



Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia

Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia

**Instrumentos jurídicos utilizados para negociaciones con
pago entre entidades de gobierno central y entidades
descentralizadas**

(Tesis de Licenciatura)

Fernando Samuel Reyes Alonzo

Guatemala, septiembre 2020

**Instrumentos jurídicos utilizados para negociaciones con
pago entre entidades de gobierno central y entidades
descentralizadas**

(Tesis de Licenciatura)

Fernando Samuel Reyes Alonzo

Guatemala, septiembre 2020

Para efectos legales y en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1º, literal h) del Reglamento de Colegiación del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, **Fernando Samuel Reyes Alonzo**, elaboró la presente tesis, titulada **Instrumentos jurídicos utilizados para negociaciones con pago entre entidades de gobierno central y entidades descentralizadas.**

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Rector M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus

Vicerrectora Académica Dra. Alba Aracely Rodríguez de González

Vicerrector Administrativo M. A. César Augusto Custodio Cobar

Secretario General EMBA. Adolfo Noguera Bosque

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Decano Dr. Enrique Fernando Sánchez Usera

Vice Decana M. Sc. Andrea Torres Hidalgo

Director de Carrera M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Coordinador de Sedes M. Sc. Mario Jo Chang

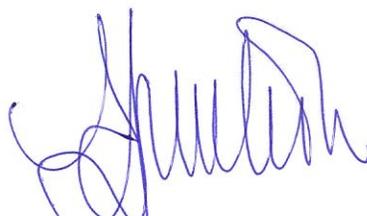
Coordinador de Postgrados y

Programa de Equivalencias Integrales M.A. José Luis Samayoa Palacios

Coordinadora de Procesos académicos Licda. Gladys Jeaneth Javier Del Cid

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, treinta de octubre de dos mil diecinueve. -----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **INSTRUMENTOS JURÍDICOS UTILIZADOS PARA NEGOCIACIONES CON PAGO ENTRE ENTIDADES DE GOBIERNO CENTRAL Y ENTIDADES DESCENTRALIZADAS**, presentado por **FERNANDO SAMUEL REYES ALONZO**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como tutor al **LIC. RUBÉN EMILIO NOGUERA**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.




DR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

c.c. Archivo

Guatemala 06 de marzo de 2020

Señores

Miembros Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia Universidad Panamericana

Presente

Estimados señores:

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, haciendo referencia a mi nombramiento como tutor del estudiante Fernando Samuel Reyes Alonzo, carné 201502821. Al respecto se manifiesta que:

1. Brindé acompañamiento al estudiante en referencia durante el proceso de elaboración de la tesis denominada **Instrumentos jurídicos utilizados para negociaciones con pago entre entidades de gobierno central y entidades descentralizadas**
2. Durante ese proceso le fueron sugeridas correcciones que realizó conforme los lineamientos proporcionados.
3. Habiendo leído la versión final del documento, se establece que el mismo constituye un estudio serio en torno al tema investigado, cumpliendo con los requerimientos metodológicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

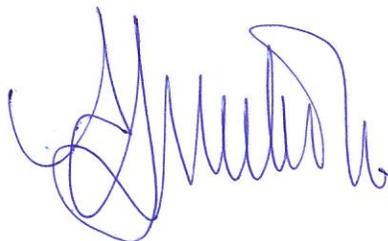
En virtud de lo anterior, por este medio emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que se continúe con los trámites de rigor.

Atentamente,


Rubén Emilio Noguera
Rubén Emilio Noguera
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, dieciocho de marzo de dos mil veinte. -----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **INSTRUMENTOS JURÍDICOS UTILIZADOS PARA NEGOCIACIONES CON PAGO ENTRE ENTIDADES DE GOBIERNO CENTRAL Y ENTIDADES DESCENTRALIZADAS**, presentado por **FERNANDO SAMUEL REYES ALONZO**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado, se designa como revisor metodológico a la **LCDA. GLADYS JEANETH JAVIER DEL CID**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.

DR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

c.c. Archivo



Lcda. Gladys Jeaneth Javier Del Cid
Abogada y Notaria
ianyjavier@gmail.com

Guatemala, 06 de mayo de 2020

Señores Miembros
Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Universidad Panamericana
Presente

Estimados señores:

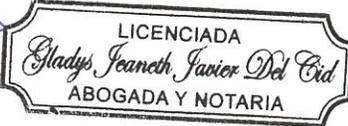
Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, haciendo referencia a mi nombramiento como **revisora tesis** de la estudiante **Fernando Samuel Reyes Alonzo ID 000051112**, titulada: **Instrumentos jurídicos utilizados para negociaciones con pago entre entidades de gobierno central y entidades descentralizadas**. Al respecto se manifiesta que:

La versión final de la investigación fue objeto de revisión de forma y de fondo, estableciendo que la misma constituye un estudio serio, que cumple con los requerimientos metodológicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

En virtud de lo anterior, por este medio emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que se continúe con los trámites de rigor.

Atentamente,

avisar.
de Gacía
Lcda. Gladys Jeaneth Javier Del Cid



LICENCIADA
Gladys Jeaneth Javier Del Cid
ABOGADA Y NOTARIA

ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **FERNANDO SAMUEL REYES ALONZO**

Título de la tesis: **INSTRUMENTOS JURÍDICOS UTILIZADOS PARA NEGOCIACIONES CON PAGO ENTRE ENTIDADES DE GOBIERNO CENTRAL Y ENTIDADES DESCENTRALIZADAS**

El Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el (la) estudiante: ha desarrollado el proceso de investigación y redacción de su tesis de licenciatura.

Segundo: Que tengo a la vista los dictámenes del Tutor y Revisor, en donde consta que el (la) estudiante en mención ha completado satisfactoriamente los requisitos académicos y administrativos vigentes para el desarrollo de la Tesis de Licenciatura.

Tercero: Que tengo a la vista el documento, *declaración jurada del estudiante*, donde consta que el (la) estudiante autor de la presente tesis manifiesta, bajo juramento, que ha respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y ha reconocido los créditos correspondientes; así como la aceptación de su responsabilidad como autor del contenido de su Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

Se autoriza la impresión del documento relacionado en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

Guatemala, 23 de septiembre de 2020.

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



Dr. Enrique Fernando Sánchez Usera
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



c.c. Archivo

En la ciudad de Guatemala, el día veintidós de septiembre del año dos mil veinte, siendo las doce horas en punto, yo, **IRIS LORENA CASTILLO BARILLAS**, Notaria, me encuentro constituido en la séptima avenida siete guion sesenta y uno de la zona cuatro, de esta ciudad, en donde soy requerida por el señor **FERNANDO SAMUEL REYES ALONZO**, de treinta y tres años de edad, casado, guatemalteco, perito contador, de este domicilio, quien se identifica con Documento Personal de Identificación (DPI) con Código Único de Identificación (CUI) dos mil quinientos cincuenta y tres once mil quinientos ochenta y tres cero ciento uno (2553 11583 0101), extendido por el Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala. El objeto del requerimiento, es hacer constar su **DECLARACIÓN JURADA** de conformidad con las siguientes cláusulas: **PRIMERA:** Manifiesta **FERNANDO SAMUEL REYES ALONZO**, bajo solemne juramento de Ley y advertido de la pena relativa al delito de perjurio, ser de los datos de identificación personal consignados en la presente y que se encuentra en el libre ejercicio de sus derechos civiles. **SEGUNDA:** Continúa manifestando bajo juramento el requirente: i) ser autor del trabajo de tesis titulado: "**Instrumentos jurídicos utilizados para negociaciones con pago entre entidades de gobierno central y entidades descentralizadas**"; ii) haber respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y reconocido los créditos correspondientes; iii) aceptar la responsabilidad como autor del contenido de la presente tesis de licenciatura. No habiendo nada más que hacer constar, finalizo el presente instrumento en el mismo lugar y fecha de inicio, treinta minutos después, la cual consta en una hoja de papel bond, impresa en un solo lado, que numero, sello y firmo, a la cual le adhiero los timbres para cubrir los impuestos correspondientes que determinan las leyes respectivas: un timbre notarial del valor de diez quetzales y un timbre fiscal del valor de cincuenta centavos de quetzal. Leo lo escrito al requirente, quien enterado de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, la acepta, ratifica y firma con el Notario que autoriza. **DOY FE DE TODO LO EXPUESTO.**

ANTE MÍ:

Iris Lorena Castillo Barillas
Abogado y Notario
Colegiada 4,687



Nota: Para efectos legales únicamente el sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

Índice

Resumen	i
Palabras clave	ii
Introducción	iii
Contratación pública	1
La descentralización	19
Los contratos administrativos	38
Instrumentos jurídicos en las negociaciones con pago entre entidades de gobierno central y entidades descentralizadas	57
Conclusiones	91
Referencias	93

Resumen

En el año de 1992 el Congreso de la República de Guatemala, emitió el Decreto 57-92 Ley de Contrataciones del Estado, su emisión se realizó con el propósito de contribuir de manera ágil y eficiente con los procesos de adquisición de bienes y servicios de las entidades que conforman el sector gubernamental. Uno de sus propósitos es la descentralización de competencias para que se desconcentre la funcionalidad de cada órgano administrativo.

En la creación del texto de esta Ley, se incluyó en sus primeros artículos la negociación entre entidades del Estado, esta contempla varias clases, como las que llevan implícito o no un pago, pueden realizarse por permuta o donación y en dos situaciones cuando se trate de bienes muebles, equipos y suministros, servicios personales y no personales y transferencia de posesión o de propiedad de bienes inmuebles.

El presente trabajo se enfocó en las negociaciones entre entidades del Estado cuando se realiza con pago, específicamente en las contrataciones entre entidades de gobierno central y entidades descentralizadas, considerando que existe un traslado de recursos de las arcas del Organismo Ejecutivo hacia entidades descentralizadas, que por la

prestación de servicios técnicos obtienen recursos como ingresos propios.

Actualmente para formalizar este tipo de negociaciones, las entidades descritas utilizan documentos administrativos distintos, quedando a discreción de cada institución cual utilizar. Esta situación ocasiona que no se tenga certeza en cuanto a las obligaciones y responsabilidades que adquieren las partes, fue por ello que se analizaron los documentos que actualmente se utilizan para estas negociaciones, la calidad con la que las entidades descentralizadas se constituyen y funcionan, considerando las facultades que el Estado les otorga, por otro lado, era importante estudiar todo el contexto legal y doctrinario de los contratos administrativos.

Palabras clave

Contratación. Entidad. Contrato. Descentralización. Modalidad.

Introducción

En la actualidad, diversas entidades del gobierno central, optan por utilizar la modalidad de contratación de negociaciones entre entidades del sector público, debido a las ventajas que otorga para reducir plazos en comparación a los procesos de licitación y cotización pública. El Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala Ley de Contrataciones del Estado y el Acuerdo Gubernativo número 122-2016 Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, no establece el instrumento legal que se debe utilizar para este tipo de adquisiciones, por tal motivo, funcionarios públicos utilizan diferentes documentos para formalizar la prestación de servicios entre estas entidades.

Ante esta situación, se utilizan por entidades estatales diversos instrumentos jurídicos para establecer las responsabilidades y obligaciones que contraen cada uno de las partes en este tipo de contrataciones, esto dificulta los procesos de reclamo ante el incumplimiento por una de las partes, debido a la falta de disposiciones legales que deben incorporarse a estos documentos, definiendo cláusulas que permitan instaurar condiciones que faciliten la resolución de conflictos u otorguen mecanismos legales para exigir el cumplimiento o en su caso resarcimiento por daños o perjuicios ocasionados. Esta

coyuntura no ha sido objeto de análisis, misma que es necesaria abordar con el propósito de otorgar elementos suficientes para proponer una resolución.

Asimismo las entidades del gobierno central, deben cerciorarse que los procesos de contratación de servicios a entidades descentralizadas, se realicen apegadas a derecho, asegurándose que estas cumplan con las obligaciones contraídas, debido a que legalmente se encuentran obligadas a proteger el patrimonio del organismo ejecutivo, de conformidad a los principios establecidos en el decreto número 101-97 del Congreso de la República de Guatemala Ley Orgánica del Presupuesto, tales como legalidad, economía, eficiencia, eficacia, calidad, transparencia, equidad y publicidad.

Estos preceptos incrementan la importancia del objeto del presente estudio, en el cual se pretende determinar las particularidades de la contratación estatal, específicamente definir si existe un aumento en las gestiones realizadas a través de la modalidad de negociaciones entre entidades del Estado. Se procura examinar el alcance de la descentralización en el sector público, además de estudiar sus características y diversas clases dentro de la estructura gubernamental. Será objeto de análisis las características de los contratos

administrativos, con la finalidad de determinar su aplicabilidad en los procesos de contratación pública. Se analizarán los distintos instrumentos jurídicos utilizados para negociaciones con pago entre entidades de gobierno central y entidades descentralizadas, con el propósito de establecer la relevancia de homologar estos documentos jurídicos utilizados para formalizar las negociaciones que erogan recursos financieros entre las entidades de gobierno central y entidades descentralizadas.

Para el desarrollo del presente estudio se utilizará el método de investigación jurídico deductivo, realizando un análisis sobre los distintos instrumentos jurídicos utilizados para negociaciones con pago entre entidades de gobierno central y entidades descentralizadas, con el propósito de determinar los efectos jurídicos que estos ocasionan. Durante las etapas de este trabajo se consultarán escritos y documentos que establezcan negociaciones entre entidades de gobierno central e instituciones descentralizadas, que serán objeto de estudio, utilizando para este caso una investigación documental. Considerando que durante la presente investigación se identificarán y relacionarán hechos que afectan directamente el patrimonio de las instituciones de gobierno central y entidades descentralizadas, se realizará el proceso a un nivel de profundidad descriptivo.

El contenido del presente trabajo está dividido en cuatro temas fundamentales, siendo estos:

- Contratación pública

En este título se estudiarán sus antecedentes, como es definido, explorar su naturaleza jurídica, sus principios, contenido, la capacidad para contratar y abordar el tema de las negociaciones entre entidades del sector público en Guatemala.

