

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"LA LEGALIDAD, JURIDICIDAD Y VALIDEZ DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS
PROVENIENTES DE LAS LICITACIONES ABIERTAS PARA LA COMPRA DE POTENCIA Y
ENERGÍA EN GUATEMALA"

TESIS DE GRADO

KRISTA FLORES ARMENDARIZ

CARNET 12681-08

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, JUNIO DE 2017

CAMPUS CENTRAL

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"LA LEGALIDAD, JURIDICIDAD Y VALIDEZ DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS
PROVENIENTES DE LAS LICITACIONES ABIERTAS PARA LA COMPRA DE POTENCIA Y
ENERGÍA EN GUATEMALA"
TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
KRISTA FLORES ARMENDARIZ

PREVIO A CONFERÍRSELE
LOS TÍTULOS DE ABOGADA Y NOTARIA Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADA EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, JUNIO DE 2017
CAMPUS CENTRAL

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO
SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ
DIRECTOR DE CARRERA: LIC. ERICK MAURICIO MALDONADO RÍOS
DIRECTOR DE CARRERA: MGTR. JUAN FRANCISCO GOLOM NOVA
DIRECTORA DE CARRERA: MGTR. ANA BELEN PUERTAS CORRO

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

LIC. ANA BEATRIZ SÁNCHEZ MELGAR

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

LIC. NORMA ELIZABETH GARCÍA-BAUER MAZARIEGOS DE MENDOZA

Guatemala 04 de abril de 2016

Licenciado Alan González

Secretario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad Rafael Landívar

Estimado Licenciado González, por este medio le informo que he tenido a la vista el proyecto de tesis de la estudiante **KRISTA FLORES ARMENDÁRIZ (carné 1268108)**, cuyo título es "**LA LEGALIDAD, JURIDICIDAD Y VALIDEZ DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PROVENIENTES DE LAS LICITACIONES ABIERTAS PARA LA COMPRA DE POTENCIA Y ENERGÍA EN GUATEMALA**".

Luego de haber revisado el proyecto de tesis, se ha determinado que la tesis elaborada se adapta a la problemática jurídica que se evidencia en las licitaciones abiertas para la compra de energía y potencia por parte de las entidades Distribuidoras autorizadas en Guatemala. Además, se ha verificado que la estudiante cumplió con realizar todos los cambios de forma y fondo propuestos, cumpliendo con los requisitos establecidos en el instructivo de tesis vigente.

Siendo que la tesis elaborada realiza un análisis completo de la figura jurídica del proceso de licitación, evidenciando las diferencias entre los procesos de licitación pública y privada, considerando además profundamente el tema de la modificación de los contratos que de dichos procesos provienen es procedente emitirle **DICTAMEN FAVORABLE** por parte de esta Asesoría.

Sin otro particular, me suscribo atentamente.


Licda. Ana Beatriz Sánchez Melgar

Guatemala, 13 de Junio de 2017

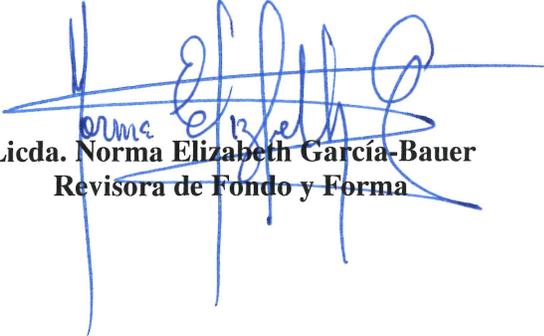
Mgtr. Juan Francisco Golom Nova
Director de Ejes Transversales
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Presente.

Estimado Señor Director:

Me es grato saludarlo cordialmente e informarle en mi calidad de Revisora de forma y fondo de la tesis de la estudiante: **KRISTA FLORES ARMENDÁRIZ**, carné No.:12681-08, que se intitula: ***“LA LEGALIDAD, JURIDICIDAD Y VALIDEZ DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PROVENIENTES DE LAS LICITACIONES ABIERTAS PARA LA COMPRA DE POTENCIA Y ENERGÍA EN GUATEMALA”***, en la cual la alumna ha incorporado las modificaciones sugeridas, y han sido presentadas conforme al Instructivo correspondiente.

Y para los efectos de comunicarle esta circunstancia traslado a Ud. el presente dictamen confirmando que en el tiempo estipulado la estudiante ha cumplido con lo que se le ha solicitado por lo que procede otorgar la orden de impresión y se hace constar el visto bueno respectivo.

Atentamente,


Licda. Norma Elizabeth García-Bauer
Revisora de Fondo y Forma



Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado de la estudiante KRISTA FLORES ARMENDARIZ, Carnet 12681-08 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07348-2017 de fecha 13 de junio de 2017, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"LA LEGALIDAD, JURIDICIDAD Y VALIDEZ DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PROVENIENTES DE LAS LICITACIONES ABIERTAS PARA LA COMPRA DE POTENCIA Y ENERGÍA EN GUATEMALA"

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADA Y NOTARIA y el grado académico de LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 16 días del mes de junio del año 2017.

LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



“Únicamente la autora es responsable del contenido del presente trabajo de tesis”

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS EN EL PRESENTE

TRABAJO DE TESIS

AMM = Administrador del Mercado Mayorista

CC = Corte de Constitucionalidad

CNEE = Comisión Nacional de Energía Eléctrica

MEM = Ministerio de Energía y Minas

OIT = Organización Internacional de Trabajo

PPA = Purchase Power Agreement (Contrato de Energía y Potencia)

TDR's = Términos de Referencia

RESUMEN EJECUTIVO.

El primer capítulo de la presente tesis explica lo que es el negocio jurídico y el contrato, clasificándose este último en público y privado, siendo el primero el contrato en el que al menos una de las partes pertenece a la administración pública y el segundo es en el que actúan únicamente sujetos de capital privado.

El segundo capítulo expone lo que es la energía eléctrica y sus características más importantes para comprender la peculiaridad de los contratos que tienen como objeto dicho bien.

El tercer capítulo hace una breve reseña histórica del subsector eléctrico en Guatemala, el cual tiene como objeto presentar como se ha contratado a lo largo de la historia la energía eléctrica y como se llegó a utilizar la figura del mercado a término y consecuentemente las licitaciones para la compra de potencia y energía.

El cuarto capítulo explica lo que es un proceso de licitación, y la clasificación de las licitaciones, presentando dentro de la licitación privada; la licitación para la compra de potencia y energía.

El quinto capítulo explica los contratos de compra de potencia y energía y la modificación de dichos contratos.

El sexto capítulo contiene la presentación, discusión y análisis de resultados, explicando el rol de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica en los procesos de licitación y contratación, la inexistencia de normas jurídicas concernientes a la modificación de contratos y la legalidad, juridicidad y viabilidad de modificar contratos provenientes de licitaciones para la compra de potencia y energía en Guatemala.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	i
CAPÍTULO 1	
El Negocio Jurídico y El Contrato.....	1
1.1. El Negocio Jurídico.....	1
1.2. El Contrato.....	5
1.2.1. Clasificación de los contratos.....	6
1.2.1.a. Clasificación por su perfección.....	6
1.2.1.b. En atención a las partes que asumen obligaciones.....	7
1.2.1.c. Por su finalidad.....	7
1.2.1.d. Por el período de ejecución.....	7
1.2.1.e. Según la forma que adoptan.....	8
1.2.1.f. Atendiendo la fuerza de las partes contratantes.....	8
1.2.1.g. Dependiendo de la naturaleza del contrato.....	8
1.2.1.h. Por su tipificación o falta de tipificación legal.....	8
1.2.2. Contratos Privados.....	9
1.2.3. Contratos Públicos o Administrativos.....	11
CAPÍTULO 2	
Energía Eléctrica.....	15
2.1. Aspectos Generales.....	15
2.1.1. Energía.....	15
2.1.2. Energía Eléctrica.....	16
2.1.2.a. Concepto Jurídico y Naturaleza Jurídica de la Energía Eléctrica.....	17
2.1.2.b. Características de la Energía Eléctrica.....	17
2.2. El Subsector Eléctrico en Guatemala.....	20
2.2.1. Antecedentes.....	20

2.2.2. Principios del Subsector Eléctrico.....	30
2.2.2.a. Desmonopolización del sector eléctrico.....	30
2.2.2.b. Libertad para la Generación, Transmisión, Distribución y Comercialización de Electricidad.....	33
2.2.2.c. Libertad Contractual.....	34
2.2.2.d. Regulación de Tarifas.....	35
2.2.2.e. Protección al Usuario.....	35
2.2.3. Instituciones Encargadas del Subsector Eléctrico.....	36
2.2.3.a. Ministerio de Energía y Minas.....	36
2.2.3.b. Comisión Nacional de Energía Eléctrica.....	37
2.2.3.c. Administrador del Mercado Mayorista.....	39
2.2.3.c.1. Agentes del Mercado Mayorista.....	41
i. Generadores.....	41
ii. Transportistas.....	42
iii. Distribuidores.....	42
iv. Comercializadores.....	43
v. Grandes Usuarios.....	43
2.2.4. Demanda Firme.....	43
2.2.5. Plan de Expansión a la Generación -PEG-.....	46
2.2.5.a. Plan de Expansión a la Generación 1.....	47
2.2.5.b. Plan de Expansión a la Generación 2.....	48
2.2.5.c. Plan de Expansión a la Generación 3.....	49
 CAPITULO 3	
Proceso de Licitación	51
3.1. Licitación Pública.....	52
3.1.1. Principios de la Licitación Pública.....	54

3.1.1.a. Legalidad y Juridicidad.....	54
3.1.1.b. Publicidad y Transparencia.....	56
3.1.1.c. Igualdad o Trato Justo y Equitativo.....	57
3.1.1.d. Libre Concurrencia y Competencia.....	58
3.1.1.e. Moralidad Administrativa.....	60
3.2. Licitación Privada.....	61
3.2.1. Licitación Abierta.....	63
3.2.2. Licitación Cerrada.....	64
3.3. Licitación para la Compra de Potencia y Energía.	64
CAPÍTULO 4	
Modificación a los Contratos provenientes de las Licitaciones para la compra de Potencia y Energía.	73
4.1. Contrato de Compra de Potencia y Energía -PPA-.....	73
4.1.1. Modificación de los Contratos.....	75
Capítulo 5	
Presentación, discusión y análisis de resultados.	81
CONCLUSIONES.....	97
RECOMENDACIONES	99
REFERENCIAS.....	101
ANEXOS.....	113
Formato Entrevista.....	113

INTRODUCCIÓN.

En Guatemala, el proceso de licitación es un método de compra y contratación exclusivo para la administración pública, el cual está normado en la legislación guatemalteca desde el año 1992, dentro del Decreto Número 57-92, Ley de Contrataciones del Estado y sus reformas.

A lo largo del tiempo, este proceso ha demostrado ser efectivo y se debe a que es un método riguroso, formal y dotado de una serie de principios, que son los que le conceden dicha efectividad y es por ello que se ha llegado a considerar el mejor método para realización de compras y contrataciones. De tal manera, que en la actualidad empresas de capital privado han empezado a utilizar el proceso de licitación para realizar sus compras y así poder obtener buenos resultados.

En Guatemala, no hay una ley que regule procesos de licitación para empresas privadas, pero la Ley General de Electricidad regula un tipo de licitación que va dirigido a las distribuidoras de electricidad (empresas de capital privado en su mayoría) para que las mismas puedan realizar compras de potencia y energía. En este tipo de licitación, son las distribuidoras las que convocan a dicho evento a los agentes generadores de electricidad, para poder comprarle a éstos la energía suficiente para estar abastecidas y poder suministrarle electricidad a sus usuarios finales.

No obstante, que este tipo de licitación es diferente al regulado en el Decreto Número 57-92, está revestido de los mismos principios que son los que le conceden la efectividad que necesita, tales como; la publicidad, competencia, libre concurrencia, igualdad, etc. Sin embargo, a pesar de estar dotado de varios principios, en la práctica se han dado circunstancias y situaciones que no reflejan el cumplimiento de ciertas formalidades y el respeto a los mencionados principios.

