

**UNIVERSIDAD PANAMERICANA**

Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia

Programa de Actualización y Cierre Académico



## **Las excepciones de la Ley de Contrataciones del Estado**

- Tesis de Licenciatura -

Gustavo Rafael Quixchán Peche

Petén, diciembre 2014

# **Las excepciones de la Ley de Contrataciones del Estado**

- Tesis de Licenciatura -

Gustavo Rafael Quixchán Peche

Petén, diciembre 2014

## **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 M.A. Adolfo Noguera Bosque

## **AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA**

Decano M. Sc. Otto Ronaldo González Peña

Coordinador de exámenes privados M. Sc. Mario Jo Chang

Coordinador del Departamento de Tesis M. Sc. Mario Jo Chang

Coordinador de Cátedra M.A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Asesor de Tesis M. Sc. Mario Jo Chang

Revisor de Tesis M.A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

# **TRIBUNAL EXAMINADOR**

## **Primera Fase**

M. Sc. Mario Jo Chang

Dra. Vitalina Orellana y Orellana

Licda. Nydia Lissett Arévalo Flores

M. Sc. Mario Jo Chang

## **Segunda Fase**

Licda. Nydia Marta Corzantes Arévalo

M. Sc. Arturo Recinos Sosa

M.A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

M. Sc. Mario Jo Chang

## **Tercera Fase**

M. Sc. Arturo Recinos Sosa

M. Sc. Mario Jo Chang

M. Sc. Mario Jo Chang

Dra. Vitalina Orellana y Orellana

M.A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
Y JUSTICIA. Guatemala, veintitrés de junio dos mil catorce.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **LAS EXCEPCIONES DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**, presentado por **GUSTAVO RAFAEL QUIXCHÁN PECHE**, 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 Licenciado **JOAQUÍN RODRIGO FLORES GUZMÁN**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.



**M. Sc. Otto Ronaldo González Peña**  
Decano de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Justicia

Sara Aguilar  
c.c. Archivo



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

## DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **GUSTAVO RAFAEL QUIXCHÁN PECHE**

Título de la tesis: **LAS EXCEPCIONES DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**

El Tutor de Tesis,

### 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 estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

**Segundo:** Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó la investigación de rigor, atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

**Tercero:** Que ha realizado todas las correcciones de contenido que le fueron planteadas en su oportunidad.

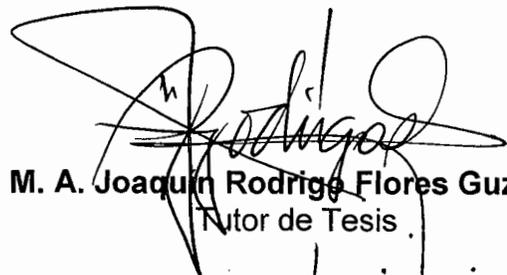
**Cuarto:** Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Tutor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 08 de septiembre de 2014

*"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"*

  
M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán  
Tutor de Tesis



Sara Aguilar  
c.c. Archivo



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

"Sabiduria ante todo, adquiere sabiduria"

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
Y JUSTICIA. Guatemala, ocho de septiembre de dos mil catorce.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **LAS EXCEPCIONES DE LA LEY  
DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**, presentado por **GUSTAVO  
RAFAEL QUIXCHÁN PECHE**, 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 al Licenciado **MARIO JO  
CHANG**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen  
en forma pertinente.



**M. Sc. Otto Ronaldo González Peña**  
Decano de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Justicia

Sara Aguilar  
c.c. Archivo



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

## DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **GUSTAVO RAFAEL QUIXCHÁN PECHE**

Título de la tesis: **LAS EXCEPCIONES DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**

El Revisor de Tesis,

### 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 estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

**Segundo:** Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó su trabajo atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

**Tercero:** Que ha realizado todas las correcciones de redacción y estilo que le fueron planteadas en su oportunidad.

**Cuarto:** Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

**Por tanto,**

En su calidad de Revisor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 07 de octubre de 2014

*"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"*

**M. Sc. Mario Jo Chang**  
Revisor Metodológico de Tesis





UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

*"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"*

## DICTAMEN DEL COORDINADOR GENERAL DE TESIS

Nombre del Estudiante: **GUSTAVO RAFAEL QUIXCHÁN PECHE**

Título de la tesis: **LAS EXCEPCIONES DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**

El Director del programa de Tesis de Licenciatura,

### 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 estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

**Segundo:** Que el tutor responsable de dirigir su elaboración ha emitido dictamen favorable respecto al contenido del mismo.

**Tercero:** Que el revisor ha emitido dictamen favorable respecto a la redacción y estilo.

**Cuarto:** Que se tienen a la vista los dictámenes favorables del tutor y revisor respectivamente.

**Por tanto,**

En su calidad de Director del programa de tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 10 de noviembre de 2014

*"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"*

**M. Sc. Mario Jo Chang**  
Coordinador Facultad de  
Ciencias Jurídicas y Justicia



Sara Aguilar  
c.c. Archivo



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

## ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **GUSTAVO RAFAEL QUIXCHÁN PECHE**

Título de la tesis: **LAS EXCEPCIONES DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**

El Director del programa de tesis, y 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 estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

**Segundo:** Que ha tenido a la vista los dictámenes del Tutor, Revisor, y del director del programa de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención ha llenado los requisitos académicos de su Tesis de Licenciatura, cuyo título obra en el informe de investigación.

**Por tanto,**

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

Guatemala, 03 de diciembre de 2014

*"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"*

**M. Sc. Mario Jo Chang**  
Coordinador Facultad de  
Ciencias Jurídicas y Justicia



**Vo. Bo. M. Sc. Otto Ronaldo González Peña**  
Decano de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Justicia

Sara Aguilar  
c.c. Archivo

**Nota:** para los efectos legales, únicamente el sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

## **DEDICATORIA**

**A DIOS:** Por enseñarme el camino correcto de la vida, guiándome y fortaleciéndome cada día.

**A MIS PADRES:** Anita Rosalía Peche de Quixchan, Pedro Rafael Quixchan (+) como un homenaje al esfuerzo, sacrificio y amor dado en mi vida.

**A MI ESPOSA:** Glendy Elisabeth García Pérez, por su apoyo incondicional, amor paciencia, comprensión en todos los momentos que hemos vivido.

**A MIS ADORADOS HIJOS:** José Nixon Rafael Quixchan Bol, y Ana Luisa Quixchan Blanco, por mi fuerza para el logro de este triunfo y que este éxito les sirva de ejemplo de tenacidad y perseverancia.

**A MIS HERMANOS:** Nixon Emilio (+), José Luis y Rossanna Argentina, agradecimientos profundos por su apoyo y ser parte fundamental en mi familia.

**A USTEDES ESPECIALMENTE:** Por apoyar de alguna manera el logro de mis metas académicas.

# Índice

Resumen	i
Palabras clave	ii
Introducción	iii
La personalidad del Estado	1
Funcionarios públicos	5
La administración pública	14
Los actos administrativos	16
El acto administrativo contractual	19
Régimen jurídico de la contratación administrativa	22
Procedimientos para la contratación administrativa	28
Las excepciones de la ley de contrataciones del Estado	35
Ambigüedades que genera la compra por excepción en la ley de contrataciones del estado	43
Conclusiones	51
Referencias	52

## **Resumen**

El presente estudio científico abordó el estudio del proceso contractual contenido en la Ley de Contrataciones del Estado decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, considerando que el objeto de esta ley es dotar de transparencia, eficacia y eficiencia al proceso de compra y adquisición de bienes y servicios a través de los procesos imperativos de licitación y cotización, sin embargo en la realidad objetiva, en la actividad contractual del Estado, predomina la compra de excepciones, en permuta de los procesos de licitación y cotización que contempla dicha ley y así surgió la incertidumbre de su legalidad, y para esclarecer esta incógnita se analizó la personalidad del Estado para actuar como sujeto de derechos y obligaciones, los funcionarios públicos y sus responsabilidades dentro de la administración pública, los actos administrativos desde su generalidad y concretamente los actos administrativos contractuales desde su régimen jurídico, sus principios y procedimientos y finalmente se estableció las ambigüedades que genera la compra por excepción en la Ley de Contrataciones del Estado.

Este estudio concluyó que: a) En las normas de la ley de Contrataciones del Estado, existen incongruencias en lo que respecta al régimen de licitación pública y cotización que son los mecanismos que los organismo del Estado, sus entidades descentralizada, y autónomas,

semiautónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades, y las empresas públicas estatales o municipales debieron utilizar para la celebración de contratos, en forma imperativa; con respecto al hecho de que la misma ley permite que estos sean suplidos por el procedimiento compra de excepciones. b) Así mismo que el procedimiento de contratación de compra directa y de compra de excepciones está investido de legalidad, pues su procedimiento esta preestablecido en el título III capítulo III de la Ley de Contrataciones del Estado. c) Que el uso del sistema de compra de excepción utilizado sin que se den los presupuestos establecidos en el artículo 44 de Ley de Contrataciones del Estado, revisten al proceso contractual del Estado, de discrecionalidad y opacidad y vulnera los principios de transparencia, de publicidad, de imparcialidad, de debido procedimientos, de responsabilidad de los funcionarios públicos, que rigen el procedimiento contractual de los organismos del Estado.

## **Palabras clave**

Incongruencias. Contradicción. Contrataciones del estado. Contrato administrativo. Cotización. Licitación. Compra de Excepción.

