

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

**REFORMAS EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA PARA FAVORECER LA
INVERSIÓN PRIVADA EN LA CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS**

EUGENIA ANAÍ ROSALES CONTRERAS

GUATEMALA, JULIO DE 2011

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

**REFORMAS EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA PARA FAVORECER LA
INVERSIÓN PRIVADA EN LA CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

EUGENIA ANAÍ ROSALES CONTRERAS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, julio de 2011

**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.	Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic.	Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br.	Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V:	Br.	Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic.	Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	David Sentés Luna
Vocal:	Licda.	Alma Judith Castro
Secretario:	Lic.	Otto Marroquín Guerra

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Guillermo Rolando Díaz Rivera
Vocal:	Licda.	Rosa Herlinda Acevedo Nolasco
Secretario:	Licda.	Marta Eugenia Valenzuela Bonilla

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



Bufete Jurídico
Licda. María Elena Dardón Santizo

Guatemala, 24 de octubre del año 2009

Licenciado
Carlos Castro Monroy
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria



Respetable Licenciado Castro Monroy:

De conformidad con el nombramiento emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis, con fecha ocho de septiembre de dos mil nueve, el que dispone nombrar a la suscrita como Asesora de Tesis de la Bachiller Eugenia Anaí Rosales Contreras.

La postulante presentó el tema de investigación: "REFORMAS EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA PARA FAVORECER LA INVERSIÓN PRIVADA EN LA CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS". Del estudio practicado al trabajo de tesis presentado por la Bachiller Eugenia Anaí Rosales Contreras, se ha concluido lo siguiente:

- I. El contenido científico de esta investigación se ha desarrollado y fundamentado desde el análisis y abordaje jurídico de la necesidad que existe de regular de manera sistemática y congruente el régimen jurídico administrativo de los bienes del Estado en aras de optimizar la administración de los mismos, así como también transparentar los procedimientos legales de concesión de servicios públicos.
- II. Tomando en cuenta que fueron empleados los métodos analítico-sintético e inductivo-deductivo, se estima que dicha metodología es la correcta para la deconstrucción y análisis de las figuras legales y procedimientos jurídicos que regulan los contratos de concesión. La técnica utilizada fue la investigación documental argumentativa, la cual conjuntamente con la metodología mencionada permitió llegar a una conclusión crítica después de evaluar los datos investigados.
- III. En cuanto a la redacción, se considera adecuada por cumplir con las reglas de la Real Academia Española.
- IV. La contribución científica del trabajo presentado reside en el análisis del vínculo que debe existir entre bienestar social y la prestación de servicios públicos de calidad, siendo este el verdadero trasfondo de la necesidad de contar como sociedad, con instrumentos jurídicos que permitan la construcción de un Estado con procedimientos administrativos transparentes para la concesión de servicios públicos.
- V. Las conclusiones y recomendaciones se encuentra debidamente concatenadas entre sí. Se ha concluido con exactitud sobre cuales son las deficiencias en el marco jurídico que regula las concesiones de servicios públicos en Guatemala, al mismo tiempo que se han aportado las recomendaciones pertinentes para superar los obstáculos actuales en dicha materia.

3a. Ave. 2-14, Hotel Don José, Tecón Umán, San Marcos,
Guatemala C.A. • Teléfono: 7776-8504

Registro No. 3359



VI. La bibliografía utilizada es la adecuada por haberse consultado la legislación nacional e internacional necesaria e idónea, así como también los autores nacionales expertos en la materia y artículos de actualidad que han aportado elementos de juicio importantes para el desarrollo del trabajo presentado.

Por lo anterior, me permito emitir DICTAMEN FAVORABLE en cuanto a la fase de asesoría del trabajo presentado por la sustentante, cumple con los requisitos exigidos para la elaboración y presentación de tesis, el enfoque del tema con el Artículo 32 del Normativo relacionado; por lo que previa adecuación de los contenidos de trabajo a lo normado en el instructivo en mención, lo cual regula lo relacionado a la estructura del trabajo, capítulos, paginación preliminar, conclusiones y recomendaciones considero que el trabajo presentado debe de continuar su trámite, a efecto de que se nombre el revisor de la tesis presentada.

Atentamente,

Licda. María Elena Dardón Santizo
Abogada y Notario
Colegiada No. 3350

Licda. María Elena Dardón Santizo
ABOGADA Y NOTARIA
Colegiada No. 3350

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) LUIS ALBERTO BARRIENTOS SUASNAVAR, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante EUGENIA ANAÍ ROSALES CONTRERAS, Intitulado: "REFORMAS EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA PARA FAVORECER LA INVERSIÓN PRIVADA EN LA CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


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



cc. Unidad de Tesis
MTCL/silh.

Luis Alberto Barrientos Suasnavar

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
Abogado y Notario
24. Calle 15-84 Zona 15, Ciudad de Guatemala



Guatemala, 26 de mayo de 2010

SEÑOR

JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS
DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
LICENCIADO CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
SU DESPACHO.-



Estimado Lic. Castro Monroy:

De manera atenta me permito comunicarle que he cumplido con la función de Revisor de Tesis de la estudiante EUGENIA ANAÍ ROSALES CONTRERAS, intitulado "REFORMAS EN LA LEGISLACION GUATEMALTECA PARA FAVORECER LA INVERSION PRIVADA EN LA CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS", el cual a mi criterio cumple con todos los requisitos y formalidades que establece la normativa de esta facultad, y emito el dictamen siguiente:

- I. Considero que el tema investigado por la estudiante Eugenia Anai Rosales Contreras, es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico, por lo que puede llegarse a la conclusión de que el mismo, no solo reúne los requisitos exigidos por la normativa correspondiente, sino además, se presenta con una temática de especial importancia para que las autoridades ejerzan un mayor control en lo concerniente al régimen jurídico administrativo de los bienes del Estado y la promoción de la transparencia de los procedimientos legales por medio de los cuales se concesionan los servicios públicos.
- II. La bibliografía empleada por la estudiante Eugenia Anai Rosales Contreras, fue la adecuada al tema elaborado y sus conclusiones resultan congruentes con su contenido y las recomendaciones son consecuencia del análisis jurídico de la investigación realizada, habiendo empleado en su investigación los métodos analítico, inductivo, deductivo y sintético, así como también se hizo uso de la técnica de fichas bibliográficas.

Luis Alberto Barrientos Suasnavar

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
Abogado y Notario
24. Calle 15-84 Zona 15, Ciudad de Guatemala



- III. En definitiva, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en los Artículos 31 y 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente dar el presente DICTAMEN FAVORABLE, aprobando el trabajo de tesis considerando conveniente la impresión del mismo para que pueda ser discutido en el correspondiente examen público.

Sin más que agradecer la consideración de mi persona, al encomendarme tan honroso trabajo de Revisor, aprovecho la oportunidad para reiterarle mi alta muestra de estima.

Sin otro particular, me suscribo muy cordialmente,


F) LUIS ALBERTO BARRIENTOS SUASNAVAR
Colegiado No. 3881

Luis Alberto Barrientos Suasnavar
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, cuatro de mayo del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante EUGENIA ANAÍ ROSALES CONTRERAS, Titulado REFORMAS EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA PARA FAVORECER LA INVERSIÓN PRIVADA EN LA CONCESIÓN DE SERVICIOS PUBLICOS. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/slh.



DEDICATORIA

- A DIOS:** Inmensa gratitud por su divina ayuda.
- A MIS PADRES:** Ana María Contreras y Benjamín Rosales, por su apoyo incondicional y por ser ejemplos de tenacidad.
- A MI ASESORA:** Licda. María Elena Dardón Santizo, por todo el apoyo recibido.
- A MIS MAESTRAS:** María del Carmen Rivera e Ingrid Klanderud, por compartir tan bondadosamente su tiempo, experiencia y conocimientos.
- A MIS AMIGOS:** Sandy, Otto, Carolina, Eswin, Manuel, Aquiles, David, Carlitos, Víctor y Karlita por ser los amigos que son.
- A MI PRIMA:** Virginia, por estar siempre cerca de mi.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; con respetuoso agradecimiento.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Contexto general de la privatización de servicios públicos	1
1.1. Globalización y liberalismo económico	3
1.2. Organización Mundial del Comercio y su rol en la implementación de la normativa comercial.....	4
1.3. Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios	6
1.4. Justicia fiscal.....	7
1.5. ¿Por qué importa la justicia fiscal?	10

CAPÍTULO II

2. El Estado y los bienes del dominio público	13
2.1. Funciones esenciales del Estado guatemalteco	14
2.2. Distinción entre derecho público y derecho privado.....	15
2.3. Naturaleza jurídica de los bienes	16
2.4. Bienes de dominio público	20
2.4.1. Bienes nacionales de uso común	20
2.4.2. Bienes nacionales de uso no común	21
2.4.3. Características de los bienes del dominio público	22
2.4.4. Finalidades de los bienes del dominio público.....	23
2.5. Recursos del Estado	24
2.5.1. Finalidad de los recursos del Estado	24
2.5.2. Clasificación de los recursos del Estado	24

CAPÍTULO III

3.	Capacidad jurídica de la administración pública para mantener relaciones de derecho privado	27
	3.1. Los contratos administrativos.....	28
	3.1.1. Doctrina de los contratos administrativos	30
	3.1.2. Antecedentes históricos de los contratos administrativos	31
	3.1.3. Derecho comparado de la contratación administrativa.....	34
	3.1.4. Características.....	38
	3.1.5. Elementos.....	39
	3.1.6. Principios	39
	3.2. Distintas formas de disposición de los bienes del Estado.....	41
	3.2.1. Por disposición de la ley	42
	3.2.2. Enajenación por subasta pública.....	42
	3.2.3. Compraventa	42
	3.2.4. Concesión.....	43
	3.2.4.1. Características de la concesión	43
	3.2.4.2. Clasificación de las concesiones	44
	3.2.5. Arrendamiento	44
	3.2.6. Usufructo	45
	3.2.7. Donación	46
	3.2.8. Permuta.....	46

CAPÍTULO IV

4.	Régimen jurídico administrativo de los bienes del Estado.....	49
	4.1. Antecedentes legislativos del régimen jurídico administrativo de los bienes del Estado de Guatemala.....	49
	4.2. Legislación vigente sobre las concesiones en Guatemala.....	59

	Pág.
4.2.1. Constitución Política de la República de Guatemala	59
4.2.2. Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento	59
4.2.3. Código Municipal	60
4.2.3.1. Condiciones de la concesión municipal	61
4.2.3.2. Intervención de los servicios municipales	62
4.2.3.3 Causas para revocar la concesión	62
4.3. Bienes públicos susceptibles de concesión	63

CAPÍTULO V

5. La participación del sector privado en la prestación de servicios públicos	65
5.1. Políticas de privatización a partir del gobierno de Marco Vinicio Cerezo Arévalo hasta la actualidad.	65
5.2. Las concesiones en Guatemala	72
5.2.1. Concesiones mineras	73
5.2.2. Perenco	74
5.2.3. Proyecto Transmetro	77
 CONCLUSIONES.....	 81
RECOMENDACIONES.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	85

INTRODUCCIÓN

Esta investigación ha sido motivada por la observación continua de negocios jurídicos que permiten la inversión privada en servicios públicos, pero que generalmente son económica y socialmente perjudiciales para la sociedad guatemalteca, pese a estar sancionados por las autoridades competentes.

En Guatemala, se han realizado varias concesiones de distinta naturaleza a puertas cerradas, ofreciendo ninguna o poca información sobre los mismos y muchas veces en abierta violación a normas constitucionales, en detrimento de la calidad de vida de la sociedad guatemalteca quienes no pueden disfrutar de servicios y obras públicas de calidad.

La hipótesis de esta investigación, que consiste en que el marco jurídico que regula los procedimientos de inversión privada en servicios públicos en Guatemala es deficiente, pudo ser comprobada, al encontrar que dichos procedimientos no están unificados y ordenados en una sola ley específica y la legislación que existe hasta el momento es escasa e incierta, lo que permite negociaciones de dudosa legalidad.

Los objetivos principales de esta investigación fueron determinar de qué manera se incumple la legislación que regula dichos contratos administrativos, así como también deducir qué cambios legislativos son necesarios para contar con instrumentos legales idóneos que garanticen procedimientos administrativos de verdadero beneficio social.

Los objetivos descritos fueron alcanzados a través de analizar diferentes casos concretos.

Para su desarrollo, la tesis se dividió en cinco capítulos: el primero se refiere al contexto general de la inversión privada en servicios públicos; el segundo versa sobre los bienes del dominio público, su clasificación, características y fines; el tercero aborda la temática de la capacidad jurídica de la administración pública para mantener relaciones de derecho privado; el cuarto se refiere al régimen jurídico-administrativo de los bienes del Estado de Guatemala, así como la legislación vigente que regula las concesiones en Guatemala; y el quinto expone casos concretos de inversión privada en servicios públicos.

Los métodos utilizados a lo largo de la investigación fueron los métodos analítico-sintético e inductivo-deductivo, los cuales fueron esenciales para comprender por separado cada uno de los distintos elementos y figuras legales que componen los procedimientos jurídicos reguladores de los contratos de concesión y luego integrar dichos elementos para entender la manera en que son utilizados en la práctica para celebrar negociaciones de poco beneficio social y que muchas veces se encuentran al margen de la ley. También se utilizó la técnica de investigación documental argumentativa, la cual conjuntamente con la metodología mencionada permitió llegar a una conclusión crítica después de evaluar los datos investigados.

Se ha pretendido con la presente tesis, hacer una modesta aportación a los estudios desarrollados en torno al derecho administrativo en Guatemala, principalmente en lo

que concierne a los contratos de concesión pública, que cada vez son más frecuentes en nuestro contexto nacional.

CAPÍTULO I

1. Contexto general de la privatización de servicios públicos

Actualmente, existe una inclinación hacia la privatización de servicios públicos en muchos países del mundo. Acuerdos internacionales como el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) suscrito en 1995, parte de una serie de compromisos que dieron origen a la Organización Mundial del Comercio (OMC) fue firmado por 140 países miembros, entre ellos Guatemala, y constituye parte del marco jurídico internacional que regula dicha tendencia.