- La descentralización

Abordar los antecedentes de la descentralización en Guatemala, estudiar cuales han sido los esfuerzos por aplicarla y sea funcional, estudiar las clases de descentralización, sus ventajas y desventajas, así como sus características.

- Los contratos administrativos

Profundizar en el estudio de esta figura jurídica, analizando sus características, definición, elementos y principios dentro de la esfera del derecho administrativo.

- Instrumentos jurídicos en las negociaciones con pago entre entidades de gobierno central y entidades descentralizadas.

Se realizará un análisis de las contrataciones al amparo del Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala Ley de Contrataciones del Estado, un comparativo de legislaciones de otros países en materia de negociaciones entre entidades del Estado, los documentos utilizados que formalizan estas negociaciones, sus efectos jurídicos, así como la propuesta de una minuta de contrato administrativo para este tipo de negociaciones.

Contratación pública

Antecedentes

El origen de la contratación pública está vinculado a las primeras actuaciones realizadas dentro de la esfera de la administración pública. Es imprescindible abordar las primeras acciones vinculadas al funcionamiento estatal, constituido como tal ante los usuarios que requieren la atención o satisfacer las necesidades dentro del marco de un Estado.

La administración pública según Castro, García y Martínez (2010) se puede establecer en dos acepciones, una orgánica en la cual se constituye como una institución o persona jurídica, a través de este criterio se otorga a la administración pública aptitudes indispensables para su funcionamiento ante la sociedad, entre estos se pueden mencionar, el nombre, el domicilio, el patrimonio, cualidades que permitirán identificarse ante los habitantes.

En la segunda acepción, calificada como funcional, se establece como una función pública que otorga potestad para instaurar el contenido que abarcará la administración pública y los límites de las actuaciones administrativas para su funcionamiento y posición ante los habitantes.

Las acepciones anteriores, son necesarias para abordar la evolución de la administración pública, que se puede establecer en tres etapas: a) el interés general, b) el servicio público y c) el deber y el derecho correlativo al buen funcionamiento de la administración pública.

En esta etapa el interés general de la población era determinado como el límite de poder que un gobernante podía ejercer, llegando a considerarse como uno de los fines de la sociedad y de los gobiernos. Este concepto fue elemental para la construcción del Derecho Administrativo y el surgimiento de sus primeros conceptos; ya que en la actualidad sigue siendo esencial para la ejecución de la acción administrativa y de la finalidad del mismo.

El servicio público fue determinante para la creación de actividades del Estado ante los particulares, debido a que permitió diferenciar los actos de naturaleza administrativa y los de carácter privado, originando la necesidad de establecer un sistema y jurisdicción distinta a las de naturaleza particular. Este concepto ha determinado que la administración pública tiene un carácter al servicio de los ciudadanos y que al tratar de otorgar atención a este servicio se requiere la adquisición de elementos que lo permitan realizar.

En la tercera etapa la denominada, el deber y el derecho correlativo al buen funcionamiento de la administración pública, Castro et al., (2010) afirma:

Estado social, la administración pasaba de ser una mera espectadora de la realidad social a ser clara protagonista de la misma, a través de una acción que busca favorecer las condiciones de igualdad entre los ciudadanos, salvaguardar las garantías ofrecidas por el Estado de derecho, y satisfacer las necesidades públicas (Riveiro,1969) (p. 34)

Se establece con esta posición, que el Estado se hizo cargo de los servicios inherentes para la población, estos servicios en la mayoría de las ocasiones el Estado lo realiza a través de particulares, así como para el suministro de elementos que permita en funcionamiento de este y su ejecución de los servicios a particulares.

Por estas circunstancias la contratación pública es esencial para la prestación de los servicios públicos y también utilizando particulares para que el Estado pueda cumplir con estos objetivos. Los elementos que permiten establecer la forma de realizar la contratación de estos particulares, ya sea para la prestación del servicio público, a través de figuras de adquisición de servicios, suministros y bienes.

En la actualidad la contratación pública ha resaltado en importancia, considerando la evolución de los mercados y tecnologías, así como el auge de la lucha contra la corrupción en todo el mundo, ha permitido que

sea un tema de tendencia mundial. Debido a estas situaciones el fortalecimiento a los procedimientos de selección objetiva de los proveedores que ejecutarán la prestación de servicios es esencial.

Definición

La contratación pública según Castro et al. (2010) indica:

La contratación administrativa, a su vez, no es un concepto estático sino dinámico pues se refiere a aquellas actuaciones realizadas en tres etapas: una fase interna constituida por la formación de la voluntad de la administración pública, una fase externa constituida por la materialización de la voluntad de la administración mediante actos administrativos precontractuales y la celebración del contrato administrativo, y una fase ejecutiva tendiente al cumplimiento del contrato, sistemática que se utilizará para el análisis de la corrupción en la contratación pública...(p. 87)

Esta definición detalla las etapas del proceso de contratación que el Estado realiza de acorde a los procesos establecidos para este acto en la esfera del actuar administrativo en el cual no sólo comprende las distintas actividades que ejecuta el Estado para obtener sus fines, sino también a los múltiples órganos que armonizan para la ejecución de la actividad administrativa, su estructura y modo de funcionamiento. Asimismo, la contratación pública, en la actualidad engloba aspectos como el aumento de responsabilidad pública, la necesidad de proporcionar igualdad de oportunidades e impulsar la participación de los interesados en suministrar bienes y servicios al Estado.

Naturaleza jurídica

La contratación pública ha sido objeto de estudio, en lo relacionado a la corriente o naturaleza en la que se clasifica, considerando que las diferentes etapas de la contratación, los procesos se originan por actos ejecutados en la esfera del derecho administrativo. Según Castro et al. (2010) la tesis de la unilateralidad del contrato administrativo es inadmisibles, ya que la voluntad del particular es esencial para su realización, siendo un hecho que el Estado no lo puede obligar a la prestación de un servicio de forma unilateral, si este no ha otorgado su consentimiento. Sobre la inexistencia de una igualdad del Estado frente al particular en las contrataciones del Estado, se debe considerar que aunque por una parte se tenga una mayor libertad en cuanto a establecer las condiciones en el negocio, esta característica es lo que acredita que este acto sea administrativo y no privado. Se debe considerar que, a diferencia del contrato privado, el contrato administrativo no se deriva de la autonomía de la voluntad, este como todas las actuaciones administrativas del Estado, se originan del principio de legalidad y manifiestan una naturaleza singular debido a principios como el interés público.

Las consideraciones expuestas, concluyen que la naturaleza jurídica de la contratación pública, es de carácter administrativo, ya que existen fundamentos que lo separan del ámbito particular o civil, aun cuando en su perfección existan sujetos con naturaleza distinta.

Principios

La contratación pública dentro de la esfera de la administración pública, considerando que esta se fundamenta en los principios de honestidad, eficacia, rendición de cuentas, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, responsabilidad en el ejercicio de la función pública, son aplicables a esta actividad administrativa, así mismo algunos autores exponen principios específicos que le aplican a la contratación pública, siendo los siguientes:

Principio de simplicidad

Este se basa en la simplificación de las gestiones administrativas por parte de los órganos y entes que se desarrollan en la administración pública, así como la eliminación de los que fueran innecesarios, considerando que estos deben estar de conformidad a la ley de la materia que los regule, su fin es obtener la mayor prontitud en su ejecución. La Ley de lo Contencioso Administrativo decreto número 119-96 del

Congreso de la República de Guatemala en su artículo 2 describe este principio denominándolo sencillez en el trámite de los expedientes administrativos.

Principio de información general

Este principio implica que los entes y órganos de la administración pública deben implementar y emplear tecnologías innovadoras que desarrolle la ciencia, estos se refieren a métodos de la información, tecnológicos e informáticos, para su funcionamiento, organización y vínculo con los usuarios de los bienes y servicios, así como de quienes los proveen. En el ámbito de la contratación pública, Guatemala ha implementado el Sistema de información de contrataciones y adquisiciones del Estado –GUATECOMPRAS-, estableciendo su uso obligatorio a través de la Resolución 18-2019 emitida por el Ministerio de Finanzas Públicas, a las entidades que establece el artículo 1 del Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala Ley de Contrataciones del Estado.

Principio de publicidad

Las actuaciones que se realizan en la administración pública llevan implícito el acceso sin restricciones a los particulares, cumpliendo con la normativa vigente para cada caso, así como proporcionarla por el ente administrador. En este caso Muñoz (2001) afirma:

Este principio se refiere al hecho de que, en forma previa a que una entidad u organismo del sector público procese con cualquier contratación, sea esta de obra bien o servicio..., es necesario que se ponga en conocimiento del mayor número de oferentes la existencia de esta necesidad y decisión de la entidad de contratar... (p.127).

El Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala Ley de Contrataciones del Estado en su artículo 23 preceptúa: “Las convocatorias a licitar se deben publicar en el Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, denominado GUAATECOMPRAS, y una vez en el diario oficial.”.

Principio de la eficacia

Los órganos de la administración pública deben buscar el cumplimiento de las metas y objetivos establecidos en las normas, estrategias y compromisos que se deben ejecutar durante la gestión; entre estas acciones debe existir un seguimiento que evalúe e implemente un control de la función institucional, así como de los resultados que se logren

alcanzar. En las instituciones del sector público en materia de contrataciones es importante la programación, seguimiento y ejecución de las contrataciones que deben realizarse durante un ejercicio fiscal. La Ley de Contrataciones del Estado, ante este hecho, contempla la figura de la Programación de Negociaciones en su artículo 4: “Para la eficaz aplicación de la presente ley, las entidades públicas, antes del inicio del ejercicio fiscal, deberán programar las compras, suministros y contrataciones que tengan que hacerse durante el mismo.” En el mismo cuerpo legal se establece la forma como deben ser ajustados, debido a modificaciones que surjan del seguimiento de la ejecución de la programación.

Principio de competencia o concurrencia

Este principio está ligado al principio de publicidad, de acuerdo a Muñoz (2001) expone “Significa que para la entidad del sector público procede a la contratación, debe existir un proceso de competencia o concurrencia de varios oferentes, de modo que la entidad pueda elegir a aquellas que sea más conveniente a sus intereses.” (p.128). La Ley de Contrataciones del Estado, considera este principio con los procedimientos de contratación en los cuales promueve la competencia entre distintos oferentes; con el propósito de salvaguardar este principio, el artículo 25

de este cuerpo legal dispone que cada persona individual o jurídica, nacional o extranjera, podrá presentar una sola oferta. Asimismo, como garantía a la ejecución de este derecho, el mismo artículo establece la disposición de prohibir que un compareciente represente a más de un oferente. Aunado a esto en el artículo 25 Bis, se establece el delito de pacto colusorio en la adquisición pública, con el objetivo de amparar la competencia y transparencia a los oferentes que participen.

Principio de igualdad

La posibilidad que los participantes en los eventos de contratación, tengan las mismas oportunidades para acceder a un proceso, es lo que prevé este principio. Esto debe observarse por las entidades contratantes al momento de la elaboración de las bases de contratación, no deben detallar especificaciones o condiciones que limiten o coloquen en ventaja a oferentes determinados. En la Ley de Contrataciones del Estado, este principio se concreta en el artículo 20 que establece “La entidad licitante o contratante no deberá fijar especificaciones técnicas o disposiciones especiales que requieran o hagan referencia a determinadas marcas, nombres comerciales, patentes, diseños tipos, orígenes específicos, productores o proveedores...”.

Principio de adhesión

Por medio de este principio, en un proceso de contratación, la entidad interesada está facultada para elaborar las bases, términos de referencia y otros documentos que crea conveniente de acuerdo al objeto del negocio y que sean necesarios para brindar información a los oferentes interesados. Al contrario, el interesado a participar en un proceso, está obligado a aceptar las condiciones propuestas, sin realizar objeción alguna. Estas situaciones podrían evidenciar algún abuso o sentido de inferioridad de los interesados ante el Estado, debido a que este requiere condiciones y garantías que en el sector privado son inusuales o no requeridas dentro de las transacciones.

En este caso es importante exponer que estos requisitos son solicitados por la entidad contratante debido a disposiciones que establecen las leyes en la materia, como un dispositivo para resguardar el patrimonio estatal, ante otorgamiento de servicios o bienes que no cumplan con lo requerido en las bases de contratación.

Contenido

La contratación pública es una herramienta esencial para que el Estado, cumpla y garantice los servicios que la sociedad requiere de este, así como para que los derechos fundamentales inherentes a las personas sean

atendidos. Como engranaje para la administración pública, a través de esta se ejecuta los presupuestos que son asignados en periodos por un año, de acuerdo a lo que se establece en la legislación de la materia.

Uno de los principales objetivos de la contratación pública es el de garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en cumplimiento al Decreto Legislativo emitido cada ejercicio fiscal que contiene la aprobación del proyecto de Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado. Por medio de este cuerpo legal se establece la expresión financiera de la política general de gobierno y tiene como principal propósito promover el bienestar de la población guatemalteca, en un contexto de disciplina fiscal.

El Decreto 101-97 del Congreso de la República de Guatemala Ley Orgánica del Presupuesto en su artículo 1 literal e) establece “Fortalecer la capacidad administrativa y a los sistemas de control y seguimiento para asegurar la calidad del gasto público y el adecuado uso de los recursos del Estado”. Es evidente que la administración eficaz de los recursos del Estado, es un tema que varias normativas han contemplado, para salvaguardar el patrimonio estatal y el interés de la población.

La importancia que ha obtenido la contratación pública a nivel mundial, ha generado la tendencia a que esta actuación dentro de la administración pública de los Estados, sea objeto de estudio con el propósito de implementar procedimientos que permita una gestión ágil, eficiente, eficaz y sobre todo transparente; este último resalta dado el caso que la culminación del proceso de contratación pública posterior a la entrega del servicio o producto por el proveedor adjudicado, es la generación del desembolso de fondos públicos que provienen del presupuesto estatal financiado en la mayoría de casos por recursos obtenidos por la captación de impuestos generales y específicos.

Es de considerar que el Estado se organiza para proteger a la persona, siendo su fin primordial la realización del bien común, asimismo es un deber de este, garantizar la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona. Estos principios constitucionales en algunos casos no se cumplen debido a las acciones de funcionarios y empleados públicos que evidencian diversas formas de corrupción.