## **Introducción**

El Congreso de la República decretó en el año 1992 la Ley de Contrataciones del Estado, con el objeto de unificar en un solo cuerpo legal las disposiciones legales y los procedimientos de compra, venta y la contratación de bienes y servicios que requieran los organismos del Estado, en forma transparente a través del procedimiento de licitación y cotización. Sin embargo en la realidad el sistema de contrataciones del Estado que predomina es el de compra de excepciones, y es así como recobra importancia el presente estudio científico al determinar si existe incongruencia en las normas que contiene la Ley de Contrataciones del Estado, para el efecto se efectuó un análisis de cómo se realiza la función administrativa del Estado, como se manifiesta su voluntad contractual a través de los funcionarios públicos y la responsabilidad de los mismos de adecuar los actos administrativos a la ley y a la ética, para dotar de objetividad, transparencia, probidad e imparcialidad al proceso contractual del Estado. La pertinencia del presente estudio radica en poner de manifiesto que la compra de excepciones está regulada en la ley, pero si se utiliza este procedimientos contractual sin observar los presupuestos que se exige en la ley para su cumplimiento, en detrimento de los derechos de los administrados o la vulneración de los principios tutelados por la ley, se está frente a una circunstancia que perturba la recta constitución del ordenamiento, enturbiando el sistema normativo y

con ello la certeza de la Ley de Contrataciones del Estado. En consecuencia el presente trabajo de investigación proporciona al lector, una noción general del acto administrativo contractual, sus componentes, su naturaleza, modalidades y la incongruencias de las normas que lo regulan, dejando la inquietud al estudiante y profesional diligente, de profundizar en el presente estudio. Y en ese sentido en la presente investigación se tuvieron como objetivos los siguientes. 1) Evidenciar si existen incongruencias en la Ley de Contrataciones del Estado en lo que respecta al régimen de licitación pública y cotización y el régimen de compra de excepciones. 2) Establecer la legalidad del procedimiento de contratación de compra de excepción establecido en el título III capítulo III de la Ley de Contrataciones del Estado. 3) Determinar si el procedimiento de compra de excepción utilizado por los funcionarios públicos para obviar los procesos de licitación y cotización, viola los principios que rigen el procedimiento contractual de los organismos del Estado.

## **La personalidad del Estado**

Al referirnos a Estado directamente lo vinculamos a la organización de la sociedad, cuyo significado es de naturaleza política. Se trata de una entidad con poder soberano para gobernar una nación dentro de una zona geográfica delimitada. En una nación, el Estado desempeña funciones políticas, sociales y económicas. Así lo determina la Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 140 que establece: Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de Gobierno es republicano y representativo. Por su parte el Código Civil, decreto ley 106 en su artículo 15 establece que el Estado es una persona... al reconocer nuestra legislación que el Estado es una persona, lo hace susceptible de derechos y de contraer obligaciones.

El reconocimiento de la personalidad del Estado le permite cumplir sus fines e interactuar como parte en actos jurídicos, acciones o procedimientos, los cuales ejerce a través de facultades y atribuciones que el ordenamiento jurídico le confiere en ese sentido Castillo expone:

El Estado de Guatemala visto como persona jurídica, no actúa por cuenta propia, actúa a través de personas individuales. La actuación de las personas físicas individuales se explica por sí misma, por su condición humana y voluntad propia, pero la actuación de las personas jurídicas, por ejemplo el Estado de Guatemala, se entiende fácilmente cuando se aparta la condición humana y la voluntad propia, de las cuales, carece el Estado... El Estado es una organización política y pública, integrada por personas individuales. Estado y persona individual, cada una con su propia personalidad jurídica. El Estado no actúa por sí mismo, actúa a través de personas individuales y estas personas,

ejercitan la personalidad jurídica del Estado, sin perder su propia personalidad. (2014:123).

Tradicionalmente se consideró al Estado como una persona necesaria para satisfacer las necesidades de la sociedad, predominando la teoría orgánica del estado, que según Michoud citado por Castillo la “Teoría de la Personalidad Moral afirma que la persona colectiva (el Estado) y la persona individual, cuentan con sus propios órganos, para actuar juntos forman una misma personalidad única.” (2014:123). Por su parte Calderón expone: “El sujeto de derecho no siempre es una persona física, sino que puede ser jurídica, llamada por algunos inapropiadamente personas, ficticias, civiles o ideales. El Estado es una persona de carácter público de existencia necesaria...” (2011: 146). La necesidad del Estado se define el artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala que instituye que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común. Y se complementa con el artículo 2 del mismo cuerpo legal que concreta: deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la república la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

En este contexto el Estado cumple con una función supra humana, como organización representativa de todos los ciudadanos para que en forma organizada se resguarden lo bienes comunes a toda la colectividad así lo

considera Torres quien dice “El estado persigue un fin que beneficia a todos por igual, persigue un bien genérico, sin excepciones, que aunque también es común, resulta más propio llamarlo bien público.” (1998: 87). Ahora bien este bien público tiende a satisfacer las necesidades de los súbditos a través de las funciones que le corresponde a los organismos del Estado, en este contexto Calderón concluye:

La satisfacción de las necesidades individuales de la población no corresponde solo al Estado, puesto que solo le corresponde facilitar los medios necesarios e idóneos para que se satisfagan. Al Estado le corresponde colmar las necesidades que han sido elevadas a rango de públicas, por incapacidad de los particulares para hacerlo porque son inherentes a su soberanía. Una necesidad es pública cuando el interés de todos los miembros de la colectividad personificados en el Estado, requiere que se provea de la misma por él. Por eso debe decirse que la administración pública, más que satisfacer necesidades de interés general o colectivo, satisface necesidades públicas... (2011:22)

### **Actuación del estado**

Los actos tendientes a cumplir con las funciones del Estado solo pueden llevarse a la práctica por medio de lo que doctrinariamente llamamos órganos del Estado o poderes del Estado, que delimitamos en tres funciones esenciales que cumple el organismo o poder legislativo, el organismo o poder judicial y el órgano o poder ejecutivo, sin embargo aunque predomine la división de poderes hay que dejar claro que el poder es único e indivisible, y la división de poderes obedece a la forma de significar la forma en que se materializa el poder del estado para la realización de sus fines y solucionar la distribución y distinción de las competencias. En este orden de ideas puede afirmarse que el poder se

manifiesta a través del órgano que es el crisol donde convergen todas las funciones del estado para la realización del bien común.

Aunque la división de poderes perdura en la actualidad, es claro que la actividad del estado no se limita a las funciones de legislar, juzgar y administrar, si no que los órganos del Estado ejercen múltiples funciones de acuerdo a las facultades que la carta magna y las leyes le otorgan. En este sentido Calderón expone:

Los órganos administrativos estatales están constituidos por una estructura formal y sustantiva de donde se manifiesta la voluntad pública, delimitada en una esfera de competencias legales y reglamentarias. Son las normas jurídicas las que prevén la existencia del órgano administrativo... su esfera de competencias y su alcance. Es la norma jurídica la que dispone como, cuando y donde se representa el Estado y su manifestación de voluntad... Por esa razón la actuación, la forma, el conducto por medio del cual se va a manifestar la voluntad del estado, no es sino a través del órgano administrativo. Es pues, el órgano administrativo el instrumento o medio por el cual se manifiesta la voluntad estatal, razón por la cual se hace necesario analizar y estudiar al órgano administrativo. (2011:159)

Al referirse al estudio jurídico del poder público Castillo destaca:

En el Estado de Guatemala, un conjunto de instituciones y organizaciones políticas, integran y ejercitan el denominado poder público. Directamente, no lo define la Constitución. La teoría jurídica lo identifica con diferentes nombres, protestas, majestas, auroritas, energía, imperio, mando y dominación. La Constitución Política lo denomina poder público... La teoría científica y jurídica, coinciden en la afirmación de que el poder público es la capacidad de influir en las decisiones políticas y administrativas y la autoridad es el derecho de dar órdenes, que se obedezcan y ejecuten, siempre que se fundamenten en la Constitución, las leyes y la coacción o vía coactiva. El poder público, formalmente, se integra con tres Organismos: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. (2014:101).

De conformidad con el artículo 152 de la Constitución Política de la República de Guatemala el poder proviene del pueblo. Su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por esta constitución y la ley de

donde se deduce que todas las funciones y atribuciones de los órganos del poder público deben tener como límite lo estipulado en la carta magna y la ley, en ese sentido se pronuncia la Corte de Constitucionalidad al dictaminar “la función”... es la tarea que corresponde realizar a una institución o entidad o a sus órganos o personas; y la “atribución” es una de las facultades o poderes que corresponden a cada parte de una organización pública o privada según las normas que la ordenen. Tanto las funciones como las atribuciones deben estar contempladas en la ley...” (Gaceta 90:2008) Así mismo el artículo 153 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que el imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentren en el territorio de la República.

Lógicamente el Estado como persona jurídica adolece de voluntad, la cual es suplida por las personas físicas que presiden los órganos públicos, llamados funcionarios públicos, quienes con su voluntad ejercen las funciones y atribuciones dentro de la esfera del poder público que le corresponde a determinado organismo estatal.

## **Funcionarios públicos**

Las personas que ostentan la facultad de materializar la voluntad del Estado, son quienes ejercen la función administrativa en base a la legislación y el derecho; considerando que el Estado es una

congregación de personas ordenada sistemática y jurídicamente para alcanzar, objetivos, metas y solventar las necesidades de la colectividad, por medio de funciones particulares, específicas y determinadas que al englobarlas forman parte integral de una organización política, las atribuciones son atribuidas por normas que han sido consensuadas previamente por la colectividad y al materializarse son ejecutadas por los funcionarios y empleados públicos, que presiden las instituciones estatales.

La Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 154 funda: Función pública; sujeción a la ley,: Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta, oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella. Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno. La función pública no es delegable, excepto en los casos señalados por la ley, no podrá ejercerse sin prestar previamente juramento de fidelidad a la Constitución. De donde se deduce que la función pública debe realizarse bajo el amparo de la Constitución y las leyes. El acuerdo gubernativo número 197-2004 del Presidente de la República que contiene normas de ética del organismo ejecutivo, en su artículo 3 literal b define al funcionario como quien por disposición de la ley, por elección popular o legítimo nombramiento ejerce cargo o

autoridad, calidad, jurisdicción o representación, de carácter oficial en el Organismo Ejecutivo.

En el mismo sentido la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados públicos, de conformidad con sus artículos 3 y 4 es la que mejor conceptualiza al funcionario público al establecer, que funcionarios públicos son todas aquellas personas investidas de funciones públicas permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas, especialmente:

- a) Los dignatarios, autoridades, funcionarios y empleados públicos que por elección popular nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo presten sus servicios en el Estado, sus organismos, los municipios, sus empresas, y entidades descentralizadas y autónomas.
- b) Los miembros de juntas directivas, directores, gerentes, administradores y demás personas relacionadas con la recaudación, custodia, administración, manejo e inversión de fondos y valores de las asociaciones, fundaciones y demás entidades y personas jurídicas que reciban aportes o subvenciones del Estado, de sus instituciones o del municipio o que efectúen colectas públicas.