El Acuerdo citado es uno de los cinco tratados multilaterales que la OMC administra con la visión de liberar el comercio derribando las barreras estatales. Es preciso señalar que la OMC fue el resultado de las negociaciones de la Ronda de Uruguay y del Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (GATT), realizadas entre 1986 y 1994, que modificaron sustancialmente las reglas del comercio internacional. La visión de la OMC es la liberalización del comercio, derribando las barreras al comercio, para permitir una rápida integración económica mundial. Su misión principal es administrar cinco tratados multilaterales, tres de ellos sobre el comercio de mercancías, uno sobre propiedad intelectual, que es el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) y uno sobre el comercio de servicios, que es el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. Sin embargo, el aumento del comercio no ha significado una reducción de la pobreza que se vive en el

mundo. Así se afirmó en la primera denuncia contra la OMC, al enfatizar que el libre comercio y la globalización: “han contribuido a la concentración de la riqueza en las manos de unos pocos ricos; han incrementado la pobreza de la mayoría de la población del mundo; y mantienen patrones insostenibles de producción y consumo.”¹

La realidad demuestra que las barreras comerciales que se derriban en los países pobres, son construidas de diversas maneras en los países ricos. Lo cual está provocando que el intercambio comercial entre los países con mayor desarrollo y aquellos con economías pequeñas y empobrecidas, sea desfavorable para estos últimos, y esto genera una desigualdad creciente que contrasta con el crecimiento económico y la prosperidad de algunos países y regiones del mundo.

En este contexto, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios suscita preocupaciones por sus efectos en la ciudadanía. La primera de ellas es la posibilidad de que los gobiernos se vean impedidos de definir políticas para garantizar ciertos servicios básicos. La segunda, tiene que ver con la irreversibilidad del proceso que hace que lo que se compromete en cada ronda de negociación no pueda deshacerse sin un costo económico elevado. La tercera, es la sensación de que la vaguedad y generalidad de los asuntos contenidos en los Artículos terminarán poniendo la interpretación de las reglas en manos de algún tribunal de arbitraje dominado por los países más fuertes y las corporaciones internacionales. Y, por último, la falta de información y transparencia en las negociaciones de este polémico acuerdo.

¹Norberg, Johan. **La globalización y los pobres**. Pág. 5.

1.1. Globalización y liberalismo económico

Es sumamente importante comprender que la globalización se encuentra organizada actualmente bajo el modelo de neoliberalismo económico, lo cual no implica que éste sea el único modelo de organización de la globalización.

La globalización por otro lado, debe entenderse de manera independiente a su modelo de organización, como un proceso que implica una transformación fundamental en la relación entre la sociedad y la organización territorial. En este punto es importante hacer notar que: “Es un error, con serias consecuencias políticas e ideológicas, identificar al neoliberalismo global como el único modelo posible para organizar la globalización, y luego presentar las consecuencias de esta forma específica de economía política como una justificación para atacar a la globalización en general. El neoliberalismo global es sólo una manera posible de organizar la globalización. Otros modelos pueden emerger y están emergiendo (el modelo de bloque comercial, el Keynesianismo global, el fortalecimiento de formas globales de gobernanza, etc.). Efectivamente, dada la severidad de la actual crisis en el neoliberalismo global, parece más probable que ocurra una evolución más rápida de estas formas.”²

Sobre liberalismo económico también es importante dejar claro que es el componente económico de la ideología política del liberalismo clásico. Según el liberalismo económico se debe permitir la libre competencia entre las distintas empresas no

² Burgess, Rod. **Violencia y globalización**. Pág. 1.

controladas por el Estado. El surgimiento histórico del liberalismo clásico entendido como liberalismo de mercado, a finales del siglo XVIII, coincide con la tendencia a la superación de la fase mercantilista del capitalismo por un nuevo sistema económico caracterizado por el libre mercado en el interior (frente a las barreras gremiales a la libre competencia, a los obstáculos estatales).

Desde finales del siglo XX, la teoría económica liberal se ha incorporado como componente destacado de movimientos políticos o intelectuales asociados al liberalismo o al conservadurismo.

El liberalismo económico propone que el origen de la riqueza proviene de la regulación de la balanza comercial a nivel nacional.

1.2. Organización Mundial del Comercio y su rol en la implementación de la normativa comercial

La OMC es una organización para la liberalización del comercio, que consiste en un foro en el cual los gobiernos pueden negociar pactos comerciales y resolver sus diferencias comerciales, al menos en teoría. Su núcleo está constituido por los acuerdos de la OMC, negociados y firmados por la mayoría de los países que participan en el comercio mundial. Estos documentos establecen las normas jurídicas fundamentales del comercio internacional. Son esencialmente contratos que obligan a los gobiernos a mantener sus políticas comerciales dentro de límites convenidos.

Para implementar su normativa comercial cuenta con un procedimiento de solución de diferencias que es la piedra angular del sistema multilateral de comercio. Las diferencias que surgen en la OMC se refieren esencialmente a promesas incumplidas. Los miembros de la OMC han convenido en que, cuando estimen que otros miembros infringen las normas comerciales, recurrirán al sistema multilateral de solución de diferencias en vez de adoptar medidas unilateralmente. Ello significa seguir los procedimientos convenidos y respetar los dictámenes emitidos.

El Acuerdo de la Ronda Uruguay estableció un procedimiento más estructurado, con etapas más claramente definidas. Implantó una mayor disciplina en cuanto al tiempo que debía tardarse en resolver una diferencia, con plazos flexibles para las diversas etapas del procedimiento. En dicho acuerdo, se hace hincapié en la necesidad de la pronta solución de las diferencias para que la OMC funcione con eficacia. Se establece con gran detalle el procedimiento y el calendario que han de seguirse al resolver las diferencias. Un caso que siga su curso completo hasta la primera resolución no debe durar normalmente más de un año aproximadamente, 15 meses de haber apelación. Los plazos convenidos son flexibles y si se considera que un caso es urgente (por ejemplo, si se trata de productos perecederos) se acelera en la mayor medida posible su solución.

Aunque el procedimiento es en gran parte análogo al de un tribunal o corte de justicia, la solución preferida es que los países afectados examinen sus problemas y resuelvan la diferencia por sí solos.

1.3. Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios

El Acuerdo suscrito en 1995, parte de una serie de compromisos que dieron origen a la OMC y fue firmado por 140 países miembros, entre ellos Guatemala. Es uno de los cinco tratados multilaterales que la OMC administra con la visión de liberar el comercio derribando las barreras estatales.

El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios es un conjunto de normas que abarca el comercio de servicios y que tiene un objetivo: la liberalización de los servicios esenciales para la sociedad que actualmente son prestados por el Estado. Abarca servicios en sectores que afectan al medio ambiente, la cultura, los recursos naturales, el agua potable, la salud, educación, seguridad social, servicios de transporte, de correo o servicios municipales. Impone límites a prácticamente todas las medidas gubernamentales que afecten al comercio de servicios: desde límites impuestos a la legislación laboral hasta la protección del consumidor incluyendo en el tema regulaciones, directrices, subvenciones, cualificaciones y pautas para otorgar permisos.

Lleva implícito la privatización de los servicios públicos, ya que considera que las subvenciones pueden tener efectos distorsionadores en el mercado. De hecho, el sector público no podría situarse en competencia con un servicio ofrecido por una empresa y estaría obligado a multiplicar el presupuesto destinado a un servicio público para ofrecer a la competencia la misma subvención; o a dividirlo y destinar una parte proporcional a competidoras privadas; o privatizar los servicios públicos.

Según la OMC las ventajas de la liberalización de los servicios son: la eficacia en la prestación de los servicios por la mayor competitividad, mayor grado de desarrollo, ahorro de los consumidores, más innovación, transparencia y previsibilidad de las empresas y transferencia de tecnología por la inversión directa extranjera. Sin embargo, cualquiera que haya trabajado en una empresa privada sabe cómo se logra la eficiencia mercantil: principalmente a costa de los clientes y de los trabajadores.

La experiencia ha demostrado que las consecuencias más comunes de la privatización son: la fusión de empresas que generan mercados oligopolistas y terminan por elevar los precios de los productos, inseguridad y disminución de la calidad de los servicios, degradación del medio ambiente y dilapidación de los recursos públicos en oscuros procesos de privatización. La mejora de la calidad de los servicios sociales no debe buscarse mediante la privatización, debe gestionarse desde la participación ciudadana constante.

1.4. Justicia fiscal

Tres elementos componen la justicia fiscal:

- Los deberes del contribuyente.
- El deber del Estado.
- Las obligaciones internacionales.

El contribuyente: Para el contribuyente, la justicia fiscal significa que frente al Estado en

el que reside, se acepta el deber de declarar todas las rentas de modo honesto y abiertamente, pagando los impuestos que se adeudan, según se define en el espíritu de las leyes de ese país o de los países.

El Estado tiene que crear un sistema tributario que:

- Exija que cada persona (sea una persona física o una entidad jurídica, empresa, corporación o fideicomiso) pague sus impuestos conforme a sus recursos económicos.
- No imponga cargas indebidas para cumplir esas leyes fiscales.
- Proporcione una razonable certeza en cuanto a lo que una persona debe pagar.
- Ofrezca un sistema de acceso a la información y un sistema de resolución de dudas cuando la ley no esté clara.
- La administración tributaria tiene que estar exenta de corrupciones y que así se reconozca.
- La recaudación de los impuestos tiene que realizarse dentro del espíritu de la ley.
- Se rinde cuentas de la aplicación dada a los impuestos recaudados de modo transparente.
- El presupuesto y la rendición de cuentas de los gastos públicos tienen lugar mediante procesos democráticos y transparentes.

Además, un Estado tiene que impedir que:

Los sistemas fiscales regresivos hacen recaer la carga impositiva sobre la gente con menores rentas en mayor proporción que sobre quienes gozan de rentas superiores.

- Los sistemas fiscales opresivos hacen tributar más de una vez la misma fuente de renta.
- Los sistemas fiscales incongruentes impongan modalidades y tipos impositivos sustancialmente distintos a formas similares de renta. Los ejemplos incluyen la tributación con tipos diferentes de rentas idénticas, percibidas por individuos o por las empresas de su propiedad, y los regímenes fiscales “estancos” de la mayoría de los paraísos fiscales extraterritoriales, que significa la aplicación de unos sistemas fiscales a las compañías y a las entidades de los no residentes diferentes de los aplicados a los residentes en el territorio del paraíso fiscal.
- Los sistemas fiscales incompletos que no sean integrales en su alcance o toleran que algunas rentas se escapen a través de sus lagunas legislativas, incentivando la evasión fiscal agresiva y los comportamientos que incumplen el pago de impuestos.

Las obligaciones internacionales implican que los asuntos tributarios del Estado tienen una dimensión internacional que requiere que se evite lo siguiente:

- La creación de sistemas fiscales competitivos. Los Estados no compiten entre sí de la manera en que la teoría económica sugiere que dará lugar a un comportamiento económico óptimo. Por el contrario, los sistemas fiscales competitivos darán lugar a comportamientos por parte de los gobiernos seriamente por debajo del óptimo. Por ejemplo, los gobiernos en los paraísos fiscales extraterritoriales que intentan atraer

el capital a su sector de servicios financieros, ofreciendo impuestos bajos o exenciones sobre la renta derivada de esas fuentes, están quitándole ingresos fiscales substanciales tanto a los países en desarrollo como a los desarrollados. Los sistemas fiscales competitivos no pueden ser beneficiosos, puesto que los gobiernos necesitan ingresos para aliviar la pobreza y para financiar la sanidad, la educación y demás servicios sociales.

- El ofrecimiento del espacio soberano del Estado a los ciudadanos y a las entidades legales de otros Estados, de modo que estos puedan eludir cualquier obligación frente al Estado en el que residen o frente a cualquier otro Estado donde realicen actividades económicas. Tal ofrecimiento es un acto injusto que socava el derecho de otros gobiernos de ejercer su soberanía.

1.5. ¿Por qué importa la justicia fiscal?

La justicia fiscal importa porque el sostenimiento de cualquier economía moderna requiere que el Estado consiga suficientes ingresos para financiar la infraestructura física y social esencial para el bienestar económico colectivo; y también para permitir un cierto grado de redistribución de la riqueza entre ricos y pobres con el fin de promover la equidad y la seguridad.

Indiscutiblemente, los servicios sociales, al estar controlados democráticamente por la administración pública y financiados colectivamente a través de los impuestos, son una de las mejores herramientas para proteger el interés general, reducir desigualdades y

posibilitar a los ciudadanos para que puedan ejercer sus derechos universalmente reconocidos.

Los servicios públicos son una de las formas en que se materializan algunas de esas garantías básicas conocidas también como derechos humanos, a través de los servicios de educación, salud, seguridad y transporte público por mencionar algunos, permitiendo que toda la ciudadanía pueda acceder a ellos al margen del mercado, sin excluir a nadie de su utilización o consumo y mucho menos por su capacidad económica.

Actualmente, se ha calculado que: “Con la intermediación de los paraísos fiscales, el dinero que sale de los países en desarrollo corresponde aproximadamente a diez veces la ayuda al desarrollo que se les concede. Lo cual es una cifra apabullante para los esfuerzos de fortalecimiento de los servicios sociales.”³

En Guatemala, la participación del sector privado en el financiamiento, construcción rehabilitación, operación, mantenimiento y modernización en la prestación de servicios públicos es un fenómeno de rápido crecimiento, producto del desempeño normalmente deficiente de los agentes públicos encargados de proveerlos y la mala administración del gasto público. Ante esta situación, la inversión privada ha podido posicionarse como económicamente viable y por lo tanto en una oportunidad para muchos empresarios. En este contexto, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios ha contribuido a la

³ Hernández, Juan. **Paraísos fiscales y desarrollo: un resumen del informe noruego**. Pág. 1.

construcción de un marco de políticas internacionales que tienen como objetivo la apertura de la inversión privada en la prestación de servicios públicos.