Una de ellas, es la modificación de los contratos que nacen de las licitaciones de compra de potencia y energía, y es el caso que por varios motivos, en algunos casos, los contratistas han solicitado la modificación de dichos contratos argumentando que no

van a ser capaces de cumplir con algunas de las condiciones pactadas inicialmente, lo cual ha causado que los principios de los cuales está revestido el proceso de licitación puedan verse vulnerados y consecuentemente los resultados que se esperan también.

Por lo anterior, es que al estar inmersos dentro de la esfera jurídica, se consideró importante analizar la legalidad, juridicidad y validez de la modificación de los contratos provenientes de las licitaciones para la compra de energía y potencia (contratos PPA). Derivado que la modificación de los contratos en general no está regulado como tal en la legislación guatemalteca, y por ende la modificación de los contratos que devienen de dichas licitaciones tampoco.

En ese orden de ideas, es importante comprender que aquellos agentes generadores de energía eléctrica a los que se les adjudica un evento de licitación, fueron elegidos porque en su momento se consideró que eran los más idóneos en cuanto calidad y precio, y porque cumplían con las bases de licitación elaboradas por los agentes distribuidores (las cuales obedecen a las condiciones de mercado actuales y proyectadas), sin saber que posteriormente la entidad adjudicada solicitará la modificación del contrato, porque no va a ser capaz de ejecutarlo en las condiciones esenciales, habiéndose dejado fuera a oferentes que hubiesen podido cumplir con dichas condiciones sin solicitar posteriormente la modificación del mismo, pudiendo con eso, desvirtuar los elementos esenciales de la propia licitación y sus objetivos. Es por ello que es necesario determinar ¿En qué casos debe ser permitida la modificación de los contratos provenientes de licitaciones abiertas para la compra de potencia y energía, y en qué casos no?

Asimismo, se debe tomar en cuenta que la energía eléctrica es un servicio esencial, por lo que el Estado debe velar porque toda la población pueda tener acceso a ella, sin discriminación alguna. Derivado de ello, se pretende analizar y determinar el rol de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica (como órgano administrativo del Estado), en los procesos de licitación abierta para la compra de potencia y energía, tomando en cuenta que los contratos son celebrados entre sujetos privados (generador y distribuidor), pero que a su vez el objeto de los mismos es un servicio esencial, el cual debe ser garantizado por el Estado.

Además, se pretende establecer si existen deficiencias en el ordenamiento jurídico guatemalteco, y qué aspectos son necesarios reforzar legalmente para que los contratos se ejecuten en los términos originales, evitando desvirtuar el objeto de los mismos y velar por el cumplimiento de las condiciones ofrecidas por el adjudicado y se puedan respetar los derechos de todos los oferentes, y todos los principios de los cuales está revestido el proceso de licitación.

En la investigación realizada para el presente trabajo de tesis, fue limitada la información que se encontró con relación a legislaciones que contemplan un procedimiento de licitación convocado por la iniciativa privada, ya que las licitaciones reguladas en diferentes países como “licitación privada”, hacen referencia a lo que en Guatemala se conoce como “licitación cerrada”, que es toda aquella licitación en la que la institución o empresa que convoca, restringe la participación del público, invitando solamente a ciertas empresas de su interés, restringiendo la participación de otras empresas y limitando la competitividad en el proceso de licitación. O bien, lo que la doctrina reconoce como “licitación privada”, que es el método de compra y contratación que la ley guatemalteca denomina “proceso de cotización”.

A nivel internacional, cabe mencionar que son pocos los países que tienen incluido dentro de su ordenamiento jurídico la figura de licitación privada, es decir, aquella que es convocada por empresas de capital privado, entre ellos está Colombia y Chile, éste último por ejemplo, tiene además un reglamento específico para la compra de potencia y energía, lo cual demuestra, o bien, evidencia que ésta institución jurídica se está empezando a regular no solo en Guatemala, sino que en otros países del mundo, debido a su alta efectividad y funcionalidad.

Por último, el análisis que se realizará en el presente documento, pretende determinar si es factible la modificación de los contratos provenientes de las licitaciones para la compra de potencia de energía, sin alterar las condiciones esenciales o bases iniciales de licitación y sin vulnerar los principios de los que están revestidas, o simplemente no se puede y por lo tanto no se debiese de permitir. Así también, se pretende analizar si el ordenamiento jurídico tiene regulado parámetros que permita que se den dichas variables o simplemente queda a discreción de un órgano administrativo su procedencia

o improcedencia, y si fuese que la legislación no contempla tan circunstancia y queda en manos de la administración pública, se analizará si es importante y necesaria una modificación a la legislación actual y regular dicha posibilidad dentro de la misma, para que exista un mayor control y una mayor certeza jurídica.

CAPÍTULO 1.

El Negocio Jurídico y El Contrato.

1.1. El Negocio Jurídico.

De conformidad con Rafael Bernard Mainar¹, fue la escuela pandectística alemana la que elaboró la teoría del negocio jurídico, conceptualizando varios aportes de juristas romanos para el efecto, por lo que sí es verdad que el negocio jurídico nace dentro del Derecho Romano y está adecuado al espíritu del derecho en aquél pueblo, pero fueron los pandectistas los que elaboraron dicha teoría y civilistas de épocas posteriores los que la han seguido desarrollando.

Sobre el Negocio Jurídico, Manuel Ossorio manifiesta que: "... se da este nombre a todo acto voluntario y lícito realizado de conformidad con una norma jurídica que tenga por finalidad directa y específica crear, conservar, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones dentro de la esfera del Derecho Privado."² Por otro lado, Guillermo Cabanellas de las Cuevas señala en su Diccionario Jurídico Elemental, que el negocio jurídico es: "Todo acto o actividad que presenta algún interés, utilidad o importancia para el Derecho y es regulado por sus normas..."³, y lo asemeja con el "acto jurídico".

Ambos conceptos coinciden en definir el negocio jurídico como un acto, por lo que es evidente que éste debe nacer de la voluntad del hombre, asimismo, debe ser un acto lícito y regulado por sus normas, en ese sentido, en el derecho guatemalteco, el negocio jurídico per sé es regulado por el Código Civil, y va a depender a qué rama del derecho comprende, para que sea regulado por una norma específica.

En conclusión, se puede definir al negocio jurídico como el acto por medio del cual, se declara la voluntad individual de una persona para obtener un resultado jurídico dentro

¹ Bernard Mainar, Rafael, Curso de Derecho Privado Romano, Venezuela, 2006, página 174.

² Ossorio, Manuel, Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales, Guatemala, Destascan, página 619.

³ Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario jurídico elemental, Editorial Heliasta S.R.L., 1993, undécima edición, página 212.

de la esfera privada, en las condiciones y límites del derecho, ya sea para crear, modificar, o extinguir alguna obligación.

“La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita y resultar también de la presunción de la ley en los casos que ésta lo disponga expresamente.”⁴. Derivado de que la declaración de voluntad puede ser expresa o tácita, cabe mencionar que la expresa puede ser oral o escrita, mientras que la tácita sucede por actos que hacen presumir la manifestación de voluntad, como en el caso de un heredero que comienza a administrar su herencia, por ejemplo.

El negocio jurídico requiere para su validez de algunos requisitos formales y de fondo que le conceden su eficacia. De acuerdo a lo establecido en el artículo 1251 del Código Civil⁵, existen tres requisitos esenciales para que el negocio jurídico tenga validez, y son los siguientes: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.

Respecto a la capacidad, es valioso distinguir entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio o legal, ésta segunda es la que requiere el negocio jurídico para su validez. Manuel F. Chavez Asencio, afirma que “Cuando decimos disfrute, estamos haciendo referencia al aspecto genérico de la capacidad, esto es, su goce. Cuando hablamos del cumplimiento de derechos y obligaciones, nos situamos ante la capacidad de ejercicio.”⁶

Para Rubén Contreras, la capacidad civil o legal “...se refiere a la aptitud o idoneidad para comparecer y actuar por sí mismo, para contraer obligaciones y cumplirlas (...) sin necesidad de asistencia o auxilio de ninguna otra persona...”⁷. Resulta lógico, que la persona que declare su voluntad deba tener la facultad para hacerlo, ya que con esto demuestra que tiene el pleno conocimiento y voluntad de lo que hace.

⁴ Presidente de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, Código Civil, artículo 1252.

⁵ *ibíd.*, artículo 1251.

⁶ UNAM, Chávez Asencio, Manuel F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Capacidad, México, Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/7/dtr/dtr3.pdf>, Fecha de consulta: 1 de septiembre de 2016.

⁷ Contreras Ortíz, Rubén Alberto, Obligaciones y Negocios Jurídicos Civiles (parte general), Guatemala, Editorial Serviprensa, S.A., 2007, página 45.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco, la capacidad legal se adquiere con la mayoría de edad, es decir, a los dieciochos años, y en ciertos actos determinados por la ley, los menores de edad, que es a lo que se le denomina doctrinariamente “capacidad relativa” (Ej: Los mayores de catorce años pueden contratar su trabajo por sí mismos o los mayores de dieciséis años pueden ser testigos en procesos judiciales). No obstante, todas aquellas personas que no tengan capacidad de ejercicio pueden actuar por medio de sus representantes legales.

El segundo requisito esencial que se debe verificar para que el negocio jurídico sea válido de acuerdo al Código Civil⁸, es el consentimiento del sujeto sin que éste adolezca de vicio. El consentimiento que da la persona para la realización de un negocio jurídico, no puede estar alterado o viciado para que este sea válido. Para que el consentimiento se considere que está viciado, deben constatarse alguno de los siguientes supuestos: error, dolo, simulación o violencia.

Según la Real Academia Española el error es sinónimo de equivocación, y para el derecho guatemalteco cuando los sujetos dentro del negocio jurídico caen en error sobre el objeto del mismo, es una causal de nulidad, por lo que es anulable, ahora bien, si cae sobre la persona lo invalida, es decir, que el negocio jurídico va a ser nulo, y si el error cae en cuenta, cabe la corrección de ésta.⁹

En cuanto al dolo, el Diccionario de la Real Academia Española, lo define como la “...voluntad maliciosa de engañar a alguien o de incumplir una obligación contraída.”¹⁰ Este vicio del negocio jurídico ocurre cuando un tercero o una de las partes dentro del mismo inducen a la otra para que caiga en error o se mantenga en él, por lo que evidenciado el dolo, el negocio jurídico se vuelve inválido.¹¹

La simulación es la “alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato.”¹². De conformidad con el Código Civil¹³, ésta tiene lugar en tres

⁸ Presidente de la República de Guatemala, Decreto 106, Código Civil, artículo 1251.

⁹ *ibíd.*, artículos 1258-1260.

¹⁰ Rae-es, Real Academia Española, Dolo, España, Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=48VL7N2msDXX2GDdG8mT>, Fecha de consulta: 2 de agosto de 2015.

¹¹ Presidente de la República de Guatemala, Decreto 106, Código Civil, artículo 1261.

¹² Rae-es, Real Academia Española, Simulación, España, Disponible en: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=simulaciones>, Fecha de consulta: 2 de agosto de 2015.

supuestos: al encubrir el carácter jurídico con apariencia de otro de diferente naturaleza; al declarar falsamente lo que no ha pasado en realidad; y al constituir o transmitir derechos a terceras personas, para mantener ocultas a las verdaderamente interesadas.

Asimismo, de acuerdo al Código Civil¹⁴ el consentimiento puede estar viciado en los casos de intimidación o violencia, ya sea física o psicológica sobre el sujeto que declara su voluntad. Este vicio del consentimiento ocurre cuando hay coacción o intimidación por parte de un sujeto hacia el otro para la realización de un negocio jurídico.

Por último, según lo establecido en el Código Civil, el tercer requisito para que el negocio jurídico sea válido, es que debe tener un objeto lícito. De conformidad con Luis Claro Solar¹⁵ el objeto lícito se refiere a que el negocio jurídico será válido siempre y cuando sea física y moralmente posible, esto se refiere a que el negocio jurídico va a ser válido siempre que su finalidad o su propósito no sean contrarios a la ley ni al orden público.

