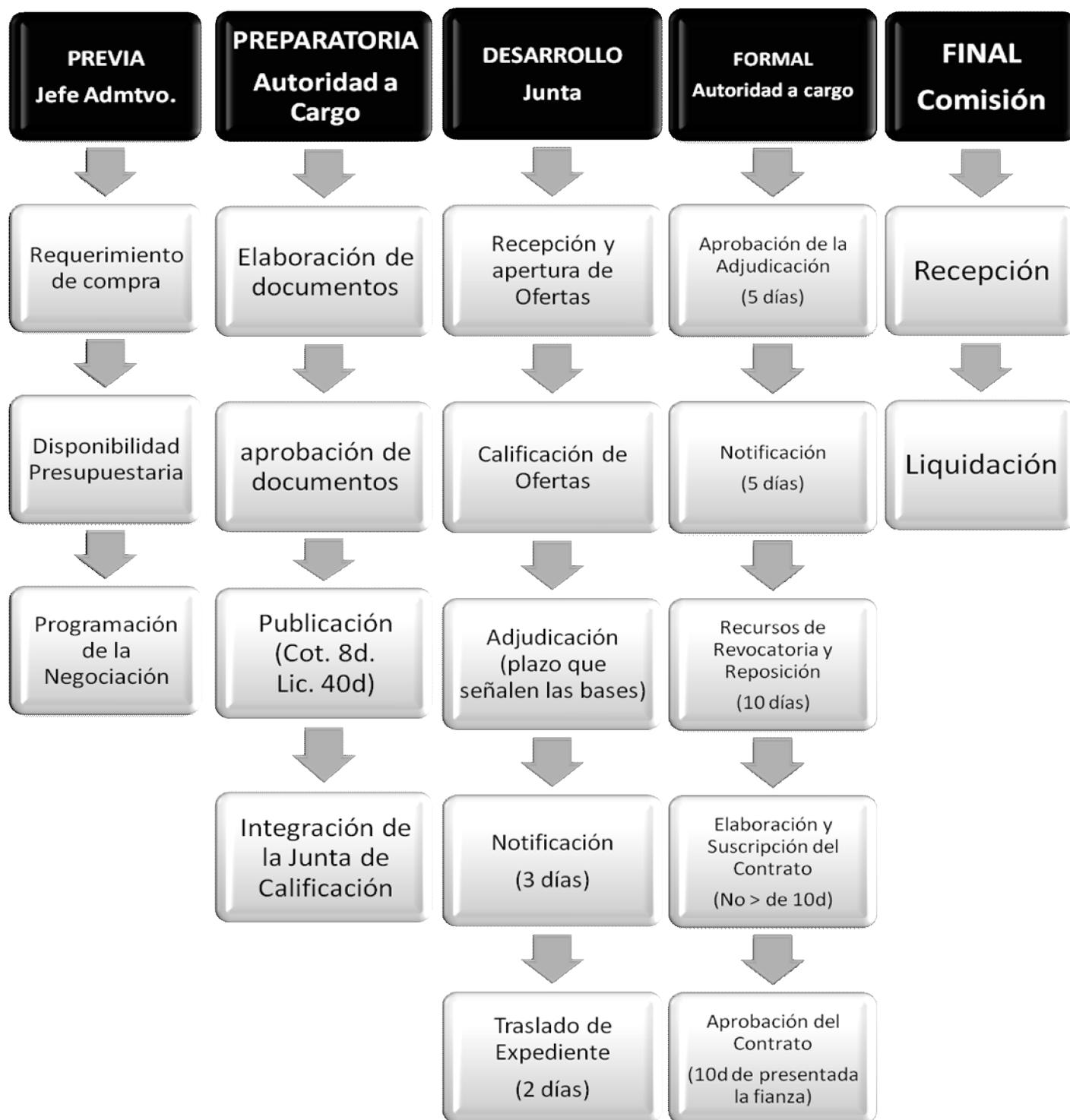
1. La Ley de Contrataciones del Estado es un ordenamiento legal de aplicación obligatoria para las entidades públicas, para lograr el uso adecuado de los recursos del Estado.
2. El Contrato Abierto es un medio de evitar procesos lentos y engorrosos, ya que exime de la obligación de cotizar o licitar a las entidades del Estado.
3. La Contraloría General de Cuentas no cumple sus funciones como órgano fiscalizador, en el sentido de sancionar a las entidades que compran a precios mayores o iguales de los adjudicados en Contrato Abierto.
4. Se carece de una política general de promoción de compra a través de Contrato Abierto.
5. El único ente rector en materia de Contrato Abierto, carece de fuerza legal y potestad para emitir lineamientos de observancia general, ya que su papel se limita a la administración y coordinación del sistema de contrato abierto.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que la DNCAE, como órgano rector de las contrataciones y adquisiciones del Estado, capacite a mayor cantidad de personas del sector público, para que apliquen adecuadamente de la Ley en materia de contrataciones.
2. El Gobierno central debe promover la utilización del Contrato Abierto en el Sector Público, dando a conocer sus beneficios y ventajas a través de distintos medios de comunicación.
3. Es necesario que la Contraloría General de Cuentas, haga efectivo el mandato legal de la obligatoriedad de uso de Guatecompras y verifique la cantidad de la información que se publica, ya que de esta forma se detectan más fácilmente si las entidades públicas están comprando a precios mayores de los adjudicado en Contrato Abierto.
4. Debe fortalecerse a la DNCAE, otorgándole potestad para emitir lineamientos y fuerza legal para dirigir una verdadera política nacional de adquisición pública, así como asignarle mayores recursos técnicos y financieros por la magnitud de las funciones que presta.
5. Es necesario que el Gobierno impulse una política general de modernización para que todas las entidades del Estado cuenten con acceso a internet, recurso que es necesario para el adecuado ejercicio de sus funciones.