CAPÍTULO II

2. El Estado y los bienes del dominio público

El Estado posee bienes que rigurosamente hablando son sociales antes que estatales por cuanto están destinados al disfrute de toda la comunidad y son utilizables por sus componentes sin discriminación.

Estos bienes surgen por:

- Causas naturales (ríos, arroyos, lagos, costas, etc.),
- Causas artificiales (calles, carreteras, museos, puertos, muelles, etc.).

Por regla general la utilización de estos bienes por los particulares es gratuita y son imprescriptibles e inalienables. La Constitución Política de la República de Guatemala, regula los bienes del Estado en el Artículo 121, estipulando que son bienes del Estado:

“ a) Los de dominio público;

- b) Las aguas de la zona marítima que ciñe las costas de su territorio, los lagos, ríos navegables y sus riberas, los ríos, vertientes y arroyos que sirven de límite internacional de la República, las caídas y nacimientos de agua de aprovechamiento hidroeléctrico, las aguas subterráneas y otras que sean

- susceptibles de regulación por la ley y las aguas no aprovechadas por particulares en la extensión y término que fije la ley;
- c) Los que constituyen el patrimonio del Estado, incluyendo los del municipio y de las entidades descentralizadas o autónomas;
 - d) La zona marítima–terrestre, la plataforma continental y el espacio aéreo, en la extensión y forma que determinen las leyes o los tratados internacionales ratificados por Guatemala;
 - e) El subsuelo, los yacimientos de hidrocarburos y los minerales, así como cualesquiera otras sustancias orgánicas o inorgánicas del subsuelo;
 - f) Los monumentos y las reliquias arqueológicas;
 - g) Los ingresos fiscales y municipales, así como los de carácter privativo que las leyes asignen a las entidades descentralizadas y autónomas; y
 - h) Las frecuencias radioeléctricas.”

2.1. Funciones esenciales del Estado guatemalteco

El Artículo 140 de la Constitución Política de la República establece que: “Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo.”

El Artículo 141 del mismo cuerpo legal preceptúa que: “La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La subordinación entre los mismos, es prohibida.”

Se reconocen además los principios de preeminencia de la ley y la nulidad de los actos contrarios a los derechos que la Constitución Política garantiza. Al organizarse el Estado de Guatemala, ha quedado establecido que las funciones del Estado están y deberán estar sometidas al principio de supremacía del derecho, en virtud de lo cual, el Estado ni ninguno de sus elementos es superior a la ley, sino que por el contrario, está sujeto a ella (Artículo 154 constitucional).

La Constitución Política atribuye una función muy importante a los principios éticos que informan su contenido, al reconocer en su Artículo 1 que “el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común,” esto lo convierte en sujeto de derecho, en el cual los constituyentes elevaron al hombre a la categoría de realidad suprema y colocaron al Estado y al derecho a su servicio. La claridad de la dicción constitucional releva de cualquier esfuerzo interpretativo, por lo que se puede concluir que la orientación básica que tiene el sistema de derecho fundamental, de la cual deriva todo el ordenamiento (leyes, reglamentos, sentencias y actuaciones de los poderes públicos) es humanista y hace descansar en la persona el centro de interés del Estado y de la sociedad.

2.2. Distinción entre derecho público y derecho privado

La división del derecho objetivo en dos ramas: pública y privada es obra de la jurisprudencia romana que hizo la distinción entre Estado e individuos. Es por ello que la actuación del Estado es siempre constitutiva de derecho público, mientras que la esfera del derecho privado es la propia de los individuos.

Por derecho privado se entiende que es el sistema normativo que regula las relaciones jurídicas entre los particulares, quienes se encuentran en un plano de igualdad ante la ley. En tanto que derecho público, es el sistema normativo que regula la actuación del Estado en su accionar soberano y determina las relaciones e intereses con sus gobernados mediante la creación de los órganos y procedimientos legales. Comprende de forma jerarquizada las disposiciones constitutivas del Estado, así como las que lo organizan y facultan para intervenir en una diversidad de aspectos sociales como los servicios públicos y la organización económica; así como también, el manejo y la aplicación de las contribuciones obtenidas de los particulares para sufragar los gastos comunes.

2.3. Naturaleza jurídica de los bienes

Los bienes se dividen en:

- Bienes muebles
- Bienes inmuebles

La teoría del derecho divide los bienes en muebles e inmuebles. En sentido absoluto y genérico, por bienes muebles se comprenden los que sin alteración alguna pueden ser trasladados de una parte a otra.

En cuanto a los muebles el Artículo 451 del Código Civil indica que son bienes muebles:

- “ 1. Los bienes que pueden trasladarse de un lugar a otro, sin menoscabo de ellos mismos ni del inmueble donde estén colocados;
2. Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal;
3. Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación;
4. Las acciones o cuotas y obligaciones de las sociedades accionadas, aun cuando estén constituidas para adquirir inmuebles, o para la edificación u otro comercio sobre esta clase de bienes;
5. Los derechos de crédito referentes a muebles, dinero o servicios personales;
6. Los derechos de autor o inventor comprendidos en la propiedad literaria, artística e industrial.”

Asimismo el Código Civil, en el Artículo 454 divide los bienes muebles en: “(Bienes fungibles). Los bienes muebles son fungibles si pueden ser substituidos por otros de la misma especie, calidad y cantidad: y no fungibles los que no pueden ser reemplazados por otros de las mismas cualidades.”

El Artículo 455 del mismo Código considera: “Los semovientes son bienes muebles, pero los animales puestos al servicio de la explotación de una finca se reputan como inmuebles.”

El Código de Comercio estipula que las empresas se reputan bienes muebles. Los bienes muebles se distinguen de los inmuebles en que los primeros pueden trasladarse de un lugar a otro, sea por efecto de actos humanos o por sí mismos, como el caso de los semovientes y los segundos se encuentran fijos al suelo o lugar alguno, pero tal

concepción absolutista admite una flexibilidad por razones sutiles en cuanto a cosas que son separables, es por ello que los inmuebles se clasifican en tres categorías:

- Inmuebles por naturaleza.
- Inmuebles por destino.
- Inmuebles por el objeto al cual se aplican.

Los inmuebles por su naturaleza son aquellos cuyo traslado de un lugar a otro es imposible sin su alteración o destrucción.

Los inmuebles por destino son aquellos muebles que por su naturaleza pertenecen al dueño de un inmueble, por ser accesorios del mismo y necesarios para su uso y explotación y por lo tanto la ley los ha reputado inmuebles.

Los inmuebles por el objeto al cual se aplican, se refieren a los derechos reales constituidos sobre inmuebles. Ejemplo: usufructo, hipoteca, habitación, servidumbre, etc.

El Artículo 445 del Código Civil establece lo siguiente:

“(Bienes inmuebles). Son bienes inmuebles:

1. El suelo, el subsuelo, el espacio aéreo, las minas mientras no sean extraídas, y las aguas que se encuentren en la superficie o dentro de la tierra;

2. Los árboles y plantas mientras estén unidos a la tierra, y los frutos no cosechados;
3. Las construcciones adheridas al suelo de manera fija y permanente;
4. Las cañerías conductoras de agua, gas o electricidad, incorporadas al inmueble;
5. Los ferrocarriles y sus vías; las líneas telegráficas y telefónicas, y las estaciones radiotelegráficas fijas;
6. Los muelles, y los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa;
7. Los viveros de animales, palomares, colmenares, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos de modo permanente a la finca.”

El Artículo 446 del Código Civil, también establece que se consideran inmuebles para los efectos legales, los derechos reales sobre inmuebles y las acciones que los aseguran.

Todas las cosas pertenecientes a los particulares son de propiedad privada, pero en cambio las pertenecientes al Estado o corporaciones públicas, pueden ser de dominio público y de propiedad privada estatal. Entre los diversos criterios para diferenciar ambas clases de cosas propiedad de los entes públicos, está el que atiende a la función económica de los bienes. Según este criterio se consideran de dominio público los que satisfacen directamente las necesidades colectivas; y de propiedad privada los que sirven indirectamente a dichas necesidades.

2.4. Bienes de dominio público

La Constitución Política de la República de Guatemala, regula los bienes del Estado en su Artículo 121, estipulando que son bienes del Estado los del dominio público.

Por su parte, el Artículo 456 del Código Civil determina que los bienes son del dominio del poder público o de propiedad de los particulares. Al regular los bienes del Estado, prescribe que los bienes del dominio del poder público pertenecen al Estado o a los municipios y se dividen en bienes de uso público común y de uso no común.

2.4.1. Bienes nacionales de uso común

Los bienes de uso común están enumerados en el Artículo 458 del Código Civil:

- “1. Las calles, parques, plazas, caminos y puentes que no sean de propiedad privada;
2. Los puertos, muelles, embarcaderos, pontones y demás obras de aprovechamiento general, construidos o adquiridos por el Estado o las municipalidades;
3. Las aguas de la zona marítima territorial en la extensión y términos que fije la ley respectiva; los lagos y ríos navegables y flotables y sus riberas, las vertientes y arroyos que sirven de límite al territorio nacional; las caídas y nacimientos de agua de aprovechamiento industrial, en la forma que establece la ley de la materia y las aguas no aprovechadas por particulares;
4. La zona marítima terrestre de la República, la plataforma continental, el espacio aéreo y la estratosfera en la extensión y forma que determina la ley.”

2.4.2. Bienes nacionales de uso no común

Los bienes de uso no común están definidos en el Artículo 459 del Código Civil:

- “ 1. Los que están destinados al servicio del Estado, de las municipalidades y de las entidades estatales descentralizadas, y los demás que constituyen su patrimonio;
2. Los de uso público, cuando dejen de serlo de hecho o por virtud de una ley;
3. Los ingresos fiscales y municipales;
4. El subsuelo, los yacimientos de hidrocarburos y los minerales antes de ser extraídos, así como cualquiera otra sustancia orgánica o inorgánica del subsuelo;
5. Los terrenos baldíos y las tierras que no sean de propiedad privada;
6. Los que habiendo sido de propiedad particular queden vacantes, y los que adquieran el Estado o las municipalidades por cualquier título legal;
7. Los excesos de propiedades rústicas o urbanas, de conformidad con la ley;
8. Los monumentos y las reliquias arqueológicas;
9. Los bienes mostrencos. (Artículo 596 Código Civil);
10. Lo que el mar arroje y no tenga dueño conocido. (Artículo 671 Código Civil).”

Haciendo un análisis comparativo e interpretativo entre los bienes del dominio del Estado que contempla el Artículo 121 de la Constitución Política de la República, con los que enumera el Código Civil como bienes del dominio del poder público, se puede concluir que la norma constitucional ya no incluye como bienes del Estado la estratósfera y en el caso de los minerales no hace la calificación de que estos sean considerados como bienes del Estado antes o después de ser extraídos, como sí lo

establece el Código Civil, por lo que deberá estarse a lo contemplado en la norma constitucional.

2.4.3. Características de los bienes del dominio publico

Características de los bienes del dominio público (Artículo 461 Código Civil):

- “ a) Inalienabilidad: Constituida por la imposibilidad de ser enajenados. La ley determina los procedimientos que deben cumplirse para disponer de ellos.
- b) Imprescriptibilidad: Protege al dominio contra la adquisición de derecho por el uso prolongado que hicieren de ellos los particulares.
- c) Inembargabilidad: no son susceptibles de ser embargados por los tribunales de justicia, debido a que debe prevalecer el interés general al del acreedor particular.”

Estas características se pueden encontrar en las distintas normas que regulan los bienes del dominio público, como por ejemplo en la Ley de Radiocomunicaciones, Decreto Ley número 433 del Congreso de la República de Guatemala, que prescribe que el dominio del Estado sobre frecuencias y canales utilizables en las radiocomunicaciones del país es inalienable e imprescriptible y pueden explotarlos por sí o ceder el uso a particulares de acuerdo con las prescripciones de esta ley (Artículo 1).

2.4.4. Finalidades de los bienes del dominio público

Las diferentes finalidades a ser satisfechas por los distintos tipos de bienes públicos están determinadas por los diversos fines que les han sido asignados.

Doctrinariamente se puede decir que para referirse a la propiedad y disposición de la institución o ente que administra los bienes del Estado existen dos corrientes. La que aborda el tema con la expresión de bienes de dominio público y bienes patrimoniales y la que los trata como bienes públicos del Estado y bienes privados del Estado. En la primera expresión, en ambos casos se trata de los bienes que son de naturaleza pública y la segunda denominación se refiere a bienes de naturaleza pública cuyo uso y aprovechamiento es privativo del Estado.

Bienes de dominio público:

- Bienes de dominio público o bienes de uso común (ríos, causales, vertientes, caídas y nacimientos de agua, etc.)
- Bienes del dominio privado del Estado o bienes de uso no común (edificios públicos y otros que tienden a satisfacer necesidades públicas).

El dominio público se contrapone a la propiedad privada y abarca varias clases de bienes; fundamentalmente, aquellos que están fuera del comercio cuyo titular es la colectividad y están afectos al uso público.

- Bienes propiedad de una entidad pública destinados a un servicio público cuya competencia administrativa es específica (Artículo 459 Código Civil).

- Bienes a cuya explotación sólo acceden los particulares en virtud de un título administrativo, que generalmente es a través de una concesión o contratación (Artículo 461 Código Civil).

2.5. Recursos del Estado

Se consideran recursos del Estado a todos los ingresos en las arcas estatales, sea cual fuere el concepto por el cual los fondos ingresan.

2.5.1. Finalidad de los recursos del Estado

Fundamentalmente se persigue a través de los recursos del Estado lo siguiente:

- El bien común
- La justicia social
- El interés general
- El beneficio social
- El reconocimiento de un ámbito de poder
- La libertad individual

2.5.2. Clasificación de los recursos del Estado

La más antigua de las clasificaciones de los recursos del Estado se divide en recursos

originarios y recursos derivados.

Los recursos originarios, son los que las entidades públicas obtienen de fuentes propias o por el ejercicio de una industria o comercio. Recursos derivados, son los que las entidades públicas se procuran mediante contribuciones provenientes de las economías de los individuos pertenecientes a la comunidad.