Con base en lo anterior, se puede concluir que el negocio jurídico es la base para la existencia de las obligaciones y para la realización de los contratos. El Código Civil de Guatemala lo determina como una herramienta para la declaración de voluntad del ser humano, es por ello, que lo define como un acto y no como un hecho. El negocio jurídico constituye una manifestación de voluntad, que no adolece de vicios, por tanto la persona se puede obligar a contraer obligaciones y celebrar contratos siempre y cuando tengan un fin lícito. Finalmente, es preciso hacer notar que el negocio jurídico existe dentro de la esfera del Derecho Privado, ya que son sujetos privados, independientes quienes actúan en éste, y que partiendo del mismo es posible comprender y asimilar todas las instituciones del derecho civil y del derecho privado.

¹³ Presidente de la República de Guatemala, Decreto 106, Código Civil, artículo 1284.

¹⁴ *ibíd.*, artículo 1264.

¹⁵ Claro Solar, Luis, Google-Books, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Volumen VI, Chile, 1979, Disponible en:

https://books.google.com.gt/books?id=v_hLjHPsemIC&pg=PA593&dq=objeto+lícito&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwjDzo3umgPKAhUHIR4KHdY-CXAQ6AEIGjAA#v=onepage&q=objeto%20lícito&f=false,

Fecha de consulta: 3 de agosto de 2015.

1.2. El Contrato.

De conformidad con el tratadista Rubén Alberto Contreras Ortiz; “El Contrato es el negocio jurídico bilateral, constituido por el acuerdo pleno, consciente y libre de voluntades de dos o más personas particulares, iguales ante la ley, que fundado en una causa lícita produce efectos jurídicos idóneos para crear, modificar transmitir o extinguir obligaciones de naturaleza patrimonial.”¹⁶ El jurista Guillermo Cabanellas, en su Diccionario de Derecho Usual, plasma las concepciones siguientes: “...es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico; y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones (...) hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus relaciones jurídicas (...) el contrato existe desde que una o varias personas consientan en obligarse respecto de otra, u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.”¹⁷.

Para Puig Peña, citado por Byron Debroy: “...el contrato era todo: la gran palanca apta para acelerar la circulación de bienes, la figura jurídica flexible, acogedora y expansiva que brindaba propicia vestidura para modelar todo lo imaginable.”¹⁸. Como se puede observar, para el autor Puig Peña el contrato era el instrumento para la creación o extinción de cualquier tipo de obligación. Es evidente que el contrato desde sus inicios ha sido trascendental para la sociedad y la economía, ya que considerando que es la causa de toda obligación, sin el contrato no habría movimiento en ningún aspecto social, económico y mucho menos en el mundo jurídico.

Cabe resaltar que para Lonero¹⁹, en concordancia con los conceptos plasmados anteriormente, son efectos jurídicos de un contrato, crear, modificar, transferir o extinguir alguna obligación, y estos se van a dar en relación a las partes, ya que los mismos serán el reflejo de lo que ellas mismas han pactado o establecido. Por lo

¹⁶ Contreras Ortiz, Rubén Alberto, *óp. cit.*, página 207.

¹⁷ Cabanellas de Torres, Guillermo, *óp. cit.*, página 74.

¹⁸ Debroy Chinchilla, Byron Oswaldo, La necesidad de reformar la normativa 1851 del Código Civil, referente a la rescisión en la compraventa, Guatemala, 2007, Facultad de ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala, página 17.

¹⁹ Oscar Lonero, Lonero, Oscar, Derecho Civil III – Contratos, Argentina, Disponible en: <http://www.oscarlonero.com.ar/Curso/1/Tercero/civil/efectos.htm>, Fecha de consulta: 9 de septiembre de 2015.

mismo, es lógico que terceras personas no puedan intervenir en el contrato, ya que este liga exclusivamente a las partes que intervinieron en su creación.

No obstante, que el principio general establece que los contratos no pueden afectar a terceros, Londero explica ciertos casos en donde un contrato puede llegar a afectar a una persona que no participó en el mismo. Como es el caso de los sucesores, a quienes se le extienden los efectos de los contratos en los cuales el causante haya sido parte, o el caso de los contratos colectivos de trabajo, que crean derechos y obligaciones para personas que no participaron en la celebración de los mismos, así también existe el caso de los contratos en beneficio de un tercero, como lo son los seguros de vida, por ejemplo.

Pero en ninguno de los casos anteriores, este tercero afectado está facultado para modificar, ampliar, ratificar o extinguir el contrato que se pactó originalmente, en virtud que ello compete únicamente a las partes contratantes.

1.2.1. Clasificación de los contratos.

De acuerdo a lo considerado por varios autores como Silvia Contarino²⁰, Manuel de la Puente y Lavalle²¹ y Claudia Echeverría²², los contratos se pueden clasificar atendiendo a sus características particulares:

1.2.1.a. Clasificación por su perfección.

Consensuales o reales: Esta característica de los contratos se refiere a cómo y cuando se perfeccionan los mismos, son consensuales cuando es suficiente con el consentimiento de las partes para su perfección, y son reales cuando se requiere la entrega de la cosa para que sean perfectos, es decir, para que empiece a surtir sus efectos.

²⁰ Geocities, Bufete Jurídico Hernández Mejía, Clasificación de los contratos, Disponible en: <http://www.geocities.ws/derechocivil09/pages/clasifi.html>, Fecha de consulta: 14 de septiembre de 2015.

²¹ Derecho-ucsm, De La Puente y Lavalle, Manuel, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Santa María-Arequipa, El Contrato en General, Perú, Disponible en: <http://derecho-ucsm.org/wp-content/uploads/2013/08/el-contrato-en-general.pdf>, Fecha de consulta: 16 de septiembre de 2015.

²² Galeon, Echeverría, Claudia, Clasificación de los contratos, Disponible en: <http://claudiaechevarria.galeon.com/cvtae1808036.html>, Fecha de consulta: 5 de septiembre de 2015.

1.2.1.b. En atención a las partes que asumen obligaciones.

Unilateral o Bilaterales: La unilateralidad no se refiere a la cantidad de personas que celebran el contrato, ya que en un contrato siempre se declararán dos o más voluntades. La unilateralidad se refiere a que una sola persona se obliga en el contrato, mientras que la bilateralidad se refiere a que ambas partes se obligan recíprocamente. Un ejemplo de un contrato unilateral es el “Contrato de opción”, ya que en éste existe una promesa unilateral, mientras que la otra no se obliga con ella, o el contrato de “Donación entre vivos a título gratuito”, ya que en éste solo el donante está obligado a entregar el bien. Mientras que en un contrato bilateral, tal como es la compraventa, uno se obliga a entregar el bien, mientras que el otro se obliga a pagar el precio.

1.2.1.c. Por su finalidad.

Oneroso o gratuito: Un contrato es oneroso cuando se adquiere un derecho o ventaja económica, a cambio de una contraprestación. Cuando un negocio jurídico es gratuito, el objeto del mismo no conlleva un derecho económico, tal como lo es la donación. El oneroso puede ser conmutativo o aleatorio; “...es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que determina la ganancia o pérdida, desde el momento en que ese acontecimiento se realice.”²³

1.2.1.d. Por el periodo de ejecución.

Instantáneos o periódicos: De acuerdo al período de ejecución, los contratos pueden ser instantáneos si el momento de su ejecución es uno solo, y son periódicos si su ejecución es más duradera y se divide en varios períodos de tiempo, a estos últimos también se les llama contratos de tracto sucesivo y algunos ejemplos de estos son los arrendamientos, en donde las cuotas son pagadas mensualmente por el arrendatario.

²³ Presidente de la República de Guatemala, Decreto 106, Código Civil, artículo 1591.

1.2.1.e. Según la forma que adoptan.

Solemnes y no solemnes: Los contratos solemnes son todos aquellos contratos que por mandato legal deben ser plasmados en escritura pública para su validez, y los contratos no solemnes son todos aquellos que la ley no obliga que consten en escritura pública. Cabe mencionar que todos aquellos contratos que deben ser inscritos en algún registro deben ser presentados en escritura pública para tal efecto.

1.2.1.f. Atendiendo la fuerza de las partes contratantes:

Condicionales o absolutos: Los contratos condicionales, como su nombre lo dice, están sujetos a una condición. La subsistencia de estos depende de un suceso incierto o ignorado por las partes, caso contrario a los contratos absolutos, que no dependen del cumplimiento de ninguna condición para su perfección. Sobre los primeros, es importante hacer mención que la condición a la que están sujetos puede ser suspensiva o resolutoria. En el caso de la condición suspensiva, el contrato no produce efectos hasta el momento en que la condición se realice, al contrario de la condición resolutoria, en la cual el contrato produce efectos desde su perfección y deja de producirlos hasta que se cumpla la condición.

1.2.1.g. Dependiendo de la naturaleza del contrato.

Principales o Accesorios: Los contratos principales, son también llamados “absolutos” por algunos autores, estos contratos subsisten por si solos, y no dependen de ningún otro contrato para su existencia, mientras que los contratos accesorios necesitan de la existencia de otro para subsistir.

1.2.1.h. Por su tipificación o falta de tipificación legal.

Contratos típicos o atípicos: Se les llama contratos nominados o típicos, a aquellos contratos que tienen individualidad y están regulados en ley, y se les llama contratos atípicos a aquellos que no están tipificados en ley, pero que se han realizado en la práctica por lo que se reconocen y tienen plena validez.

Estas son tan solo algunas de las clasificaciones que se pueden hacer respecto al contrato. Es evidente, que el contrato puede adoptar muchas características al mismo tiempo, a diferencia del negocio jurídico. Primero es valioso comprender que todo contrato es un negocio jurídico, mas no todos los negocios jurídicos van a ser contratos, ya que como se explicó anteriormente, el negocio jurídico se perfecciona con una declaración de voluntad, mientras que en el contrato se van a necesitar dos o más declaraciones de voluntad para su realización o perfección. Por lo mismo, en el primero basta con la manifestación de la voluntad de una sola persona, mientras que en el segundo, dos o más voluntades se expresan para regular sus relaciones hacia un determinado fin.

1.2.2. Contratos Privados.

De acuerdo con Inocencio Meléndez²⁴ los contratos privados son aquellos contratos que están dotados de plena autonomía de la voluntad, en los cuales intervienen sujetos de capital privado que están en una condición de igualdad.

Por su lado, Salazar Chávez explica que el contrato privado es “el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.”²⁵. Asimismo, señala que el contrato público contiene esas mismas características, pero el elemento distintivo es que por lo menos una de las partes pertenece a la administración pública. Adicionalmente, indica que los contratos privados tienen plena validez jurídica y su cumplimiento es obligatorio para las partes que lo suscriben. El incumplimiento del mismo puede causar un conflicto legal ya que el sujeto afectado puede acudir ante un juez competente, con el propósito que éste obligue a la otra parte a cumplir con el mismo, mediante resolución judicial.

²⁴ Slideshare, Julio Inocencio Meléndez, Del porqué la Seguridad Jurídica Contractual y la Eficacia del Contrato Depende de la Adecuada Estructuración Que Hace el Jurista de los Contratos Públicos y Privados, Colombia, 2006, Disponible en: <http://es.slideshare.net/INOCENCIOMELENDEZJUL/la-formacion-y-la-forma-del-contrato-diferencias-entre-el-contrato-civil-comercial-y-el-contrato-estatal-en-colombia-inocencio-melendez-julio>, Fecha de consulta: 9 de septiembre de 2015.

²⁵ OSCE, Salazar Chávez, Ricardo, Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, Introducción a la Contratación Estatal, Perú, Disponible en: [http://www.osce.gob.pe/consu/code/userfiles/image/cap1_m1\(2\).pdf](http://www.osce.gob.pe/consu/code/userfiles/image/cap1_m1(2).pdf), Fecha de consulta: 15 de diciembre de 2015.

De acuerdo a las definiciones expuestas, es valioso mencionar que algunos autores consideran que el contrato privado es aquel que se realiza sin intervención de un notario y que el contrato público es el que consta en escritura pública.