ANEXOS

ANEXO I
ETAPAS DE UN PROCEDIMIENTO DE COMPRA*



*Creación propia, junio de 2008

ANEXO II

ESQUEMA DEL CONTRATO ABIERTO**

ETAPA PREPARATORIA



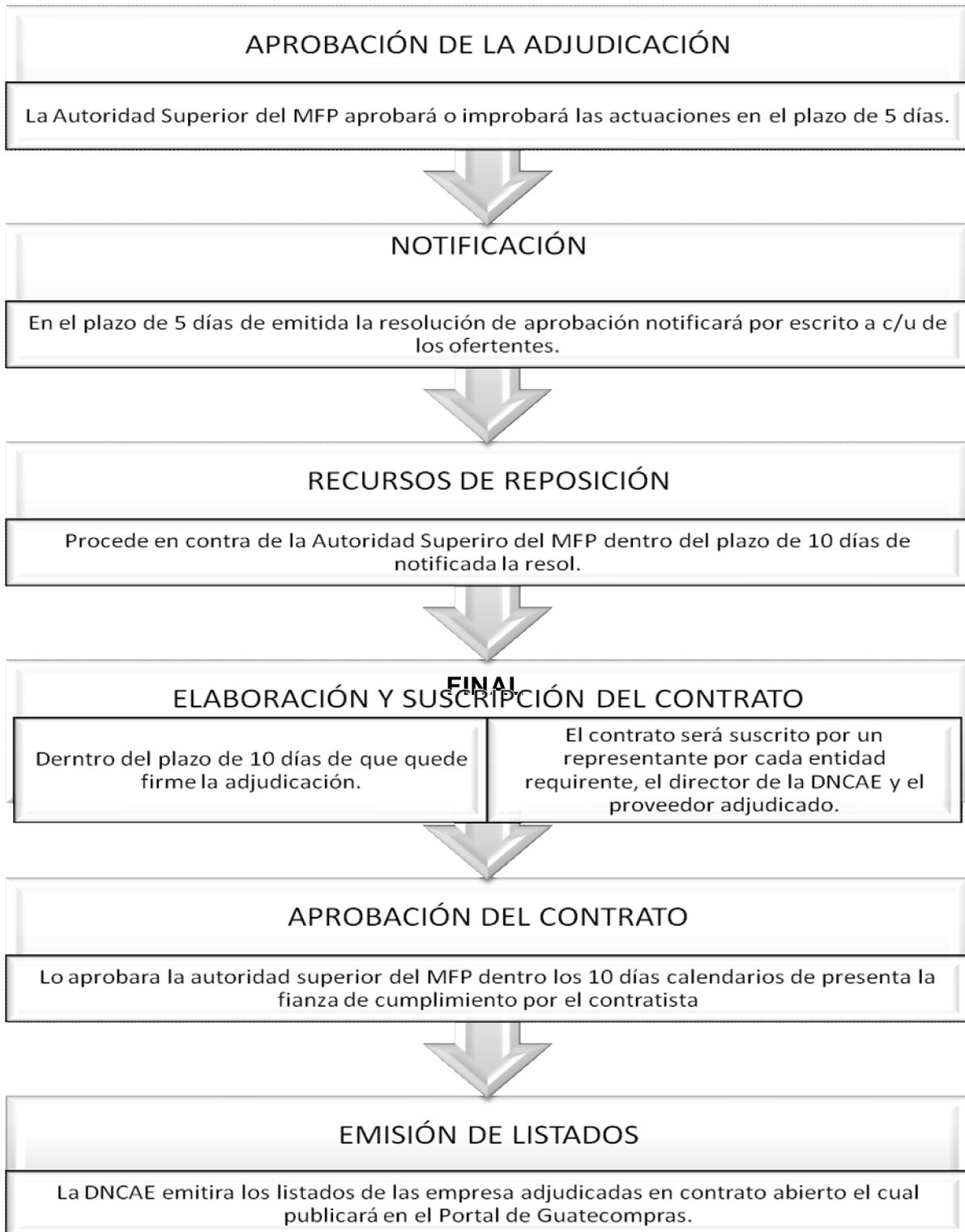
**Creación propia, junio de 2008

DESARROLLO

(Junta de Calificación)



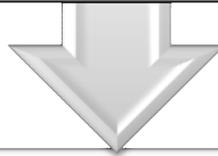
FORMAL (Autoridad a cargo)



FINAL***

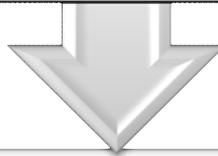
SOLICITUD DE COMPRA

Cada unidad ejecutora emitirá su orden de compra de acuerdo al Listado de Contrato Abierto.



ENTREGA DE BIENES Y SUMINISTROS

El contratista deberá entregar el producto a cada unidad ejecutora dentro del plazo que determine el contrato.



Liquidación

Cada unidad ejecutora deberá hacer el pago dentro del plazo de 30 días de recibido el producto, con cargo en sus propias partidas presupuestaria.

***Creación propia, junio de 2008

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GUERRA, Vladimir. **El negocio jurídico**. Guatemala, Editorial F. De León Impresos, 2002.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina, Ed. El Ateneo, 1948.
- CALDERÓN M., Hugo Haroldo. **Derecho administrativo I**. Guatemala, Editorial Estudiantil Fénix, 2001.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo guatemalteco**. Guatemala, Editorial Impresiones Gráficas, 2005.
- CHICAS HERNÁNDEZ, Raúl Antonio y MEZA DUARTE, Eric. **Apuntes de derecho administrativo**. Guatemala, Editorial Impresiones Gráficas, 1998.
- Diccionario de la Lengua Española**. España, Editorial Océano, 1989.
- GARCÍA OVIEDO, Carlos y MARTÍNEZ USEROS, Enrique. **Derecho administrativo**. España. Edit. Artes Gráficas Iberoamericans, S.A. 1998
- GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **Los sistemas de organización de la administración pública**. Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Social de la Universidad de San Carlos de Guatemala. 1994.
- GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **Los contratos administrativos**. Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Social de la Universidad de San Carlos de Guatemala. 1994.
- HERNÁNDEZ BUEZO, Rodolfo. **El contrato administrativo en la legislación guatemalteca**. Guatemala, Editorial Impresiones Gráficas, 1998.
- MEZA DUARTE, Eric. **Manual de derecho administrativo**. Guatemala. 2004.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, 1981.

Legislación:

- Constitución Política de la República de Guatemala**. Asamblea Nacional Constituyente. 1986.
- Código Civil**, Decreto Ley 106, Guatemala. 1963

Ley de Contrataciones del Estado, Decreto No. 57-92. Congreso de la República de Guatemala. 1992

Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto No. 119-96. Congreso de la República de Guatemala. 1996.

Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto No. 114-97. Congreso de la República de Guatemala. 1997.

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

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

Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas, Acuerdo Gubernativo 382-2001, Presidencia de la República de Guatemala. 2001.