También hay una clasificación que los divide en ingresos ordinarios, que son los que de forma regular y continua son destinados a cubrir el presupuesto financiero normal. Los ingresos extraordinarios tienen en cambio carácter esporádico, siendo provocados por necesidades excepcionales, por eso están por lo general frente a los gastos extraordinarios.

Aun con la vigencia de esta clasificación jurídica tan detallada en Guatemala y con lo que la Constitución Política de la República claramente expresa de que los bienes del Estado están destinados al disfrute y bienestar de todos; esto ha sido desnaturalizado a través de actos de corrupción, que han permitido a determinadas personas apropiarse de manera anómala de bienes públicos, así como también se ha permitido la explotación de los recursos naturales por corporaciones extranjeras en detrimento de la salud de muchísimas comunidades rurales, por mencionar algunos ejemplos.

CAPÍTULO III

3. Capacidad jurídica de la administración pública para mantener relaciones de derecho privado

El Estado, las municipalidades y las entidades estatales gozan de capacidad jurídica para ser titulares de bienes y derechos de naturaleza patrimonial. Existe una clara separación entre los recursos de cada uno de los órganos estatales que conforman la administración pública; en la medida que cada uno ejerce sus competencias sobre su patrimonio con total autonomía, sin interferencia de unas sobre las otras, dentro de su ámbito de competencia y siempre enfocando su actuación patrimonial en el cumplimiento de sus fines, a la vez que se rigen por su propia normativa (Artículos 82, 100, 134, 140, 213, 237, 253, 255 y 260 de la Constitución Política de la República de Guatemala y Artículo 2 del Código Municipal).

La administración pública al ejercitar sus derechos sobre los bienes que conforman su patrimonio; lo hace en ocasiones con rigidez en virtud de las normas establecidas por el derecho privado, tal es el caso de las compraventas, permutas, arrendamientos, etc., que celebran con los particulares, aunque previamente deben emanar disposiciones o resoluciones generadas por procedimientos administrativos preestablecidos, así como para evitar la incorporación de bienes ficticios, poco efectivos o de escasa calidad o valor, que resulten lesivos a los intereses del Estado; las que deben estar enmarcadas en el ámbito de su competencia.

El Artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado 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. Queda a salvo lo dispuesto en convenios y tratados internacionales de los cuales Guatemala sea parte, las donaciones que se hagan a favor del Estado, sus dependencias, instituciones o municipalidades, entidades, asociaciones u otros Estados o gobiernos extranjeros y se registrarán únicamente por lo convenido entre las partes, pero si tales entidades o dependencias tienen que hacer alguna aportación, a excepción de las municipalidades, previamente oirán al Ministerio de Finanzas Públicas.”

El Artículo 2 determina: “Se autoriza la adquisición de bienes, servicios personales y no personales y de suministros entre las dependencias de los organismos del Estado y entre éstas y las entidades descentralizadas, autónomas, unidades ejecutoras y las municipalidades, las cuales se regulan conforme lo establezca el reglamento de esta ley.” El referido Reglamento hace distinción entre los bienes muebles e inmuebles y los somete a procedimientos claramente diferenciables.

3.1. Los contratos administrativos

En términos generales, los contratos administrativos son iguales a los contratos civiles, lo que distingue esencialmente una convención de otra, es el régimen especial a que

están sujetas las partes cuando la administración pública en uso de sus facultades celebra contratos de derecho público.

El Estado tiene la obligación de satisfacer las necesidades de sus habitantes, ese es en primer lugar el objetivo primordial del Estado, porque al satisfacer tales necesidades garantiza la convivencia y la paz social.

La contratación administrativa es una herramienta proporcionada al Estado para cumplir con sus fines. Se dice que es una herramienta porque es por medio de ella, que se logra acordar con un particular la prestación de un servicio o la realización de una obra que el Estado no puede realizar puesto que no tiene la capacidad para ello.

Lo anterior es una valoración en sentido amplio del objeto de la contratación administrativa; pero dicha contratación no se queda ahí, pues se puede afirmar que es vital para el funcionamiento del Estado, que sin ella se caería en un estancamiento imposible de revertir. Tan sencillo como se escucha, el Estado necesita combustible para sus vehículos, papelería para abastecer las oficinas de las carteras del Estado y demás entidades que funcionen con fondos públicos. Para poder obtener dichas prestaciones el Estado recurre a un particular para que le brinde lo que necesita para subsistir, y lo hace por medio de una figura: el contrato administrativo.

Debido a la importancia del contrato administrativo, éste tiene una regulación especial y más aún porque una de las partes que se presentan en la relación jurídica es la administración pública.

3.1.1. Doctrina de los contratos administrativos

Son administrativos, todos aquellos contratos en que interviene la administración pública, legalmente representada, y tienen por objeto la ejecución de una obra o servicio público, ya sea en interés general del Estado, de la provincia o del municipio.

No hay diferencia en cuanto al fondo, entre un contrato civil y otro administrativo, lo que da a un contrato el carácter administrativo y fundamenta la competencia de los tribunales administrativos, es la finalidad del servicio público en vista de la cual se celebra.

Por lo que se puede concluir que es una declaración de voluntad común de un órgano de la administración pública que actúa por el procedimiento de gestión pública y de un particular destinada a regular relaciones jurídicas patrimoniales. El contrato administrativo es el contrato que celebra la administración pública con los particulares con el objeto directo de satisfacer un interés general cuya gestación y ejecución se rigen por procedimientos de derecho público.

3.1.2. Antecedentes históricos de los contratos administrativos

Como primera aproximación a la idea de lo que es la contratación administrativa, conviene hacer una breve referencia al proceso evolutivo a través del cual se llega a la administración pública actual.

Históricamente, la administración pública funcionó más bien como un aparato represor y al servicio del monarca absoluto, sin someterse a las normas jurídicas en su funcionamiento.

A raíz de la Revolución Francesa (1789), la soberanía de un país deja de residir en el monarca y pasa a ser ostentada por el pueblo; y ello, con una consecuencia fundamental: la administración pública pasa a estar al servicio del ciudadano y su funcionamiento queda sujeto a normas jurídicas.

Sin embargo, el núcleo esencial de esa primera administración pública moderna seguía girando; fundamentalmente, en torno a actividades específicamente públicas, sin correspondencia posible con la actividad de los particulares, por lo que las normas jurídicas destinadas a regular su funcionamiento tenían que ser; necesariamente, de exclusiva aplicación a la administración pública.

Estas normas específicamente públicas, al irse desarrollando e incrementando, con el tiempo dieron lugar al nacimiento de una rama especial del derecho, el derecho administrativo, en cuanto derecho regulador del funcionamiento y de los derechos y

obligaciones de la administración pública, diferenciado del derecho privado, cuyo ámbito queda circunscrito exclusivamente a las relaciones entre particulares.

En aquellos primeros momentos del derecho administrativo, no existían los contratos administrativos como figura jurídica peculiar, ya que el aparato administrativo era autosuficiente para atender por sí mismo las necesidades de la sociedad.

Entonces, ¿cómo nacieron los contratos administrativos como contratos dotados de una regulación distinta a la de los contratos privados? Para ello, fue necesario que se produjera un proceso de profunda evolución en el que, partiendo inicialmente de un grado muy reducido de intervención administrativa, se va evolucionando hacia un volumen muy elevado de actuaciones públicas en todas las áreas que afectan al funcionamiento de la sociedad.

Inicialmente, el Estado moderno nacido de la Revolución Francesa era acérrimamente liberal, lo cual suponía la menor injerencia posible de la administración en los asuntos privados de los ciudadanos. Esto, unido a la Revolución Industrial que tuvo lugar a lo largo del siglo XIX, hizo nacer lo que se conoce por capitalismo, que en poco tiempo llevó al extremo la explotación de unos ciudadanos por otros, hasta el punto de generar situaciones sociales insostenibles.

El resultado de aquel proceso provocó en la mayoría de países europeos, el surgimiento de focos prerrevolucionarios que, reaccionando contra el liberalismo capitalista,

propugnaban por el predominio absoluto de los intereses de la sociedad, de lo colectivo y; por tanto, del Estado sobre los intereses particulares de cada individuo.

Tras estos estallidos revolucionarios, la concepción del Estado empieza a evolucionar hacia lo que hoy se conoce como Estado social de derecho, el cual se define como: “Un sistema que propone fortalecer servicios y garantizar derechos considerados esenciales para mantener el nivel de vida necesario para participar como miembro pleno en la sociedad. Es decir, un Estado preocupado por el bienestar medio de la mayoría de los ciudadanos y que, para conseguir tal objetivo, fomenta, por una parte, la actividad económica privada, fortaleciendo las infraestructuras y el entramado económico y social del país y, por otra parte, interviene corrigiendo desigualdades y prestando un mayor número de servicios a los ciudadanos.

Este progresivo e importante incremento de las actuaciones del Estado provoca que la administración pública necesite utilizar; cada vez más, la contratación con particulares para hacer frente a la realización de determinados servicios y; por fin, cuando tales contrataciones se generalizan, surgen definitivamente los contratos administrativos, diferenciados de los contratos civiles, con una regulación específica propia, determinada por una doble exigencia: las peculiaridades funcionales de la administración como organización, y las peculiaridades derivadas del interés público y de la posición dominante de la administración”.⁴

⁴ wikipedia.org. **Estado social**. (8 de agosto de 2010).

3.1.3. Derecho comparado de la contratación administrativa

Otras legislaciones alrededor del mundo han procurado darle un especial desarrollo en lo que respecta a la contratación realizada por la administración pública, creando leyes especiales que regulan el contenido del contrato administrativo y las formas en que se celebra. Esto se regula de distintas maneras dependiendo de la legislación de cada país.

El concepto de contrato administrativo, para la legislación costarricense, se refiere a la relación contractual surgida como resultado de un procedimiento, ordinario o extraordinario, previsto por la ley, mediante el cual la administración pública escoge al contratista, teniendo como fin último satisfacer una necesidad pública. La regulación de los contratos administrativos se desarrolla en las siguientes leyes:

- Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento General
- Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos.

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

La legislación chilena nunca ha contado con una ley general reguladora de la contratación administrativa, pese a que la Constitución Política de Chile regula y categoriza claramente los actos administrativos: decretos y resoluciones, distinguiéndolos de los contratos administrativos.

Ante este tipo de vacío normativo, la contratación pública se encuentra regulada en las leyes y reglamentos especiales que se ocupan de normar algunos contratos que celebra la administración del Estado.

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

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su Artículo 5 establece que:

"Son contratos administrativos:

- a) Aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de concesión de obras públicas, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del Artículo 206 referente a contratos de seguros bancarios y de inversiones, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo

Artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos (modificado por Ley 13/2003).

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

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

Los tipos de contrato reconocidos por la legislación española son:

- de obras
- de gestión de servicios públicos
- de suministros
- de consultoría, asistencia y de servicios.

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

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

Tomando en cuenta a la región centroamericana, suramericana y europea, al comparar la legislación costarricense, chilena, española e inglesa con la guatemalteca, se deduce que todos los sistemas normativos mencionados tienen sus propias fortalezas y debilidades. Algunos cuentan con legislación especializada que evita la aplicación supletoria de otras leyes y dependencias estatales especiales para la integración de la información de los procedimientos de contratación administrativa del gobierno central. Sin embargo, una característica que comparten todos, menos Guatemala, es el contar con tribunales de justicia verdaderamente operantes, que posibilitan un castigo certero

para quienes han utilizado métodos fraudulentos para enriquecerse ilícitamente en la celebración de contratos administrativos.

3.1.4. Características

- A. Cláusulas exorbitantes: Pueden ser expresas o pueden ser virtuales o implícitas (facultades de dirección y control estatal). Puede no haber este tipo de cláusulas. Este tipo de cláusulas, admitidas por el derecho público, no son admisibles en el derecho privado, su sola existencia acarrearía la nulidad del contrato.
- B. Formales: Generalmente estos contratos se celebran por escrito.
- C. Prerrogativas del poder público: Acarrea la desigualdad jurídica entre las partes, ello no implica la falta de protección del contratante.
- D. Intuitu personae: Es un contrato celebrado entre personas definidas.
- E. Restricción del contratante para cesionar: Salvo que el Estado preste su acuerdo a la cesión.
- F. Efectos respecto de terceros: Puede tenerlos, como por ejemplo en una cesión de servicio público.
- G. Diferencias entre las partes: En el supuesto de excepción de incumplimiento, para que la excepción sea viable y poder rescindir el contrato, el contratante debe acudir a los órganos jurisdiccionales, el Estado en cambio, puede rescindir el contrato unilateralmente.

3.1.5. Elementos

- A. Intervención del Estado: Celebrado por un organismo estatal competente.
- B. Objeto del contrato: Se refiere a la obligación consistente en una prestación de dar, hacer o no hacer, querida por las partes. Pueden ser objeto del contrato cosas que están fuera del comercio.
- C. Acuerdo de voluntades: Implica una manifestación de voluntad coincidente de las partes y presupone la capacidad jurídica del contratante y la competencia del órgano estatal.
- D. Causa del contrato: Es la situación de hecho que ha considerado la administración pública y que determina al contratar para satisfacerla.
- E. Forma: Se refiere a como se documenta el vínculo contractual.
- F. Finalidad del contrato administrativo: Es la satisfacción del interés general, fin que debe ser tenido en cuenta por la administración pública en la realización del contrato.

3.1.6. Principios

- A. **El principio de legalidad:** Conforme a este principio fundamental en el estado de derecho, los órganos o autoridades del Estado y por ende de la administración pública, sólo pueden hacer lo que la ley expresamente les permite, en la forma y términos en que la misma determina, por lo que su actuación habrá de fundarse y motivarse en el derecho vigente. En consecuencia, el contrato administrativo queda sujeto a un régimen jurídico determinado porque la administración es una

función esencialmente ejecutiva, ella tiene en la ley el fundamento y el límite de su acción.

B. El principio de continuidad: Se refiere a este principio a la continuidad del contrato administrativo y al derecho de la administración pública a exigir al contratante la continuidad o no interrupción en la ejecución del negocio contractual, pudiendo recurrir, en caso de interrumpirse, a la ejecución por cuenta del contratante, lo cual representa una notable diferencia con el contrato del derecho privado, en la cual las partes carecen de la posibilidad de exigirse mutuamente un cumplimiento incondicionado. Por tanto, la ejecución de los contratos administrativos, conforme al principio de continuidad, no debe interrumpirse ni retrasarse, a efecto de que se pueda alcanzar cabal y oportunamente su finalidad inspirada en el interés público.