Aunado a lo anterior y de acuerdo a lo establecido en el Código Civil²⁶, los contratos pueden celebrarse por escritura pública, por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar, por correspondencia o verbalmente. Asimismo, el referido Código ordena que los contratos cuyo valor exceda de trescientos quetzales, deben constar por escrito, y si fuese mercantil, cuando exceda de mil quetzales, además todos aquellos contratos que deban inscribirse o anotarse en los registros, cualquiera que sea su monto deben de constar en escritura pública.

Al respecto, es valioso mencionar que en la práctica, aunque los contratos sean suscritos entre privados y la ley no califique expresamente a algunos como solemnes, para que la validez de los mismos no se vea vulnerada y tengan mayor seguridad jurídica, se realice en escritura pública ante un notario, asimismo, con el objeto que el contrato abarque todo lo deseado por los contratantes y prevea cualquier posible circunstancia, ya que las partes pueden actuar de buena fe, pero sin los suficientes conocimientos del derecho.

A diferencia de los contratos públicos, Abella Poblet²⁷ afirma que los contratos privados son celebrados por sujetos privados, es decir, por personas de capital privado, por lo que se entiende que la administración pública no interviene. No obstante, dichos sujetos pueden ser funcionarios o empleados públicos, pero al momento de suscribir el contrato no están actuando en el ejercicio de su gestión. Es por lo mismo, que se puede concluir que no existen contratos privados celebrados por la administración pública, ya que estos siempre serán contratos públicos, también denominados contratos administrativos, en virtud que siempre serán celebrados por la administración dentro su gestión pública, dirigida al interés general. Los contratos privados surten efectos

²⁶ Presidente de la República de Guatemala, Decreto 106, Código Civil, artículos 1575 - 1576.

²⁷ Abella Poblet, Manuel, Google-Books, Código de Administración Local, España, 2007, Disponible en: <https://books.google.com.gt/books?id=ncemmYv5bLqC&pg=PA504&dq=contratos+privados+por+la+administracion+publica&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwih06i8t6rKAhXEkh4KHQY1AusQ6AEIGjAA#v=onepage&q=contratos%20privados%20por%20la%20administracion%20publica&f=false>, Fecha de consulta: 3 de diciembre de 2015.

solamente para las personas particulares que realizaron el contrato, y ante terceros en determinados casos.

De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que el contrato privado es un negocio jurídico bilateral, por medio del cual dos personas se obligan recíprocamente para un determinado fin. Es absolutamente válido y es totalmente legal, y por ende las partes dentro del mismo deben asumir su responsabilidad, en caso contrario, el incumplimiento puede ser conocido por el órgano jurisdiccional competente, de tal manera que éste obligue a las partes al cumplimiento de lo estipulado en el contrato. Asimismo, como ya se vio con anterioridad, los alcances del contrato privado son solo para las personas que lo suscriben y la facultad de intervenir en el mismo es solo para las partes dentro del contrato. Es por ello, que ninguna persona ajena al mismo puede modificar la intención de las partes, por tanto, solo un órgano jurisdiccional es el competente para variar las condiciones pactadas o exigir el cumplimiento del pago o de la obligación pactada.

1.2.3. Contratos Públicos o Administrativos.

“Para Bielsa (...) el contrato administrativo es el que la administración celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica, y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública (...) Para Marienhoff el contrato administrativo es un acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer necesidades públicas (...) Cassagne expresa que es todo acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado por un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa, caracterizado por un régimen exorbitante del Derecho Privado, susceptible de producir efectos, con relación a terceros (...) Escola define los contratos administrativos como los que son celebrados por la administración pública con una finalidad de interés público y en los cuales, por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes del Derecho Privado o que

coloquen al contratante de la administración pública en una situación de subordinación respecto de ésta".²⁸

Dentro de la legislación guatemalteca existe un concepto de contrato administrativo, el cual está contenido dentro del Acuerdo Ministerial 25-85, "Manual de Procedimientos para la Ejecución Presupuestaria", el cual establece que "El contrato administrativo es todo acto por el cual el Estado o sus entidades descentralizadas, autónomas o semiautónomas, por una parte, y un ente público o privado por la otra, manifiestan su voluntad de adquirir derechos y contraer obligaciones."

López de Zavalia²⁹ explica que la principal característica del contrato administrativo es que al menos una parte dentro del contrato pertenece a la administración pública y tiene un fin público, es decir que debe satisfacer una necesidad colectiva, por lo que el mismo debe someterse al derecho público, con cláusulas exorbitantes del derecho privado.

Con relación a las cláusulas exorbitantes, Zavalia explica que en los casos en que el contrato se suscriba con un sujeto de derecho privado, este último queda en una situación de subordinación. Ya que el ente administrativo siempre va a gozar de facultades y prerrogativas que situarán a la otra parte en subordinación respecto a éste, tomando en cuenta que el objeto del contrato es de interés público y la administración es la que debe velar porque dicho fin se cumpla.

De conformidad con el Licenciado Rafael Godínez³⁰, el contrato administrativo es un acto mixto ya que está conformado por dos fases: una fase unilateral, la cual contempla las decisiones del Estado, que es la que le da nacimiento al contrato administrativo, en el sentido que es el Estado quien manifiesta su voluntad e impone condiciones para que los particulares las acepten y comparezcan a celebrar el contrato; y una segunda etapa

²⁸ Gestipolis, Lira Ubidia, Celia, Teoría de los contratos públicos y administrativos, Perú, Disponible en: <http://www.gestipolis.com/recursos/documentos/fulldocs/eco1/contrapublico.htm>, Fecha de consulta: 1 de septiembre de 2015.

²⁹ UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, El Contrato Administrativo, México, Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1920/11.pdf>, Fecha de consulta: 5 de diciembre de 2015.

³⁰ Godínez Bolaños, Rafael, Recopilación de Textos Jurídicos y Legales, Colección "Juritex y Legitex", Guatemala, 2011, página 144.

bilateral, en la cual el particular acepta o acuerda con el Estado y perfecciona el contrato administrativo.

Aunado a lo anterior, con relación al consentimiento, a diferencia del contrato privado, en el cual el consentimiento es pleno, Marlon Arévalo³¹ señala, que en el contrato administrativo, este elemento debe ser expreso por parte de la administración pública, ya que por parte del particular se reduce a contratar o no, de acuerdo a lo ya estipulado por el ente administrativo.

Asimismo, Godínez sostiene que otra de las diferencias del contrato administrativo con el contrato privado, son las normas que lo rigen, ya que en el segundo caso, el contrato se rige por el Código Civil, Código de Comercio, etc., mientras que en el caso del contrato administrativo se rige por normas de orden público, contenidas en diferentes leyes, como lo es la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, la Ley Orgánica del Presupuesto, entre otros. Y menciona también, que ambos contratos están sometidos a diferentes jurisdicciones, en el caso de que surja algún conflicto derivado de los mismo, ya que los contratos privados se someten a la jurisdicción común, mientras que los contratos administrativos están sometidos a la jurisdicción privativa de lo Contencioso Administrativo, por lo que todo incumplimiento, interpretación, rescisión debe de estar a cargo de un Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

De conformidad con Arévalo³², para la celebración de un contrato público o administrativo, es necesario que el Estado haga uso de su personalidad jurídica, ejerciendo con esto la capacidad legal para poder adquirir derechos y contraer obligaciones. Asimismo, expone que la contratación pública es formal, ya que en todo su actuar deben cumplirse procedimientos apegados a la ley, que consecuentemente deben de plasmarse por escrito.

Tomando en cuenta las diferentes acepciones expuestas con anterioridad, se puede concluir que, los contratos administrativos son todos aquellos contratos celebrados por

³¹ Arévalo Alvizures, Marlon Alexander, Propuesta para el control de la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa, Guatemala, 2006, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, página 6.

³² *ibíd.*, página 1.

la administración pública en el ejercicio de su gestión y revestido de su personalidad jurídica para el ejercicio de su capacidad legal. En los contratos administrativos, la administración pública está en una situación privilegiada respecto a la otra, sin que esto viole los derechos del particular. El objeto principal de dichos contratos va a ser siempre de interés público y bienestar general, es por lo mismo, que debe de ser formal, ya que debe propiciar certeza jurídica, a través de la aplicación de la ley.

CAPÍTULO 2

Energía Eléctrica

2.1. Aspectos Generales.

2.1.1. Energía.

De conformidad con Richard J. Fowler, “La energía es la aptitud, o la capacidad, de producir trabajo.”³³ Sobre ésta, el citado autor considera que una de las leyes fundamentales de la física, es lo relativo al principio de conservación de la energía, en el sentido que ésta no puede crearse ni destruirse, solamente transformarse. De tal manera, que los varios tipos de energías existentes, tales como la energía de los ríos, del aire o del sol, pueden transformarse en energía térmica, energía luminosa o en energía eléctrica, y éstas a su vez, son capaces de volverse a transformar en otro tipo de energía. Por ejemplo, la energía del sol, después de ser convertida en energía eléctrica, puede llegar a un televisor y convertirse en energía sonora o en energía luminosa.

El autor José Roldán Viloria define la energía como “...la capacidad de los cuerpos o conjuntos de éstos para desarrollar un determinado trabajo. La energía está en el calor y la luz del sol, el viento, el agua de un río, la madera al arder, los vegetales, un trozo de carbón, un determinados gas, un líquido, etc.”³⁴. Y Miller la define como la “Capacidad de hacer un trabajo físico a partir de acciones mecánicas, térmicas, químicas o eléctrica, o de causar una transferencia de calor entre dos objetos que se hallen a distintas temperaturas.”³⁵

De lo anterior, se puede concluir que la energía es la capacidad de realizar un trabajo, y que va a ser originada por medio de recursos naturales (renovables y no renovables), tales como el sol, el viento, petróleo y el calor de la tierra. Asimismo, que va a depender

³³ Fowler, Richard J., Electricidad: principios y aplicaciones, España, Editorial Reverté, 1994, página 1.

³⁴ Roldán Viloria, José, Fuentes de Energía; instalaciones eólicas, instalaciones solares térmicas, instalaciones fotovoltaicas, consejos para economizar energía, España, Learning Paraninfo, S.A., 2008, páginas 2 y 3.

³⁵ Miller, G. Tyler, Ecología y Medio Ambiente, México, Editorial Iberoamérica, 1994, página 829.

del ser humano aprovechar tales recursos para el beneficio propio y descubrir otro tipo de energías no conocidas. Al día de hoy, se puede evidenciar que el ser humano ha utilizado la energía a lo largo de su existencia y en su vida diaria, transformándola y aprovechándola de acuerdo a sus necesidades, dándole diferentes usos en beneficio del desarrollo humano.

2.1.2. Energía Eléctrica.

Para Osorio Yepes “La energía eléctrica es la forma de energía que resulta de la existencia de una diferencia de potencial entre dos puntos, lo que permite establecer una corriente eléctrica entre ambos puntos cuando se les pone en contacto por medio de un conductor eléctrico. La energía eléctrica puede transformarse en muchísimas otras formas de energía tales como la energía luminosa, la energía térmica y la energía mecánica.”³⁶

Para los autores Félix Redondo Quintela, Roberto Redondo Melchor y María Margarita Redondo Melchor, la energía eléctrica es: “La energía de corrientes eléctricas en virtud de su posición en un campo magnético (...) Es la relacionada con la corriente de partículas llamadas electrones, y se define como el producto de la potencia eléctrica (kW) por el tiempo.”³⁷

Como se mencionó, la energía eléctrica es creada por otras energías originadas de los recursos naturales, para transformar la energía de una forma a otra, es evidente que debe intervenir el conocimiento humano. Asimismo, Yepes³⁸ explica que la energía eléctrica sí se puede encontrar en la naturaleza, pero no en una forma en la que se pueda aprovechar, es por lo mismo, que el humano ha recurrido a la conversión de otras energías para crearla y poder utilizarla para varios fines.

³⁶ Prezi, Osorio Yepes, Miguel Ángel, Generación de la Energía Eléctrica, 2014, Disponible en: <https://prezi.com/fzwbqpw-367p/generacion-de-la-energia-electrica/> Fecha de consulta: 4 de agosto de 2015.