El concepto de corrupción ha generado una ola de comentarios negativos a la gestión de contratación pública en países de Latinoamérica, debido a los altos índices que se han establecido en las transacciones de

contratación estatal. Guatemala no es ajeno a esta situación, por tal motivo se han emitido normas que contrarresten estas prácticas. Una de ellas y principal es el Decreto 31-2012 del Congreso de la República de Guatemala Ley Contra la Corrupción, siendo su objetivo adecuar la legislación penal en materia de corrupción, esto para contribuir a la realización de los fines del Estado a través del correcto funcionamiento de la administración pública para contribuir con el desarrollo económico, social y cultural, además a la credibilidad y legitimidad de su actuación.

Ante el esfuerzo de las entidades para fortalecer las figuras penales tipificando ciertas acciones de funcionarios y empleados públicos, contra el patrimonio del Estado, cobra importancia la implementación de procesos administrativos que permitan ser un validador de las gestiones que cada órgano administrativo ejecute a través de las contrataciones públicas. El Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala Ley de Contrataciones del Estado, contiene la figura de la programación de negociaciones.

El objetivo de esta herramienta, es la proyección de las compras anuales de una institución, indicando el momento que se adquirirán, modalidad a utilizarse y el valor estimado a desembolsar. Es requisito esencial que este documento sea aprobado por la máxima autoridad administrativa,

para autorizar su publicación en el Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado –GUATECOMPRAS-.

Los principales objetivos que pueden atribuirse a esta programación son:

- Facilitar a las entidades que tienen la obligación de elaborar, identificar, registrar, programar y divulgar sus necesidades de servicios, materiales y bienes.
- Plantear estrategias de contratación que permitan establecer la modalidad de compra que se utilizará, para que el proceso sea ágil y eficiente.

Negociaciones entre entidades del Sector Público

El ordenamiento jurídico guatemalteco contempla esta figura en el artículo 2 de la Ley de Contrataciones del Estado; en el cual 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 municipalidades, las cuales se regulan conforme lo establezca el reglamento de la ley.

Esta disposición otorga la facultad a entidades del Estado a realizar adquisiciones de varios elementos en una figura de contratación; que es una forma de adquirir distinta a las modalidades de contrataciones establecidas en la ley. El Acuerdo Gubernativo 122-2016 Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado en el artículo 5 establece que este tipo de negociaciones pueden realizarse con o sin pago, por permuta o por compensación. En el caso que nos amerita abordaremos las negociaciones en las cuales se desembolsa un valor monetario por la prestación de servicios o venta de suministros o bienes, entre entidades de gobierno central e instituciones descentralizadas.

El Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado –GUATECOMPRAS-, contiene dentro de sus opciones para el registro y ejecución de adquisiciones establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado la opción de modalidad de negociaciones entre entidades del Estado.

Es importante mencionar, que cada expediente electrónico que identifica un proceso de contratación o negociación que las entidades estatales gestionan a través del mismo, genera un código de registro único denominado número de operación –GUATECOMPRAS- -NOG-, este se utiliza para vincular el proceso a los sistema contables gubernamentales,

para realizar la gestión de pago y desembolso al finalizar las etapas de la adquisición.

Cuadro 1
Estado de Guatemala
Negociaciones entre entidades del Estado
Años: 2019, 2018, 2017, 2016 y 2015
(Cifras en quetzales)

Ítem	Año	Cantidad de Concursos	Monto Total
1	2019	1217	890.637.766.70
2	2018	1038	803.891.596.06
3	2017	727	764.898.369.66
4	2016	2	258.218.46
5	2015	2	404.453.69

Fuente: elaboración propia, con base en datos del Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado –GUATECOMPRAS-.

El cuadro anterior refleja el análisis realizado a las negociaciones entre entidades del Estado, registradas en –GUATECOMPRAS-, se puede observar el incremento en la cantidad de concursos gestionados durante los últimos 2 años y el monto que representan estas negociaciones. Es oportuno mencionar a partir del año 2017, la estructura de los sistemas contables gubernamentales para el registro e instrucción de pago, estableció como obligatorio se vinculará el –NOG-, a la cabecera de los comprobantes únicos de registro –CUR-, como asociar el proceso de contratación con el desembolso y ajustes contables y financieros.

Esta medida ocasionó que las negociaciones entre entidades del Estado, fueran registradas en -GUATECOMPRAS- de forma obligatoria, esto motivó a que el registro de estas contrataciones aumentara en un setecientos por ciento en la cantidad de concursos a través de esta modalidad, además que de Q.258.218.46 aumentara a Q.890.637.766.70 en un término de tres años. Estos concursos únicamente se refieren a negociaciones entre entidades del Estado, en los cuales ha existido un desembolso de dinero por servicios prestados o materiales o bienes adquiridos.

De acuerdo a lo expuesto, toma mayor importancia, homologar los documentos administrativos con los que se formaliza este tipo de negociaciones, en primer término, para asegurar los patrimonios de las entidades que intervienen, así como asegurar la transparencia en los procesos que, en la etapa de fiscalización, no sean objeto de cuestionamiento, debido a los diferentes criterios utilizados por las instituciones.

La Descentralización

Antecedentes

El concepto de descentralización está considerado como uno de los más importantes procesos de transformación institucional del siglo XX. En Guatemala toma auge e ingresa al ordenamiento legal de forma integral con la promulgación de la Constitución Política de la República de Guatemala en el año de 1985. En la carta magna en su artículo 134 establece “El municipio y las entidades autónomas y descentralizadas, actúan por delegación del Estado”.

Con la promulgación de la Constitución se emitieron normativas que complementaron el objetivo de implementar la descentralización de forma nacional, esto con el propósito de eliminar de forma paulatina las diferencias abismales que se estaban desarrollando en los sectores regionales fuera del casco central de la República de Guatemala. Uno de los propósitos fue el de fortalecer los gobiernos municipales con el establecimiento de un porcentaje del Presupuesto General de Ingresos Ordinarios del Estado, que se descentralizara el poder en entidades que tuvieran representación en el interior del país con el propósito que organizaran y coordinaran la administración pública tal es el caso del Consejo Nacional de Desarrollo Urbano y Rural, esto buscaba el

principal objetivo del gobierno, crear condiciones que fueran necesarias para incrementar el nivel de vida de los pobladores.

Para el desarrollo de lo establecido en el artículo 134 de la Constitución Política de la República de Guatemala, a partir del año de 1986 se ha emitido disposiciones que permitan desarrollar el concepto de descentralización en el país. Entre el periodo de 1986-1991 se promulgó la Ley Preliminar de Regionalización, la Ley de los Consejo de Desarrollo Urbano y Rural y el Código Municipal. Además, para el fortalecimiento de la institucionalidad se creó el Ministerio de Desarrollo Urbano y Rural, cuyo propósito era coordinar el Sistema de Consejo de Desarrollo a nivel local, municipal, departamento, regional y nacional.

Dentro de los objetivos primordiales de esta institución se encontraba la descentralización de la administración pública del país, con la idea de crear figuras urbanas para distribuir las actividades de la capital e incrementar las actividades económicas del Estado. La propuesta de esta política era dividir la administración en cinco niveles.

Durante los años de 1991-1993 se realizó una reforma al Estado, iniciando con la desincorporación de empresas públicas y la creación de formas flexibles de contratación laboral en el Estado. Para lograr la

inversión local se creó en 1993 el Fondo de Inversión Social –FIS- y el Fondo Nacional para la Paz –FONAPAZ-.

En el periodo de gobierno de Ramio de León Carpio durante los años 1993-1996, se reformó la Constitución Política de la República de Guatemala, se realizaron distintas modificaciones a los estatutos que normaban a las municipalidades, entre estas podemos mencionar la eliminación de la clasificación de las municipalidades y se redujo a la mitad el periodo de elección, asimismo se aumentó del 8 al 10 % el aporte constitucional a estas, estableciendo un porcentaje del 90 % a programas y proyectos de salud, obras de infraestructura y educación.

En este periodo se modificó la forma de administración de los recursos que eran destinados para el Sistema de Consejos de Desarrollo, se creó el Fondo de Solidaridad para el Desarrollo Comunitario, en este caso los recursos eran asignados a la Secretaría de Coordinación Ejecutiva de la Presidencia y los administraban los Consejos Regionales de Desarrollo Urbano y Rural.

Álvaro Arzú durante los años 1996-2000, priorizó la descentralización, en primer término, la desincorporación de empresas públicas, puso en práctica la figura de la concesión y externalización de servicios públicos,

otorgó la delegación de competencias a las asociaciones comunitarias y la desconcentración de los ministerios de Estado.

Durante este gobierno se creó el Fondo de Tierras –FONTIERRAS-, el Fondo Guatemalteco del Medio Ambiente –FOGUAMA-, el Fondo Nacional de Conservación –FONACON- y el Fondo de Desarrollo de la Telefonía Rural. Asimismo, para el fortalecimiento de las autoridades locales se instituyó la Asociación Guatemalteca de Alcaldes y Autoridades Indígenas –AGAAI-. Uno de los logros más destacados para el fortalecimiento de los poderes locales y entidades descentralizadas fue la firma de los Acuerdos de Paz Firme y Duradera, firma el 29 de diciembre de 1996.

Algo particular que sucedió durante este periodo, fue la realización de diferentes acciones para reforzar la descentralización a nivel nacional, pero algunas acciones se realizaron sin seguir lo establecido en la Ley General de Descentralización, ocasionando situaciones que en el ámbito del derecho fueron consideradas de hecho y no de derecho llevando a cabo del debido procedimiento.

En los años 2000-2004 se realizaron importantes reformas a la Ley del Impuesto al Valor Agregado, con el propósito de incrementar el destino de recursos a las municipalidades, durante este periodo se promulgó la

Ley General de Descentralización Decreto 14-2002 del Congreso de la República de Guatemala. Como complemento se llevó a cabo una serie de modificaciones a leyes para lograr un andamiaje legal que permitiera implementar la desconcentración, entre estas se encuentra la reforma a la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural y se aprobó un nuevo Código Municipal. Asimismo, se modificó la Ley Orgánica de la Empresa Portuaria Quetzal, para incrementar el porcentaje a algunas municipalidades y al Estado.

Los recursos del aporte a los Consejos Departamentales de Desarrollos, con fundamento en el artículo 10 del Decreto 27-92 Ley del Impuesto al Valor Agregado, a partir del 2003 un punto del porcentaje total de este impuesto, deberá destinarse a los programas y proyectos de infraestructura, directamente a estos consejos, a través del Ministerio de Finanzas y el Banco de Guatemala.

En el periodo del 2004-2008 se creó la Subsecretaría de Descentralización de la Secretaría de Coordinación Ejecutiva de la Presidencia, este órgano tiene bajo su responsabilidad la programación, dirección y supervisión de ejecución de la descentralización del Organismo Ejecutivo. Importante para esta figura fue la aprobación de la Política Nacional de la Descentralización del Organismo Ejecutivo.

Definición

Para Calderón (2006) la descentralización es:

Un sistema de organización administrativa que consiste en crear un órgano administrativo, dotándolo de personalidad jurídica y otorgándole independencia en cuanto a funciones de carácter técnico y científico, pero con ciertos controles del Estado y bajo las políticas del órgano central de la administración. (p. 210).

La definición anterior, el autor la denomina general, debido a que hay elementos que podrían incorporarse a la misma, que podrían extenderla considerando los motivos y actores que en la legislación guatemalteca intervienen para que la descentralización sea aplicable. Para entender mejor la definición de descentralización, es importante abordar otros conceptos que la mayoría de veces, son confundidas con esta, tales como centralización o desconcentración.

Para Rico, A., Salvador, M. (2016) la descentralización se presenta “cuando es la cúpula de una organización –el centro, en este caso el Estado central- la que decide transferir algunas de sus competencias y funciones a otros actores intraorganizativos o extraorganizativos” (p. 25)

El término centralización, centralismo o concentración es lo opuesto a la descentralización considerando su ejercicio y aplicación. Calderón (2006) la define como:

Una estructura en la que el conjunto de órganos administrativos de un Estado están enlazados bajo la dirección de un órgano central único y encuentran su apoyo en el principio de la diversidad de funciones, pero dentro de un orden o relación” (p.193).

En este tipo de ejercicio la jerarquía juega un rol principal, que se conjugará en la concentración del poder y la autoridad, esta logra unir como un núcleo técnico la unidad de los órganos y las actividades y funciones de la administración. Además, el posicionamiento de las personas que ejercerán las facultades otorgadas, será en un orden de subordinación, una persona forma grado y varias personas relacionadas entre ellas forman línea, este concepto se entiende definiendo que entre los grados hay subordinación y entre las líneas hay coordinación.

La centralización en el Estado de Guatemala, se puede determinar en la figura del Presidente de la República que representa el Organismo Ejecutivo, en este existe una estructura con una persona que forma grado y diferentes ministros que forman línea, que coordinan entre sí sus funciones específicas, delimitando su actividad para no interferir en sus acciones y funciones. Siguiendo la línea de la jerarquía cada entidad ministerial en lo interno tiene determinada una jerarquía organizacional

que debe existir por razón de orden y que permita que se otorguen y cumplan instrucciones para la consecución del resultado de acuerdo a sus funciones.

El ejemplo descrito anteriormente, exige que se exponga la posición del Organismo Ejecutivo dentro del Estado de Guatemala; si bien es cierto que la figura del centralismo es una forma de organización en el Organismo Ejecutivo, este es uno de los tres organismos que establece la Constitución Política de la República. Está en su artículo 141 dispone la separación de organismos “La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La subordinación entre los mismo, es prohibida”.

Es de considerar que uno de los principios primordiales del estado de derecho es el de la división y separación de poderes, otorgando poderes a cada uno de los organismos del Estado, la división de poderes es la columna principal del esquema republicano. No es permitida la subordinación entre los organismos del Estado, en los cuales hay autonomía y colaboración, para resolver los problemas nacionales. Este principio se constituye en el tema de estudio como la primera forma de descentralización del Estado.

La desconcentración es una figura que continuamente es confundida con la descentralización, algunos autores del Derecho Administrativo la ubican como un concepto intermedio entre la centralización y la descentralización.