C. El principio de mutabilidad: Se deriva del interés público que es quien lo orienta, por lo cual al variar los requerimientos existentes a la celebración del contrato, deberá modificarse éste para asegurar el interés público, sin que el contratante pueda oponer el principio *pacta sunt servanda*. De tal suerte, que con base en el principio de mutabilidad, el contrato administrativo puede ser unilateralmente modificado por ésta, en aras del interés público y en clara contradicción al principio contractual proveniente del derecho romano *pacta sunt servanda*, por lo cual se suele considerar al de mutabilidad como el más importante de los principios rectores del contrato administrativo.

D. El principio de equilibrio financiero: Conocido este principio, además como principio de la ecuación financiera, en el contrato administrativo se debe mantener el equilibrio financiero establecido en el momento de su celebración, con el propósito de que las partes no resulten perjudicadas o, cuando menos, que los perjuicios ocasionados se reduzcan a su mínima expresión, como consecuencia de una relación que se torna inequitativa, ya por causas imputables al Estado o a la administración pública, bien por causas no imputables al Estado, para lo cual se emplean mecanismos diversos.

3.2. Distintas formas de disposición de los bienes del Estado

Las formas de disposición de los bienes del Estado pueden ser:

- A. Por disposición de la ley
- B. Enajenación por subasta pública
- C. Compraventa
- D. Concesión
- E. Arrendamiento
- F. Usufructo
- G. Donación
- H. Permuta

3.2.1. Por disposición de la ley

Es la forma de disponer de los bienes del Estado mediante la disposición de la ley. Un ejemplo de esta modalidad de disposición de bienes públicos es la asignación de no menos del cinco por ciento de los ingresos ordinarios del Estado, con la que cuenta la Universidad de San Carlos de Guatemala según consta en el Artículo 84 de la Constitución Política de la República.

3.2.2. Enajenación por subasta pública

En esta modalidad los oferentes pueden presentar sus ofertas mediante mecanismos por cuyo medio los bienes a enajenarse se adjudican a la mejor postura u oferta de adquisición (Artículo 89 inciso 2 de la Ley de Contrataciones del Estado).

3.2.3. Compraventa

El Artículo 1790 del Código Civil indica: “Por el contrato de compraventa el vendedor transfiere la propiedad de una cosa y se compromete a entregarla y el comprador se obliga a pagar el precio en dinero.” Este Artículo es aplicable también a las obligaciones que se originan cuando uno de los contratantes es el Estado.

3.2.4. Concesión

La concesión entraña la realización de una obra pública o la realización de un servicio público y puede definirse como una forma de gestión en virtud de la cual un ente público concedente, encarga a otro sujeto concesionario en virtud de un contrato celebrado con el mismo, de hacer funcionar un servicio público a su cuenta y riesgo, remunerándole mediante tarifas que obtiene del usuario. Es un modo de gestión indirecta en la cual la administración permaneciendo titular del servicio, encomienda su explotación a un particular que corre con los riesgos económicos de la empresa.

3.2.4.1. Características de la concesión

- A. La administración tiene un poder originario para controlar el servicio y hacer que se preste en las condiciones reglamentarias.
- B. El personal del servicio no es funcionario y sus relaciones con el concesionario tienen carácter privado.
- C. El concesionario tiene poderes delegados para hacer cumplir a los usuarios los reglamentos.
- D. La administración conserva la facultad de controlar las tarifas de utilización de los servicios.
- E. La situación del concesionario del servicio público es temporal, por lo que a la falta de cláusula expresa no puede presumirse su perpetuidad, ni tampoco tendría validez la cláusula expresa que la admitiese.

- F. El servicio concedido debe prestarse precisamente por el concesionario; sin embargo, con autorización de la administración el concesionario puede transmitir sus derechos o concertar con los terceros la gestión de prestaciones accesorias.
- G. La administración dispone de una potestad sancionatoria o correctiva sobre el concesionario.

3.2.4.2. Clasificación de las concesiones

- A. Por el sujeto concedente: estatales y municipales.
- B. Por el sujeto concesionario: a particulares y concesiones a otro ente público.
- C. Por el objeto: para la obra pública, para servicio público.

3.2.5. Arrendamiento

El Código Civil, en su Artículo 1880, establece que: “El arrendamiento es el contrato por el cual una de las partes se obliga a dar el uso o goce de una cosa por cierto tiempo, a otra que se obliga a pagar por ese uso o goce un precio determinado. Todos los bienes no fungibles pueden ser objeto de este contrato, excepto aquellos que la ley prohíbe arrendar y los derechos estrictamente personales. La renta o precio del arrendamiento debe consistir en dinero o en cualquiera otra cosa equivalente con tal que sea cierta y determinada.”

Asimismo, el Artículo 1896 del mismo cuerpo legal dice: “Los arrendamientos de bienes nacionales, municipales o de entidades autónomas o semiautónomas estarán sujetos a

sus leyes respectivas y subsidiariamente a lo dispuesto en este Código.”

Otros cuerpos legales tales como el Código Municipal, el Decreto número 126-97 Ley creadora de OCRET, el Decreto número 1551 del Congreso de la República de Guatemala Ley de Transformación Agraria, contienen disposiciones especiales con relación al arrendamiento de bienes nacionales.

3.2.6. Usufructo

El usufructo es un derecho real sobre cosa ajena que otorga el más amplio goce posible de la cosa con tal que no implique su deterioro o destrucción por tiempo limitado. El titular del derecho se llama usufructuario y la propiedad gravada con este derecho nuda propiedad.

De conformidad con el Código Civil, se establece que pertenecen al usufructo los frutos naturales y civiles que los bienes produzcan ordinaria y extraordinariamente, salvo las limitaciones establecidas en el título en que se constituya. El usufructo debe constituirse en escritura pública y puede constituirse por tiempo fijo, vitalicio, puramente o bajo condición pero no a perpetuidad y sobre toda clase de bienes muebles e inmuebles. Puede constituirse a favor de personas individuales y jurídicas.

El usufructo de bienes nacionales podrá ser hasta por cincuenta años. El Estado a través de distintos entes públicos ha otorgado en usufructo principalmente bienes inmuebles y últimamente; se ha utilizado este tipo de contrato para favorecerse de patrimonios completos de entidades, con el objeto de evitar el otorgamiento de la

concesión que resulta más favorable a los intereses del Estado; a pesar de ello, su control se encuentra relegado a las entidades que los otorgan y en muy pocos casos la Dirección de Bienes del Estado y Licitaciones que es la entidad garante de su control, posee un registro unificado de tales bienes y por ende de tales contratos.

3.2.7. Donación

De conformidad con el Artículo 1885 del Código Civil, la donación entre vivos es un contrato por el cual una persona transfiere a otra, la propiedad de una cosa a título gratuito. La donación debe ser celebrada en escritura pública. Este Artículo deberá ser aplicado supletoriamente a las donaciones realizadas a favor del Estado, por no existir una norma específica que regule ese tipo de contrato cuando el donante o donatario es el Estado.

3.2.8. Permuta

El Artículo 1852 del Código civil establece que la permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes transfiere la propiedad de una cosa a cambio de la propiedad de otra. Cada permutante es vendedor de la cosa que da y comprador de la que recibe a cambio y cada una de las cosas es precio de la otra. Este contrato se rige por los mismos principios del contrato de la compraventa en lo que fueren aplicables. Asimismo, se ha establecido que en el cambio o permuta de bienes raíces pertenecientes a la nación se observarán las reglas contenidas en dicha ley, previa declaratoria del poder ejecutivo de haber lugar al cambio, atendida la necesidad y bene-

ficio de la adquisición de que se trate.

En Guatemala y en la mayoría de países alrededor del mundo, una de las razones tradicionales para explicar la propiedad y operación de infraestructura por parte del sector público es la alta inversión de capital necesario. Sin embargo, este argumento ha venido cediendo ante las tasas de retorno relativamente altas sobre las inversiones de capital en dicho sector. Lo cierto es que los gobiernos están menos dispuestos y menos preparados para seguir asumiendo estas responsabilidades.

CAPÍTULO IV

4. Régimen jurídico administrativo de los bienes del Estado en Guatemala

En síntesis, se puede afirmar que en Guatemala existe un esparcimiento de normas que regulan los bienes del dominio público en distintos cuerpos legales. Para el aprovechamiento y la enajenación de los bienes de las entidades autónomas y descentralizadas debe emitirse una ley específica. Además, no existe un ente estatal encargado de administrar y controlar de manera eficiente la totalidad de los bienes que integran los bienes del Estado, tanto los bienes públicos de uso común, como sus bienes patrimoniales de uso no común.

4.1. Antecedentes legislativos del régimen jurídico administrativo de los bienes del Estado en Guatemala

En la época independiente se hizo referencia a los servicios públicos por primera vez en la legislación guatemalteca, específicamente en el Código Postal, Decreto número 650 del Presidente de la República promulgado por Manuel Estrada Cabrera. Se reguló el correo como un servicio público.

Posteriormente, se hizo referencia a las concesiones y contratos otorgados por el Estado en el Decreto número 7 de la Asamblea Nacional Constituyente, que contiene las reformas a la Constitución Política de 1921. En él se estableció que el Estado se

reserva las atribuciones relativas a correos, telégrafos, radiotelegrafía, navegación aérea, acuñación de moneda fiduciaria y papel moneda. Contempló que podían ser delegados por contratos o pactos, previa aprobación de la Asamblea Nacional Legislativa. Asimismo, incluyó una norma que establecía que corresponden a la nación y no es enajenable el derecho de propiedad de todas las substancias inorgánicas, mientras se encuentren en el subsuelo. Hacía algunas excepciones con respecto a tales substancias entre las que se encontraban las aguas.

Previamente, el Decreto número 647 de la Asamblea Nacional Legislativa ordenó por vez primera la elaboración de inventarios y avalúos de todos los útiles y enseres de los despachos ministeriales, fue promulgado el 28 de abril de 1906, siendo Presidente Manuel Estrada Cabrera. Dicho Decreto Legislativo se refería únicamente a bienes muebles, no así a los inmuebles.

El Decreto número 982 de la Asamblea Nacional Legislativa de fecha 10 de noviembre de 1928, siendo Presidente Lázaro Chacón, pretendió estructurar una dependencia controladora de los bienes del Estado, éste creó el entonces llamado Departamento de Bienes del Estado, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por el cual se ordenaba el control, valoración y cuidado de los bienes inmuebles que no sean municipales o de la nación. Se puede decir que es el primer antecedente de enumeración de los bienes del Estado, con la deficiencia de que no se ordenó un control completo e integral de todos los bienes del Estado independientemente de que fuesen o no patrimoniales, sino que hizo exclusión de los bienes municipales y los de la nación.

En dicho cuerpo legal se expresaba que debían ser controlados los siguientes bienes:

- Edificios de los poderes del Estado
- Edificios de las secretarías de Estado
- Establecimientos de educación pública y de beneficencia
- Bibliotecas, archivos, registros públicos, observatorios e instituciones científicas
- Museos, teatros
- Edificios de correos, telégrafos, teléfonos y otros servicios públicos
- Faros, semáforos y construcciones para el servicio de salvamento
- Ferrocarriles, tranvías y canales
- Cárceles, correccionales y penitenciarías
- Cuarteles, fortalezas, campos fortificados, campos de tiro, arsenales, astilleros y demás terrenos y construcciones militares
- Establecimientos fabriles, depósitos y almacenes
- Paseos, plazas y parques
- Fincas y terrenos
- Edificios de todo género para oficinas públicas
- Plantas eléctricas.

Tres años después se emitió el Acuerdo Gubernativo número 1142 del 2 de mayo de 1931 del gobierno de Jorge Ubico, que establecía que las fincas rústicas pertenecientes a la nación no afectas a un servicio especial, serían administradas por la Secretaría de Agricultura, quien cuidaría de su conservación, sostenimiento y explotación; y que las

fincas urbanas propiedad del Estado no afectas a un servicio especial, serían administradas por la Secretaría de Fomento y que ambas secretarías serían supervisadas por el Departamento de Bienes Nacionales.

Los bienes del Estado no fueron incluidos en las normas constitucionales en forma expresa, sino hasta la Constitución Política de 1945, decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el 11 de marzo de 1945, que fue la primera en incluir dentro de su normativa una disposición que enumerase los bienes de la nación, siendo esa norma el Artículo 89. Asimismo, disponía en el Artículo 93 que el dominio directo del Estado sobre los bienes es inalienable e imprescriptible. Se exceptúan los excesos de la propiedad particular, los derechos adquiridos para los efectos de la titulación y los bienes muebles, derechos y acciones. El Estado podrá otorgar en las condiciones que determina la ley; el dominio útil de sus inmuebles rústicos con el objeto de que los trabajen preferentemente colectividades y en su defecto familias y sociedades no accionadas, salvo aquéllas que organicen y en que participe el Estado. Por causa de necesidad o utilidad pública o interés social y en casos de excepción; el Estado puede enajenar sus bienes urbanos o permutar pequeños lotes rústicos en la extensión que señale la ley.

El Decreto número 93 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Organismo Ejecutivo, de fecha 25 de abril de 1945, en su Artículo 20 inciso 7 expresaba que corresponden al Ministerio de Hacienda y Crédito Público: “Los registros, inventarios, superintendencia, administración y control de los bienes nacionales, que no estén afectos expresamente a otras dependencias del Estado.”

El Decreto número 168 de Castillo Armas, del 9 de diciembre de 1954, establecía que todos los jefes de las oficinas y dependencias del Estado, sin excepción alguna, debían proceder a formar y suscribir un inventario de todos los bienes muebles, valores, enseres y útiles al servicio de los despachos que están a su cargo, esta disposición no hizo referencia a los bienes inmuebles.