³⁷ USAL, Quintela, F.R. y otros, Términos sobre energía eléctrica del Diccionario de la Real Academia Española, Universidad de Salamanca, España, Disponible en: <http://electricidad.usal.es/Principal/Circuitos/Descargas/TerminosEnergia.pdf>, Fecha de consulta: 15 de diciembre 2015.

³⁸ *loc.cit.*

Sobre lo mencionado anteriormente, es importante resaltar que la energía eléctrica es creada por fuentes naturales y que es utilizada a instancia de la tecnología, asimismo, se puede decir que el uso de la electricidad ha facilitado al hombre en la realización de varios trabajos, que sin ella serían difíciles o imposibles de realizar.

2.1.2.a. Concepto Jurídico y Naturaleza Jurídica de la Energía Eléctrica.

El doctor español Roberto Pablo Sobre Casas³⁹, cataloga la energía como una mercancía, ya que el derecho permite que ésta se regule como un bien o una cosa. Asimismo, se pueden citar los artículos 442 y 443 del Código Civil, los cuales preceptúan que: “Son bienes las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación, y se clasifican en inmuebles y muebles (...) pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley.”⁴⁰

Es por ello, que la electricidad se clasifica de conformidad con la ley como un bien mueble, y de acuerdo con el citado autor, el bien mueble es “toda realidad corpórea o incorpórea que presta utilidad se denomina bien”⁴¹, además, por esa misma posibilidad que permite que el humano lo pueda dominar y utilizar. Además, de conformidad con lo establecido en el artículo 451 del Código Civil, incisos 1º y 3º, las fuerzas naturales susceptibles de apropiación y todos aquellos bienes que puedan trasladarse de un lugar a otro sin menoscabo de ellos ni del inmueble en donde se encuentren, son catalogados como bienes muebles. En virtud que la energía eléctrica es un bien susceptible de apropiación que puede trasladarse de un lugar a otro sin menoscabo de sí o del inmueble en el que se genere, ésta puede ser calificada como bien mueble.

2.1.2.b. Características de la Energía Eléctrica.

Es importante mencionar las características esenciales de la energía eléctrica como bien apropiable, para más adelante poder entender la particularidad de los contratos

³⁹ Sobre Casas, Roberto Pablo, Los contratos en el mercado eléctrico, Argentina, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003, página 39.

⁴⁰ Presidente de la República de Guatemala, Decreto 106, Código Civil, artículo 442-443.

⁴¹ *ibíd.*, página 41

objeto de la presente tesis. De conformidad con Casas⁴², la principal característica de la energía eléctrica es su no almacenabilidad, ya que ésta no puede ser guardada para ser utilizada con posterioridad, por lo que toda energía que se consume está siendo producida en ese mismo instante.

Según Logan Pacheco⁴³, otra característica que identifica a la electricidad, es la indeterminación que existe entre el generador y el usuario final que la consume. Este aspecto se refiere a que si bien un generador está inyectando energía al sistema, el usuario final que la consume no puede determinar qué generador es el que se la está proporcionando. Es por lo mismo, que las distribuidoras deben de estar abastecidas para cubrir la totalidad de su demanda, ya que si algún generador no cumple con proporcionar la electricidad que se obligó a darle a la distribuidora, ésta se la va a dejar de suministrar a cualquier usuario final.

Otra característica básica de la energía eléctrica según Pacheco⁴⁴, es que obedece a las leyes naturales físicas, esto se debe a que la misma es una fuerza secundaria, ya que es creada por fuerzas primarias de la naturaleza. Esta característica se refiere a que el punto de su producción debe estar conectado al punto de su lugar de origen, en virtud que no puede viajar o ser transmitida por cuerpos separados, es imposible. De ello deviene, la función de las redes de transmisión y de distribución, las cuales hacen que la electricidad pueda llegar a su destino final y ser utilizada. La ventaja respecto a esto, es que la electricidad se puede transportar con facilidad, solo necesita de cuerpos conectados para poder viajar mediante ellos.

La energía eléctrica es considerada un servicio esencial. “Los servicios esenciales son todos aquellos servicios prestados (por el Estado o por un particular), cuya interrupción pondría en peligro la vida, la seguridad personal o la salud de la totalidad o parte de la

⁴² *ibíd*, página 39.

⁴³ Logan Pacheco, Christel Marie, “Régimen jurídico aplicable a la actividad de generación de energía eléctrica en el ordenamiento jurídico guatemalteco”, 2008, Guatemala, Universidad San Carlos de Guatemala, página 8.

⁴⁴ *loc.cit.*

población (...) es decir, sin el cual la seguridad, la salud o el bienestar de toda o parte de la comunidad estaría en peligro o se vería seriamente perjudicada.”⁴⁵

Es evidente que la energía eléctrica se ha convertido en un servicio esencial para toda la humanidad, y que sin ella podrían verse vulnerados derechos inherentes a la persona y a la colectividad. Es por lo mismo, que la propia Asamblea Nacional Constituyente de 1985, declaró de urgencia nacional la electrificación para el desarrollo nacional. En ese sentido, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala establece que: “El servicio de energía eléctrica constituye un servicio de carácter esencial, obligatorio y reglamentado por el Estado...”⁴⁶.

Asimismo, la Organización Internacional de Trabajo -OIT-, ha manifestado que para determinar cuáles servicios son los esenciales, va a depender de las condiciones propias de cada nación. El Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT⁴⁷, considera admisibles las restricciones al derecho de huelga, o incluso su prohibición cuando estén de por medio servicios esenciales, tales como la energía eléctrica.

En concordancia con lo anterior, la Ley de Sindicalización y Regulación de la Huelga para los Trabajadores del Estado, establece en su artículo 4, literal d), lo siguiente: “Para los fines de lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, se declaran servicios públicos esenciales los siguientes (...) Servicios de suministro de agua a la población y de producción, generación, transportación y distribución de energía eléctrica...”⁴⁸. Así también, el mencionado artículo estipula que “...Una vez agotados los procedimientos de conciliación sin arribar a arreglo o convenio, la resolución de los conflictos colectivos de carácter económico-social en los

⁴⁵ Gernigon, Bernard y otros, Principios OIT sobre el Derecho de Huelga, Suiza, Oficina Internacional en Ginebra, 1998, página 20.

⁴⁶ Corte de Constitucionalidad, Gaceta 101, expediente 542-2011, sentencia 20-7-2011.

⁴⁷ Gernigon, Bernard y otros, *óp. cit.*, página 20-21.

⁴⁸ Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 71-86, Ley de Sindicalización y Regulación de la Huelga para los Trabajadores del Estado, artículo 4.

que participen como parte trabajadores que presten servicios públicos esenciales, debe someterse al arbitraje obligatorio...”⁴⁹.

Clara es la importancia que tienen los servicios esenciales, teniendo en cuenta que pueden llegar a afectar garantías constitucionales si se llegaren a interrumpir, es por esto, que dentro del documento denominado “Los Principios de la OIT Sobre El Derecho de Huelga”⁵⁰, se señala la continuación y la no interrupción de dichos servicios, por la importancia que tiene para la integridad humana y el desarrollo social sostenible.

Considerando por último, lo estipulado en el Código Civil, con relación a la clasificación de los bienes, como ya se había mencionado con anterioridad, la energía eléctrica tiene las características de un bien mueble, por su capacidad de trasladarse de un lugar a otro, y que además es una fuerza natural por ser creada de fuerzas primarias naturales, por lo que debe ser regulada como tal.

Derivado que la energía eléctrica es un servicio esencial, un bien mueble, que no se puede almacenar, que es indeterminable en cuanto a su generación, y que obedece a las leyes naturales físicas, se puede concluir que es un bien que no se asemeja a ninguno otro existente. Todos estos aspectos hacen que la electricidad sea un bien único y diferente a cualquier otro, por lo que derivado de la peculiaridad del mismo, es evidente que debe ser regulado por sus propias normas y contar con un marco legal específico.

2.2. El Subsector Eléctrico en Guatemala

2.2.1. Antecedentes

La generación de electricidad en Guatemala inició aproximadamente en el año 1870, con plantas de generación hidráulicas en su gran mayoría y con empresas

⁴⁹ *loc.cit.*

⁵⁰ *ibíd.*, página 20.

distribuidoras, ambas propiedad del sector privado bajo concesión otorgada por el Estado, que ofrecían sus servicios u operaban solamente en algunas áreas del país.⁵¹

A finales del siglo XIX, el Estado se vio en la necesidad de expandir la electricidad y de construir más centrales hidroeléctricas para aumentar la generación de la misma, por lo que el Ministerio de Fomento de ese entonces otorgó una concesión a Enrique Neutze para darle provecho al Río Michatoya, ubicado en el departamento de Escuintla, es con esta concesión, que el país logró tener una capacidad de generación de energía eléctrica suficiente para cubrir la ciudad capital, Antigua Guatemala, Villa Nueva, Amatitlán, Chimaltenango, Palín, Mixco y Escuintla.⁵²

En el año de 1894, se constituyó Empresa Eléctrica del Sur, cuyos propietarios eran de origen alemán. Dicha empresa operaba en al área metropolitana de Guatemala, y en esa época operaba juntamente en el país con Empresa de Alumbrado Eléctrico del Norte y Empresa Eléctrica de Escuintla. Posteriormente, estas tres empresas fueron adquiridas por *Electric Bond & Share Company –EBASCO-*, a la cual más adelante se le denominó Empresa Eléctrica de Guatemala y fue bajo esta denominación que en el año 1922 suscribió un contrato de concesión por cincuenta años con el Estado de Guatemala.⁵³

Después de la suscripción de dicho contrato, se construyeron las plantas de generación San Luis, El Modelo y otra en Finca El Zapote. Así también, se construyó una línea de transmisión entre Palín y la ciudad de Guatemala, y se reconstruyeron las líneas de distribución ya existentes.

Años después, Empresa Eléctrica de Guatemala cambia su razón social a Empresa Guatemalteca de Electricidad, Inc., y se le designa para la distribución de energía eléctrica en los departamentos de Guatemala, Escuintla y Sacatepéquez. Poco

⁵¹ Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Informe de Gestión 1997-2002, página 7.

⁵² Ramos Florian, Ilvia Isabel, Estudio jurídico del ente operador del mercado mayorista de electricidad, Guatemala, 2007, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala, página 1.

⁵³ EEGSA, Empresa Eléctrica de Guatemala, Historia, Guatemala, Disponible en: <http://www.eegsa.com/historia>, Fecha de consulta: 2 de marzo de 2015.

después, vuelve a modificar su razón social a Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, que es como se conoce a dicha entidad en la actualidad.⁵⁴

Para la década de los cincuentas, el subsector eléctrico ya se había expandido de manera considerable en el país, fue entonces que, el Coronel Jacobo Árbenz Guzmán dentro de su plan de gobierno (1944-1951), propuso desarrollar proyectos de gran capacidad, tales como la central hidroeléctrica Jurún Marinalá en Escuintla, en un lugar denominado Jurún, sobre el Río Michatoya, siendo ésta una de las obras más relevantes dentro de la época revolucionaria, ya que la generación de energía eléctrica de este proyecto hidroeléctrico alcanzó los 9,222,485 kilovatios-hora en 1952 cifra que representó un aumento de 1.015,876 kilovatios-hora sobre la del año inmediato anterior.⁵⁵

En el año 1959, el Ejecutivo se vio en la necesidad de crear una institución que prestara todas las actividades eléctricas para el desarrollo del sector, y fue entonces que se creó el Instituto Nacional de Electrificación -INDE-, para éste ser el encargado de generar, transportar y distribuir la energía eléctrica en toda Guatemala. Al realizar dicha acción, se creó un monopolio regulado, de propiedad gubernamental. El INDE empezó a ejercer el papel de regulador y se estableció como una empresa verticalmente integrada, esto quiere decir que derivado que era ésta la única institución que ejercía todas las actividades eléctricas, no existía una separación de las mismas en diferentes entidades o instituciones, como se debe de hacer en la actualidad.