Calderón (2006) la define de la siguiente manera:

La desconcentración consiste en una forma jurídica de descongestión administrativa, en la cual se otorga al órgano desconcentrado determinadas facultades de decisión limitadas y un manejo independiente de su presupuesto o de su patrimonio, sin dejar de existir el nexo de jerarquía administrativa en cualesquiera de los sistemas de organización (centralizada, descentralizada y autónomas) (p.209).

En este proceso se considera que un titular o máxima autoridad de una institución delega en sus funcionarios o subalternos las responsabilidades de la ejecución de una o varias funciones que le han sido otorgadas, siempre que no sean las que por la ley, él debe ejercer, en algunos casos también puede haber transferencia de elementos administrativos y presupuestarios para la ejecución de estas tareas, pero en este caso la autoridad no pierde autoridad en la relación que tiene con estos órganos. Esta figura puede ser aplicada en instituciones centralizadas o descentralizadas, ya que en el interior de estas la estructura organizacional, permite su ejecución, ya que en las dos variables no se perderá la subordinación con la máxima autoridad del órgano.

Al considerar los términos de centralización y desconcentración se puede detallar que la descentralización difiere en estas dos, ya que su aplicación es en busca de la creación de entes jurídicos distintos que por su naturaleza ejecutarán actividades técnicas, financieras, administrativas o jurídicas, que son convenientes que se ejecuten, debido a que se busca celeridad y la especialización a su cargo, que en el gobierno central se dificulta su ejecución.

Elementos

La descentralización debe reunir ciertos elementos para considerarse instaurada, en primer término, debe ser instaurada por ley; en el artículo 134 de la Constitución Política de la República de Guatemala se establecen dos tipos de figuras, los que se les otorga autonomía en la misma Constitución y las entidades descentralizadas a quienes el Congreso de la República les otorga su autonomía.

En estas últimas, se deben cumplir dos elementos esenciales para su creación, que la descentralización sea indispensable para una mejor eficiencia en la organización pública y por otro lado para el mejor cumplimiento de sus metas y fines. En este caso se otorga una descentralización legal, en la cual es necesario el voto favorable de las dos terceras partes del total de diputados.

Características

De acuerdo a Calderón (2016) se pueden establecer ciertas características como la independencia funcional que se otorga desde el momento de su creación, por medio de esta puede organizarse de la forma y modo que considere conveniente para la prestación del servicio y dar cumplimiento a sus fines legales establecidos en su ley orgánica y sin contradecir la Constitución Política de la República de Guatemala, se constituirá dentro de la estructura estatal.

En su ley orgánica se establecerá y otorgará personalidad jurídica, que le permitirá representar sus intereses tanto en el ámbito público, así como ante particulares que reclamen derechos que se deriven de la prestación del servicio público. La transmisión de poderes de decisión, ya que su actuar estará vinculado a la emisión de normativas en el ámbito de su competencia, en las cuales definirá políticas públicas en algunos casos de cumplimiento obligatorio ante los particulares, por tal motivo no basta únicamente que sean propuestas o informes. Esta decisión resolutoria será objetiva en los términos que le correspondan desde un punto de vista técnico y científico.

Otra característica es que este órgano sea parte de la estructura organización general del Estado, constituyéndose como una persona de derecho público, con excepción que no tendrá incidencia política, tampoco en su administración el gobierno central. Como toda entidad estatal este órgano descentralizado deberá crear su estructura organizacional interna, esta dependerá de las actividades y funciones técnicas que desarrolle.

Estos órganos deberán ser fiscalizados por la Contraloría General de Cuentas, como ente de control del gasto público, considerando que al ser un ente de derecho público, su patrimonio se constituirá de recursos que al inicio tendrán su origen del presupuesto ordinario de ingresos y gastos del Estado, estarán supeditadas al cumplimiento de normas emitidas con el propósito de eliminar o evitar actos de corrupción con su patrimonio financiero.

Podrán emitir sus normas legales, considerando que se les otorga independencia legislativa y reglamentaria en el ámbito de su competencia, siempre y cuando estas no contradigan su ley constitutiva y por supuesto la Constitución Política de la República de Guatemala, no pueden extralimitarse ante las regulaciones de estas normas.

De acuerdo a la ley que las constituye, gozan de patrimonio propio, mismo que puede ser administrado a través de un presupuesto; esto aun con algunas limitaciones que por disposición de leyes en materia financiera, presupuestaria y de contrataciones deben cumplir para la ejecución del mismo. Estas instituciones se encuentran de acuerdo a la Constitución Política de la República de Guatemala bajo la verificación de sus gastos por medio de la Contraloría General de Cuentas.

Es particular el hecho que estas entidades se encuentran dirigidas por órganos que las representan en actos administrativos y procesales, su estructura organizacional se encuentra compuesta por un órgano colegiado, denominado en algunos casos como juntas directivas, consejos directivos, que desempeñan con mayor jerarquía y conocen temas trascendentales para la institución, su conformación dependerá de lo establecido en su ley orgánica, generalmente en estas se encuentran representantes de los sectores en los cuales tienen incidencias sus decisiones.

De forma inmediata en línea descendiente se encuentra ubicada un representante unipersonal denominado en algunas ocasiones gerentes, administradores generales, etc., sus funciones principales son dar cumplimiento a las decisiones del órgano superior, representar a la

entidad en todos los actos que le faculte su ley constitutiva, así como tomar decisiones sobre sus subordinados, en la mayoría de casos se constituye como el representante legal de la institución.

Ventajas

Según Castillo (2006) la descentralización otorga ciertas ventajas que se dan durante su ejecución:

-Los servicios específicos que debe atender la administración central, por la delegación a estas instituciones descentralizadas, disminuye las presiones por los sectores sociales a quienes se prestan estos.

-El servicio que se debe prestar se otorga de forma más eficiente, con mayor cobertura y técnico debido a que la institución se especializa en la prestación de este al sector de la población a quien se dirige.

-Los servicios prestados debido a que su desarrollo es sumamente técnico, esto permite que se modernice y se vuelva auto sostenible.

-El fin de su patrimonio es administrarlo de forma eficiente, buscando que el servicio sea prestado a la mayoría de la población, y de haber utilidades estas se reinvierten para fortalecer la prestación del servicio.

-La prestación del servicio técnico dirigido a la población, permite que estas instituciones se aparten de la influencia política.

-En algunos casos con la figura de la concesión o cooperativas es utilizada por particulares para prestar el servicio, a través de regulaciones que la entidad emita para el efecto.

Desventajas

Se considera que la descentralización provoca una desorganización en la ejecución de la administración pública, ya que se considera que se pierde el poder de control del órgano considerado como central.

-La contratación de nuevos funcionarios podría provocar mayor burocracia, debido a la creación de recientes órganos que en la prestación de sus servicios requerirán el cumplimiento de requisitos o documentos que anteriormente no se realizaban.

-En la mayoría de casos, los puestos de dirección de estas instituciones son otorgados a personas sin la preparación técnica necesaria para el puesto, ocasionando que su funcionamiento, ejecución y desarrollo sea ineficiente e improductivo. Estos casos son los que marcan la intervención de otros órganos en el nombramiento de personas políticas o por favores de compadrazgos o políticos.

-El cumplimiento de las metas u objetivos para los cuales fueron creadas, no son óptimas, por cualquier razón, no se logra que su funcionamiento en la prestación del servicio a la población sea el idóneo o el factor por el cual fueron creadas.

-El incumplimiento de sus objetivos por los cuales fueron creadas estas entidades, generan pérdidas para el Estado, ya que su patrimonio se ve afectado, llegando a no ser auto sostenible con sus ingresos propios, razón por la cual el presupuesto estatal, debe desembolsar recursos para fortalecer el patrimonio de la entidad descentralizada.

-La planificación es débil y en ocasiones no existe, ya que los objetivos de las entidades descentralizadas son desviados a actividades políticas o no enfocadas a sus propósitos, por tal motivo sus resultados no son los que espera el Estado.

Clases de Descentralización

Para Pérez (2013) existen varias clases de descentralización, pero las aplicables en la práctica son tres formas: la descentralización local y territorial, la técnica o por servicios y la funcional.

La descentralización local o territorial, considerará un área geográfica en la cual la institución ejerce su competencia administrativa y las facultades otorgadas por su ley constitutiva, ya sea de forma local o regional, para que la ejerza en su nombre y bajo su responsabilidad. Este tipo de descentralización se considera una ventaja para las comunidades locales y regionales, ya que no deben acudir hasta el poder central para solventar sus necesidades.

Una característica de este tipo de descentralización es que se considera con un carácter político, ya que considerando que su competencia se extiende a un territorio determinado, este tipo de organización permite a los habitantes elegir a sus propias autoridades, mostrando una forma de democracia para obtener un auto gobierno explicado en estas instituciones.

Este tipo de descentralización se atribuye a la ejecutada por el gobierno municipal y se estima que es la clase de descentralización más antigua. Pérez (2013) define este tipo de descentralización “se sustenta en una base geográfica y culmina en la creación de personas jurídicas cuya competencia se establece en relación a un determinado territorio” (p. 52).

La descentralización técnica o por servicios denominada también por servicio o institucional Calderón (2006) la define “Es el otorgamiento de competencias o funciones de la administración a entidades que se crean para ejercer una actividad especializada” (p.218). Su fundamento se establece en la necesidad del Estado de diversificarse como consecuencia de la amplia gama de servicios y temas que debe tratar, por tal motivo es imperante que un órgano especializado atienda ciertos temas de forma científica.

Este tipo de instituciones su función principal es la satisfacción u otorgamiento de un servicio a un sector especializado y no enfocada a un servicio de carácter general, conteniendo los elementos indispensable para ser funcional, tal es el caso de un patrimonio, personalidad jurídica propia y recursos obtenidos de la prestación de sus servicios. En este tipo de órganos se hace indispensable que las personas que lo dirigen, se

encuentren dotadas de conocimientos científicos y especializados de acuerdo a las competencias otorgadas.

La descentralización funcional o denominada por colaboración se caracteriza por el otorgamiento de funciones y competencias de la administración pública a particulares para que las ejerzan en nombre del Estado. Este caso se deriva de circunstancias especiales debido a la atención de situaciones personales y privadas de la población en las cuales se debe atender con conocimientos técnicos que carecen en algunas ocasiones los servicios o funcionarios públicos. Estos elementos son los que se analizan para que organizaciones privadas otorguen su colaboración, siendo parte de la ejecución de la función administrativa.

Esta descentralización requiere elementos que debe ejecutar la autoridad pública que otorga la delegación de las funciones, tales como un control directo a sus operaciones con el propósito de determinar el cumplimiento y consecución de los objetivos por el cual participan en la función administrativa, deberá emitir regulaciones que deberá cumplir la organización privada, podrá retirar la facultad otorgada cuando se determine que la misma no ha sido ejecutada cumpliendo los objetivos por los cuales se realizó.

Los contratos administrativos

Antecedentes

La figura del contrato administrativo es tan antigua como el mismo surgimiento del Estado, esto en corrientes que afirman su existencia. “El Estado, como persona jurídica, tiene facultad de contraer obligaciones, por ello pueden encontrarse antecedentes remotos de contratos celebrados por el poder público en el derecho romano y en las monarquías medievales, para posteriormente ser retomados en los Estados modernos” (Castro et al., 2010, p. 49)

Asimismo, durante su evolución han surgido corrientes en las que se destaca que los contratos administrativos no se reconocen como una especialidad distinta a la del derecho particular. Calderón (2006) opina que:

La aparición del contrato administrativo estuvo muy distante de ser pacífica. La voz de números e importantes se alzó para impugnar su existencia en sus esfuerzos por desvincular los argumentos de quienes lo postulaban como una categoría contractual especial, diferente a la del contrato regulado en por el derecho privado. (Fernández, 2003) (p.176)

Además, en la actualidad debido a que esta figura ha logrado su aceptación, en la legislación, en la jurisprudencia y en la doctrina, prueba de esto es “en la actualidad múltiples constituciones del mundo contemplan o exigen una regulación específica para los contratos administrativos” (Castro et al., 2010, p.76)

Es relevante indicar que en el seno de organismos internacionales bajo la influencia del derecho internacional y del derecho comunitario han creado mecanismos específicos para regular la contratación pública en los países partes. En este proceso el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establece “Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones...” y en el artículo 3 numeral 5 de la Convención Interamericana contra la Corrupción “Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas”.

Estas normativas, aunado a la incorporación y reconocimiento de la contratación pública en la mayoría de las legislaciones a nivel internacional, establece la autonomía del contrato administrativo a otras

ramas del derecho, considerando que existen elementos presupuestales, administrativos y procesales que determinan su especialidad todos enfocados a aglomerar la normativa aplicable a estos contratos, con el fin de preservar principios de transparencia en la administración de los fondos públicos.

En Guatemala, el contrato administrativo ha evolucionado al mismo nivel que ha evolucionado la legislación del Derecho Administrativo, este instrumento legal es el origen de controversias que son resueltas en el ámbito de lo contencioso administrativo. Por tal motivo, es imperante que esta figura sea constantemente fortalecida incorporando elementos que protejan los derechos de las partes firmantes, considerando que en la actualidad existen diversos criterios en su redacción, mismos que contribuyen a disputas en el ámbito judicial.

La Constitución Política de la República establece en su artículo 221 que el tribunal de lo Contencioso-administrativo tiene la función de contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, además los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas.

El artículo 14 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, que la jurisdicción contencioso administrativo, conocerá las cuestiones referentes a la interpretación, cumplimiento, rescisión y efectos de los contratos celebrados por la administración pública para obras y servicios públicos.

Definición

El Estado como ente responsable de la prestación de servicios públicos hacia la población, ha determinado que requiere de la intervención de particulares para lograr este objetivo, así como de suministrarse de bienes, materiales y servicios para su funcionamiento. Esta necesidad se encuentra vinculada a la erogación de recursos públicos por la recepción de estos insumos, situación que requiere de la utilización de instrumentos legales y administrativos que establezcan los parámetros que se estipulen en las contrataciones.