- c) Los directivos y demás personas de comités, asociaciones y patronatos autorizados conforme la ley para recaudación y manejo de fondos para fines públicos y beneficio social y/o que perciban aportes o donaciones del Estado, de sus instituciones, del municipio o entidades, nacionales o extranjeras de cualquier naturaleza para los mismos fines; así como las demás personas que intervengan en la custodia y manejo de dichos valores.
  
- d) Los contratistas de obras públicas que inviertan o administren fondos del Estado sus organismos, municipalidades y sus empresas, y de entidades autónomas y descentralizadas.
  
- e) Los miembros de las Juntas Directivas, el o los propietarios de las empresas que construyan, produzcan, monten, instalen, mejoren, adicionen, conserven, restauren y administren una obra, bien o servicio público. Asimismo, en esta disposición quedan comprendidos quienes presten sus servicios al Estado de Guatemala en el exterior del país en cualquier ramo.

El Código penal en el artículo 1 numeral 2 de las disposiciones generales conceptualiza que para los efectos penales se entiende por funcionario público quien por disposición de la ley, elección popular o por legítimo nombramiento, ejerce cargo, o mando, jurisdicción o representación de

carácter oficial. De lo supra citado se deduce que el funcionario público es quien materializa la función del estado a través de la administración pública y la ejecuta a través del órgano administrativo, por lo tanto es el responsable directo de administrar la hacienda pública y que esta sea utilizada en forma eficaz y eficiente para el cumplimiento de los fines del Estado, y la persona a quien verdaderamente se le pueden deducir las responsabilidades pertinentes en caso de que el Estado no satisfaga las necesidades de los administrados.

### **Responsabilidad de los Funcionarios Públicos:**

La constitución Política de la República de Guatemala en el artículo Artículo 155 establece: responsabilidad por infracción a la ley. Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren. La responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos podrá deducirse mientras no se hubiere consumado la prescripción, cuyo término será de veinte años. La responsabilidad criminal se extingue, en este caso, por el transcurso del doble del tiempo señalado por la ley para la prescripción de la pena. Ni los guatemaltecos ni los extranjeros, podrán reclamar al Estado,

indemnización por daños o perjuicios causados por movimientos armados o disturbios civiles.

La ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos en su artículo 7 dictamina que los funcionarios públicos están obligados a desempeñar sus deberes, atribuciones, facultades y funciones con estricto apego a la constitución política de la república y las leyes, en consecuencia, están sujetos a responsabilidades de carácter administrativo, civil y penal, por las infracciones, omisiones, acciones, decisiones y resoluciones en que incurrieren en el ejercicio de su cargo. Es decir que los funcionarios públicos en ejercicio de la voluntad del Estado, se deben rendir cuentas de su gestión, explicar con la mayor celeridad y efectividad posibles lo que está haciendo y por qué y cómo está actuando para garantizar la realización de los derechos de los administrados en consonancia con normas internacionales y los mecanismos nacionales de rendición de cuentas las cuales deben ser accesibles, transparentes y eficaces. Castillo al respecto dice:

Responsabilidad y ética, guardan estrecha relación. Los funcionarios y empleados públicos... administran encarando **tres responsabilidades**:

1. La eficiencia en el uso de los recursos para reproducir bienes y servicios y la satisfacción de necesidades generales. Una conducta contraria a la ética, que afecta los resultados, es el mal uso de los medios y los equipos, el desperdicio de esfuerzos, el no esfuerzo o la pérdida de tiempo.
2. Alcanzar objetivos sin restringir los legítimos derechos e intereses de los particulares. Los funcionarios y empleados públicos al decir que el fin justifica los medios y que los resultados pueden obtenerse atropellando, aparte de crear malestar contra la

administración pública o privada, asumen una conducta contraria a la ética, al tomar decisiones políticas sin observar normas éticas.

3. Observar de palabra y de hechos las normas éticas de la sociedad. Los funcionarios y empleados públicos no deben limitarse a pregonar conductas éticas, deben hacerlas realidad. En la administración pública de Guatemala se acostumbra decir en público una cosa y hacer otra en lo privado, contraria a la moral o la ética. Esta forma de actuar fomenta la **no-credibilidad** en la conducta pública de los funcionarios y empleados públicos... (2014: 8)

Los funcionarios y empleados públicos deben observar en su actuar lo establecido en el artículo 1 de La ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos en cuanto a los procedimientos para transparentar su ejercicio en la administración pública y asegurar la observancia estricta de los preceptos constitucionales y legales en el ejercicio de sus funciones públicas estatales; evitar el desvío de los recursos, bienes, fondos y valores públicos en perjuicio de los intereses del Estado; observar los mecanismos de control patrimonial de los funcionarios y empleados públicos durante el ejercicio de sus cargos; y prevenir el aprovechamiento personal o cualquier forma de enriquecimiento ilícito de las personas al servicio del Estado y de otras personas individuales o jurídicas que manejen, administren, custodien, recauden e inviertan fondos o valores públicos, determinando la responsabilidad en que incurran.

Así mismo es responsabilidad de los funcionarios públicos darle seguridad y certeza a todas las personas, facilitándole el acceso a la información pública y a su participación dentro de la auditoria social y

fiscalización ciudadana hacia todos los funcionarios, empleados públicos, organismos, instituciones y en general hacia todo aquel que maneje, use, administre o disponga de recursos del Estado de Guatemala. En obediencia a lo establecido en el artículo 1 de la Ley de Acceso a la Información Pública que tiene los siguientes objetivos.

- 1 Garantizar a toda persona interesada, sin discriminación alguna, el derecho a solicitar y a tener acceso a la información pública en posesión de las autoridades y sujetos obligados por la presente ley;
- 2 Garantizar a toda persona individual el derecho a conocer y proteger los datos personales de lo que de ella conste en archivos estatales, así como de las actualizaciones de los mismos;
- 3 Garantizar la transparencia de la administración pública y de los sujetos obligados y el derecho de toda persona a tener acceso libre a la información pública;
- 4 Establecer como obligatorio el principio de máxima publicidad y transparencia en la administración pública y para los sujetos obligados en la presente ley;

- 5 Establecer, a manera de excepción y de manera limitativa, los supuestos en que se restrinja el acceso a la información pública;
- 6 Favorecer por el Estado la rendición de cuentas a los gobernados, de manera que puedan auditar el desempeño de la administración pública; Garantizar que toda persona tenga acceso a los actos de la administración pública.

Es responsabilidad de los funcionarios públicos consolidar un Estado capaz de dar un uso racional a los recursos públicos adecuando su actuar a las normas legales, que le sirvan de herramienta para alcanzar sus objetivos, de acuerdo a las necesidades del país, y que garanticen la efectividad de cualquier acción que de ella se origine cuando los actores del ejercicio de la función pública menoscaben la regularidad del funcionamiento de la administración pública y afecten los esfuerzos del Estado por proporcionar el bien común, a todos los habitantes de la República de Guatemala, a través de la eficiente, eficaz y efectiva administración pública, sometida estrictamente a la ley, y a la confirmación de los principios constitucionales de legalidad y de juridicidad.

## **La administración pública**

La realización de las funciones y las atribuciones de los funcionarios públicos dan vida jurídica a la administración pública, entendida esta como el proceso de organización que integra, estructura e indica las directrices para el adecuado funcionamiento del Estado; Calderón define a la administración pública como:

El conjunto de órganos administrativos que desarrollan una actividad para el logro de un fin (bienestar general), a través de los servicios públicos (que es el medio de que dispone la administración pública para lograr el bienestar general, regulado en su estructura y funcionamiento, normalmente por el derecho administrativo. (2011:17)

En este sentido la administración pública reúne el concepto: “función,” como la actividad soberana del Estado en cumplimiento a sus fines; y “atribución,” como el poder que faculta a los organismos estatales a través de los funcionarios públicos para materializar las actividades para el logro de los fines del Estado, en forma granítica y general. Por su parte Castillo declara:

...Actualmente el nombre de administración pública se aplica a todas las organizaciones que integran el Estado a partir de los Organismo, abarcando las organizaciones autónomas y descentralizadas. En términos generales, la administración pública existe en todas las organizaciones públicas, como actividad pública, política y administrativa. “Pública” por no ser privada o particular, “política” por referirse a las actividades de gobierno que aseguran la buena marcha del Estado y convivencia entre los ciudadanos, y “administrativa” por ejecutar la administración con base en las funciones administrativas, procurando el bien común...”(2014:15).

La aseveración de que la administración se aplica a todas las organizaciones del Estado se hace evidente al analizar el quehacer de los organismos del Estado; al organismo ejecutivo por tradición se le ha

otorgado la facultad de la administración pública; sin embargo el organismo legislativo desempeña funciones administrativas, que son imprescindible para cumplir con su función de legislar, por ejemplo, al hacer adquisiciones o arrendamientos de bienes inmuebles, al comprar insumos de oficina, la contratación de su personal, el reglamento interno, entre otros; De la misma forma el organismo judicial para el cumplimiento de su cometido, necesita adquirir insumos, reglamentar la relación laboral de su personas, efectuar contratos con proveedores, entre otros. En este contexto se hace imprescindible diferenciar la función pública de cada uno de los organismos (administrar, legislar y juzgar) y la función administrativa.