Los proyectos que se habían desarrollado hasta ese entonces, principalmente la Central Hidroeléctrica Jurún Marinalá, respondían a la necesidad de terminar con la escasez de energía eléctrica que existía en el país. Aunado a ello, se realizaron otras acciones, como por ejemplo, la Ley del INDE, redactada y propuesta por el Ingeniero Oswaldo Santizo Méndez, ex alcalde de Patzún y fundador del Instituto Nacional de Electrificación -INDE-, la cual fue aprobada mediante el Decreto Ley No. 1287, con el objeto que creciera el consumo de energía eléctrica en Guatemala, en esas áreas

⁵⁴ *loc.cit.*

⁵⁵ Bares, Rodrigo, "La generación, distribución y comercialización de la energía eléctrica en Guatemala", *El Observador*, No. 44-45, Guatemala, Abril-Noviembre 2014, páginas 6-7.

donde era difícil el acceso a la misma, sobre todo en áreas rurales y con ello el INDE empezó a trabajar en la construcción del Sistema Nacional Interconectado.⁵⁶

Cuando el INDE asumió el cargo de prestar el servicio de energía eléctrica en Guatemala, inmediatamente empezó a trabajar en la hidroeléctrica de la presa del Río Hondo, la cual pretendía funcionar con la unión de los Ríos Colorado y de la Quebrada de la Virgen, entre otros. Al principio de los años sesentas, al seguir frente a una situación de escasez de generación, el INDE instaló una central generadora en San Felipe Retalhuleu, una turbina de gas en Escuintla y amplió la capacidad de la Hidroeléctrica de Santa María.⁵⁷

La creación del INDE, fue parte sustancial de los proyectos revolucionarios que ayudaron a impulsar ese desarrollo capitalista que buscaba romper con la dependencia y subordinación transnacional que pesaba sobre las actividades económicas en el país.⁵⁸

Durante años, el INDE siguió a cargo de las actividades de generación, transporte y distribución de electricidad en Guatemala, pero con el tiempo, el Estado empezó a sufrir una crisis financiera respecto a este tipo de actividades, debido a la alta demanda que empezaba a crecer a un ritmo para el cual el Estado no se podía dar abasto, puesto que no podía realizar nuevas inversiones y ampliar obras de generación y transmisión con tal rapidez.

La forma en la que los gobiernos contrarrevolucionarios procedieron a dar continuidad a aquellos proyectos iniciados en el gobierno de Árbenz Guzmán fue contraria a como se había planeado desde un principio, ya que el objeto que estos proyectos buscó en su momento era romper con la dependencia que existía con el capital transnacional con el cual funcionaba el subsector eléctrico hasta ese momento, objeto que se fue rompiendo

⁵⁶ INDE, Instituto Nacional de Electrificación, Disponible en: <http://www.inde.gob.gt/CNEE>, Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2015.

⁵⁷ EEGSA, Empresa Eléctrica de Guatemala, Historia, Guatemala, Disponible en: <http://www.eegsa.com/historia>, Fecha de consulta: 2 de marzo de 2015.

⁵⁸ Bares, Rodrigo, *óp. cit.*, página 6.

en los siguientes gobiernos ya que las actividades económicas, cayeron en manos de empresas internacionales.⁵⁹

Entre la década de los sesentas y setentas, el modelo vertical de integración del sector eléctrico empezó a cambiar, al crear el Sistema Interconectado INDE-EEGSA y el llamado Plan Maestro de Electrificación Nacional, realizado por el INDE, el cual consistía en el desarrollo de más hidroeléctricas y en la elaboración de un sistema de transmisión más extenso, pero aún así, las actividades de generar, transportar, distribuir y comercializar se encontraban en manos del Estado a través de INDE-EEGSA.

Para abril de 1971, había quedado en manos del gobierno de Arana Osorio determinar si Empresa Eléctrica de Guatemala continuaría prestando el servicio de distribución por otro período igual a cincuenta años o no. Para ello, se conformó una comisión negociadora, integrada por tres ministros de estado, el Procurador de la Nación y el Jefe del Ministerio Público de ese entonces. Esta Comisión tuvo alrededor de 45 sesiones de trabajo con EEGSA, en las cuales se discutió básicamente sobre 3 posibilidades: a. Prorrogar el contrato de concesión; b. Modificar el contrato; o c. El Estado de Guatemala adquiriera las acciones de EEGSA a un justo precio. El resultado de esta negociación, fue que el Estado de Guatemala se convirtió desde ese momento, en el accionista mayoritario de dicha empresa, por una inversión aproximada de US\$ 18 millones. Fue así, como EEGSA para el año 1972 pasó de ser de capital privado a ser de propiedad mixta, teniendo el Estado de Guatemala un porcentaje de aproximadamente 90% de las acciones. En ese entonces, por medio de un acuerdo emitido por el Ministerio de Economía, fue declarada como entidad de capital mixto y sus acciones quedaron bajo la custodia de dicho Ministerio.⁶⁰

En ese mismo año, el Gobierno de Guatemala estableció que el servicio de energía eléctrica era un servicio que debe ser prestado por el Estado, aunque posteriormente, Empresa Eléctrica de Guatemala se constituyera como Sociedad Anónima, por lo que pasa a ser de capital privado en su totalidad. Con ello se demostró claramente lo importante de las inversiones en el sector eléctrico, ya que la labor de EEGSA ayudó en

⁵⁹ Bares, Rodrigo, *óp. cit.*, página 9.

⁶⁰ Bares, Rodrigo, *óp. cit.*, página 9-11.

ese momento a que el INDE pudiese afrontar el crecimiento de la demanda que venía creciendo, y por el otro a reemplazar equipos para disponer de tecnologías eficientes.

A raíz de dicha transición, es que Guatemala empezó a permitir la inversión privada para la realización de las actividades energéticas, es así como surge el primer contrato de compra de potencia y energía -PPA- (*Power Purchase Agreement*), suscrito por Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima y por el Instituto Nacional de Electrificación, el cual fue negociado bajo una coyuntura de crisis económica, al igual que los otros 13 contratos de generación que se suscribieron posteriormente.

El intento de privatizar los servicios públicos empieza a darse juntamente con la implementación de la democracia y la negociación de los acuerdos de paz, tratando con ello “desmonopolizar” las empresas públicas, por recomendaciones del Banco Interamericano. Fue entonces que en gobierno de Jorge Serrano Elías (1991-1993) se procedió a disminuir aquellas restricciones legales que prohibían en ese entonces que participara capital extranjero en el subsector eléctrico.⁶¹

De conformidad con el Informe de Gestión 1997-2002⁶² de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, la situación de inversión privada tenía como objetivo principal disminuir la deficiencia energética existente, ya que era la necesidad del país en ese entonces, dada la crisis energética que se estaba viviendo, además se realizó con el fin de resolver la inconformidad de la población respecto a las tarifas, ya que se decía que no reflejaban los costos reales. Fue esto lo que obligó al INDE a que subsidiara la tarifa por el servicio de distribución y se creó lo que hoy se conoce como “Aporte INDE”, el cual consiste en una contribución (porcentaje) que el INDE paga de la factura de cada uno de todos los usuarios finales que llenen los requisitos establecidos por la Junta Directiva del INDE.

Con el Aporte INDE, el INDE empezó a presentar pasivos muy altos, ya que lo que se buscaba era reducir la tarifa de los usuarios finales, por lo que el Gobierno optó por transferir grandes cantidades de dinero para el efecto, sin pensar que lo que podía

⁶¹ Bares, Rodrigo, *óp. cit.*, página 14.

⁶² CNEE, Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Informe de Gestión 1997-2002, Guatemala, 2002, Disponible en: <http://www.cnee.gob.gt/xhtml/memo/informe-labores97-2002.pdf>, Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2015.

provocar era que el INDE se endeudara de tal forma que casi se ocasionara su quiebra, ya que no recibía las utilidades reales que debía de percibir.

Además, tuvo efectos directos sobre la calidad del suministro y paralizó la expansión de cobertura que venía creciendo desde años atrás. La crisis energética se agravó otra vez, derivado que el INDE no podía ofrecer sus servicios ampliamente ya que ya no contaba con los ingresos reales por el aporte que estaba subsidiando. Debido a esto, tuvo que ofrecer su energía al mismo precio que las entidades privadas (a un precio más alto), para paliar la crisis financiera que se le estaba generando.

A principios de los noventa, el INDE presentó problemas para invertir en ampliación a su capacidad, además de los problemas técnicos y de calidad que ya se vivían desde años atrás. El sector eléctrico mantiene políticas deficientes, tomando en cuenta las pérdidas de energía que existían derivado de las recargas en los sistemas de distribución. Asimismo, no existía diversidad en la generación, ya que se dependía mucho de la generación a base de petróleo y por otro lado había una insuficiencia de generación por parte de ciertas hidroeléctricas ya que afrontaban amenazas de las circunstancias climáticas y sequías de las regiones.

Derivado de lo anterior, el Gobierno de ese entonces, encabezado por Jorge Antonio Serrano Elías planteó la necesidad de reformar el sector, implementando como base fundamental la desmonopolización del subsector eléctrico, buscando con esto ampliar la cobertura y la oferta del servicio de electricidad.⁶³

El año 1996, es el año más representativo del subsector eléctrico en Guatemala, ya que previo a ese año el INDE y EEGSA ejercían un control sobre la totalidad del sector eléctrico del país y es en ese mismo año que se promulgó la Ley General de Electricidad, Decreto No. 93-96 del Congreso de la República, la cual crea la Comisión Nacional de Energía Eléctrica –CNEE-, como órgano técnico del Ministerio de Energía y Minas, teniendo como función principal velar por el cumplimiento de la ley referida, así como todos los reglamentos en el ámbito de su competencia, velar por el cumplimiento de las obligaciones de los adjudicatarios, proteger los derechos de los usuarios y

⁶³ Henry Ayau, Leslie Jennifer, Principios de la Ley General de Electricidad y su Reglamento, Guatemala, 2011, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar, página 8.

prevenir conductas que atenten contra la libre competencia así como las prácticas discriminatorias, entre otras.

El modelo de integración vertical del que se habló en un principio se derogó y Guatemala optó por la implementación de un modelo de integración horizontal, por lo que se da una separación de las cuatro actividades eléctricas (generación, transporte, distribución y comercialización), y se establece que una sola empresa ya no puede ejercer simultáneamente las actividades de generar y transportar y/o distribuir energía eléctrica.⁶⁴

El contenido de la Ley General de Electricidad promovió un mercado libre y competitivo en el país por la participación de inversionistas, con el propósito de elevar la cobertura y la obtención precios más favorables. La nueva organización del subsector de la energía eléctrica provocó varias críticas, una de ellas relacionada con la privatización del sector eléctrico, crítica que se enfocó en aducir que sería más prudente mantener la energía eléctrica en manos de la administración del Estado, por ser ésta un servicio elemental para la sociedad.

Con relación a dicha crítica, es importante recalcar que el sector eléctrico ya contaba con capital privado, por lo que no se privatizó, simplemente como ya se mencionó, se creó una separación de funciones, y efectivamente empezó a existir más inversión privada de la que ya existía.

En 1998 se empezaron a aplicar tarifas de energía eléctrica de conformidad con una estructura técnica, por parte de las Distribuidoras a los usuarios regulados. “Las tarifas son variables, de acuerdo a reglas que introducen certeza; se ajustan en términos reales y esencialmente por efecto del deslizamiento del tipo de cambio y el incremento del precio del petróleo.”⁶⁵ Con el tiempo, Guatemala se vio obligada a hacer un alto por los precios tan elevados del petróleo, ya que eran precios jamás antes vistos, por lo que se visualizó que la factura eléctrica iba a seguir en aumento, derivado que en ese

⁶⁴ Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 93-96, Ley General de Electricidad, artículo 7.

⁶⁵ CNEE, Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Informe de Gestión 1997-2002, Guatemala, 2002, Disponible en: <http://www.cnee.gob.gt/xhtml/memo/informe-labores97-2002.pdf>, Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2015.

entonces la matriz eléctrica en Guatemala estaba conformada por un 65% de plantas de petróleo.