El Decreto Presidencial número 436 de fecha 21 de octubre de 1955, de Carlos Castillo Armas, estableció el procedimiento de venta de bienes muebles y semovientes no utilizables que las oficinas del Estado tengan mediante autorización del ministerio del que dependan y que deberían poner en conocimiento del Departamento de Bienes Nacionales y Licitaciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que dicho órgano dispusiera su traslado, venta o destrucción. Al igual la ley antes citada, omitió los bienes inmuebles.

La Constitución Política de la República decretada el 2 de febrero de 1956, en su Artículo 214, estableció cuales eran los bienes de la nación, que eran los mismos incluidos en la Constitución Política de la República de Guatemala de 1945, con la adición de los monumentos y las reliquias arqueológicas. Establecía que las tierras nacionales, ejidales y municipales, así como los bienes de la colectividad o comunidades sólo podrían ser enajenadas sujetando la venta a los fines fiscales de la operación. Dispuso además, que el poder ejecutivo tenía la facultad para celebrar contratos para el establecimiento o creación de servicios públicos por plazos prorrogables. Los plazos y las prórrogas no podían exceder de 50 años. La forma y condiciones de la revisión y renegociación de contratos administrativos eran

determinados en la ley. Precisa aclarar que las leyes a que se refieren estas normas constitucionales no fueron emitidas por el Organismo Legislativo.

El Código Civil, Decreto Ley número 106, emitido el 14 de septiembre de 1963, contiene las disposiciones legales que enumeran cuales son los bienes del Estado de uso común y no común, pero por la naturaleza de las relaciones jurídicas que regula dicho cuerpo legal, omite el establecimiento de la institucionalidad y procedimientos que deben ser aplicables a dichos bienes, de tal manera que sus normas son aplicables en forma supletoria.

Por su parte la Constitución Política de la República decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el 15 de septiembre de 1965, regula en similares términos a los contenidos en la Constitución Política de la República de 1945, lo relativo a los bienes de la nación en el Artículo 129 y en el Artículo 132, que establece que los bienes nacionales sólo podrán ser enajenados en la forma que determine la ley, la cual fijará las limitaciones y formalidades a que deba sujetarse la operación y los objetivos fiscales de la misma. Para las entidades descentralizadas, autónomas o semiautónomas, regirán sus leyes y reglamentos. En cuanto a los bienes municipales determinados, los bienes municipales sólo podrán ser enajenados por los motivos y en la forma que los bienes nacionales. Estableció que en la transmisión o transferencia de los derechos para la explotación de los recursos forestales, debían celebrarse contratos con el Estado y éste podría otorgar concesiones previa licitación pública. Reconoció a los particulares el derecho de actividades agrícolas, estableciendo que no pueden adquirirse en propiedad las aguas de la nación, salvo las que se destinen al servicio

urbano. Declaró de urgencia nacional la electrificación del país con base en planes formulados por el Estado. Las leyes relacionadas con los bienes del Estado a que se refirió esta Constitución Política nunca fueron emitidas.

El Decreto número 106-71 que contiene la Ley del Ministerio de Finanzas Públicas en su Artículo 4 definía las funciones y atribuciones de tal ministerio y en el inciso 5 disponía inventariar y registrar el patrimonio del Estado, incluyendo el de sus entidades descentralizadas, autónomas; y el inciso 16 determinaba controlar, registrar, vigilar y custodiar los caudales y bienes de la nación, cuando dichas funciones no estén encomendadas expresamente por la ley a otras dependencias o entidades gubernamentales.

El Acuerdo Gubernativo número 5-72 del 16 de febrero de 1972, que contenía el Reglamento de la ley del Ministerio de Finanzas Públicas en el capítulo cuarto contempló al Departamento de Bienes del Estado y Licitaciones, el que tenía como atribuciones:

- Inventariar los bienes inmuebles del Estado y registrar su uso o destino.
- Llevar el control y registro cuando el Estado fuere parte de los contratos de enajenación, arrendamiento, usufructo y uso de inmuebles, o de cualquiera otra persona.
- Recibir en custodia los edificios propiedad del Estado, que no tengan uso específico.
- Llevar el control y registro de los derechos, acciones y valores del Estado, deposita-

dos en el Banco de Guatemala y mantenerlos en custodia de dicha institución, etc.

El Decreto Ley número 141-85, estableció la facultad del Estado y sus entidades descentralizadas o autónomas para adquirir bienes muebles que carezcan de inscripción en el Registro de la Propiedad y su posterior registro mediante el procedimiento previsto en dicha ley. El Acuerdo Ministerial número 8-89 del Ministerio de Finanzas Públicas del 27 de marzo de 1989, contiene el Reglamento Interno de la Dirección de Bienes del Estado y Licitaciones, que fue elevado a la categoría de Dirección de Bienes Inmuebles Estatales; que tiene la obligación de determinar su ubicación y destino, mantenerlos en condiciones adecuadas de utilización, controlar el pago de los arrendamientos y realizar las diligencias de las licitaciones y subastas públicas de dichos bienes. Entre las secciones en que se organiza se cuenta con las secciones de Control de Bienes, de Inventarios y de Licitaciones , haciéndose notar el hecho de que ya se incluye dentro de los bienes a inventariar los bienes inmuebles propiedad del Estado. Este Acuerdo tiene una deficiencia técnica, porque mediante un Acuerdo Ministerial se introdujo una reforma al Acuerdo Gubernativo número 5-72, al cambiar la denominación del Departamento de Bienes del Estado y Licitaciones, lo que no es posible por tratarse de una norma que jerárquicamente es superior y por consiguiente no era susceptible de ser reformado por ese medio. Posteriormente, para suplir la ausencia de normatividad necesaria para la realización de las operaciones de inventario de los bienes muebles de las entidades estatales se emitió el Acuerdo Gubernativo número 217-94 que contiene el Reglamento de Inventarios de los Bienes Muebles de la Administración Pública, el que define el procedimiento a seguir para su registro y actualización.

El Acuerdo Ministerial número 39-95 del Ministerio de Finanzas Públicas contiene el Reglamento Interno de la Dirección de Bienes del Estado y Licitaciones; que define como objetivo de esta dirección la administración en forma eficiente del patrimonio del Estado mediante la habilitación de registros ágiles y funcionales que le permitan operar y mantener actualizado el inventario de bienes muebles, inmuebles, valores y acciones, así como la realización de licitaciones y subastas públicas. Dentro de las unidades se encuentra el Departamento de Investigación de Inmuebles, el Departamento de Investigación Social y el Departamento de Bienes Inmuebles, este último se integró así:

- Sección de Adjudicaciones
- Sección de Adscripciones y Arrendamientos
- Sección de Donaciones y Usufructos
- Sección de Trámite de Escrituración
- Sección de Permutas y Traslados

Este Acuerdo Ministerial quedó derogado por el Decreto número 114-97, Ley del Organismo Ejecutivo, de fecha 12 de diciembre de 1997, que derogó también el Decreto número 106-71 Ley del Ministerio de Finanzas Públicas; sin embargo, la Dirección de Bienes del Estado y Licitaciones continúa operando con la misma estructura organizativa, pero sin que hasta la fecha se hubiere cumplido con emitir el Reglamento que ordena el Artículo 49 de la Ley del Organismo Ejecutivo por el cual se definen sus funciones y atribuciones.

El referido Decreto número 114-97 en su Artículo 35 literal m), contempla que entre las atribuciones del Ministerio de Finanzas Públicas está la de consolidar el registro de los bienes del Estado y de los títulos-valores que constituyen los activos del Estado, incluyendo los de las entidades descentralizadas y autónomas.

El Decreto número 1-98 del Congreso de la República de Guatemala creó la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT), que vino a sustituir a las anteriores Direcciones Generales de Aduanas y Rentas Internas, la cual goza de autonomía funcional, económica, financiera, técnica y administrativa, tiene personalidad jurídica, patrimonio y recursos propios, su principal fuente de financiamiento es el dos por ciento del total de los tributos internos y del comercio exterior y accesorios que perciba. Por Acuerdo número 2-98, emitido por dicha entidad, se definieron sus funciones que consisten en la fiscalización y verificación de las obligaciones tributarias, pero no del control de la supervisión y control de los bienes del Estado, por lo que precisa definir un ente descentralizado que asuma de manera eficiente dichas funciones.

Esta breve referencia a la legislación dispersa emitida hasta la fecha, evidencia que no sólo ha imperado el desorden en la administración y aprovechamiento de los bienes del Estado, sino que éste ha sido propiciado y facilitado por la carencia de una adecuada legislación que regule todo lo relacionado con estos bienes.

Por otra parte, es preciso aclarar que tal legislación evidencia lagunas temporales, en cuyos períodos no se encontró normativa alguna que hubiese sido emitida con el objeto de regular esta materia.

4.2. Legislación vigente sobre las concesiones en Guatemala

Guatemala no cuenta con una legislación marco que regule integralmente y de forma sostenible la participación privada en la prestación de servicios públicos. La legislación existente se circunscribe a lo estipulado en la Constitución Política de la República de Guatemala Artículo 183, inciso k, la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 57-92 y sus modificaciones Decreto número 20-97 del Congreso de la República de Guatemala y el Código Municipal, Decreto número 12-2002.

4.2.1. Constitución Política de la República de Guatemala

En cuanto a la aprobación de los contratos de concesión, el Artículo 183, inciso k, contempla dentro de las funciones del Presidente de la República, someter a la consideración del Congreso para su aprobación, y antes de su ratificación los contratos y concesiones sobre servicios públicos.

También contempla en el Artículo 120, la posibilidad del Estado para intervenir las empresas que prestan servicios públicos: “El Estado podrá, en caso de fuerza mayor y por el tiempo estrictamente necesario, intervenir las empresas que prestan servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando se obstaculizare su funcionamiento.”

4.2.2. Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento

La Ley de Contrataciones del Estado, fue modificada por el Decreto número 20-97 en lo

concerniente a la enajenación de bienes del Estado y los contratos y concesiones sobre servicios públicos.

A) En cuanto a la aprobación de contratos de concesión: El Artículo 96, inciso 12, refiere dichos contratos a la consideración y aprobación del Congreso de la República. Esta misma disposición se repite en el Artículo 63 del Reglamento.

B) En cuanto a la regulación del concesionario: El Artículo 97, inciso 9, indica los componentes del acuerdo gubernativo que otorga la concesión, incluyendo el mecanismo para la determinación y ajuste de tarifas por el servicio a prestarse y los estándares de calidad del mismo

C) En cuanto a la resolución del contrato: El Artículo 97, inciso 11, indica brevemente la facultad del concedente de revocar el mandato aun sin justa causa. No obstante, el Artículo 67 del Reglamento pareciera limitar las acciones en este sentido a situaciones de utilidad pública.

4.2.3. Código Municipal

El municipio debe regular y prestar los servicios públicos municipales de su circunscripción territorial y; por lo tanto, tiene facultad para otorgar a personas individuales o jurídicas, la concesión de la prestación de servicios públicos municipales que operen en su circunscripción territorial, con excepción de los centros de acopio,

terminales de mayoreo, mercados municipales y similares, mediante contrato de derecho público y a plazo determinado.

4.2.3.1. Condiciones de la concesión municipal

Además de lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, el contrato en que se formalice una concesión para la prestación de un servicio municipal, según el Artículo 75 del Código Municipal, deberá establecer:

“a) La aceptación, por parte del concesionario, de las ordenanzas y reglamentos municipales que regulen el funcionamiento del servicio.

b) La obligación del concesionario de llevar contabilidad de conformidad con la ley, para su verificación en todo tiempo, por la Contraloría General de Cuentas, al ser requerida a la municipalidad el estado financiero de la empresa.

c) La obligación del concesionario de poner a disposición de la municipalidad los libros y documentos de contabilidad y de proporcionarle, en cualquier momento, la información que se le requiera.

d) El derecho de la municipalidad de adquirir el servicio gratuitamente o previa indemnización, según sea la naturaleza y condiciones en las que la misma se otorgó, al expirar el plazo de la concesión. En el supuesto de indemnización, se hará el avalúo de los bienes, tomando en consideración todos los elementos y factores que determinen su precio real, sin atenerse exclusivamente a declaraciones catastrales o fiscales, informes o datos de entidades o dependencias del Estado, debiendo someterse el expediente y el proyecto de contrato correspondiente a revisión de la Contraloría General de Cuentas

antes de su aprobación, y no se hará ningún pago a cargo del contrato de traslación de los bienes sino hasta que haya sido aprobado por el Concejo Municipal y la resolución esté firme. En todo caso, la municipalidad debe hacerse cargo del servicio, libre de pasivos de cualquier clase.”

4.2.3.2. Intervención de los servicios municipales

Según el Artículo 76 del Código Municipal: “...la municipalidad tiene la potestad de intervenir temporalmente el servicio público municipal, que se administre y preste deficientemente, o que deje de prestarse sin autorización alguna, o en el que se falte a las ordenanzas y reglamentos municipales o a las obligaciones contraídas por el concesionario en el contrato correspondiente.”

4.2.3.3. Causas para revocar la concesión

Según el Artículo 77 del Código Municipal: “La concesión de servicio público municipal podrá ser revocada por cualquiera de las siguientes causas:

- a) Cuando el Concejo Municipal declare que es lesiva a los intereses del municipio.
- b) Por violación de disposiciones relativas al orden público y al interés social.
- c) Por incumplimiento de disposiciones de carácter general o local, relativas a la salud e higiene públicas y protección del medio ambiente.
- d) Cuando las deficiencias del servicio no sean subsanables por el procedimiento previsto en el artículo anterior.

En cualesquiera de estos casos queda excluida la vía de lo contencioso administrativo.”