El contrato administrativo lo define (Godínez, 1990) Calderón (2006) como:

Una declaración de voluntad del Estado, a través de sus órganos centralizados y entidades autónomas y descentralizadas, con un persona individual o colectiva, privada o pública, nacional o internacional, con el compromiso del primero de pagar honorarios o un precio por la actividad, servicio o bien, que le presta el contratante, bajo las condiciones establecidas en las leyes de orden público y sometidos en caso de conflicto o incumplimiento a la jurisdicción privativa de lo contencioso administrativo. (p.387)

Para Calderón (2006) el contrato administrativo es “el celebrado por un particular, o varios, y la administración pública, en ejercicio de función administrativa, para satisfacer el interés público, con sujeción a un régimen exorbitante de derecho privado” (p.388). Las definiciones anteriores exponen la particularidad del contrato administrativo, que es relación de voluntades entre el Estado y un particular, con el fin principal que es la prestación del servicio público.

Para Castillo (2006) la definición de contrato se aplica de acuerdo al criterio que se agrupa en la doctrina jurídica y se basa en la comparación del contrato administrativo y el contrato privado, estas se pueden describir de la siguiente manera:

- Cuando se somete el contrato al tribunal contencioso administrativo este es administrativo por disposición de la ley, en contrario si el contrato se somete a los tribunales civiles, este es privado. Este criterio se le denomina de la jurisdicción competente.
- Si en su elaboración se toma como fundamento un proceso de licitación pública este se considera un contrato administrativo. El contrato es privado si en su celebración únicamente es necesario el consentimiento de las partes. Se le denomina como criterio del procedimiento para contratar.

- Se considera contrato administrativo cuando el objeto de la contratación es la consecución de un servicio público y dentro de su estructura se incluyen cláusulas exorbitantes para una de las partes. Se considera privado cuando su contenido y objeto no tiene ninguna relación con un servicio público. A este se le conoce como criterio del objeto o contenido del contrato.
- En el caso que una ley o disposición legal denomine al contrato como administrativo se entenderá de esa manera. De igual forma para los contratos privados se les denominará de esta manera si algún cuerpo legal lo define de esta manera. Al ocurrir este caso se presentará un criterio legal que lo definirá.
- Cuando se busca realizar o lograr el bien común o interés público con la suscripción de un contrato este será de índole administrativa. En el caso que se busque la consecución del bien individual o particular, estamos ante un contrato privado. Este es el criterio del bien común o del interés público.

Algunos de estos criterios pueden ser aplicados en la legislación guatemalteca, considerando que su actividad se regula en las normas administrativas, pero de acuerdo al fin del contrato y por disposiciones legales que lo regulan, en Guatemala, el contrato administrativo se encuentra reconocido como una figura totalmente independiente del

derecho civil debido a su aplicación y disposición legal al respecto, por tal motivo se entenderá que este pertenece al Derecho Administrativo.

Características

Dentro del estudio de este tema, es importante detallar las características esenciales que de un contrato que se celebra en la administración pública.

a) Juridicidad y legalidad

Todo contrato administrativo que se suscriba debe contar con fundamento en el principio de juridicidad, esto se refiere a someter este acto a la aplicación del Derecho, que constituye la ley, la doctrina y los principios jurídicos, tanto en la suscripción, como a su presentación a los entes establecidos por la ley en caso de controversia. Esto se debe a que los actos que provengan de funcionarios y empleados públicos deberán ser emanados sin discrecionalidad y debiendo aplicar el Derecho a los asuntos en que intervengan.

La Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 221, se refiere al Tribunal de lo Contencioso Administrativo,

estableciendo como su función principal ser contralor de la juridicidad de la administración pública, considerando que el contrato administrativo es un acto emanado en la esfera de la administración pública, este deberá mantener la juridicidad, aplicando este principio.

Calderón (2006) indica “siendo el contrato administrativo un acto jurídico bilateral en el que aparece el Estado sometándose al consenso de voluntades, necesariamente deben aplicarse las normas de distinta naturaleza, principios y hasta el manejo de doctrina legal” (p.383)

El contrato administrativo no debe ser discrecional en su elaboración, considerando que esto podría ocasionar arbitrariedades por parte del Estado hacia los particulares; es fundamental que este acto cumpla con el principio de legalidad, que establece que toda actividad administrativa debe estar basada en la ley, que comprende toda norma jurídica aplicable al caso concreto. Se refiere con norma jurídica a estipulaciones legales desde el ámbito constitucional, legal o reglamentario. Este principio establece que ningún acto de la administración pública puede realizarse sino existe una norma jurídica que lo ampare, considerando que se deberá actuar de conformidad a lo que establezca el marco legal que sea aplicable.

En la legislación guatemalteca no existen normas de carácter administrativo que regulen el contenido y estructura del contrato administrativo, por tal motivo su elaboración contendrá una serie de normas y formalidades del derecho civil, pero el procedimiento de contratación de acuerdo al ordenamiento legal será administrativo.

b) Bilateralidad del contrato

Esta característica es de vital importancia, ya que su incumplimiento pondría en riesgo la tesis de la existencia del contrato administrativo y que únicamente se realiza un acto administrativo. Consiste en el vínculo que existe entre el Estado y el particular que suscribirá el contrato, con la inclusión de obligaciones y derechos acordados por ambas partes de forma recíproca.

c) Preferencia del Estado

La imposición de condiciones para contratar por parte del Estado, derivado al poder público que ostenta y para obligar al cumplimiento impositivo del contrato, no es un argumento para indicar que este no es bilateral, ya que existe un acuerdo de voluntades entre el órgano que representa a la administración pública y el particular que suscribe.

d) Régimen jurídico exorbitante del derecho privado

Esta característica fundamental para definir diferencias con el contrato privado, ya que en el contrato administrativo se aplica un régimen jurídico exorbitante del derecho privado, ya que este se encuentra en su contenido integrado por cláusulas del derecho civil y en algunos casos mercantil, pero se incluyen algunas condiciones exorbitantes que en el derecho privado serían inválidas, esto se realiza debido a que en el contrato administrativo el bien jurídico que se tutela es el interés social, además que se debe resguardar el patrimonio estatal.

e) Principios especiales

Con la suscripción de un contrato administrativo, se aplica el principio que el derecho público prevalece sobre el derecho privado, los principios jurídicos que se utilizarán para su interpretación de su contenido y la de su suscripción son especiales y pertenecen al Derecho Administrativo.

f) Jurisdicción especial

Con la suscripción de contratos administrativos surgen conflictos derivados a su cumplimiento o interpretación, estos de conformidad al artículo 221 de la Constitución Política de la República deben ser

sometidos a una jurisdicción especial, que es el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. El artículo 19 de la Ley de lo Contencioso establece “Procederá el proceso contencioso administrativo: 1) En caso de contienda por actos y resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado. 2) En los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas” y el artículo 102 de la Ley de Contrataciones del Estado establece:

Salvo lo dispuesto en el artículo 3 de esta ley, toda Controversia relativa al incumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los actos o resoluciones de las entidades a que se refiere el artículo 1 de la presente ley, así como en los casos de controversias derivadas de contratos administrativos, después de agotada la vía administrativa y conciliatoria, se someterán a la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Elementos

El contrato administrativo para su perfección necesita se reúnan ciertos elementos indispensables, estos son importante se expongan con el propósito que se entienda su concepción.

a) El sujeto

Este elemento es esencial debido a que sin estos el contrato no puede existir, Vaca (2016) lo define “Es el individuo o persona determinada susceptible de derechos y obligaciones, sujeto es la persona humana o

física, jurídica o colectiva, es decir, todo ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones” (p.9). Definiendo desde el punto de vista del contrato administrativo para Ávalos, Buteler, Massimino (2014) la característica esencial de este tipo de contratos es que uno de los sujetos debe ser siempre la administración pública, a través del órgano administrativo que esté realizando el negocio (centralizado, descentralizado o autónoma) actuando en cumplimiento de la función pública. El otro sujeto puede ser una persona particular física o jurídica según el derecho común. Además, detalla otra forma cuando el contratante es otra persona pública actuando en función administrativa.

b) El consentimiento

Para Soler (2015) “el consentimiento existe desde el momento en que, conocidas por las partes contratantes las respectivas obligaciones impuestas en el contrato, manifiestan su conformidad en obligarse” (p.389). Debido a la función pública que ejecuta de forma discrecional determina la forma de contratación que realizará, publicando el proceso para que se adjudique al proveedor que otorgue mejores condiciones para su ejecución, en ese momento el oferente queda obligado únicamente por el hecho de presentar la oferta, en esta etapa de la contratación el Estado no se ha comprometido en nada, hasta que se apruebe la adjudicación por

la autoridad que suscribirá el contrato administrativo. En esta etapa es en la cual adquieren derechos y obligaciones las dos partes y se perfecciona la contratación.

En cuanto a las causas que invalidan los contratos administrativos se aplican las de forma general, según Soler (2015) estas son:

El error de derecho no puede invalidarlo, porque el contratante debe saber la legislación especial que rige la materia. El error de hecho invalida el contrato si se demuestra que existió de un modo evidente, pero se hace difícil esta clase de error, porque no puede el contratista alegar ignorancia de las condiciones estipuladas previamente y con sumo cuidado la Administración, habiéndolas puesta en su conocimiento con anterioridad y con suficiente anticipación para pensar en su consecuencia. (p. 389)

c) Objeto

El objeto para Lira (2009) se determina como “La causa está constituida por los motivos determinantes del acto en los que están insertos el cuidado del servicio público y en particular el interés público” (p.13). Este elemento como en los contratos privados corresponde a una prestación que corresponde en una obligación de dar, hacer o no hacer. La característica en los contratos administrativos es que el objeto de la contratación pueda ser una prestación o cosa que esté fuera del comercio. La particularidad de este elemento en estos contratos es que puede cambiar con el transcurso de la ejecución, debido a que su finalidad es el

bien común. Otro aspecto a mencionar es que en este tipo de contratos a igual que los de derecho privado el objeto debe ser lícito, cierto y determinado.

d) Causa

Este elemento es primordial de acuerdo al planteamiento de Vaca (2016) “Así como no puede haber un acto jurídico o contrato sin objeto real y lícito, así tampoco puede haberlo, sin una razón que justifique su existencia. Esta razón es la causa...” La satisfacción de una necesidad de la población que se concrete y tenga su fundamento en una norma, así como el proceso de contratación que antecede el contrato administrativo, se constituyen como la causa por la cual se suscribe el instrumento legal administrativo.

e) Forma

De acuerdo a Lira (2009) la forma constituye un elemento que permite otorgar garantías a las partes que suscriben el contrato administrativo. Debido a que, si falta la forma establecida en la normativa legal o se ha realizado un trámite irregular, el contrato resulta sin validez, afectado por nulidad. Esta debe ser una regla obligatoria teniendo en cuenta el marco

en el cual se desarrolla la administración pública. Es importante hacer mención de la interpretación que se le ha otorgado a la forma propiamente dicha y formalidades. En el primer caso, esto se refiere al modo en que se documenta la voluntad administrativa y la segunda son los requisitos que se deben cumplir para expresar la voluntad administrativa.

f) Finalidad

Este es lo que se busca obtener con la celebración del contrato, acá se define de forma particular la generalidad del bien común a lo que quiere otorgar como producto final el órgano de la administración que suscribe el contrato, el cual debe redactarse de forma clara desde el inicio para evitar que este se considere indebido u oculto ocasionando un caso de desviación de poder. Asimismo, este elemento define la competencia que la ley le otorga a la institución que lo celebra.

Principios

De acuerdo a Calderón (2006) el contrato administrativo cuenta con principios que otorgan viabilidad a la suscripción con particulares, entre estos se encuentran:

- a) Igualdad del Estado frente a particulares, de acuerdo a este principio el Estado para llevar a cabo la celebración de un contrato administrativo debe ponerse en iguales condiciones con el particular.
- b) Manifestación de voluntad, en un contrato administrativo la persona individual o jurídica, así como el Estado a través del órgano que realice la contratación, deben manifestar su voluntad, debido a que no puede tener validez, si este es impuesto por la soberanía del Estado.
- c) No alterar el orden público, durante la elaboración de un contrato administrativo, así como en la suscripción se deberá velar en todo momento que el contenido no altere el orden público.
- d) Cumplimiento de formalidades, en toda suscripción de un contrato administrativo se debe velar porque se cumplan con las formalidades establecidas en el normativo vigente del Derecho Administrativo.
- e) El cumplimiento de los procedimientos, este principio se fundamenta que previo a la suscripción del contrato administrativo, se verifique que se cumpla con todas las formalidades legales y administrativas del proceso de contratación contenidas en la ley.

f) Debe ir dirigido al cumplimiento de las finalidades del Estado, este principio es esencial para el cumplimiento del objetivo de la administración pública, ya que se busca con la suscripción del contrato administrativo, adquirir insumos o servicios para otorgar servicios públicos a la población.

Clasificación

No existe un número determinado de contratos que se elaboran y utilizan en la administración pública, de forma legal como doctrinaria se pueden mencionar como principales los siguientes:

a) El contrato de suministros

A través de este instrumento los órganos del Estado, realizan adquisiciones de bienes e insumos que son indispensables para el funcionamiento institucional de acuerdo a sus competencias. En los últimos años estos contratos se han utilizado para la adquisición de productos para su distribución en programas sociales implementados por la administración central.

b) Concesión de servicios públicos

Por medio de este tipo de contratos, el Estado otorga la facultad a particulares, para que por su cuenta y riesgo construyan, produzcan, monten, instalen, mejoren, adicionen, conserven, restauren y administren una obra, bien o servicio público, bajo el control de la entidad pública concedente, con o sin ocupación de bienes públicos, a cambio de una remuneración que el particular cobre a los usuarios de la obra, bien o servicio.

c) Contrato de servicios al Estado

Este se utiliza para formalizar la prestación de un servicio por una persona individual o jurídica en el marco de lo contratado y acordado entre los servicios que se pueden mencionar en este tipo de contratos, se encuentran los de mantenimiento de equipo, mobiliario, vehículos, etcétera.

d) Contrato de obra pública

La construcción, modificación, remozamiento, reconstrucción o mantenimiento de un edificio o de una estructura que sea de utilidad pública, se formaliza a través de estos contratos, siempre y cuando se

cumplan con los procedimientos y parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico vigente.

e) Contrato de consultoría técnica o profesional

La contratación de servicios de consultoría técnicas o profesionales se realiza por medio de este contrato, por servicios con especialidades técnicas que requieran de un conocimiento o preparación específica. Los estudios de prefactibilidad, estudios técnicos, de inversión, se realizan por medio de este instrumento.

f) Exploración y explotación de recursos no renovables:

Su objetivo es regular el otorgamiento a personas individuales o jurídicas, la explotación y la exploración de hidrocarburos, recursos que la Constitución Política son propiedad del Estado, para su otorgamiento se debe cumplir con el procedimiento establecido para estos casos, en virtud que su ejecución debe estar dentro de los parámetros establecidos de forma técnica para evitar que los recursos naturales tengan detrimento.