La función pública, tradicionalmente se le asigna al organismo ejecutivo, como el ente facultado para la administración pública, sin embargo en relación a la administración la realizan todos los organismos del Estado, el ejecutivo, legislativo y judicial, a decir de Calderón “la función pública en general debe entenderse como la atribuida al Estado, cuyo ejercicio requiera... su potestad, su imperio, su autoridad, de ahí que sea la manifestación de su soberanía...” (2011:6). Y la función administrativa es toda la actividad ejercida por los órganos estatales para solventar las necesidades de la población Calderón concluye “ la función administrativa es toda actividad realizada por la

administración centralizada, descentralizada y autónoma que se cumple por medio de procedimientos que garantizan formalmente la legalidad jurídica y eficacia del accionar de los órganos” (2011: 11). Continúa declarando Calderón:

La función pública... la realizan los organismos del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) la función administrativa, que le es propia a la administración pública, la realiza a través de actos administrativos, así como la realizan los otros organismos del Estado a través de actos administrativos, aunque su principal función sea la legislativa y la jurisdiccional ( por ejemplo todos los organismos del Estado deben someterse a los procedimientos de la ley de Contrataciones del Estado... (2011:269)

## **Los actos administrativos**

Quedando establecida la personalidad del Estado que lo inviste para ser sujeto de derechos y obligaciones, personalidad que se manifiesta a través de sus órganos que son los encargados de manifestar la voluntad del mismo para la consecución de sus fines. Estos órganos administrativos realizan una gran diversidad de actos que dan origen a la actividad administrativa, Calderón propone “... se hace necesario distinguir dentro de la genérica actividad administrativa, la no productora de efectos jurídicos de la productora de efectos.” (2011: 268). Es decir que no toda acción ejecutada por la administración pública constituye acto administrativo, pues en multiplicidad de ocasiones no generan consecuencias jurídicas y resultan irrelevantes para el derecho. Calderón en ese sentido explica:

Frente a esta clase de actividad administrativa, irrelevante para el derecho administrativo, existe otra actividad administrativa cuya característica es precisamente, la producción de efectos jurídicos, en la cual es posible, a su vez, diferenciar entre hechos y actos

administrativos. Esta diferencia es esencialmente relevante en relación con la actividad productora de efectos jurídicos... El hecho administrativo es, genéricamente todo acontecimiento de naturaleza o comportamiento material del órgano administrativo, que no produce la adquisición, modificación, transferencia o extinción de relaciones jurídicas... El acto administrativo irremediamente es un acto jurídico, puesto que se trata de una declaración administrativa que produce efectos jurídicos. Es la especie del acto jurídico, que tiene singulares características que lo individualizan en el conjunto de los actos jurídicos. .. Los actos administrativos, como declaración unilateral del órgano, son los actos típicos del derecho administrativo, puesto que es el conducto por el cual se manifiesta hacia los particulares la administración. Mientras que en el derecho privado predomina fundamentalmente el acuerdo de voluntades, por lo que se manifiesta la autonomía de la voluntad entre las partes, en el derecho público se impone principalmente la voluntad de la administración, declarada en forma unilateral. (2011:269)

En ese orden de ideas el acto administrativo se fundamenta en una decisión del órgano administrativo, que se materializa por la declaración de voluntad, en base a las facultades y competencias que le ha conferido la ley, para crear, modificar, transmitir reconocer y extinguir derechos y obligaciones, en esta postura Moreno, de León y Borrayo concretan.

La declaración en que el acto administrativo consiste ha de proceder de una Administración. El acto administrativo es esencialmente unilateral, en el sentido de que surte efectos por sí mismo, en contraposición a los contratos, en los que la declaración de una parte sólo es eficaz en la medida en que coincida con la de la otra, lo que no excluye que la voluntad del administrado pueda jugar como presupuesto de existencia... La declaración administrativa en que el acto consiste, se presenta como el ejercicio de una potestad administrativa. El movernos en el campo del ejercicio de una potestad administrativa implica que la calificación de un acto administrativo. Teniendo capacidad la Administración para actuar en el campo del derecho público y del derecho privado, quedarán excluidas todas las actuaciones que se desarrollen en el ámbito puramente privado en las que la Administración recibe el mismo tratamiento que un particular. Por otro lado, del ejercicio de la potestad va a derivarse la producción de efectos relevantes en el plano jurídico puesto que la emisión del acto admirativo, en cuanto es expresión de una potestad, produce los efectos jurídicos que tal potestad tiene como propios, especialmente innovar o conservar situaciones jurídicas, siendo el primero el efecto más enérgico. Finalmente, y más importante, el carácter del acto administrativo como manifestación de una potestad conecta al acto administrativo con la legalidad. Como es sabido, no hay potestad sin norma previa y todas las potestades son tasadas y específicas sin que puedan reconocerse potestades indeterminadas. Como el acto ha de expresar una

de esas potestades previamente especificadas por el ordenamiento, puede concluirse fácilmente que no hay acto sin norma específica que lo autorice y lo prevea... (2005:20)

En el mismo sentido Ballbé y Franch conceptualizan al acto administrativo como “una declaración unilateral de voluntad, concreta o general, de un órgano administrativo competente, que produce efectos jurídicos directos, concretos o generales” (2002:191). En este sentido Meza considera que es una “manifestación unilateral de voluntad de los órganos estatales, actuando en función administrativa, destinada a producir efectos jurídicos subjetivos o generales” (2004:171). Con ideas objetivas Castillo expone:

El Régimen Jurídico del Acto Administrativo... actualmente es substituido por decisión administrativa, con el cual se abarca toda clase de decisiones, incluyendo las decisiones jurídicas, legales y administrativas. En el 2014 “el acto administrativo” no es un tema estrictamente jurídico, también es científico y técnico. El título de “acto administrativo” se mantiene por costumbre y formalismo. Todo acto o decisión es el resultado final del ejercicio de autoridad y poder con responsabilidad... en cualquier campo. Político, administrativo, legal, jurídico, financiero, económico, educativo, cultural o deportivo. Si el acto o la decisión no es un tema estrictamente jurídico, el primer estudio debe recaer en el conocimiento de la esencia de las decisiones...” (2014:336)

Desde esta perspectiva la concepción de acto administrativo progresa hacía la decisión administrativa, no solo con la finalidad de satisfacer las necesidades colectivas o proyectándose al bien común, o al ejercicio del poder si no en todos aquellos ámbitos que le son necesarios para su funcionamiento, para reglamentar su operatividad, su ordenamiento jurídico, la política fiscal, la hacienda pública, el control del gasto público, su interacción contractual con los administrados, el sistema educativo y la proyección social y deportiva del Estado la obtención de

insumos o recursos para el cumplimiento de sus fines. Al respecto Castillo dice:

El formalismo, la burocracia, el legalismo y desactualización doctrinaria y legislativa (que tanto daño produce, se genera en las aulas universitarias y se cultiva en las oficinas jurídicas de todas las organizaciones públicas), mantienen el criterio de que el acto administrativo se identifica con la resolución administrativa, o que el acto administrativo es toda clase de actividades administrativas (o sea, los trámites legales o reglamentarios que conducen a emitir la resolución administrativa definitiva). Con tal criterio confunde “actividades” y “decisiones”. El término “decisión administrativa” es un término general y común, comprensivo de toda clase de decisiones administrativas, jurídicas y no jurídicas, incluyendo cualquier forma: resolución, contrato, acuerdo, reglamento orden, circular, oficio, formulario, manual o sanción administrativa. El acto es una actividad, acción y hecho público y privado que conduce a tomar o no tomar decisiones. Si al “acto” se le agrega determinada realidad sustantiva: “jurídico” por ejemplo, la realidad le da sentido al acto. En tal caso se podrá hablar de acto jurídico como el hecho voluntario mediante el cual se crea, modifican o extinguen, relaciones jurídicas, conforme a la ley y el derecho. El acto administrativo es la actividad ejecutada por la organización pública que se basa en las funciones administrativas, las leyes y el derecho.” (2014:341)

En este tejido de ideas interesa al presente estudio la decisión administrativa contractual que le permite al Estado interactuar con los ciudadanos, últimos en calidad de proveedores de bienes y servicios que el Estado como persona, necesita para el cumplimiento de sus fines.

## **El acto administrativo contractual**

Es indudable que el Estado como persona para el cumplimiento de sus fines necesita de materiales, infraestructura, maquinaria y equipo, bienes y servicios, que como tal no puede generar o producir; Ballbé y Franch expresan: “Cuando el estado compra equipos necesarios para sus servicios públicos o encarga a los particulares la construcción de un inmueble de utilidad pública, se mueve en un ámbito eminentemente

contractual.” (2002:435). En esta perspectiva Calderón dice. “El Estado tiene una finalidad... y si no puede llenar su cometido tiene que requerir de la colaboración de los particulares y se ve en la necesidad de requerir recursos humanos, materiales y financieros, lo que implica personal técnico, bienes y servicios...” (2011: 490). La prestación de servicios y la adquisición o venta bienes entre el Estado da origen al sistema contractual de Estado. Castillo al respecto dice:

El estado de Guatemala y las organizaciones públicas participan en las relaciones económicas en calidad de productor, consumidor y distribuidor de bienes y servicios. Por tal motivo, contratan con los particulares y contratan entre las organizaciones públicas, agenciándose recursos para la satisfacción de las necesidades públicas. (2014:256)

### **El contrato administrativo**

Los órganos administrativos, en el ejercicio de la facultad que la ley les otorga, a través de la investidura jurídica delegada por el Estado para que en su representación; pueden ser sujetos de derechos y obligaciones; y ser parte en un acto tendiente a constituir, modificar o extinguir una relación jurídica; que tenga como objeto el cumplimiento de los fines del Estado. La decisión administrativa (acto administrativo) de celebrar un convenio con un ente particular es la manifestación de la voluntad del Estado, surgiendo de esta manera a la vida jurídica los contratos administrativos, concebido estos como aquellos celebrados por la administración pública y una institución o persona individual o jurídica, con el objeto, de satisfacer las necesidades de la colectividad, en ejercicio del poder público del Estado. Serra citado por Ballbe y Franch

define el contrato administrativo como: “El negocio bilateral que el Estado realiza con una o varias personas, privadas o públicas con propósito de utilidad pública, para constituir, modificar o extinguir un vínculo patrimonial o económico regulado por leyes de interés público”. (2002:436).

Deduciéndose de lo anterior que los contratos administrativos tiene como objetivo constituir, modificar, o extinguir una relación jurídica que conlleve a la prestación de servicios y la consecución de bienes para que sean de utilidad pública.