4.3. Bienes públicos susceptibles de concesión

Algunos ejemplos de bienes públicos susceptibles de ser concesionados a través de un contrato de concesión son:

- Autopistas: Suelo público cedido a la explotación privada para la construcción, mantenimiento y utilización económica de vías de comunicación terrestre.
- Aeropuertos: Suelo y espacio públicos cedidos para el transporte aéreo.
- Tendido de líneas férreas: Suelo público cedido para el transporte terrestre de mercancías y personas.
- Transporte urbano: Suelo y subsuelo público cedido para el transporte de personas.
- Minería: Suelo y subsuelo públicos cedidos para la extracción de minerales.
- Canteras: Suelo y subsuelo públicos cedidos para la extracción de áridos.
- Explotaciones petrolíferas: Suelo y subsuelo públicos cedidos para la extracción de petróleo y gas natural.
- Oleoductos y gaseoductos: Suelo público cedido para el transporte de petróleo y gas natural.
- Centrales hidroeléctricas: Recursos hidrológicos públicos cedidos para la producción de energía eléctrica.
- Aparcamientos urbanos y suburbanos: Suelo y subsuelo públicos cedidos para prestar el servicio de aparcamiento mediante una contraprestación económica.

Una norma importante y que no ha sido lo suficientemente divulgada, a pesar de su enorme potencial para mejorar la calidad de vida de todos los guatemaltecos, es la que se encuentra regulada en el Código Municipal en lo que respecta a la posibilidad de revocar una concesión. Dicha norma faculta a las municipalidades para intervenir los servicios públicos concesionados que sean prestados de manera deficiente. Si esta herramienta que la ley otorga se llevara a la práctica, sería un método idóneo para obligar a los concesionarios a prestar servicios de calidad y que verdaderamente contribuyan a la construcción del bien común.

CAPÍTULO V

5. La participación del sector privado en la prestación de servicios públicos

Muchos países en desarrollo, entre ellos Guatemala, han decidido dar pasos concretos en términos de promoción de competencia, participación privada y promoción de la inversión privada en el sector público. En este sentido, la privatización y la concesión de obra o servicios públicos, que son dos formas de participación privada, es el resultado de esta tendencia.

5.1 Políticas de privatización a partir del gobierno de Marco Vinicio Cerezo Arévalo hasta la actualidad

La privatización ha sido en los últimos tiempos el medio utilizado para reducir el tamaño del Estado y hacer más eficientes los servicios públicos, atendiendo a las políticas neoliberales que han impuesto los organismos internacionales como un mecanismo para incrementar y fomentar las actividades e iniciativas privadas en desarrollo y para reducir el gasto público de funcionamiento del Estado.

Formalmente, la privatización se define como: “Un proceso jurídico-económico mediante el cual las actividades empresariales son transferidas del sector público al sector privado, es decir, traspasadas o tomadas ya sea desde el Estado o hacia agentes

económicos privados.”⁵

Algunos autores consideran que la privatización es un fenómeno de naturaleza económica, fiscal, financiera, técnica o política; sin embargo, en su ejecución no debe olvidarse que sea de la naturaleza que sea, no puede ni debe sustraerse del marco jurídico a que están sujetos dichos bienes; principalmente si la norma fundamental la somete a un procedimiento específico que debe ser respetado para legitimar el proceso y respetar el estado de derecho.

La estrategia general de desarrollo, que constituyó la agenda de gobierno de Marco Vinicio Cerezo Arévalo, en el período comprendido de 1986 a 1991, carecía del enfoque de las medidas de aprovechamiento de los bienes estatales y de las destinadas a la desmonopolización y privatización de empresas estatales.

El proceso de privatización en Guatemala inició durante este gobierno con el otorgamiento en usufructo de las instalaciones portuarias instaladas en Puerto Barrios a COBIGUA, S. A. (empresa exportadora de banano). Así también, con la autorización a COMCEL mediante contrato administrativo de fecha 18 de febrero de 1998, para instalar y operar el sistema de telefonía móvil celular, el cual fue adjudicado por GUATEL con base en el concurso público número 1-89 y el Reglamento General de GUATEL, contenido con el Acuerdo Gubernativo número 465-89. El plazo original que se fijó en dicho contrato fue de veinte años, el cual se redujo posteriormente a quince

⁵ wikipedia.org. **Privatización**. (8 de agosto de 2010).

años, con fecha 17 de marzo de 1993.

En el referido contrato administrativo original también se le autorizó a COMCEL, la exclusividad por cinco años para prestar el servicio, pero ésta se suprimió en el contrato de modificación antes identificado. Para operar el servicio, el Organismo Ejecutivo le otorgó a COMCEL, mediante Acuerdo Gubernativo número 6-90, una concesión para utilización de la banda de frecuencias radioeléctricas B, con base en los Artículos 1, 9, 10, 12, 20, 21, 22, de la Ley de Radiocomunicaciones. Así, COMCEL tuvo el monopolio de la telefonía celular hasta abril de 1999, mes en que inició operaciones Telecomunicaciones de Guatemala, Sociedad Anónima (TELGUA), creada por GUATEL para llevar a cabo el proceso de privatización y enajenación de la misma GUATEL, como se explica más adelante.

Por otro lado, las estrategias económicas-sectoriales del gobierno de Jorge Serrano Elías, en el período 1990-1993, hacían énfasis en elevar la competitividad de las acciones productivas, lo que a decir de su programa requería de políticas macroeconómicas centrales, políticas específicas para elevar la eficiencia y la productividad, así como para incentivar la inversión productiva. La esencia de la política sectorial consistía en redefinir las prioridades y principios de acción del Estado, orientándolo hacia la supervisión de condiciones generales más favorables para la actividad privada, proponiendo iniciar un proceso de desmonopolización y privatización selectivas en aquellas empresas que permanecían total o mayoritariamente en manos del Estado e impulsar una gestión gerencial con criterios empresariales. Estas medidas se decía, tenían como finalidad romper monopolios, incrementar la eficiencia de las

empresas públicas, eliminar los subsidios estatales y liberar recursos fiscales para dirigirlos a la inversión prioritaria en educación, salud e infraestructura básica. Sin embargo, no fueron ejecutadas en virtud de que dicho gobierno se vio interrumpido como consecuencia del rompimiento del orden constitucional provocado por Serrano Elías, pero sentaron las bases para las subsiguientes políticas privatizadoras definidas por los posteriores gobiernos.

Seguidamente, con la política de privatización de Ramiro de León Carpio, en el período 1993–1996, en el plan de los 180 días de este gobierno, fueron establecidas las políticas a seguir y las estrategias económicas hacían énfasis en el fomento de la inversión privada. En cuanto a ésta, se puede decir que no se contempló la privatización de bienes del Estado como una acción propia y dirigida de su gobierno, pero en su informe final de gobierno, se ve que continuó con los procesos de privatización iniciados por el gobierno anterior; inició el proceso de sustitución de BANDESA por otro que tuviera como principales accionistas a las organizaciones agrícolas no gubernamentales, con el objeto de orientar el financiamiento al desarrollo rural; continuó con el proceso de reducción de actividades de INDECA y el arrendamiento de sus instalaciones fijas.

En materia energética se liberaron los precios de los combustibles. En materia de infraestructura de telecomunicaciones, GUATEL inició un proceso para desmonopolizar la prestación de estos servicios y aunque la concesión de estos servicios para operar la banda A de telefonía celular no fue adjudicada por contravenir los intereses nacionales, se continuó trabajando para lograr ese objetivo, a través de una comisión de dicha

empresa; en cuanto a FEGUA designó un nuevo interventor con el objeto de definir las políticas de privatización de dicha empresa.

Por último, las políticas y lineamientos impulsados por el gobierno de Álvaro Arzú Irigoyen, asociadas con el desarrollo de la infraestructura nacional y local, período 1996–2000, expresan que su objetivo era adecuar el marco regulatorio, redefiniendo el papel de las instituciones del Estado y promoviendo la participación del sector privado, limitado a las empresas estatales a las funciones rectoras y formuladoras de políticas.

En este período se diseñó, el Plan Maestro de Transporte, que en materia ferroviaria involucraba los siguientes aspectos:

- Concesión de la operación ferroviaria a un grupo o empresa
- Concesión del uso de la totalidad de la red
- Sin propiedad de los terrenos y solamente derecho a la utilización de la infraestructura
- Concesión integral de la operación de los servicios ferroviarios
- Concesión de la operación de los servicios de carga sin pasajeros

Sin embargo, pese a tener contempladas las concesiones como forma contractual a través de la cual se entregarían tales bienes, dicho gobierno otorgó a FEGUA en usufructo oneroso por cincuenta años, contradiciendo sus propias políticas, como se analizará más adelante; dio en concesión el mantenimiento de las carreteras

financiándolas a través del peaje, financiado a través del fondo Vial (COVIAL). En cuanto a la energía eléctrica, se emitió el Decreto número 93-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley General de Electricidad con el objeto de desmonopolizar y descentralizar los sistemas de transmisión y distribución de energía eléctrica. Se creó también la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, que tiene como función principal definir las tarifas de transmisión y distribución principal, sujetas a regulación y para constituirse en la entidad técnica reguladora y supervisora del sector eléctrico.

En el marco de esa nueva ley, el Consejo Directivo del INDE aprobó el Proyecto de Modernización que contempló los siguientes puntos clave:

- Separación de las funciones de: generación, transmisión y distribución
- Reestructuración contable financiera
- Reorganización institucional (legal y administrativa)
- Reingeniería de procesos de negocios
- Regionalización de la función de distribución

Al separar las actividades de generación y distribución, para ajustarse a los preceptos de dicha ley, fueron creadas las siguientes empresas propiedad del INDE:

- Empresa de Generación de Energía Eléctrica -EGEE-
- Empresa de Transporte y Control de Energía Eléctrica -ETCEE-
- Empresa de Distribución de Energía -EDEE-

Estas empresas fueron organizadas como sociedades anónimas, cada una de las cuales unió cada una de las activadas hasta entonces a cargo del INDE y para la venta de sus acciones se siguió el mismo procedimiento empleado en la venta de acciones de la EEGSA, pero se dejó al INDE sin más función que la de ser coordinador de su propia reestructuración institucional, como un ente corporativo para efectuar el control de la gestión y el rediseño de sus procesos operacionales. No hubo participación de empresas locales y fueron calificadas como operadores idóneos tres empresas multinacionales: ENERGUA, S.A. (como compañía afiliada a Electricidad de Calenergy Development Company, LTD (que actuó en consorcio con Energía Magma), a las que se les requirió que el veinte por ciento de la propiedad fuera un buen servicio y el sesenta por ciento de los inversionistas estratégicos. En síntesis, se replicó el proceso empleado en GUATEL, dejando una institución vacía, sin patrimonio ni contenido.

En cuanto al servicio postal, fue celebrado un contrato administrativo –al que no se tuvo acceso– el cual se sabe es una contratación de servicios con la empresa canadiense International Post Service (IPS), que a partir de 1998 cambió de operadores y de nombre y se le denominó El Correo, pero al contratar el servicio se incrementaron las tarifas, aduciendo que era para garantizar una mayor rentabilidad de las inversiones y ajustar las tarifas postales y telegráficas a los costos reales del manejo y administración de estos servicios.

Es justo reconocer que el servicio que actualmente se presta ha devuelto la confianza a los usuarios, en virtud de que se terminó la época en la cual se extraviaban las cartas, principalmente cuando en ellas se incluían títulos valores.

En lo que corresponde a telecomunicaciones, se efectuaron las siguientes modificaciones. Permitieron el incremento a las tarifas con el argumento de ajustarlas a los costos reales de manejo y administración de los servicios, para garantizar la rentabilidad de las inversiones privadas por ellos propiciadas.

- Se redujo la participación estatal en las políticas y distribución de recursos financieros del subsector y ha promovido y facilitado la participación de capitales privados, nacionales y extranjeros en el subsector.
- Se emitió la ley que crea la Superintendencia de Telecomunicaciones.
- Se han asignado a operadores privados las frecuencias, la operación y mantenimiento del mercado de telecomunicaciones

Finalmente, se concretó la privatización de GUATEL a través del proceso que se describe más adelante. Asimismo, se ejecutó la venta de 15 estaciones que conforman los Silos de INDECA y se vendieron las acciones del Estado en la Empresa Eléctrica de Guatemala.

5.2. Las concesiones en Guatemala

La concesión es un mecanismo jurídico que permite al sector privado hacer inversiones importantes en infraestructura que le produzcan tasas de retorno competitivas. Las firmas que participan en los procesos de concesión (comúnmente consorcios o alianzas de grupos empresariales que se unen según sus especialidades), realizan inversiones previas a la adjudicación que tienen que ver con el otorgamiento de garantías y con los

gastos del proceso. Una vez hecha la adjudicación mediante el procedimiento administrativo respectivo, el concesionario inicia un proceso complejo con el fin de reunir los fondos de capital y deuda requeridos para la inversión.

El Estado ha sido la principal fuente de financiamiento de infraestructura, con recursos propios o a través de créditos de los organismos internacionales y regionales, asumiendo todos los riesgos relacionados a los proyectos. Esta tendencia es difícil de modificar y es previsible que la mayor parte de los fondos siga proviniendo de este esquema. No obstante, lo cierto es que el Estado está cada vez menos dispuesto y menos preparado para cumplir con todos los servicios y obras requeridas por el actual rápido crecimiento de la población.

5.2.1. Concesiones mineras

Geográficamente, estas concesiones están repartidas en las partes montañosas del país con la mayor concentración en el oriente. De hecho, hay concesiones en 16 departamentos y en 106 municipios. Aunque la información publicada por el Ministerio de Energía y Minas no incluyó las extensiones territoriales de las concesiones, según el informe anual de tan solo uno de los concesionarios, Radius Exploration, Ltd., sus concesiones mineras cubren más de 4,000 Km².

Los principales actores en minería son cinco empresas extranjeras que trabajan bajo varias razones sociales en Guatemala. Tres son canadienses: Inco, Ltd. (bajo la razón social de Exmibal), Jaguar Nickel, Inc. (bajo la razón social de Minera Mayamérica,

S.A.) y Radius Exploration, Ltd. (bajo las razones sociales de Exploraciones Mineras de Guatemala, S.A. y Exmingua, S.A.). Las empresas estadounidenses son Glams Gold, Ltd. (bajo las razones sociales de Entremares, S.A. y Exploradora Montana, S.A.) y ITH Chemicals, LLC. (bajo las razones sociales de Minera Quetzal, S.A., Representaciones Químicas, S.A., Químicos, S.A. y Geominas, S.A.).