Instrumentos jurídicos en las negociaciones con pago entre entidades de gobierno central y entidades descentralizadas.

Análisis sobre las contrataciones públicas bajo el amparo del Decreto número 57-92 Ley de Contrataciones del Estado.

El Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado, regula las compras, ventas, contrataciones o cualquier modalidad de adquisición que realicen los organismos que este mismo cuerpo legal establece. El artículo 1 estipula los órganos administrativos que se encuentran sujetos al cumplimiento de esta ley, su reglamento y los procedimientos que establezca el órgano rector en materia de adquisiciones.

Esta ley define las distintas formas o modalidades de adquirir los servicios, insumos y bienes que el Estado requiere para su funcionamiento o la prestación de un servicio público, instaurando características a cada una de estas modalidades que permitan una mejor ejecución y fiscalización. Debido a la constante evolución de la tecnología, además de las exigencias internacionales para fortalecer estos procesos y blindarlos en contra de actos de corrupción, la ejecución de los procedimientos descritos en esta ley se auxilian de un sistema digital

denominado Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado –GUATECOMPRAS-.

En este sistema se registran todas las adquisiciones que los órganos del Estado, realizan vinculadas a la erogación de fondos públicos. Su uso es de carácter obligatorio de conformidad a lo establecido en el artículo 4 bis de la Ley de Contrataciones del Estado, se define como un sistema para la transparencia y la eficiencia de las adquisiciones públicas, estableciendo su consulta pública, irrestricta y gratuita. La publicación de la información estará sujeta a la normativa vigente que para el efecto se emita, de conformidad a la modalidad que corresponda.

En este estudio las contrataciones bajo el amparo del Decreto 57-92 Ley de Contrataciones del Estado, son analizadas con el propósito de brindar características particulares de cada una y definir algunos aspectos relevantes en su ejecución.

a) Licitación pública

Esta modalidad de adquisición se encuentra fundamentada en el artículo 17 de la normativa descrita, por medio de ella se puede adquirir cualquier servicio, insumos o bienes de lícito comercio que el Estado

requiera para su funcionamiento o la prestación de un servicio público. La característica principal que la define como tal, es el valor de la contratación. El artículo 17 estipula “Cuando el monto total de los bienes, suministros y obras, exceda de las cantidades establecidas en el artículo 38, la compra o contratación deberá hacerse por licitación pública...”

El monto estipulado para aplicar esta modalidad son las contrataciones que excedan el monto de Q.900,000.01, la excepción a esta, únicamente son los casos establecidos en el mismo cuerpo legal. Además, se hace la referencia que al momento de establecer que la contratación no sobrepasa el monto indicado, el proceso se deberá realizar por medio de cotización pública o compra directa según se estipule.

Para llevar a cabo este proceso, deben elaborarse documentos que amparen el proceso de contratación, los documentos mínimos establecidos son las bases de licitación, especificaciones generales, especificaciones técnicas, disposiciones especiales y planos de construcción, cuando se trate de obras. Para cada uno de estos instrumentos se establecen ciertos requisitos que se deben cumplir en su elaboración.

La convocatoria a licitar se deberá publicar en el Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado –GUATECOMPRAS- y una vez en el Diario Oficial. Entre ambas publicaciones debe mediar un plazo no mayor de 5 días hábiles. Además, se establece que entre la publicación en el sistema GUATECOMPRAS y el día fijado para la presentación y recepción de ofertas deben transcurrir por lo menos 40 días calendario.

La recepción, calificación y adjudicación de las ofertas, se realiza por una junta de licitación, nombrada por la autoridad superior, integrada por 3 integrantes titulares y 2 suplentes, servidores que deben estar contratados en relación de dependencia en la institución contratante o en otra que por la especialidad del proceso nombre a personal para participar en procesos de distintas entidades.

Posterior a la adjudicación de la junta de licitación, la autoridad superior deberá aprobar lo actuado por la junta. Luego de transcurrir el plazo para la interposición de recursos la adjudicación se entiende por definitiva, estableciendo la ley 10 días hábiles para la suscripción del contrato administrativo y 15 días para la presentación de la fianza de cumplimiento de contrato, plazo contado a partir de la suscripción del contrato. Presentada la caución de sostenimiento de oferta en el plazo de

10 días hábiles deberá aprobarse el contrato administrativo para notificarlo al contratista e iniciar el plazo para la ejecución o entrega de lo adquirido.

b)Cotización pública

Esta modalidad de contratación se encuentra estipulada en el artículo 38 de la Ley de Contrataciones del Estado “Cuando el precio de los bienes, de las obras, suministros o remuneraciones de los servicios exceda de noventa mil quetzales (Q.90,000.00) y no sobrepase los siguientes montos la compra o contratación podrá hacerse por el sistema de cotización...”

Para las entidades establecidas en el artículo 1 de la referida ley, el valor que no deben exceder las contrataciones es de Q900,000.00. A diferencia de los procesos de licitación pública la aprobación de los documentos del proceso, el nombramiento de la junta y la aprobación de la adjudicación la realiza la autoridad administrativa que en jerarquía le sigue a las nominadas en el artículo 9 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Este tipo de procedimiento se asemeja al de licitación pública debido a que en ambos se solicita mediante concurso público publicado en el sistema –GUATECOMPRAS- ofertas a proveedores legalmente

constituidos para el efecto y que cumplan con las condiciones requeridas para cada el concurso.

En esta modalidad de compra la publicación de la convocatoria únicamente se realiza en el sistema –GUATECOMPRAS- a diferencia del proceso de licitación pública que se debe publicar en el Diario Oficial, además el plazo entre la publicación de en –GUATECOMPRAS- y el día fijado para la presentación y recepción de ofertas es de 8 días hábiles, menor tiempo que el establecido en la modalidad de licitación pública.

Las demás gestiones que se debe realizar en el proceso de cotización pública de acuerdo a lo establecido en el artículo 42 de la Ley de Contrataciones del Estado, se aplicarán de forma supletoria las disposiciones en materia de licitación, en las que fueran aplicables.

c) Contrato abierto

El artículo 46 de la Ley de Contrataciones del Estado detalla:

Contrato abierto es la modalidad de adquisición coordinada por el Ministerio de Finanzas Públicas, a través de la Dirección General de Adquisiciones del Estado, con el objeto de seleccionar proveedores de bienes, suministros y servicios de uso general y constante, o de considerable demanda...

Esta modalidad de adquisición se gestiona a través de un concurso público y la condición esencial para su inicio es la solicitud de dos o más instituciones de las contempladas en el artículo 1 de la ley descrita.

A esta norma se exceptúan los Ministerios de Salud Pública y Asistencia Social, Educación, Gobernación y el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, quienes podrán hacerlo de manera individual. Quedarán exoneradas de llevar a cabo los procesos de licitación y cotización pública las entidades que realicen sus compras o contratación de bienes, suministros y servicios con base a los que se encuentren en el catálogo de contrato abierto.

El procedimiento de contratación para definir los productos y los proveedores que integrarán el catálogo de productos de contrato abierto, lo llevará a cabo el Ministerio de Finanzas Públicas a través de la Dirección General de Adquisiciones del Estado, cumpliendo el procedimiento establecido en el artículo 46 de la Ley de Contrataciones del Estado.

d) Subasta electrónica inversa

Esta es una modalidad de adquisición pública de obra pública, construcciones por contrato, bienes y servicios estandarizados u homologados, dinámica, operada en el sistema –GUATECOMPRAS-, en

esta los posteriores habilitados pujan de forma pública, electrónica y en tiempo real, durante un plazo preestablecido. Se define un precio de referencia de conocimiento público que se da previo al evento, se utiliza como referencia o techo de partida para el proceso.

Una de sus características es que las ofertas que se propongan durante la puja no podrán ser superiores al de referencia y deberán aceptarse pujas con precios menores a la postura anterior. La adjudicación se hará a la postura con el precio más bajo obtenido durante el proceso.

Uno de los principios de esta modalidad de adquisición, es que la compra por volumen que incide en mejores precios y la estandarización de especificaciones hacen más económicos los procesos y por ende más prácticos. La puja mediante este tipo de procedimiento deberá ser autorizada únicamente cuando el número de postores habilitados en el proceso sea mayor o igual a tres.

e) Compra directa por oferta electrónica

Su característica principal es la recepción de ofertas de bienes, suministros, obras y servicios a través de una oferta electrónica en el sistema –GUATECOMPRAS-, evitando los procesos de licitación y

cotización pública cuando la adquisición sea por montos mayores a Q25,000.00 y que no supere los Q.90,000.00. Su gestión es de manera ágil ya que entre la publicación del concurso en –GUATECOMPRAS- y el día fijado para la recepción y presentación de las ofertas mediará un plazo no menor de 1 día hábil.

Esta modalidad de adquisición se realizará bajo la responsabilidad de la autoridad que autorice la adquisición. La oferta electrónica se debe publicar en el sistema –GUATECOMPRAS- y deberá incluir detalle del bien o servicio ofertado, número de identificación tributaria y nombre o razón social del oferente y el monto de la oferta. Durante el proceso de adjudicación se publicará como mínimo el número de identificación tributaria y el nombre o razón social del proveedor adjudicado y el monto adjudicado.

f) Compra de baja cuantía

Esta modalidad de adquisición se puede definir como la más ágil, pero el valor máximo por el cual se puede gestionar es de Q.25, 000.00. Consiste en la adquisición directa de bienes, suministros, obras y servicios, omitiendo los requerimientos exigidos en un proceso competitivo detallados en la Ley de Contrataciones del Estado. Esta

adquisición será responsabilidad de la autoridad que la apruebe. Se requiere que la documentación que sea parte del proceso de compra o contratación se publique en el sistema –GUATECOMPRAS-, una vez sea recibido el bien, suministro o servicio, para que se constituye como información pública de oficio.

g) Adquisición con proveedor único

Esta adquisición se encuentra condicionada a que el bien, servicio o suministro por su naturaleza únicamente se pueda adquirir con un solo proveedor. Este extremo debe ser comprobado, por tal motivo la entidad que se encuentre interesado deberá realizar una publicación en el Diario Oficial, otra en uno de los diarios de mayor circulación en el país y en GUATECOMPRAS, en la cual se invite a los interesados a ofertar la contratación de bienes, suministros y servicios solicitados, en esta se deberá señalar el día, hora y lugar para que presenten su disposición a ofertar.

En esta invitación se deberán detallar las características de lo que se desea adquirir y el plazo para presentar la manifestación de interés, el cual no podrá ser mayor de 5 días hábiles a partir de la última publicación. En este tipo de contratación se deberá nombrar una

comisión receptora que se integrará por 3 miembros nombrados por la autoridad administrativa superior. En caso que el día de la recepción se presentará únicamente un interesado o no se presentaran, la entidad contratante quedará facultada para realizar la adquisición con el proveedor único. En el caso que concurrieran más de un interesado la comisión nombrada lo informará a la autoridad competente y se deberá realizar el proceso por la modalidad de adquisición que corresponda.

h) Casos de excepción

Estos procesos de conformidad a la ley, no obliga a las entidades contratantes a realizar las adquisiciones a través de las modalidades de licitación y cotización pública. En estos casos se encuentran contempladas las adquisiciones de obras, bienes, servicios y suministros situaciones indispensables para solucionar situaciones derivadas de los estados de excepción declarados conforme la Ley de Orden Público, que haya ocasionado la suspensión de servicios públicos o que sea inminente tal suspensión.

La adquisición de vacunas, medicamentos antirretrovirales, métodos de planificación familiar, fármacos, micronutrientes, suministros quirúrgicos y de laboratorio, al amparo de convenios o tratados

internacionales suscritos con los organismos establecidos en la ley. Las adquisiciones que se realicen en el extranjero se podrán realizar de manera directa. La contratación de la acuñación de moneda metálica terminada, la compra de metales necesarios para la acuñación de moneda, la compra de sistemas, de equipos y la impresión de formas de billete de banco y de títulos valores que realice el Banco de Guatemala por la naturaleza de sus funciones.

La contratación de servicios técnicos y profesionales individuales en general. Las adquisiciones vinculadas a la realización del proceso electoral y consulta popular. Los servicios básicos de energía eléctrica, de agua potable, extracción de basura y servicios de línea telefónica fija.

i) Negociaciones entre entidades del Estado

Esta modalidad se autoriza para la adquisición de servicios personales y no personales, bienes y suministros entre las entidades de los organismos del Estado y entre éstas y las entidades descentralizadas, autónomas, unidades ejecutoras y las municipalidades. Estas negociaciones pueden realizarse con o sin pago, por permuta o por compensación, existiendo dos situaciones por las cuales se puedan realizar, la primera cuando se trate de suministros, equipos y bienes muebles, servicios personales y no

personales, deberán ser autorizados por las autoridades competentes. El segundo caso cuando se trate de transferencia de posesión o de propiedad de bienes inmuebles, se deberá autorizar por Acuerdo Gubernativo, cumpliendo los requisitos para que se formalice el acto.

Estas negociaciones como todas las demás modalidades deberán ser registradas en el sistema –GUATECOMPRAS-, publicando los documentos que respalden las negociaciones realizadas. El proceso de contratación es de manera ágil y se deberán cumplir con los requisitos de forma supletoria que otros procesos de contratación contienen.

Análisis comparativo de la legislación en materia de negociaciones entre entidades del Estado, en diversos países.