En el Gobierno de Oscar Berger, se crea una política energética que tiene como objetivo principal cambiar y diversificar la matriz eléctrica, por la necesidad de pasar de generar con búnker a generar con fuentes renovable, por la crisis del petróleo que se estaba viviendo en el país, ya que la visión de dicha política era obtener energía eléctrica más barata.

La diversificación de la matriz energética, se refiere a la generación, en el sentido que la energía eléctrica no se produzca a base de una sola materia y tener diversidad de generadoras que trabajen a base de diferentes recursos, buscando también fuentes alternativas que favorezcan al medio ambiente y a la tarifa del usuario final, tales como las fuentes renovables. En el caso de Guatemala, se empezó por buscar reemplazar un porcentaje de generación a base de búnker, por plantas hidroeléctricas.⁶⁶

Este objetivo de cambiar y diversificar la matriz energética ha sido fundamental desde ese entonces, es una política que mantuvieron los dos gobiernos siguientes al de Oscar Berger y se ha manteniendo hasta el día de hoy, que al estar dotada de continuidad ha provocado su eficacia, ya que en un sector eléctrico en donde las inversiones se recuperan de 15 a 20 años, las decisiones y las políticas no pueden cambiarse de un año para otro, no funcionaría por su interrupción.

Para el año 2015, según el Informe del Monitoreo del Mercado⁶⁷, un 65% de la energía eléctrica es producida en el país por fuentes renovables; un 31% por plantas hidroeléctricas, 32% por biomasa (bagazo), 2% por geotermia, y 2% por energía solar y Biogas, lo que se ha hecho que se reduzca a un 25% por carbón y un 9% por búnker (Este es un promedio anual, ya que varía diariamente).

La razón por la cual ha sido importante diversificar la matriz energética es por el hecho que no es conveniente tener asignado el 100% de la matriz energética solo a plantas renovables, ya que éstas dependen de factores externos que van a determinar la

⁶⁶ CNEE, Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Monitoreo del Mercado, Guatemala, 2008, Disponible en: <http://www.cnee.gob.gt/pet/Docs/PET%20esp.pdf>, Fecha de consulta: 1 de noviembre de 2015.

⁶⁷ *loc.cit.*

cantidad de energía que se va a producir, por ejemplo, en el caso de las hidroeléctricas, en época seca no va a producir lo mismo que en época lluviosa, o las generadoras a base de bagazo que solo van a producir en época de zafra, por lo que es necesario tener energía alternativa para seguir produciendo.

Es por lo anterior, que en los últimos dos años Guatemala ha llevado la vanguardia a nivel Mesoamérica, en cuanto a los precios más competitivos, ya que cuenta con las tarifas más bajas, además que es considerado uno de los sectores eléctricos más desarrollados, lo cual ha causado que exista un exceso de generación de electricidad en el país, y lo ha llevado a exportar su energía a México y Centroamérica, países con los cuales está interconectado.

Con base en el Índice de Cobertura Eléctrica⁶⁸ realizado por el Ministerio de Energía y Minas, Guatemala tiene el índice de electrificación con mayor crecimiento en América Latina, variando desde aproximadamente un 50% antes del año 1996, localizándose en el 2013 en un 89.58%.

La importancia de realizar este breve análisis sobre la historia del subsector eléctrico en Guatemala para la presente investigación, radica en poder notar los cambios que ha sufrido el mismo desde sus inicios hasta la actualidad y ver la importancia y la necesidad de su evolución para su eficaz funcionamiento atendiendo a las necesidades que exige la coyuntura actual.

La exigencia de eficiencia y calidad del servicio y la aplicación de sistemas de costos de producción y precios aplicados han sido elementos fundamentales para la transición del subsector eléctrico, la creación de un ente regulador y la integración horizontal del subsector, así como la creación de nuevas instituciones como el mercado a término, han servido y han sido el pilar de las licitaciones abiertas para la compra de potencia y energía.

⁶⁸ MEM, Ministerio de Energía y Minas, Índice de Cobertura Eléctrica, Guatemala, 2013, Disponible en: <http://www.mem.gob.gt/wp-content/uploads/2015/05/Cobertura-El%C3%A9ctrica-2013.pdf>, Fecha de consulta: 6 de diciembre de 2015.

2.2.2. Principios del Subsector Eléctrico.

El sub-sector eléctrico de Guatemala está regulado por la Ley General de Electricidad, Decreto No. 93-96 del Congreso de la República, su Reglamento y las Normas Técnicas emitidas por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, y éste responde a un modelo de mercado horizontal, competitivo, claro, abierto y estable. Y se fundamenta bajo ciertos principios, de los cuales algunos se verán a continuación, que son los que se relacionan directamente con los contratos PPA que se originan de las licitaciones abiertas de compra de energía y potencia.

2.2.2.a. Desmonopolización del Sector Eléctrico.

De conformidad con Case, Karl E. Y Fair, Ray C., citado por la Licenciada Leslie Henry, el “Monopolio es el control que ejerce una sola empresa sobre una industria o actividad; esta empresa impide el acceso a nuevas empresas, además de mantener el control sobre el precio de un producto y limitando la competencia dentro del mercado de nuevas entidades que comercien con el mismo producto o por el mismo servicio.”⁶⁹

En ese sentido, Ramón Fuentes Pascual y Carmen Martínez Mora exponen que “El monopolio es una estructura de mercado en la cual existe un único productor, no existen bienes sustitutivos para el bien que éste produce y hay barreras a la entrada (...) desde el punto de vista de las rentas o el ingreso, es el extremo opuesto de la competencia perfecta. La empresa en competencia perfecta se enfrenta a ‘tantos rivales’ en el mercado que la competencia se vuelve impersonal, y la rivalidad, o la ‘competencia’, en el sentido popular, no existe...”⁷⁰

Por lo anterior, se puede concluir que el monopolio es una figura económica que se basa en el control de una industria o actividad comercial por un único productor, que absorbe a aquellas empresas dedicadas a la misma actividad o hace imposible el ingreso de otras, construyendo barreras a la entrada de éstas. Este tipo de mercado

⁶⁹ Henry Ayau, Leslie Jennifer, *óp. cit.*, página 27.

⁷⁰ Fuentes Pascual, Ramón y Carmen Martínez Mora, *Introducción a la economía*, España, Editorial Club Universitario, 2001, segunda edición, página 183.

tiende a forzar a los usuarios o compradores a consumir o contratar el bien o servicio que éste ofrece, por ser el único que lo brinda.

Dentro de la figura del monopolio, se encuentra la del “Monopolio Natural”. De conformidad con Fiero y Vargas⁷¹ “Un monopolio natural ocurre cuando las economías de escala son de tal magnitud que una única empresa es capaz de satisfacer toda la demanda de forma más eficiente que un grupo de empresas en competencia. Los monopolios naturales nacen en industrias con altos costos de capital relativo a los costos variables y al tamaño del mercado, generando grandes barreras de entrada, dicho de otra manera, una firma es un monopolio natural cuando los costos de capital son tan altos que deja de ser viable económicamente para una segunda firma ingresar al mercado y competir.”.⁷²

En este tipo de monopolio, la industria contiene una economía de una escala elevada en la producción de bienes o prestación de servicios, por lo que se muestra más eficiente dejar que se desarrolle esta figura a que varias empresas compitan entre sí, ya que en una economía de escala prominente, los precios medios tienen a descender progresivamente conforme aumente la producción.

En el caso de la transmisión y distribución de la energía eléctrica, que contienen una economía de escala elevada, es más eficiente tener una línea en operación, que dos o más líneas con menos capacidad, es por esto que al hablar de costos, se puede determinar que es más eficiente contar con una sola empresa que construya y opere en un área determinada, a que dos o más empresas operen paralelamente en dicha área, cuando una sola se da abasto.

Aunado a lo anterior, es valioso mencionar lo que la Carta Magna, establece en su artículo 130, sobre la prohibición de monopolios, en el sentido que ésta obliga al Estado a limitar el funcionamiento de todas aquellas entidades que tiendan a absorber la

⁷¹ PUC-CL, Fiero G. Adolfo, Gabriela Vargas M., Pontificia Universidad Católica de Chile, Licitaciones en transmisión troncal ¿eficiencia económica?, Chile, Disponible en: <http://web.ing.puc.cl/power/alumno06/LicitaTroncal/mono.html>, Fecha de consulta: 5 de diciembre de 2015.

⁷² *loc.cit.*

producción o actividad comercial de otras empresas, restringiendo la libertad del mercado, perjudicando así la economía del país y a los consumidores en general.

El texto constitucional es claro, en cuanto a la facultad que le otorga al Estado para restringir el poder de las empresas para conservar el control de un producto o servicio en perjuicio de los compradores o usuarios, debido al contexto que se había vivido desde los inicios del subsector eléctrico, que tendió siempre a ser un mercado monopolístico. La inclusión de este principio rompió el círculo que había perdurado, lo que había provocado era una ineficiencia en el suministro prestado.

Es evidente, que el limitar el ejercicio de este tipo de figuras por parte de una empresa, no es con la intención de castigar su éxito, más bien es con el objetivo de incentivar a otras empresas a participar dentro del sector eléctrico que consecuentemente traería un beneficio al mercado competitivo que tanto se busca. Por otro lado, también con la intención de que dichas empresas monopolísticas no adquieran un poder en el mercado y tengan la capacidad de subir los precios perjudicando así a los usuarios finales de dicho servicio.

En concordancia con lo ya expuesto, es importante tomar en cuenta el espíritu de la Ley General de Electricidad, reflejado en uno de los considerandos de la misma, la cual establece que: “es urgente descentralizar y desmonopolizar los sistemas de transmisión y distribución de energía eléctrica para agilizar el crecimiento de la oferta y satisfacer las necesidades sociales y productivas de los habitantes de la República...”.⁷³

La aplicación de este principio, se ve reflejada en algunos preceptos de la Ley General de Electricidad, tales como: a. La separación de las actividades eléctricas; en el sentido que una misma persona individual o jurídica solo puede ejercer una de las actividades de generar, transportar o distribuir; b. La definición de tarifas de transmisión y distribución por parte de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, sujetas a la regulación de acuerdo a la Ley General de Electricidad, evitando el control de las empresas de los precios, causando la transparencia de la tarifa fiscalizadas por un ente

⁷³ Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 93-96, Ley General de Electricidad, 3er. Considerando.

especializado; c. La obligación de prestar el servicio de energía eléctrica en zonas determinadas, sin otorgar la exclusividad dentro de dichas áreas.

2.2.2.b. Libertad para la Generación, Transmisión, Distribución y Comercialización de Electricidad.

Con relación a la libertad para realizar las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de electricidad, la Ley General de Electricidad estipula en su artículo 1 que: "...a) Es libre la generación de electricidad y no se requiera para ello autorización o condición previa por parte del Estado, más que las reconocidas por la Constitución Política de la República de Guatemala y las leyes del país; b) Es libre el transporte de electricidad, cuando para ello no sea necesario utilizar bienes de dominio público; también es libre el servicio de distribución privada de electricidad..."⁷⁴. De conformidad con Henry⁷⁵, este principio alude a la libertad que tiene toda persona para desarrollar las actividades de producción, transmisión y distribución de energía eléctrica, sin más limitación que la ya establecida legalmente.

De acuerdo a lo anterior, se puede establecer que para realizar las actividades de generación y transmisión de energía eléctrica en Guatemala, no se necesita autorización por parte del Estado, además de las ya estipuladas por el ordenamiento jurídico guatemalteco, como en los casos que se requiera de la utilización de bienes de dominio público y se requiera la imposición de servidumbres, o las relacionadas con el medio ambiente y con la protección a las personas y a sus derechos y bienes.⁷⁶

En cuanto a las actividades de comercialización de bloques de potencia y energía, y distribución de electricidad, así como la constitución como gran usuario, interpretando íntegramente la Ley General de Electricidad, carecen de restricciones para su realización ya que basta con el cumplimiento de los requisitos de ley y con las obligaciones derivadas de la participación como parte del subsector para hacerlo.

⁷⁴ Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 93-96, Ley General de Electricidad, artículo 1.