En este orden de ideas Calderón expresa: “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” (2011:507). En la misma perspectiva Castillo concluye, al referirse a la definición o concepto del contrato administrativo de la manera siguiente:

La definición o concepto se basa en los criterios jurídicos (opiniones de los autores jurídicos) sobre lo que es el contrato administrativo. Los autores jurídicos siguen la metodología de comparar el contrato administrativo y el contrato privado. De la comparación surge la definición o concepto. Seguidamente se exponen 5 criterios jurídicos 1. El contrato administrativo se somete al tribunal contencioso-administrativo...2. El contrato administrativo se basa en la selección del contratante (privado y público) en igualdad de oportunidades. El contrato privado se basa en el consentimiento de las partes...3. El contrato administrativo persigue la regulación del servicio público y su contenido se basa en el interés público. El contrato privado persigue la regulación del servicio privado y su contenido se basa en el interés privado...4. El contrato administrativo se define en la ley como un contrato público...5.El contrato administrativo persigue la realización del bien común o interés público.

## **Régimen jurídico de la contratación administrativa**

En Guatemala, los contratos administrativos encuentran su base legal en la ley de contrataciones del Estado y su reglamento, decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, que es una ley general, de aplicación obligatoria, de carácter administrativo, en virtud de que regula aspectos relacionados con la administración pública y nace de la necesidad de desarrollar preceptos constitucionales, establecidos en nuestra carta magna. La Ley de Contrataciones del Estado la encontramos fundamentada en el artículo 118 de la Constitución Política de la República de Guatemala, donde establece que el régimen económico de la República de Guatemala se funda en principios de justicia social, es obligación del Estado orientar la economía nacional para lograr la utilización de los recursos y el potencial humano, para incrementar la riqueza y tratar de lograr el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional.

Asimismo el artículo 119 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que es obligación del Estado mantener dentro de la política económica, una relación congruente entre el gasto público y la producción nacional. En cuanto a la obligación del Estado de orientar la economía nacional, es un principio muy amplio que puede ser aplicado en diferentes ámbitos, pero en lo que se refiere a materia de compras

aplica perfectamente, porque El Estado como administrador de los fondos públicos, debe transparentar el gasto público y debe tener un gasto congruente con los ingresos que percibe, por lo que se ve en la necesidad de desarrollar un ordenamiento legal, en el que se plasme, como van a utilizar eficientemente los recursos del Estado, dando origen, a la Ley de Contrataciones del Estado. Castillo en este contexto ilustra:

La contratación administración de Guatemala se regula en el Decreto número 57-92 del congreso de la Republica, Ley de Contracciones del Estado, y en el Acuerdo Gubernativo número 1056-92, Reglamento de la Ley de contrataciones del Estado. La ley fue modificada por los decretos números 20-97, 34-2001 y 27-2009 del congreso de la Republica... Además Código Fiscal (parcialmente vigente); Ley Orgánica del Presupuesto y su Reglamento; Decreto que anualmente aprueba el Presupuesto General de Ingresos y Egresos del estado; y supletoriamente, Código civil, código de Notariado y Código de comercio. Están vigentes leyes especiales que establecen regulaciones en petróleo, explotaciones mineras, electricidad y relaciones laborales, con procedimientos específicos, por ejemplo, el decreto número 64-99 del congreso de la Republica, la Ley Orgánica del Instituto Nacional de Electrificación INDE, El Reglamento de compras, Contrataciones y Enajenaciones del Instituto y el Decreto Ley 109-83 del Jefe de Estado, Ley de Hidrocarburos que fundamenta la celebración de contratos de explotación petrolera. En materia petrolera y minera el Diario oficial publica los contratos administrativo basado en las citadas leyes y reglamentos.(2014:263)

### **Finalidad y objeto de la ley de contrataciones del estado**

La Ley de Contrataciones del Estado regula lo relativo a los procedimientos de contratación para la adquisición de bienes, suministros y servicios de terceros, es de observancia obligatoria para los organismos del Estados, entidades descentralizadas, autónomas o no, y su finalidad es transparentar el proceso de administración de los recursos económicos que recibe el Estado. De conformidad con el artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado, el objeto de la ley es regular las

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

El ministerio de Finanzas Publicas mediante el Acuerdo Ministerial número 386-2003 de fecha 17 de septiembre de 2003 considero que los avances tecnológicos de información y comunicación han generado impactos en distintos ámbitos del que hacer de la sociedad, permitiendo que la actividad económica se efectúe con mayor transparencia, eficacia y eficiencia en la gestión de los gobiernos, además que es necesario dar mayor transparencia a los proceso de contrataciones y adquisiciones del Estado aprovechando las nuevas tecnologías de información y comunicación, motivo por el cual en Ministerio de Finanzas Publicas se encuentra desarrollando un sistema informático denominado Guatecompras, el cual a través de internet pondrá a disposición de toda la ciudadanía, toda la información relacionada con los procesos de contrataciones y adquisiciones del Estado.

El sistema es un mercado electrónico operado por internet en la dirección [www.guatempras.gt](http://www.guatempras.gt). El cual permite que las etapas del proceso de adquisición de bienes y servicios de las entidades estatales estén a la vista de todas las personas individuales y jurídicas a efecto de que

puedan participar en las transacciones comerciales en igualdad de condiciones, competencia y transparencia así mismo la dirección normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado mediante la resolución número DNCAE572-2003 de fecha 27 de octubre de 2003 decreta disposiciones para la consecución de la transparencia en las contrataciones y adquisiciones del Estado y dictamina que todos los organismos del Estados entidades descentralizadas y autónomas deben de utilizar a partir del 30 de octubre de 2003 el sistema de Guatecompras para poner a disposición del público toda la información referente a la contratación y adquisición de bienes por medio de licitaciones, cotizaciones, u otro tipo de sistema contractual.

En el año 2004 el presidente de la República de Guatemala en consejo de ministros reforma el reglamento de la ley de contrataciones del Estado y establece los requisitos mínimos que deben tener las publicaciones y convocatorias que se efectúen en el sistema de Guatecompras. Posteriormente en la ciudad de Guatemala el 22 de abril del 2010, el director de la dirección normativa de contrataciones y adquisiciones mediante resolución número 11-2010 emite las normas para el uso del sistema de información de contrataciones y adquisiciones del Estado Guatecompras. El Reglamento de la ley de contrataciones del Estado en el artículo 8 establece: que es de uso imperativo el uso del sistema de información de contrataciones y adquisiciones del Estado denominado

Guatecompras, los anuncios o convocatorias y toda la información relacionada con la compra, venta y contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requieran serán de carácter público a través de la dirección de internet [www.guatecompras.gt](http://www.guatecompras.gt).

## **Principios de la contratación administrativa**

Los principios, son los fundamentos que contienen las líneas directrices para que el órgano administrativo como persona jurídica pueda adquirir derechos y obligaciones a través de una relación contractual, entre los principios que la doctrina enumera, y que son de importancia para la finalidad del presente estudio se encuentran:

### **1. Principio de imparcialidad**

Principio que está referido a la función de las juntas de licitación en cuanto a que no pueden ser miembros de estas juntas las personas que por alguna circunstancia personal o profesional tengan impedimentos y que pueda dudarse de la imparcialidad para recibir, calificar, ofertar y adjudicar el contrato.

### **2. Principio de legalidad**

Este principio fija que toda actividad contractual debe realizarse acorde a lo establecido en la ley.

### 3. Principio debido procedimiento

Es el que hace imperativo observar los lineamientos y requisitos para la contratación que se ha establecido previamente en la ley, es decir elimina la discrecionalidad del ente contratante el cual debe sujetarse a los procedimientos especificados en la ley.

### 4. Principio de transparencia

Este principio es que elimina la opacidad en el procedimiento contractual, garantizando además su moralidad.

### 5. Principio de Publicidad

Es aquel que impone al órgano administrativo la publicación de ofertas, con el fin de garantizar la igualdad de oportunidad entre las personas individuales o jurídicas que deseen participar en una relación contractual con el Estado. Además permite el control social y la fiscalización de la actividad administrativa contractual.

### 6. Principio de responsabilidad.

Impone a los funcionarios públicos la responsabilidad de responder por sus actos en ejercicio de la función pública cuando por negligencia, abuso de poder, e ignorancia causen daños o perjuicios a los particulares o al órgano administrativo, Siendo su fin último la eficiencia y la eficacia de la gestión pública.

Por su parte Castillo resalta únicamente tres principios de la contratación administrativa “principio de legalidad, principio del interés público o bien común y principio de la autonomía de la voluntad.” (2014: 257).

## **Procedimientos para la contratación administrativa**

La Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento a decir de Castillo:

No contiene una definición expresa del contrato administrativo...el derecho administrativo contractual define el contrato administrativo en 3 formas: 1. La ley contiene una definición que en forma directa y expresa manifiesta que es contrato administrativo...2. La ley no contiene una definición que en forma directa o expresa manifiesta que es contrato administrativo, pero regula el régimen jurídico del contrato administrativo, específicamente, la celebración, tramitación y ejecución...3. La ley no contiene una definición que en forma directa y expresa manifieste que es contrato administrativo pero en caso de presentarse controversia o conflicto derivado de la celebración o ejecución del contrato, la ley remita a la jurisdicción contencioso administrativa, excluyendo la jurisdicción civil...las dos últimas formas de definir el contrato administrativo se aplican a la contratación administrativa de Guatemala... la Constitución Política de la República de Guatemala no contiene una definición directa y expresa del contrato administrativo, pero reconoce las atribuciones del tribunal de lo contencioso administrativo en los casos de controversias derivados de los contratos y concesiones administrativas, artículo 221. Esta disposición constitucional encaja en el criterio de la jurisdicción competente, por lo tanto en la Constitución se define el contrato administrativo. (2014:257)

La contratación administrativa de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado se manifiesta a través de 5 procedimientos: Licitación pública; la cotización; contrato de excepciones que subdivide en: contratación directa o compra directa y Excepciones, propiamente dicho; Subasta pública y Contrato abierto. Que son las manifestaciones jurídicas a través de las cuales la administración pública efectúa la

elección de los particulares o los mejores postores para un contrato específico es decir el mecanismo por el cual la administración pública llega a la elección de la persona física o jurídica con la cual deberá celebrar el contrato administrativo cumpliendo para el efecto las normativas vigentes en esa materia y cumpliendo con las imposiciones que la ley le impone para llegar finalmente a la declaración de voluntad que constituirá el contrato.