En el presente estudio, se consultó legislación de diferentes países del continente americano con el propósito de determinar diferencia y similitudes referentes a la modalidad de negociaciones entre entidades del Estado, la información recabada permite comparar aspectos propios de cada ordenamiento legal y las clases y situaciones en las cuales procede realizar las negociaciones entre entidades del estado.

Tabla 1
Comparativo de legislaciones
Negociaciones entre entidades del Estado

País	Norma	Fundamento	Clases	Condiciones
Guatemala	decreto 57-92 Ley de Contrataciones del Estado	artículo 2	con pago sin pago permuta donación	bienes muebles, equipos y suministros, servicios personales y no personales, transferencia de posesión o de propiedad de bienes inmuebles
Nicaragua	Ley No. 737 Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público	artículo 2 artículo 58 numeral 9	contratación simplificada con pago	En situaciones taxativamente señaladas en la ley, la contratación se realizará en condiciones del mercado, denominados contratos inter-administrativos. Cualquier servicio o suministro.
Bolivia	Decreto Supremo No. 27328 Procesos de contratación de bienes, obras y servicios generales y de consultoría	artículo 33 literal a) artículo 46 literal b)	con pago por contratación por excepción, con pago por contratación de servicios de consultoría por excepción	cuando no existan empresas comerciales legalmente constituidas que puedan ofrecer los bienes y obras y servicios requeridos, cuando no existan empresas comerciales legalmente constituidas que puedan ofrecer los servicios de consultoría
Argentina	Decreto 1023/2001	artículo 25 literal d) numeral 8	con pago por contratación directa	para la prestación de servicios seguridad, logística o de salud

Fuente: elaboración propia con información de las leyes de los países consultados.

La tabla elaborada presenta una comparación sobre las negociaciones entre entidades del estado, tomando como base 4 países entre los cuales se encuentra Guatemala, Nicaragua, Bolivia y Argentina. En sus ordenamientos legales en materia de adquisiciones y contrataciones se

encuentra regulada la negociación entre entidades del sector público en normas de carácter obligatorio, teniendo varias clases de negociaciones entre entidades del Estado y diferentes condiciones por las cuales se puede optar por esta modalidad de adquisición.

El Decreto 57-92 Ley de Contrataciones del Estado, norma las adquisiciones y contrataciones del sector público, específicamente en su artículo 2 establece:

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.

Estas negociaciones se pueden llevar a cabo con o sin pago, permuta o donación y las condiciones sobre las cuales se pueden realizar son la adquisición de bienes muebles, equipos y suministros, servicios personales y no personales y la transferencia de posesión o de propiedad de bienes inmuebles. El Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado –GUATECOMPRAS-, administrado por la Dirección General de Adquisiciones del Estado, en este sistema se registran las negociaciones entre entidades del Estado, seleccionando la modalidad establecida en el artículo 2 de la Ley.

En el caso de Nicaragua la norma para regular las contrataciones estatales es la Ley No. 737 denominada Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público, que en su artículo 2 Definiciones establece “Contratos entre Entes Públicos o Contratos Interadministrativos: Son aquellos contratos celebrados entre dos organismos o entidades pertenecientes al Sector Público. Los contratos interadministrativos se celebran mediante el procedimiento de la contratación simplificada”. Estos procesos se llevan a cabo entre entes públicos, cuando en estos procesos de contratación las partes contratantes no pueden invocar, entre sí, prerrogativas exorbitantes del derecho común, se realizan apoyados de un sistema electrónico denominado –NICARAGUACOMPRA-, administrado por la Dirección General de Contrataciones del Estado, en este sistema se encuentran inscritos como proveedores entidades públicas vigentes para participar en procesos de contrataciones que publican otras entidades del Estado para la adquisición de bienes y servicios.

El Decreto Supremo No. 27328 denominado Procesos de contratación de bienes, obras y servicios generales y de consultoría es el cuerpo legal que establece los lineamientos para las contrataciones en Bolivia, esta normativa estipula 2 casos en los cuales se pueden llevar a cabo negociaciones entre entidades del sector público, la primera está regulada

en el artículo 33 Contratación por Excepción, literal a) “Contratación de entidades públicas que estén capacitadas para prestar el servicio, ejecutar la obra o producir el bien, cuando no existan empresas comerciales legalmente constituidas, que puedan ofrecer los bienes y obras y prestar los servicios generales requeridos”. El artículo 46 Contratación de servicios de consultoría por excepción literal b) estipula “No existan empresas comerciales legalmente constituidas que puedan ofrecer los servicios de consultoría, se podrá contratar entidades públicas que estén capacitadas para prestar los servicios requeridos”. Como lo indican los dos supuestos en los cuales se pueden contratar entidades del Estado, es en el caso que no existan empresas comerciales para prestar los servicios que requieren Entidades de gobierno. El portal para publicar las contrataciones estatales se denomina Sistema de Contrataciones Estatales –SICOES-, que es administrado por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, las negociaciones entre entidades del Estado son registradas de acuerdo a los procedimientos establecidos para el efecto.

Argentina regula sus contrataciones estatales a través del Decreto 1023/2001 denominado Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, esta normativa en su artículo 25 Procedimientos de selección, literal d) Contratación directa, numeral 8 indica:

Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del ESTADO NACIONAL entre sí o con organismos provinciales, municipales o del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también con las empresas y sociedades en las que tenga participación mayoritaria el Estado, siempre que tengan por objeto la prestación de servicios de seguridad, logística o de salud.

La condición específica de esta modalidad es que la contratación debe ser para la prestación de seguridad, logística o de salud. Además, no se permite la subcontratación del objeto del contrato. El gobierno argentino utiliza para la publicación de convocatorias el portal de compras públicas electrónicas de la República de Argentina –COMPR.AR-, administrado por la Oficina Nacional de Contrataciones. En este portal se encuentran inscritos como proveedores organismo públicos que pueden participar en procesos de contratación que requieren otros organismos del Estado.

Clases de instrumentos jurídicos utilizados en negociaciones con pago entre entidades de gobierno central y entidades descentralizadas

En las negociaciones entre entidades de gobierno central y entidades descentralizadas que se llevan a cabo en Guatemala, en tenor de lo que establece la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, la instituciones públicas realizan negociaciones con otros organismos del Estado, se ha verificado que esta práctica ha incrementado cada año, considerando que esta modalidad de adquisición, permite adquirir

servicios personales y no personales, suministros y bienes muebles de forma ágil, sin realizar un proceso de licitación y cotización pública.

Este aumento de gestiones al amparo de esta modalidad, ha ocasionado que diversas instituciones elaboren documentos que respalden estos negocios, debido a que la Ley de Contrataciones del Estado no regula el instrumento jurídico que debe realizarse para documentar los derechos y obligaciones que se contraen para llevar a cabo la negociación. Debido a esta falta de legislación se detallan los documentos que se utilizan para respaldar estas contrataciones:

a)Cruce de cartas

Las instituciones estatales en las negociaciones entre entidades del Estado, han utilizado estos documentos como respaldo en la formalización de las adquisiciones, fundamentándose en lo que establece para el efecto el artículo 1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado “Cuando se trate de bienes muebles, equipos y suministros, servicios personales y no personales, previa autorización de las autoridades superiores correspondientes...”.

La entidad contratante remite un oficio o nota solicitando la prestación del servicio interesado a otra entidad descentralizada, en el documento se pueden describir las características del servicio. La institución a quien realizan la solicitud, remite propuesta económica y técnica detallando los pormenores del servicio. El órgano solicitante verifica la propuesta y remite nota u oficio firmado por la autoridad superior, requiriendo el servicio bajo los términos y condiciones ofrecidas fundamentándose en el artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado y 2 del Reglamento de la Ley. La entidad que prestará los servicios contesta por medio de nota u oficio firmado por su autoridad superior, confirmando la prestación del servicio amparándose en la misma base legal de la requirente, con este documento se formaliza la negociación siendo suficientes estos documentos para formalizar e iniciar la ejecución del servicio.

b) Convenio

Este documento se utiliza en negociaciones entre entidades de gobierno central y entidades descentralizadas para formalizar la contratación realizada. De acuerdo a Calderón (2006) al convenio también se le denomina como convención utilizándose como sinónimos, una característica del convenio es que puede ser o no de naturaleza jurídica.

Por medio de este se pueden otorgar condiciones o negociaciones que no lleven implícito pago como es la permuta o donación, o inclusive la prestación de servicios personales y no personales, entrega de insumos y bienes muebles, que se determinen como cooperación interinstitucional.

La suscripción se realiza por las autoridades superiores de las entidades que llevan a cabo la negociación, amparándose en lo que establece el artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 2 de su Reglamento, su alcance puede ser amplio, esto lo determinarán las instituciones que deberán acordar las cláusulas que se detallen en el instrumento. Este tipo de documentos no deben cumplir con los requerimientos solicitados para la suscripción de los contratos administrativos. En este caso no se requiere fianza de cumplimiento, tampoco se realiza una gestión de aprobación del documento administrativo y no se registra el convenio en los controles del Registro de Contratos de la Contraloría General de Cuentas. Regularmente el convenio es suscrito por la entidad que prestará el servicio u otorgará los insumos y bienes.

c) Contrato administrativo

Las entidades del estado utilizan este tipo de documento para formalizar negociaciones entre entidades del sector público y entidades descentralizadas en las cuales habrá el desembolso de fondos para el pago por la prestación de servicios, suministros y bienes muebles. Este documento permite detallar los derechos y obligaciones que las entidades asumen con el propósito de salvaguardar su patrimonio por un lado y asegurar el pago por el otro.

La voluntad de las partes se formaliza, acordando las cláusulas que deben integrar el texto del contrato. La elaboración del contrato regularmente es realizada por la entidad contratante cumpliendo las disposiciones legales que para el efecto vincula la suscripción del contrato. Al suscribirlo se debe otorgar fianza de cumplimiento de contrato por un valor del 10 por ciento de parte de la entidad que prestará el servicio u otorgará el bien o suministro. Además, se debe cumplir con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado relacionado a la aprobación del contrato. Se deberá atender lo dispuesto en el Acuerdo A-038-2016 emitido por el Contralor General de Cuentas por medio del cual crea la Unidad de Digitalización y Resguardo de Contratos, constituyendo la obligación de remitir los contratos

administrativos suscritos dentro del plazo de treinta días calendario a partir de su aprobación.

Efectos jurídicos

La importancia que adquiere contar con un instrumento jurídico marco para ser utilizado en las negociaciones entre entidades del Estado y entidades descentralizadas, se incrementa debido al aumento de negociaciones bajo esta modalidad de adquisición durante los últimos 3 años, como se demostró en la investigación realizada en el portal del Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – GUATECOMPRAS-, contenida en el cuadro 1 de este documento.

Considerando la posición de las instituciones de gobierno central al cuidado del patrimonio estatal establecidos en los principios del Decreto 101-97 Ley Orgánica del Presupuesto, así como la facultad que se otorga a las entidades descentralizadas para representarse en relaciones jurídicas y constituir un patrimonio propio, esa obligación exige administrar de la mejor forma los recursos que se le otorga, además de buscar ser autosuficientes de forma financiera para la captación de ingresos propios por la prestación de servicios técnicos.

La seguridad jurídica que otorga la suscripción de un documento marco, que consolide las cláusulas que permitan asegurar los derechos y obligaciones que obtienen ambas instituciones, en el curso de la negociación y ejecución del servicio, es un elemento esencial para las entidades de gobierno central y entidades descentralizadas, considerando que su actuación se fundamenta en la facultad que les otorga el Estado, de acuerdo a sus competencias y la responsabilidad administrativa que les es inherente.

Además, con la suscripción de un contrato administrativo debidamente estructurado en las negociaciones entre entidades de gobierno central y entidades descentralizadas, se asegurará una efectiva tutela administrativa de este acto asegurando el control de la juridicidad, en ambas partes. El control de la fiscalización por parte del órgano de control además de acuerdo a los criterios emanados para el efecto, se realizaría bajo la supervisión de una minuta de contrato prevista para el caso de las negociaciones de esta índole.

Modelo de contrato administrativo para negociaciones con pago entre entidades de gobierno central Entidades descentralizadas

CONTRATO ADMINISTRATIVO NÚMERO XXX GUIÓN XXXX (XX-XXXX), ENTRE XXXXX Y LA ENTIDAD DENOMINADA XXXXXX, PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO XXXXXXXX.

En la ciudad de Guatemala, el xx de xxxx de dos mil xxxx (xx/xx/xxx), comparecemos: **XXXXXXXX**, de XXXX (XX) años de edad, , xxxx, xxxxx, de este domicilio, me identifico con el Documento Personal de Identificación código único de identificación -CUI- número xxxxx, xxxxxx, xxxxx (xxxx xxxxx xxxx), extendido por el Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala, señalo como lugar para recibir notificaciones y citaciones, en xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, departamento de xxxxxx; actúo en mi calidad de xxxxxxxx y Representante Legal de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, lo que acredito con: **a)** Copia certificada del Acuerdo Gubernativo número xxxxxxxx de fecha xxxxxxxxxxxx; y **b)** Certificación de acta de toma de posesión del cargo número xxxxxxxxxxxx de fecha xxxxxxxxxxxx, asentada en el Libro de Actas autorizado por la Contraloría General de Cuentas, registro número xxxxxxxx (xxxxx), que en lo sucesivo podrá denominarse indistintamente como “**XXXXXX**”; y por la otra parte, **XXXXXXXX**, de

xxxxx (xx) años de edad, xxxx, xxxxx, xxxxx, xxxxxxx, de este domicilio me identifico con Documento Personal de Identificación –DPI- y Código Único de Identificación –CUI- número xxxxxxx xxxxxxx (xxxx xxxxx xxxx), extendido por el Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala –RENAP-; actúo en mi calidad de **xxxxxxx DE LA ENTIDAD XXXXXXXX**” calidad que acredito con:

a) Certificación del Acta número xxxxxxx (xxxx) de fecha xxxxx del año dos mil xxxxxx, **b)** Copia del Acuerdo de nombramiento xxxxxxx (xxxxxxx) de fecha xxxxx xxxx del año dos mil xxxx, , con domicilio fiscal en la xxxxxxxxxxx, departamento xxxxxxx, lugar que señala para recibir citaciones, notificaciones y emplazamientos, a quien en lo sucesivo del presente instrumento será denominado como **“XXXXXX”**.