Según declaraciones del Ministerio de Energía y Minas, nunca efectuaron consultas con poblaciones antes de otorgar las concesiones, aduciendo que el Código de Minería no contempla tal procedimiento. Así, las vastas concesiones han sido dadas sin que las comunidades, indígenas o no, sepan que los subsuelos que poseen han sido concesionados a empresas internacionales.

5.2.2. Perenco

El 23 de julio de 2010, mediante el Acuerdo Gubernativo número 214-2010, el gobierno actual tomó la decisión de renovar el contrato de la empresa francesa Perenco, para explotar petróleo en Petén, a pesar de la oposición de organizaciones sociales y ambientales que reclaman que la extracción del crudo ha causado daños irreversibles a una de las áreas protegidas más importantes del país y del continente.

Laguna del Tigre es un parque nacional de 335 mil hectáreas, en la zona núcleo de la Reserva de la Biósfera Maya, ubicada a 800 kilómetros de la capital. Es el área de conservación estricta más grande del país, y el mayor humedal protegido de Centro América: con un hábitat de 300 especies de animales, muchas en peligro de extinción,

como el jaguar, la guacamaya roja y el tapir.

El contrato de Perenco debió declararse nulo debido a que viola el Artículo 12 de la Ley de Hidrocarburos, Decreto número 109-83, que establece que ningún contrato petrolero puede prorrogarse cuando contraviene intereses nacionales y viola la legislación guatemalteca. El Acuerdo Gubernativo número 214-2010 también viola normas de carácter nacional, como el Artículo 64 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que declara de interés nacional la creación y el manejo de áreas protegidas. En ese sentido, el Artículo 97 de la Constitución Política de la República, también obliga a propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico, siempre que se prevenga la contaminación del ambiente y mantenga el equilibrio ecológico.

Adicionalmente, las condiciones del contrato se pactaron haciendo una interpretación retroactiva a 1985, cuando no existía la actual Constitución Política, ni leyes de protección del ambiente. Tampoco se tomó en cuenta la normativa que declara el territorio en el cual opera la empresa Perenco, como un Parque Nacional.

Esto es una contradicción muy fuerte, porque implica que Perenco no está sujeta a cumplir con la legislación vigente, sino que puede interpretar y aplicar la ley a su favor y celebrar de esta manera un contrato ilegal. Además, se manipularon estudios técnicos como el Plan Maestro de la Laguna del Tigre, con el fin de darle visto bueno al contrato petrolero.

Para contrarrestar los efectos de la explotación petrolera, el Presidente de la República,

Álvaro Colom, ofreció la implementación de los programas Mi Bosque Produce y Mi Bosque Progresa. Declaró además, que serán destinados Q0.10 por barril extraído a programas de reforestación y Q1.16 para el saneamiento de las áreas por donde pasa el oleoducto, que son medidas absolutamente insuficientes para contrarrestar todos los daños irreversibles que se están causando en el mayor humedal protegido de Centro América.

Cabe mencionar además, que la Misión Ramsar de Asesoramiento visitó Guatemala con el fin de contribuir a la resolución adecuada de esta situación, en el contexto de la Convención sobre los Humedales de Importancia Internacional, llamada la Convención de Ramsar, que es un tratado intergubernamental que sirve de marco para la acción nacional y la cooperación internacional en pro de la conservación y el uso racional de los humedales y sus recursos. En 1993, el gobierno de Guatemala solicitó formalmente la inclusión de la Laguna del Tigre en el Registro de Montreux, que agrupa aquellos sitios Ramsar donde es necesaria una atención urgente para garantizar su conservación. En 1997 solicitó a la Oficina de la Convención, la aplicación del procedimiento de orientación para la gestión, con el fin de recibir sugerencias tendientes a solucionar los problemas que se presentaban en el lugar.

En este caso en particular, la Misión Ramsar de Asesoramiento, recomendó al gobierno guatemalteco abstenerse de aprobar la prórroga del contrato a favor de Perenco, debido al impacto negativo que causará en el ambiente y a los recursos naturales. Parlamentarios de la Unión Cristianodemocrática y la Unión Cristianosocial, el partido Socialdemocrático, el Partido la Izquierda y el Partido Alianza 90/Los Verdes de Alemania, enviaron oportunamente una misiva al Presidente de la República de

Guatemala, Álvaro Colom, en la cual ofrecieron pagos compensatorios a través de un fondo fiduciario, si rechazaba la prórroga del contrato petrolero referido. Dicha misiva fue ignorada.

Es innegable que los costos superan los beneficios. Las estimaciones revelan que las regalías obtenidas de la explotación petrolera podrían ser aproximadamente de cuatro mil millones de quetzales, de los cuales el uno por ciento se reparte entre las municipalidades y el Estado; en tanto los beneficios ascienden a cinco mil seis cientos millones de quetzales.

Comprometer o perder más áreas del Biotopo o del Parque Nacional Laguna del Tigre, para destinarlos a la actividad petrolera, la agricultura, la ganadería u otras actividades productivas que impliquen un fuerte impacto sobre los recursos, o la transformación del ecosistema, pueden eliminar opciones de uso más adecuados o incluso más rentables en el largo plazo.

5.2.3. Proyecto Transmetro

La ciudad de Guatemala ha necesitado un sistema de transporte público eficiente desde hace 25 años, y ante la insostenibilidad de la situación que se vive actualmente en lo que concierne al transporte público, la Municipalidad de Guatemala introdujo recientemente una solución parcial, concesionando algunas de las rutas principales que recorren la ciudad capital a través del proyecto Transurbano. Dicha concesión ha sido señalada de haber sido otorgada a través de un procedimiento administrativo anómalo y

lesivo para la Municipalidad de Guatemala y en consecuencia para la sociedad guatemalteca.

Uno de los primeros problemas de la concesión es el plazo de la convocatoria, la cual se abrió el 23 de diciembre de 2009 para que se ofertara el 4 de enero de 2010, seis días hábiles después; únicamente pudiendo presentar ofertas las empresas domiciliadas en la ciudad de Guatemala. Sin embargo, ante las presiones de los dueños de las rutas extraurbanas, se logró que se extendiera la convocatoria a las empresas domiciliadas en todo el departamento de Guatemala; aunque en realidad es inconcebible que un proyecto de tal magnitud no haya sido abierto a una convocatoria internacional. Adicionalmente, a los empresarios se les dio crédito para comprar los buses, una exención de impuestos considerable y un subsidio, haciéndolo un negocio sumamente rentable, aunque excesivamente oneroso y en consecuencia lesivo para la sociedad. Si se hubiera realizado el procedimiento administrativo de tal manera que se hubiera permitido a las diversas empresas nacionales y extranjeras ofrecer sus servicios, muy probablemente se hubiera obtenido la misma calidad de servicio a un mejor precio, incluso sin necesidad de otorgar un crédito y subsidio.

El gran perdedor en toda esta problemática es la sociedad guatemalteca, al tener que depender de servicios públicos y obras públicas que muchas veces son demasiado onerosas, y que no siempre son de la mejor calidad, en algunos casos se ha llegado a poner en riesgo la vida de los usuarios.

Los contratos de concesión en Guatemala perjudican a la mayor parte de la población.

Se benefician los concesionarios y funcionarios públicos que intervienen; y no es porque los contratos de concesión sean perjudiciales per se, sino porque se ha desnaturalizado su función original, que es ser un instrumento jurídico por medio del cual los particulares pueden invertir fondos privados en infraestructura del Estado y la prestación de sus servicios, para beneficio de todos: inversores, usuarios y el Estado.

Es el Estado quien debe controlar con responsabilidad quién invierte y de qué manera se invierten los fondos privados; y no como sucede en la actualidad, que muchas veces son las empresas trasnacionales o empresarios guatemaltecos quienes le indican al gobierno sus condiciones de inversión.

Amparados en la propia ley, se hacen acuerdos para legitimar privilegios. Entre las tantas variantes de corrupción se encuentran las negociaciones de bienes públicos a precios irreales.

Frecuentemente, los nombramientos de muchos funcionarios públicos no son más que formalidades de encubrimientos de funciones que no se realizan, pero que drenan el presupuesto nacional en perjuicio de servicios vitales. El concepto de Estado parece haberse separado del interés colectivo de los particulares, que debe promover sus acciones y generar una verdadera dicotomía entre éstos. Los contratos de concesión en particular, desvirtúan en la práctica su verdadero sentido.

Al estar reguladas las concesiones administrativas en distintos cuerpos legales, sin

unificar y profundizar en los fines, criterios, límites, sanciones, responsabilidades penales y civiles, y demás condiciones, los contratantes han aprovechado estas circunstancias para lucrar, sin entregar las obras y servicios que la sociedad guatemalteca verdaderamente necesita para su desarrollo.

Es por esto, que el Congreso de la República de Guatemala debe intervenir, emitiendo una ley que unifique en un solo cuerpo específico las normas, criterios, condiciones y procedimientos que existen actualmente en distintos cuerpos legales y de esta manera desarrollar integralmente lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala en materia de concesiones administrativas, en cumplimiento con el objetivo primordial del Estado, que es el bien común.

Así también, se debe favorecer la inversión privada en la concesión de servicios públicos; siempre y cuando sea en beneficio del Estado de Guatemala y de su población, así como que los servicios públicos sean prestados de manera eficiente y accesible para todos los guatemaltecos.

CONCLUSIONES

1. Las concesiones de servicios públicos en Guatemala han sido realizadas de manera arbitraria, sin responder a procedimientos transparentes preestablecidos, ni atendiendo a políticas económicas y sociales previamente definidas, ignorando los principios sociales que inspiran al Estado y en algunos casos en abierta violación a normas constitucionales.
2. Para la mayor parte de la población guatemalteca, es difícil conocer qué servicios, obras y recursos naturales han sido concesionados; pues únicamente se sabe lo que publican los medios de comunicación, por lo que es sumamente difícil determinar con precisión cuáles son las condiciones en que se otorgan las concesiones y quiénes son los responsables de cumplir con lo que se ha pactado.
3. Los actos ilícitos ocurridos en la historia reciente de las concesiones en Guatemala, sin que existan personas procesadas judicialmente hasta el momento, se debe en parte, a la falta de claridad sobre las responsabilidades legales que corresponden a los concesionarios.
4. Las concesiones de los servicios públicos que ha otorgado el Estado de Guatemala, siempre han sido en beneficio de empresas o entidades extranjeras, lo que es lesivo para los intereses de la nación.

5. Cuando se otorgan concesiones nunca se toma en cuenta la opinión de la población guatemalteca, que en última instancia es la que se beneficia o perjudica con la prestación de servicios públicos.

RECOMENDACIONES

1. Las municipalidades deben construir un canal de comunicación real, efectivo y permanente por medio de las organizaciones de vecinos, con el fin de participar activamente en los asuntos públicos de su localidad. Cada ciudadano debe tener conciencia de que su contribución individual es una pieza clave para la edificación del sistema institucional que posibilitará el avance hacia el progreso y bienestar.
2. Es necesaria la sistematización electrónica con el fin de mantener informada a la población sobre exactamente qué ha sido concesionado o están en proceso de concesionarse, en qué condiciones y quiénes son los particulares o personas jurídicas responsables. Dicha información debe ser gratuita y accesible para todos por medio de un archivo electrónico confiable puesto a disposición por el Ministerio de Economía.
3. El Congreso de la República de Guatemala debe emitir la ley específica titulada Concesiones Administrativas, que desarrolle de manera concatenada lo establecido en la Constitución Política de la República en materia de concesiones de servicios públicos. Esto con el fin de robustecer nuestra legislación con reglas uniformes que ordenen jurídicamente la inversión privada en la prestación de servicios sociales.
4. Debe incluirse en la ley específica denominada Concesiones Administrativas, que emita el Congreso de la República, la delimitación de las responsabilidades civiles y

penales para los concesionarios en caso de incumplimiento total o parcial de las condiciones pactadas, con el objetivo de contar con las herramientas legales idóneas para deducir las responsabilidades legales ante las tribunales de justicia.

5. Es muy importante que los ciudadanos hagan uso de la estructura estatal y los instrumentos legales existentes, conjuntamente con las otras acciones mencionadas. Es importante insistir ante las autoridades competentes (Dirección de Atención al Consumidor y al Usuario, Ministerio Público, Procuraduría de los Derechos Humanos), denunciando los abusos y mala atención para iniciar cambios.

BIBLIOGRAFÍA

- BURGESS, Rod. **Violencia y globalización**. Argentina: Ed. Centro de Estudios Urbanos y Regionales, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, 2009.
- GODÍNEZ, Rafael. **Los sistemas de organización de la administración Pública**. Temas de Derecho Administrativo. Guatemala: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1994.
- GODÍNEZ, Rafael. **El intervencionismo estatal**. Temas de Derecho Administrativo. Guatemala: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1993.
- GODÍNEZ, Rafael. **El patrimonio estatal (Bienes del Estado)**. Temas de Derecho Administrativo. Guatemala: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1993.
- GODÍNEZ, Rafael. **Marco jurídico político de la administración pública guatemalteca**. Temas de Derecho Administrativo. Guatemala: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1994.
- GODÍNEZ, Rafael. **Los servicios públicos**. Temas de Derecho Administrativo. Guatemala: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1994.
- GODÍNEZ, Rafael. **Los contratos administrativos**. Temas de Derecho Administrativo. Guatemala: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1994.
- HERNANDEZ, Juan. **Paraísos fiscales y desarrollo: un resumen del informe noruego**. Inglaterra. Ed. Londres: Red para la Justicia Fiscal, 2009.
- NORBERG, Johan. **La globalización y los pobres**. México: Ed. Instituto Liberal de la Fundación Friedrich Naumann, 2003.

wikipedia.org. **Estado social** (8 de agosto de 2010.)

wikipedia.org. **Privatización** (8 de agosto de 2010)

Legislación:

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la Republica de Guatemala, Decreto Ley numero 106, 1964.

Código Municipal. Congreso de la Republica de Guatemala, Decreto número 12-2002, 2002.

Ley Orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria. Congreso de la República de Guatemala, Decreto numero 1-98, 1998.

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

Ley General de Telecomunicaciones. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 94-96, 1996.