### **La licitación pública**

La licitación pública se encuentra regulada en los artículos del 17 al 37 de la Ley de Contrataciones del Estado, y por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado en los artículos del 5 al 13. Es un procedimiento administrativo por el cual la administración elige a través de un acto administrativo a una persona física o jurídica para la prestación de bienes o servicios, con la peculiaridad de que el Estado debe de salir favorecido con la elección de esta persona, pues en teoría representa la mejor oferta. Meza dice:

La licitación pública es un procedimiento para la selección de la mejor oferta en un concurso destinado a la contratación...su elemento característico fundamental consiste en la invitación abierta y pública a todos los que cumpliendo ciertos requisitos de elegibilidad deseen presentar ofertas para los fines indicados. (2004:319)

Según Sayagués citado por Ballbé y Franch indica: “la licitación puede definirse como un procedimiento relativo a la forma de celebración de ciertos contratos, cuya finalidad es determinar la persona que ofrece

condiciones más ventajosas para la formalización de la relación contractual.” (2002:442). Castillo indica:

Sobre la licitación se exponen 3 definiciones: a) es un procedimiento contractual que obliga a la organización pública a formular inversiones a quienes pueden estar interesados a presentar propuestas o proformas, sujetándose a las base establecidas en el pliego de condiciones o bases de licitación, en el entendido de que las propuesta o proformas que se presentaren serán objeto de selección y aceptación de acuerdo con los intereses públicos: b) es el procedimientos administrativo, que, previa justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, permite seleccionar al contratista que ofrezca el precio más conveniente. c) Es el procedimiento que se basa en la previa invitación, que permite a la organización pública contratante seleccionar entre varias personas en igualdad de oportunidades, aquella que ofrezca mejores condiciones para contratar. (2014:268)

### **Características de la licitación**

De conformidad con La Ley de Contrataciones del Estado, se pueden identificar las siguientes características:

1. Es un procedimiento integrado de actos jurídico basado en etapas preestablecidas, en la ley de contrataciones del Estado, que se pueden identificar de la manera siguiente:
  - a) La disponibilidad presupuestaria;
  - b) Preparación de las bases de licitación;
  - c) Publicación de la convocatoria;
  - e) Presentación de ofertas;
  - f) Admisión de las ofertas,
  - g) Adjudicación, y
  - h) Celebración del contrato administrativo

2. La finalidad del procedimiento es la determinación de la persona física o jurídica con la cual la administración pública ha de celebrar un contrato administrativo.
3. La selección se efectúa sobre la persona que haya ofrecido las condiciones técnicas y económicas más ventajosas para el Estado, no necesariamente debe de ser el mejor precio.

En este orden de ideas Castillo enumera los siguientes elementos de la licitación pública:

- a. Procedimiento: es un procedimiento o proceso basado en etapas legales preestablecidas;
- b. Invitación previa: se basa en la invitación pública dirigida a cualquier persona que se interese en participar.
- c. Selección en igualdad de oportunidades...es la regla de oro de la licitación pública. De la correcta aplicación de esta regla depende la eliminación e preferencia y desigualdades que generen inconformidades e impugnaciones, o la declaración de estar desierta la licitación pública.
- d) Ofrecimiento de mejores condiciones. El objeto de la licitación pública es la obtención de mejores condiciones. (2014:268)

### **Finalidades de la licitación**

La licitación cumple la función de asegurar un proceso de contratación transparente, eficaz y honorable, que asegura la conveniencia económica del Estado y permite el control del proceso a los ciudadanos, Calderón en ese sentido dice: “que el fin de la licitación es que el Estado obtenga mejores condiciones en la contratación administrativa...Conseguir que el gasto público se efectúa con transparencia en forma eficaz y eficiente,

los que a su vez integran la moralidad administrativa del acto”. (2011:515), por su parte Castillo expresa que “favorece precios favorables, elimina favoritismo y discriminaciones y controla la contratación administrativa. De lo expuesto por los autores supra citado se deduce que la licitación es un procedimientos de la administración pública que tiene como fin último la transparencia, la integridad del órgano administrativo, y el control del gasto público para hacerlo eficaz y eficiente para el cumplimiento de la finalidad que pretende el Estado. El artículo 17 de la Ley de contrataciones del Estado establece: 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, salvo los casos de excepción que indica la presente ley en el capítulo 3 del título 3...y en el artículo 38 del mismo cuerpo legal estipula, cuando el precio de los bienes, de las obras, suministros o remuneración de los servicios exceda de noventa mil quetzales (Q.90,000.00) y no sobre pase los siguientes montos la compra o contratación podrá hacerse por el sistema de cotización, de donde se entiende que mas allá de novecientos mil quetzales (Q.900,000.00) se debe efectuar obligatoriamente la licitación.

## **La cotización**

La cotización también denominada doctrinariamente como licitación privada que consiste en el procedimiento administrativo mediante el cual se solicitan cotizaciones en forma directa a los proveedores y se diferencia a la licitación pública a que no requiere la convocatoria o invitación abierta, y de conformidad con el artículo 17 de la Ley de Contrataciones del Estado el régimen de cotización se basa en montos estipulados de la siguiente manera: para las municipalidades y el Estado que no exceda de novecientos mil quetzales (Q 900,000.00) la compra o contratación podrá hacerse por el sistema de cotización. Según el artículo 39 de la Ley de contrataciones del Estado establece: el procedimiento de cotización consiste en solicitar mediante concurso público a través de Guatecompras, ofertas firmes a proveedores legalmente establecidos para el efecto, y que estén en condiciones de vender o contratar los bienes, suministros, obras o servicios requeridos. Los interesados deberán adquirir las bases en papel o en medio electrónico descargándolas de Guatecompras.

En el caso de las obras, bienes o servicios requieran documentos que no puedan ser incluidos en Guatecompras, tales como planos no elaborados por medios electrónicos o cualquier otro que por su naturaleza no lo permita, se deberá pagar el costo de la reproducción de los mismos.

Entre la publicación de la convocatoria y bases en Guatecompras y el día fijado para la presentación y recepción de ofertas deberá mediar un plazo mínimos de ocho días (8) hábiles. La entidad contratante no deberá fija especificaciones técnicas o disposiciones especiales que requieran o hagan referencias a determinadas marcas, nombres comerciales, patentes, diseños, tipos, orígenes específicos, productores o proveedores, salvo que no exista otra manera suficientemente precisa o comprensible para describir los requisitos de la adquisición y siempre que en tales casos se incluya en las especificaciones, requisitos y documentos de cotización, expresiones como: o equivalente o semejante, o similar, o análogo.

### **Subasta pública**

La subasta pública es el procedimiento administrativo mediante el cual el Estado pone a la venta al mejor postor bienes de su propiedad. Según Castillo:

La subasta pública consiste en la enajenación y transferencia de bienes inmuebles, bienes muebles o materiales propiedad del Estado...Sin limitación de concurrencia al mejor postor. La subasta pública se encuentra regulada en el artículo 89 de la Ley de Contrataciones del Estado que establece las reglas generales para la enajenación y transferencia de bienes inmuebles, muebles, o materiales propiedad del Estado, o de sus entidades autónomas o descentralizadas a si como para la venta de bienes muebles o materiales se siguiera el procedimientos de subasta pública, oferta pública u otros procedimientos en los que los oferentes puedan presentar sus ofertas mediante mecanismos transparentes, previo cumplimiento de los requisitos de publicación y bases elaboradas para el efecto y de lo que en cada caso establece la ley y su reglamento.(2014:271)

## **Contrato abierto**

De conformidad con el artículo 46 de la ley de Contrataciones del Estado, el contrato es un sistema de compra y contratación coordinado por el Ministerio de Finanzas publicas a través de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, con el objeto de seleccionar proveedores de bienes, suministros, y servicios de uso general y constante o de considerable demanda previa calificación y adjudicación de los distintos rubros que se hubieren convocado a concurso público, para los efectos del contrato abierto deberá tomarse encuentra por volumen que inciden en mejores precios y las estandarización de especificaciones que hacen más económica y practica a la adquisición. Según Castillo:

La modalidad del contrato abierto es un contrato de suministro propio de la administración pública guatemalteca que maneja un “concurso” de precios para la adquisición de suministros y bienes de uso general y constante, de ciertos productos: medicinas, productos farmacéuticos, material médico quirúrgico menor, alimentos infantiles...y cualquier otro producto requerido por algún ministerio Dirección o Departamento, interesados en beneficiarse con una adquisición masiva y de bajo precio .(2014:275)

## **Las excepciones de la ley de contrataciones del Estado**

Son los contratos administrativos que constituyen una excepción a lo establecido en el título III y capítulos I y II de la Ley de Contrataciones del Estado, en términos generales al referirnos a excepción en materia contractual, nos referimos a las circunstancias establecidas en la ley que permiten obviar los procedimientos contractuales que la ley establece

dado un momento histórico de salvaguarda de la integridad nacional, un estado de prevención declarados conforme la Ley Constitucional de Orden Público entre otras. Según Castillo la contratación directa:

Se basa en la elección directa del contratista, sin concurrencia de otros contratistas, sin oposición entre contratistas. El contratista – Estado actúa igual que el particular que compra directamente, que paga y obtiene lo que quiere, con factura y / o contrato. La contratación directa se basa en una solicitud de precios, dirigida a tres vendedores con la finalidad de reunir tres presupuesto o proformas...cada vendedor entrega “su oferta de ventas”. Pueda que no se reúnan las ofertas de tres casas, empresas, o personas individuales, o que se obtenga una o dos o ninguna; e todo caso el contratista- Estado queda en libertad de contratar en forma directa con quien sea conveniente a los intereses públicos...la contratación directa en la ley, no es obligatoria. Eso quiere decir que el funcionario público contratante puede renunciar a la contratación directa, adoptando el procedimiento de licitación, privada o pública...En la administración pública guatemalteca operan dos clases de contratación directa: A) Compra de caja chica o caja menor y B) Compra de excepción... (2014:264).