Los comparecientes aseguramos ser de los datos de identificación anteriormente descritos, hallarnos en el libre ejercicio de nuestros derechos civiles y que las representaciones que se ejercitan resultan ser suficientes de conformidad con la ley y a nuestro juicio para celebrar el presente **CONTRATO DE PRESTACIÓN DE XXXXXXXX**, el cual queda contenido en las siguientes cláusulas: **PRIMERA:**

ANTECEDENTES. Expediente administrativo conformado con fundamento a lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto número cincuenta y siete guion noventa y dos (57-92) del Congreso de la República de Guatemala y sus Reformas en su artículo

dos (2), y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, contenido en el Acuerdo Gubernativo número ciento veintidós guion dos mil dieciséis (122-2016) emitido por la Presidencia de la República de Guatemala, artículo 5 y sus reformas. De esa cuenta se inició el expediente administrativo conformado de los siguientes documentos: a) xxxxxxxxxxxx b) xxxxxxxxxxxx-. **SEGUNDA: BASE LEGAL.** La suscripción del presente contrato se realiza con fundamento a lo preceptuado en el artículo uno (1), dos (2), tres (3), cuarenta y siete (47), cuarenta y ocho (48), cuarenta y nueve (49), cincuenta y cuatro (54), sesenta y dos (62), del Decreto número cincuenta y siete guión noventa y dos (57-92) del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado y sus reformas; artículo tres (3), cinco(5), quince (15), cuarenta y dos (42), cuarenta y tres (43), cincuenta y cinco (55) y cincuenta y seis (56) del Acuerdo Gubernativo ciento veintidós guión dos mil dieciséis (122-2016) Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y sus reformas; y a lo establecido en la Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal dos mil xxxxxx y veinte para el ejercicio fiscal dos mil xxxxx, Decreto número xxxxxx guion dos mil xxxxx (**XX-20XX**) del Congreso de la República. **TERCERA: OBJETO DEL CONTRATO,** “**XXX**”, Se obliga a prestar a “**XXXX**” el servicio de xxxxxxxx. En consecuencia “**XXXX**” se compromete a proporcionar a “**XXXXXX**” el

y “XXXXXX” les queda prohibido ceder, enajenar o negociar total o parcialmente los derechos que pudieran obtener del presente contrato.

OCTAVA: LIMITACIONES. EL CONTRATISTA declara expresamente que no se encuentra comprendido dentro de las limitaciones previstas en el artículo ochenta (80) de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Número cincuenta y siete guion noventa y dos (57-92) del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas. **NOVENA: GARANTÍAS.** a) **Garantía de Cumplimiento.**

Previo a ser aprobado el presente contrato, EL CONTRATISTA deberá constituir a favor de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, un seguro de caución de cumplimiento del contrato por un valor equivalente al diez por ciento (10%) del monto total del contrato y cuya vigencia será la misma del plazo contractual y deberá ajustarse ante cualquier ampliación o variación del presente contrato, manteniendo las condiciones de cobertura que aplicaron al contrato original. Esta garantía es obligatoria para la aprobación del contrato y la misma estará vigente hasta que la entidad interesada extienda la constancia de haber recibido a su satisfacción la garantía de calidad o de funcionamiento, o haberse prestado el servicio, en su caso. El seguro de caución de cumplimiento anteriormente relacionado, deberá ser contratado con una entidad autorizada para operar en Guatemala, y deberá mantenerse vigente hasta que se finiquite el presente contrato. EL CONTRATISTA deberá

adjuntar a la Garantía de Cumplimiento la certificación de autenticidad que emita la entidad afianzadora, misma que se anexará a la póliza respectiva. **b) Garantía de Calidad y/o Funcionamiento.** El contratista responderá por la calidad óptima de los bienes objeto del presente contrato, mediante la constitución de un seguro de caución de calidad y/o funcionamiento, por un valor equivalente al quince por ciento (15%) del valor total del contrato como requisito previo para la prestación del servicio del enlace de internet y deberá estar vigente durante el período que dure la prestación del servicio. EL CONTRATISTA deberá adjuntar a la Garantía de Calidad y/o Funcionamiento la certificación de autenticidad que emita la entidad afianzadora, misma que se anexará a la póliza respectiva. Las fianzas deberán publicarse en el sistema GUAATECOMPRAS, según lo establece el artículo sesenta y nueve (69) de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Número cincuenta y siete guion noventa y dos (57-92) del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas. **DÉCIMA: CESIÓN DE DERECHOS:** “XXXX”, deberá atender directamente lo convenido en este instrumento, tiene prohibido vender, ceder, o traspasar total o parcialmente los derechos y obligaciones aquí contraídas, bajo pena de nulidad de lo actuado, resarciendo daños y perjuicios inmediatamente a favor de “XXXX”. **DECIMA PRIMERA: OBLIGACIONES DE LAS PARTES I) OBLIGACIONES DE XXX: xxxxxxxxxxxxxxxx y**

OBLIGACIONES DE XXXXX: xxxxxxxxxxxxxx. DÉCIMA SEGUNDA: DE LOS DELITOS DE COHECHO. EL

CONTRATISTA manifiesta que conoce las penas relativas a los delitos de cohecho, disposiciones contenidas en el Capítulo III del Título XIII, Libro Segundo, del Decreto número diecisiete guión setenta y tres (17-73) del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas, Código Penal, así como las normas jurídicas que facultan a la autoridad superior de la entidad afectada para aplicar las sanciones administrativas que pudiere corresponderle, incluyendo la inhabilitación en el sistema GUAATECOMPRAS.

DÉCIMA TERCERA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: Los otorgantes se obligan a agotar previamente la vía conciliatoria, si existiera alguna controversia relativa al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos del contrato, renunciando desde ya al fuero de su domicilio, se someterá a la Jurisdicción de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. **DÉCIMA CUARTA: CASO**

FORTUITO O FUERZA MAYOR: Para los efectos de este contrato, se entiende por caso fortuito o fuerza mayor, el acaecimiento de aquellos hechos imprevisibles y los que aun siendo previsibles son insuperables y, en todo caso, ajenos a la voluntad de las partes que impiden o excusan del cumplimiento de sus obligaciones siempre que no fueren provocadas por el contratista. Para tal efecto se considerará como causa de fuerza

mayor o caso fortuito, entre otras, las siguientes: **a)** Siniestros de orden natural, movimientos telúricos, erupciones volcánicas, desastres por inundación, incendios; **b)** Guerra civil, desórdenes públicos y cualquier otro desastre motivado por circunstancias imprevistas, provenientes de fuerza o situaciones externas a voluntad de las partes a las cuales no les es posible resistir, siempre que los hechos directa o indirectamente hayan afectado en forma real y efectiva el cumplimiento eficiente y oportuno de las estipulaciones contractuales. Los hechos que ocurran considerados como caso fortuito o de fuerza mayor que impidan el cumplimiento del contrato, liberan a las partes de responsabilidad, debiendo informar de forma escrita y que pruebe el hecho ocurrido dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes. Así mismo “XXXXXX” no cubrirá indemnización que provenga de casos fortuitos o de fuerza mayor.

DÉCIMA QUINTA: ENMIENDAS, MODIFICACIONES, AMPLIACIONES Y PRORROGA: Cualquier enmienda, modificación, ampliación o prórroga del presente contrato, será negociada por las partes y deberá constar por escrito para que surta efectos legales. **DÉCIMA CUARTA: TERMINACIÓN DEL CONTRATO:** “XXXXXX” sin responsabilidad alguna de su parte, podrá dar por terminado unilateralmente el presente contrato por las causas siguientes: **a)** Por incumplimiento de “XXXXXX”, y de cualquiera de las especificaciones técnicas y propuesta económica, como también del

incumplimiento de las obligaciones contraídas en las cláusulas del presente contrato; **b)** Por la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobada y que se imposibilite su ejecución; **c)** Por vencimiento del plazo; **d)** Por rescisión acordada por mutuo acuerdo previa notificación entre las partes en un plazo de treinta días hábiles;

DÉCIMA SEXTA: APROBACIÓN: Para que el presente contrato surta efectos legales y obligue a las partes a su cumplimiento, deberá ser aprobado mediante resolución de XXXXXXXXXXXXXXX, de conformidad a lo establecido en el artículo cuarenta y ocho (48) de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Número cincuenta y siete guión noventa y dos (57-92) del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas y el artículo cuarenta y dos (42) del Acuerdo Gubernativo número ciento veintidós guion dos mil dieciséis (122-2016), de la Presidencia de la República de Guatemala y sus Reformas, que contiene el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. **DÉCIMA**

SEPTIMA: ACEPTACIÓN: En los términos y condiciones estipuladas en el presente contrato, los comparecientes con las calidades con que actuamos, manifestamos: a) que las representaciones con que actúan son suficientes para el presente contrato, b) que aceptamos cada una de las cláusulas del presente contrato; c) que hemos leído íntegramente lo escrito y bien enterados de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, lo aceptamos, ratificamos y firmamos en xxxxx (xx) hojas de

papel tamaño carta con membrete de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, impresas en su lado anverso.-----

Conclusiones

El proceso de contratación pública ha mostrado un aumento durante los últimos 3 años en las negociaciones realizadas entre entidades de gobierno central y entidades descentralizadas, esto de acuerdo a la verificación realizada en el sistema –GUATECOMPRAS-, la mayor razón se debe a la agilidad del proceso de contratación utilizando esta modalidad, evitando las gestiones que deben desarrollarse en la licitación y cotización pública, las instituciones que optan por esta modalidad de adquisición utilizan criterios propios para desarrollar el proceso de contratación.

Los esfuerzos por lograr una descentralización completa y funcional se han realizado, pero la falta de interés por parte de sectores determinados, ha limitado su operación funcional, la normativa emitida en la mayoría de casos no ha sido aplicada, no se ha otorgado el seguimiento correspondiente o se han derogado leyes que permitirían su fortalecimiento. Se determina que el centralismo del poder continúa en los actos que desarrolla y ejecuta el Estado.

Los contratos clasificados en la doctrina y en la práctica pueden adecuarse a las negociaciones con pago entre entidades de gobierno central y entidades descentralizadas, incorporando cláusulas específicas

que regulen estas contrataciones. El decreto 57-92 Ley de Contrataciones del Estado, no establece el procedimiento y el instrumento legal que debe utilizarse en el proceso de contratación, así como de ejecución de la prestación del servicio o entrega del suministro o bien.

Se determinó que es necesario la emisión por parte del ente rector en materia de contrataciones públicas, de una minuta de contrato administrativo marco, que permita homologar los diversos instrumentos que actualmente se utilizan para formalizar las negociaciones con pago entre entidades de gobierno central y entidades descentralizadas. Esto con el propósito que los documentos que se suscriban brinden seguridad jurídica a las partes, de acuerdo a los derechos y obligaciones otorgadas, en el ámbito de su competencia.

Referencias

Calderón, H., (2006) *Derecho Administrativo Parte General*. Guatemala: Orión.

Castillo, Jorge (2006) *Derecho Administrativo Guatemalteco*. Guatemala: Impresiones Gráficas.

Castro, C., García, L., Martínez, J. (2010) *La Contratación Estatal; teoría general perspectiva comparada y regulación internacional*. Colombia: Universidad del Rosario.

Libros digitales

Avalos, E., Buteler, A., Massimino, L. (2014) *Derecho Administrativo I*. Recuperado de <https://ebookcentral.proquest.com>

Lira, C., (2009) *Los Contratos Públicos*. Perú: Recuperado de <https://ebookcentral.proquest.com>

Pérez, E., (2013) *Descentralizaciones y Autonomías*. Recuperado de <https://ebookcentral.proquest.com>

Rico, A., Salvador, M. (2016) *La descentralización del Estado*. Recuperado de <https://ebookcentral.proquest.com>

Soler, Eduardo (2015) *Derecho Administrativo*. Recuperado de <https://ebookcentral.proquest.com>

Vaca, Cristóbal (2016) *Fundamentos de la Contratación Pública*. Recuperado de <https://ebookcentral.proquest.com>

Legislación nacional

Asamblea Nacional Constituyente. (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*. Del 31 de mayo de 1985. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (1992). Decreto 57-92. *Ley de Contrataciones del Estado*. Publicado en el Diario de Centroamérica, No. 97, del 27 de octubre de 1992. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (1996). Decreto 119-96. *Ley de lo Contencioso Administrativo*. Publicado en el Diario de Centroamérica, No. 50, del 20 de diciembre de 1996. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (1997). Decreto 101-97. *Ley Orgánica del Presupuesto*. Publicado en el Diario de Centroamérica, No. 80, del 20 de noviembre de 1997. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (2002). Decreto 14-2002. *Ley General de Descentralización*. Publicado en el Diario de Centroamérica, No. 12, del 13 de mayo de 2002. Guatemala.

Presidente de la República. (2016). Acuerdo Gubernativo 122-2016. *Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado*. Publicado en el Diario de Centroamérica, No. 85, del 16 de junio de 2016. Guatemala.

Legislación internacional

Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. (2010). Ley No. 737. *Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público*. Publicado en la Gaceta, Diario Oficial, Nos. 213 y 214, del 8 y 9 de noviembre de 2010. Nicaragua.

Naciones Unidas Oficina contra la Droga y el Delito. (2004).
Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.
Estados Unidos de América.

Organización de los Estados Americanos. (1996). *Convención Interamericana contra la Corrupción.* Venezuela.

Presidente de la Nación Argentina. (2001). Decreto No. 1023/2001.
Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.
Publicado en el Boletín Oficial de la República de Argentina, No.
29.712, del 16 de agosto de 2001. Argentina.

Presidente Constitucional de la República. (2004). Decreto Supremo No.
27328. *Proceso de Contratación de Bienes, Obras y Servicios
Generales y de Consultoría.* Publicado en la Gaceta Oficial de
Bolivia, No. 2565, del 31 de enero de 2004. Bolivia.

Artículos obtenidos de internet

Muñoz, M. (2002, 15 de febrero) *Contratación Pública*, Recuperado de
https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2002/02/15Contratacion_Publica.pdf