### **Contratación directa**

La forma idónea por la que se realiza la contratación pública es a través de los procedimientos de licitación y cotización, sin embargo cuando la contratación se hace en un solo acto con una misma persona y por un precio de hasta noventa mil quetzales (Q.90,000.00) la contratación se puede efectuar a través de un contrato de compra directa, que de acuerdo con Meza: “ quien manifiesta que hay casos en que la contratación puede hacerse sin que sea necesario un procedimiento previo de licitación, de cotización o de contrato abierto. Las compras menores hasta noventa mil quetzales,(Q.90,000.00) están sujetas a esta modalidad”(2004: 323) También procede en caso de ausencia de ofertas fehacientes, reguladas en el artículo 32 de la Ley de Contrataciones del Estado en cuyo caso se

podrá hacer compra directa, sin atender los límites establecidos en el artículo 38 del mismo cuerpo legal.

### **Fundamento jurídico de compra directa**

También llamada doctrinariamente compra de caja chica o caja menor, se encuentra regulada en el artículo 43 de La ley de Contrataciones del Estado que preceptúa: La contratación que se efectúe en un solo acto, con una misma persona y por un precio de hasta noventa mil Quetzales (Q.90,000.00), se realizará bajo la responsabilidad y autorización previa de la autoridad administrativa superior de la entidad interesada, tomando en cuenta el precio, calidad, plazo de entrega y demás condiciones que favorezcan los intereses del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, siguiendo el procedimiento que establezca dicha autoridad.

Todas las entidades contratantes que se encuentren sujetas a los procedimientos establecidos en la presente Ley, que realicen compra directa, deben publicar en Guatecompras, como mínimo, la siguiente información:

- a) Detalle del bien o servicio contratado.
- b) Nombre o Razón Social del proveedor adjudicado.
- c) Monto adjudicado.

Cuando la compra directa sea menor de diez mil Quetzales (Q.10.000.00), no quedan obligados a cumplir con dicha publicación en Guatecompras.

### **Compras de excepción**

Como su nombre lo indica, estas compras se hacen al ocurrir situaciones especiales, es decir casos específicos enumerados en los artículos 44 y 45 de la Ley de Contrataciones del Estado y del 18 al 24 del Reglamento de La Ley de Contrataciones del Estado, las cuales dadas sus circunstancias excepcionales no están sujetas al régimen de licitación y cotización, sin límite de monto, sujetas únicamente a los requisitos establecidos en el reglamento de la Ley de Contrataciones Estado. En este contexto el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, dictamina: Se establecen los siguientes casos de excepción:

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

1.1 La adquisición de bienes, contratación de obras, servicios y suministros para salvaguardar las fronteras, puentes, los recursos naturales sujetos a régimen internacional o la integridad territorial de Guatemala.

1.2 La compra y contratación de bienes, suministros, obras y servicios indispensables para solucionar situaciones derivadas de los estados de excepción declarados conforme la Ley Constitucional de Orden Público que hayan ocasionado la suspensión de servicios públicos o que sea inminente tal suspensión.

Las declaraciones que contemplan los sub incisos 1.1 y 1.2, deberán declararse como tales por el Organismo Ejecutivo en Consejo de Ministros, a través de Acuerdo Gubernativo.

1.3 La compra y contratación de bienes, suministros, obras y servicios que sean necesarios y urgentes para resolver situaciones de interés nacional o beneficio social, siempre que ello se declare así, mediante acuerdo, tomado por el respectivo presidente de cada uno de los organismos del Estado, así:

1.3.1 Organismo Ejecutivo, con el Consejo de Ministros;

1.3.2 Organismo Legislativo, con la Junta Directiva;

1.3.3 Organismo Judicial, con su órgano superior de administración.

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

1.4 La compra de bienes muebles e inmuebles y acondicionamiento de embajadas, legaciones, consulados o misiones de Guatemala en el extranjero; deberá, sin embargo, existir partida específica presupuestaria previa, o regularse con lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley.

1.5 La contratación de obras o servicios para las dependencias del Estado en el extranjero; deberá, sin embargo, existir partida específica previa, o regularse con lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley.

1.6 La compra de armamento, municiones, equipo, materiales de construcción, aeronaves, barcos y demás vehículos, combustibles, lubricantes, víveres y la contratación de servicios o suministros que se hagan para el Ejército de Guatemala y sus instituciones, a través

del Ministerio de la Defensa Nacional, en lo necesario para el cumplimiento de sus fines.

1.7 La compra de metales necesarios para la acuñación de moneda, sistemas, equipos, impresión de formas de billetes y títulos valores, que por la naturaleza de sus funciones requiere el Banco de Guatemala. La compra de oro y plata deberá hacerse a los precios del día según cotización internacional de la bolsa de valores de Londres o menor.

1.8 La compra de bienes inmuebles que sean indispensables por su localización para la realización de obras o prestación de servicios públicos, que únicamente puedan ser adquiridos de una sola persona, cuyo precio no sea mayor al avalúo que practique el Ministerio de Finanzas Públicas.

1.9 La contratación de servicios profesionales individuales en general.

1.10 La compra y contratación de bienes, suministros y servicios con proveedores únicos. La calificación de proveedor y servicio único o exclusivo se hará conforme procedimiento que se establece en el reglamento de esta Ley.

1.11 La adquisición y compra de vacunas que realice el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, así como el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, siempre y cuando las mismas sean adquiridas y compradas en forma directa a través de la Oficina Panamericana de la Salud -OPS-.

2. No será obligatoria la licitación, pero se sujetan a cotización o al procedimiento determinado en esta ley o en su reglamento, los casos siguientes:

2.1 El arrendamiento con o sin opción de compra de inmuebles, maquinaria y equipo dentro o fuera del territorio nacional, conforme el procedimiento determinado en el reglamento de esta Ley.

2.2 La contratación de estudios, diseños, supervisión de obras y la contratación de servicios técnicos, conforme el procedimiento establecido en el reglamento de esta ley.

2.3 La adquisición de obras científicas, artísticas o literarias; previo dictamen favorable de la autoridad competente, conforme lo establezca el reglamento de esta ley.

2.4 La adquisición de bancos de materiales destinados a la construcción de obras públicas.

2.5 Los contratos que celebre el Tribunal Supremo Electoral para la realización de eventos electorales.

Y en el artículo 45 de la misma ley, se establece: Las negociaciones en que se aplique cualquiera de los casos de excepción a que se refiere el artículo anterior, quedan sujetas a las demás disposiciones contenidas en esta Ley y en su reglamento, debiendo publicarse en Guatecompras.

### **Ambigüedades que genera la compra por excepción en la ley de contrataciones del estado**

El Estado de la República de Guatemala como ente soberano tiene como fin principal la protección a la persona, a la familia y la realización del bien común. Finalidad que traducida a términos administrativos se concibe como la administración de los recursos del Estado en forma eficaz y eficiente, instituyendo para el efecto los mecanismo legales, para que la obtención de los recursos del Estado y el gasto público, sean efectuados en forma transparente, honrada y con apego a las normas éticas. En este orden de ideas el Estado de la República de Guatemala, a través de la Ley de Contrataciones del Estado y leyes a fines, instituyó el

mecanismo legal para que todo los organismos del Estados, entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales puedan efectuar las contrataciones administrativas en forma transparente, eficaz y eficiente.

Sin embargo en esta fortificación jurídica, que utiliza como pilares la cotización y la licitación pública, a través del sistema de Guatecompras, como mecanismo para darle transparencia y probidad al proceso de contratación, tiene un tercer pilar con fisuras que no permite su consolidación deontológica, representado por la compra de excepción regulada en el título III del capítulo III de la Ley de Contrataciones del Estado. La técnica jurídica exige a los legisladores, que en un mismo cuerpo legal no existan dos normas jurídicas contrapuestas o contradictorias, que permitan una interpretación diferente al espíritu de la ley. En el caso de la ley de contrataciones de Estado, los mecanismos legales para contratar en condiciones normales, son los estipulados en título III capítulo I y II de la Ley de Contrataciones del Estado.

Fernández nos ilustra:

Dos normas jurídicas son contradictorias cuando una prohíbe y la otra permite a un sujeto, una misma conducta, en condiciones iguales... si una norma prohíbe y la otra ordena a un sujeto el mismo acto en iguales condiciones, de espacio y tiempo, esas normas se oponen contradictoriamente, porque la segunda permite en forma tácita la que la primera prohíbe de modo expreso (1991:127).

En este sentido no es concebible que se efectuó una fortificación jurídica para evitar la discrecionalidad y opacidad en las contrataciones del Estado si esta misma, facilita el mecanismo legal para poder burlar las medidas de control que establece el sistema legal y permite que el proceso se tilde de no ser transparente, inmoral y permita los abusos y los fraccionamientos de los montos para poder contratar sin cumplir con las especificaciones determinadas por la ley, limitando la participación en condiciones de igualdad de los oferentes y vulnerando los principios, de legalidad objetiva y juridicidad, del debido procedimiento y el principio de transparencia; como sucede en la actualidad con el abuso excesivo del Estado al utilizar el procedimiento de compra por excepciones, en esta perspectiva Castillo detalla:

El 10 de enero del 2009 en el periódico prensa libre, p.2 bajo el título “Se niegan a licitar en el portal de Guatecompras”, cita al ministerio de la defensa nacional, secretaria privada de la presidencia, secretaria de asuntos administrativos y de seguridad de la presidencia, registro general de la propiedad, fideicomiso bosques para la concordia, consejo nacional de adopciones, consejo nacional de la juventud, entre otros. La Contraloría impone sanciones económicas y los compradores, por aparte, acostumbran fragmentar sus compras para que no pasen de Q 90,000 lo cual es prohibido por la ley de Contrataciones del Estado...(2014:274)

El sistema de contratación de compra de excepción se ha utilizado para la evasión de los mecanismos de transparencia y control del gasto público, los sistemas de adquisición bajo este procedimiento adolecen de ser abiertos, transparentes y competitivos, surgiendo la interrogantes si son legales o ilegales, no obstante si se encuentran establecidos en una norma y la norma contiene los presupuestos que facultan a los entes

administrativos para comprar bajo este sistema, es legal. Sin embargo el hecho de su legalidad, no lo inviste de legitimidad o transparencia así lo define Franco al publicar: ...

El Estado suscribió 1,300 contratos al margen de los procedimientos de cotización o licitación pública. En cambio usó el sistema de Compra por excepción, procedimiento muy cuestionado por relacionársele con la corrupción. El presidente de la Republica señaló que “las compras por excepción están establecidas en la ley y que no hay ilegalidades. Tiene razón el Presidente al señalar que no existe ilegalidad al utilizar el sistema de excepción, ya que las contrataciones por este procedimiento están reguladas en la ley de contrataciones del Estado. Lo que no dijo el Presidente es que existen condiciones bien claras en dicha ley bajo las cuales se permite, como excepción, el uso de este procedimiento. Los legisladores que elaboraron dicha normativa previeron “anormalidades, emergencias” que no era posible atender en términos regulados y que por consiguiente ameritaban una contratación por excepción, irregulares. Se trata de casos extraordinarios, fuera de lo normal, excepcionales. Nada más. No se vale utilizar procedimientos de excepción cuando las condiciones que le dan lugar no existen...no es válido que invoque cualquier tipo de urgencias para justificar que se continúe contratando por esta vía. ([http://www.opinionpi.com/detalle\\_articulo.php?id=250](http://www.opinionpi.com/detalle_articulo.php?id=250) recuperado 04.10.2014)

En el mismo sentido se expresa Castillo al comentar:

En el periodo 1985/2010, el Organismo Ejecutivo y la municipalidades por medio de las contrataciones, acordaron negocios con políticos, amigos y parientes que utilizaron Organizaciones no Gubernamentales y fidecomisos, pues cada contrato es una fuente de enriquecimiento personal, genera comisiones desde la gestión del crédito presupuestario y adjudicación del negocio, hasta la fundación de empresas privadas que ejecutan las obras o servicios o la negociación directa con importadoras y ferreterías ubicadas en los municipios que venden insumos con sobre precio. Una ferretería que provea materiales de construcción a una Municipalidad de quinta categoría, por ejemplo, en cuatro años, percibe ganancias millonarias que comparten el alcalde y el propietario del negocio. (2014:275)

Generalmente la administración pública utiliza como excusa para acudir al procedimiento de compras por excepción, que la licitación y cotización administrativos, son procedimientos largos y engorrosos, y que para su ejecución se deben cumplir especificaciones generales, especificaciones técnicas, disposiciones generales, planos de

construcción, entre otros, aunado al formalismo excesivo, la burocracia y las posibles impugnaciones que prolongan el tiempo del proceso. El funcionario público, apresurado para cumplir con su régimen presupuestario evita todo el trámite engorroso efectuando compras parciales, o simplemente simula un proceso de licitación en el cual no hay oferentes y justifica la puesta en práctica de la compra directa. Al respecto Castillo dice: “El funcionario apresurado y apremiado por la necesidades o por sus intereses acude a la contratación directa fraccionando el monto del contrato (lo cual es prohibido), dividiendo el monto para adquirir en dos tiempos que sumados sean iguales al monto de la licitación pública.” (2014:269).

Así mismo el proceso de contratación por excepción, permite a los funcionarios públicos, contratar con oferentes afines a su persona, burlando los principios de sana competencia y transparencia administrativa; en cuanto, al fraccionamiento del monto del contrato con el objeto de evadir la práctica de la cotización y licitación y acudir al sistema de contratación por compra directa, de conformidad, con el artículo 81 de la Ley de Contrataciones del Estado, es ilegal. Así como ilegal resultaría utilizar el sistema de contratación de compras de excepción si no se cumplen con los presupuestos del artículo 44 de la Ley de contrataciones del Estado y específicamente en cuanto a la compra y contratación de bienes, suministros, obras y servicios

indispensables para solucionar situaciones derivadas de los estados de excepción declarados conforme a la Ley Constitucional de Orden Público.

De conformidad con las principales instituciones de prensa de la República e Guatemala, el Organismo Ejecutivo abusa de su potestad de decretar Estados excepción conforme a la Ley Constitucional de Orden Público para justificar la contratación sin límite de monto y sin más observancia que las contenidas en el Decreto Gubernativo. Así mismo abusa de este procedimiento contractual obviando la cotización y licitación. (Prensa Libre Edición 14 de julio de 2014, bajo el título “Organismo Legislativo pospone aval a Calamidad”; edición del 31 de diciembre de 2013 bajo el título “Estado no lícito 300 contratos”; edición 07 de mayo de 2014 bajo el título “Diputados denuncian abuso por compra de excepción”). (El Periódico en edición del 11 de agosto de 2014, bajo el título “Benefician a ocho empresas con compras por excepción”; edición del 19 de junio de 2014 bajo el título “Municipalidades abusan de compras directas y por excepción), Castillo concreta “Las compras de excepción hasta el 2014 han sustituido las compras por licitación y han incrementado los sobornos, las comisiones y el tráfico de influencias” (2014:267)

El contrato de compra de excepción como su nombre lo indica, el objetivo efectivamente constituyen excepciones, y debe ser utilizado esporádicamente: sólo cuando sea necesario, utilizar el procedimiento de excepción para las contrataciones sin que existan las condiciones que establece la ley, es constitutivo de ilegalidad, acción que se enmarca en el presupuesto doctrinario del abuso de poder y/o violación de la ley. Castillo al respecto expone: “...El funcionario o empleado que se aparta del bien común o del interés público que persigue por medio de sus actividades y decisiones, incurre en abuso de poder.” (2014:358). Es decir que el funcionario en uso de las facultades que la ley le confiere la utiliza para obtener resultados, personales no acordes al bien común. Continua exponiendo Castillo: “La violación a la ley se manifiesta antes de tomar la decisión definitiva” (2014:358). Jaramillo citado por Castillo identifica las siguientes violaciones a la ley:

1. Violación directa de la ley: Si el funcionario y empleado, toma la decisión ... y la toma como que no existiera la ley,
2. Violación por falta de interpretación o interpretación errónea. Si el funcionario y empleado, toma la decisión basado en la ley, pero atribuye a la ley, un alcance diferente del que se desprende de su texto...
3. Violación por aplicación indebida. Si el funcionario y empleado, toma la decisión basado en la ley que no tiene aplicación al caso, asunto, negocio o problema.
4. Violación indirecta de la ley: Si el funcionario y empleado público toma la decisión basdo en hechos falsos o materialmente inexactos.
5. Violación por falta o inexacta motivación: Si el funcionario o empleado, toma la decisión basado en una motivación falsa o defectuosa [inexacta], equivale a inventar un fundamento inexistente... (2014: 359)

Siguiendo esa línea, la Ley del Organismo Judicial, en el artículo 4, segundo párrafo establece “... Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutadas en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”. Estableciendo de esta manera lo que es el fraude a la ley en forma general, al indicar que: es todo acto realizado al amparo del texto de una norma, que persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario al mismo, dejando expedito el camino para aplicar la norma que se hubiese tratado de eludir, en este contexto, existe fraude a la ley cuando a través de medios lícitos, apegados al texto de una norma jurídica, se logra obtener lo que esta prohíbe.

De igual forma el resultado negativo de acudir a la compra por excepción motivada por intereses ajenos al bien común y tergiversando el sentido de las normas que lo tutelan, son actos calificados de corrupción, la corrupción según el manual Contra la Corrupción es: “La articulación de condiciones y acciones que hacen posible, la utilización de bienes, espacios, instancias, procedimientos públicos, para beneficio propio y personal, en desmedro de los intereses generales o bien común.”(2004: 10).

## **Conclusiones**

En las normas de la Ley de Contrataciones del Estado, existen incongruencias en lo que respecta al régimen de licitación pública y cotización que son los mecanismos que los organismo del Estado, sus entidades descentralizada, y autónomas, semiautónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades, y las empresas públicas estatales o municipales deben utilizar para la celebración de contratos, en forma imperativa; con respecto al hecho de que la misma ley permite que estos sean suplidos por el procedimiento compra de excepciones.

El procedimiento de contratación de compra directa y de compra de excepciones está investido de legalidad, pues su procedimiento esta preestablecido en el título III capítulo III de la ley de Contrataciones del Estado.

El uso del sistema de compra de excepción utilizado sin que se den los presupuestos establecidos en el artículo 44 de Ley de Contrataciones del Estado, reviste al proceso contractual del Estado, de discrecionalidad y opacidad y vulnera los principios de transparencia, de publicidad, de imparcialidad, de debido procedimientos, de responsabilidad de los funcionarios públicos, que rigen el procedimiento contractual de los organismos del Estado.

## Referencias

Acción, ciudadana. (2004) *Manual de Legislación Contra la Corrupción*. Editorial Magna Terra. Lugar Guatemala.

Ballbé, Manuel y Franch, Marta. (2002), *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Marques Tallers Grafics-Girona, Catalunya.

Calderón, Hugo. (2001) *Teoría General del Derecho Administrativo*. Editorial Servicios Diversos MR. Lugar Guatemala.

Castillo, Jorge. (2014) *Derecho Administrativo*. Editorial Impresiones Graficas. Lugar Guatemala.

Fernández, Jesús. (2009) *La Filosofía Jurídica de Eduardo García Máynez*. Editorial Publicaciones de la Universidad de Oviedo. Lugar España.

Meza, Eric. (2004) *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Serviprensa S.A. Lugar Guatemala.

Moreno, Joaquín. De León, Rodolfo. Borrayo, Irma (2005) *El amparo en Guatemala Problemas y Soluciones*. . (2005) *Amparo en Guatemala, problemas y soluciones*. Editorial Organismo Judicial. Guatemala.

Torres, José (1999) *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Universidad Mariano Gálvez. Lugar. Guatemala.

Páginas de Internet

[http://www.opinionpi.com/detalle\\_articulo.php?id=250](http://www.opinionpi.com/detalle_articulo.php?id=250) recuperado  
04.10.2014. *Hablando Franco*.