⁷⁵ Henry Ayuay, *óp. cit.*, página 55-58.

⁷⁶ Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 93-96, Ley General de Electricidad, artículo 8.

La libre participación de actores plasmada en la Ley General de Electricidad, reconoce que no deben de existir limitantes para el acceso al sistema a nuevos participantes dedicados a la generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica. Este principio está ligado a la privatización del subsector eléctrico, ya que la política económica dirigida a este tipo de actividades está enfocada a la promoción de inversión privada y a la reducción de la participación del Estado, con el objetivo que este último se oriente a cumplir las funciones esenciales que le competen para con la población.

Es evidente que el deseo del legislador era plasmar este principio en Ley General de Electricidad, por considerar importante que el sistema eléctrico no debía tener limitaciones para su acceso. Es por esto, que la incorporación de este principio dentro de la referida Ley, ha promovido la participación de la iniciativa privada dentro del sector eléctrico, ya que se enfoca en retirar cualquier limitación innecesaria que llegare a afectar la libre competencia dentro del sector.

2.2.2.c. Libertad Contractual.

De conformidad con Henry⁷⁷, este principio se refiere a la facultad otorgada a cada agente del Mercado Mayorista para contratar libremente la potencia y energía que desee o celebrando acuerdos en forma directa sin necesidad que el Estado intermedie o autorice, con la exclusiva excepción de los contratos celebrados por las entidades distribuidoras y generadoras, cuando emanen de un proceso de licitación abierta. Dichos contratos son llamados PPA's (Contratos de adquisición de potencia y energía o *Power Purchase Agreements*, por sus siglas en inglés), los cuales serán desarrollados más adelante.

La finalidad de este principio es que cada participante pueda contratar al precio que más le convenga y bajo las condiciones que mejor se acomoden y adapten a sus necesidades. Esta facultad abarca a los usuarios no regulados, en el sentido que pueden elegir libremente la distribuidora que les proveerá energía y celebrar contrato de suministro con ella.

⁷⁷ Henry Ayuay, Lesly Jennifer, *óp. cit.*, página 54-55.

2.2.2.d. Regulación de Tarifas.

Tomando en cuenta que las actividades de distribución y transmisión forman parte de un monopolio natural en el país, es necesario que se regulen elementos como el precio (tarifa) por la prestación del servicio, y los peajes (monto por la transmisión de la energía), para que estos no dependan de decisiones arbitrarias de los agentes distribuidores en perjuicio de los usuarios finales. En ese sentido, la Ley General de Electricidad es clara al establecer que: “...Son libres los precios por la prestación del servicio de electricidad, con la excepción de los servicios de transporte y distribución sujetos a autorización...”⁷⁸

2.2.2.e. Protección al Usuario.

De conformidad con Lesly Henry⁷⁹, este principio se refiere a la defensa de los derechos del usuario aplicando y respetando las figuras técnicas y económicas implementadas en el mercado eléctrico, básicamente las relativas a los cálculos de costos que conforman la tarifa de distribución y el peaje, y las relacionadas con los parámetros de la calidad del servicio establecidos en ley. Por lo que la defensa de los derechos del usuario ejercida por la Estado a través de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica va a estar siempre ligada a consideraciones técnicas, en cuanto al servicio que los usuarios reciben, y a todos los derechos y garantías otorgadas por la Constitución y por la Ley General de Electricidad y su Reglamento.

Al respecto, el artículo 119 literal l) de la Constitución Política de la República de Guatemala preceptúa que “La defensa de consumidores y usuarios en cuanto a la preservación de la calidad de los productos de consumo interno y de exportación para garantizarles su salud, seguridad y legítimos intereses económicos”.⁸⁰

Es por ello, que la Ley General de Electricidad ordena a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica a “...Velar por el cumplimiento de las obligaciones de los adjudicatarios y concesionarios, proteger los derechos de los usuarios y prevenir

⁷⁸ Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 93-96, Ley General de Electricidad, artículo 1.

⁷⁹ Henry Ayuay, Lesly Jennifer, *óp. cit.*, página 79-80.

⁸⁰ Asamblea Nacional Constituyente de 1985, Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 119.

conductas atentatorias contra la libre competencia, así como prácticas abusivas o discriminatorias.”. Considerando también, lo que establece la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, la cual señala que la legislación vigente regula un sistema económico ineficaz e inoperante en muchos casos, opuesto al interés del usuario, y contrario a las características de una economía abierta, por lo que es importante poner a este último en un nivel de igualdad en relación a los proveedores de servicios.⁸¹

2.2.3. Instituciones Encargadas del Subsector Eléctrico.

2.2.3.a. Ministerio de Energía y Minas.

El Ministerio de Energía y Minas es uno de los catorce ministerios constituidos en la República de Guatemala, es el encargado del sector energético y del sector minero, y es quien fomenta el correcto aprovechamiento de los recursos naturales, propiciando y ejecutando acciones que permitan la inversión destinada al aprovechamiento integral de los mismos y el desarrollo sostenible del país, protegiendo además el derecho de los usuarios, evitando las prácticas abusivas o discriminatorias.⁸²

Asimismo, este Ministerio “...es el órgano del Estado responsable de formular y coordinar las políticas, planes de Estado, programas indicativos relativos al subsector eléctrico y aplicar la Ley General de electricidad y su reglamento para dar cumplimiento a sus obligaciones.”⁸³

Tal como lo establece su Reglamento Interno, el Ministerio de Energía y Minas está integrado por cuatro direcciones, la Dirección General Administrativa, la Dirección General de Hidrocarburos, la Dirección General de Minería, y la Dirección General de Energía. Sobre ésta última, el reglamento mencionado estipula que es responsabilidad de dicha dependencia, el estudio, fomento, control, supervisión, vigilancia técnica y

⁸¹ Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 6-2003, Ley de Protección al Usuario, 4to. Considerando.

⁸² Mem-gob, Ministerio de Energía y Minas, Visión y Misión, Guatemala, Disponible en: <http://www.mem.gob.gt/quienes-somos/vision-y-mision/>, Fecha de Consulta: 11 de agosto de 2015.

⁸³ Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 93-96, Ley General de Electricidad, artículo 3.

fiscalización del uso técnico de la energía.⁸⁴ Asimismo, en el tema de energía eléctrica, este Ministerio es el facultado para autorizar la utilización de bienes de dominio público, de acuerdo a lo establecido en la Ley General de Electricidad y su Reglamento.

Además de las atribuciones mencionadas, es importante tomar en cuenta que en los casos de necesidad, para garantizar la seguridad del suministro de electricidad, el referido Ministerio puede declarar en situación de emergencia al Sistema Nacional Interconectado y decretar las medidas que sean pertinentes.⁸⁵

2.2.3.b. Comisión Nacional de Energía Eléctrica.

La Comisión Nacional de Energía Eléctrica –CNEE-, se creó en el año 1996, a través de la Ley General de Electricidad, Decreto No. 93-96 del Congreso de la República de Guatemala, misma que fue publicada en el Diario Oficial, el 15 de noviembre de 1996.

La CNEE se integra por tres miembros, los cuales los nombra el Ejecutivo, seleccionando uno de cada una de las tres ternas propuestas por; los rectores de las universidades del país, el Ministerio de Energía y Minas, y por los Agentes del Mercado Mayorista. Estos tres miembros son electos por cinco años, uno de ellos es nombrado como Presidente y es éste el que tiene la representación legal de la Comisión frente a los asuntos de su competencia.⁸⁶

El Congreso de la República de Guatemala al emitir el Decreto No. 93-96, la Ley General de Electricidad, lo hizo en concordancia con lo establecido por la Constitución Política de la República de Guatemala, principalmente en sus artículos 129 y 130, los cuales señalan que: "... Se declara de urgencia nacional, la electrificación del país, con base en planes formulados por el Estado y las municipalidades, en la cual podrá participar la iniciativa privada".⁸⁷ La Carta Magna, es muy clara al estipular que es de urgencia nacional la electrificación, es notorio que la Asamblea Nacional Constituyente

⁸⁴ Presidente de la República, Acuerdo Gubernativo No. 382-2006, Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Energía y Minas, artículo 15.

⁸⁵ Presidente de la República, Acuerdo Gubernativo No. 299-98, Reglamento del Administrador del Mercado Mayorista, artículo 17.

⁸⁶ Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 93-96, Ley General de Electricidad, artículo 5.

⁸⁷ Asamblea Nacional Constituyente de 1985, *óp. cit.*, artículos 129-130.

de 1985 lo consideró como un aspecto necesario para el desarrollo y la integridad del ser humano. Además, la propia constitución obliga al Estado y a las municipalidades, a la creación de planes que lleven a cabo la electrificación del país, dado que es el Estado quien debe garantizar el desarrollo integral de la persona.

En cuanto a las funciones y atribuciones de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, es significativo mencionar lo que establecen los artículos 4 y 5 de la Ley General de Electricidad, en el sentido que dicha institución se crea como un órgano técnico del Ministerio de Energía y Minas, cuenta con presupuesto propio y fondos privativos, y que además tiene independencia funcional para el cumplimiento de sus obligaciones, entre las cuales están: "...a) Cumplir y hacer cumplir la presente ley y sus reglamentos, en materia de su competencia, e imponer las sanciones a los infractores; b) Velar por el cumplimiento de las obligaciones de los adjudicatarios y concesionarios, proteger los derechos de los usuarios y prevenir conductas atentatorias contra la libre competencia, así como prácticas abusivas o discriminatorias; c) Definir las tarifas de transmisión y distribución, sujetas a regulación de acuerdo a la presente ley, así como la metodología para el cálculo de las mismas; d) Dirimir las controversias que surjan entre los agentes del subsector eléctrico, actuando como árbitro entre las partes cuando éstas no hayan llegado a un acuerdo; e) Emitir las normas técnicas relativas al subsector eléctrico y fiscalizar su cumplimiento en congruencia con prácticas internacionales aceptadas, f) Emitir las disposiciones y normativas para garantizar el libre acceso y uso de las líneas de transmisión y redes de distribución, de acuerdo a lo dispuesto en esta ley y su reglamento."⁸⁸

Sobre la literal b) mencionada, es oportuno señalar que se desarrollará más adelante, derivado del importante papel que juega la CNEE dentro de las Licitaciones para la Compra de Potencia y Energía, la necesidad de que exista un ente regulador que este revestido de facultades para poder velar por el cumplimiento de las obligaciones de los adjudicatarios y concesionarios y al mismo tiempo para la protección de los derechos de los usuarios.

⁸⁸ Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 93-96, Ley General de Electricidad, artículo 4.

El objeto por el que se creó la Comisión Nacional de Energía Eléctrica siempre fue que fungiera como un ente regulador del sector eléctrico, que además de las atribuciones mencionadas, es importante hacer énfasis en su papel de supervisor y fiscalizador del cumplimiento de la ley y de los regímenes estipulados en las concesiones de transmisión y distribución.

Esta Comisión además, es la encargada de promover las ampliaciones a la capacidad de transporte y generación de energía eléctrica, así como la promoción de eficiencia energética y la utilización de energías renovables.⁸⁹ Por lo mismo, es creadora de los Planes de Expansión a la Generación, la elaboración de los términos de referencia y la aprobación de las bases de licitación para la compra de potencia y energía por parte de las distribuidoras.

2.2.3.c. Administrador del Mercado Mayorista.

El Administrador del Mercado Mayorista –AMM-, al igual que la CNEE, fue creado en el año 1996, a través de la Ley General de Electricidad. El Administrador del Mercado Mayorista es un ente privado sin fines de lucro, encargado de la administración y coordinación del Mercado Mayorista. Su objetivo principal es el de “asegurar el correcto funcionamiento del Sistema Nacional Interconectado y de las interconexiones.”⁹⁰. Entre sus funciones principales están las siguientes:

- a. Coordinar la operación de centrales generadoras, interconexiones a nivel internacional y líneas de transporte al mínimo costo, para todas las operaciones del mercado mayorista, en un marco de libre contratación de electricidad entre todos agentes del mercado mayorista;
- b. Establecer precios de mercado de corto plazo para las transferencias de potencia y energía, cuando ellas no correspondan a contratos de largo plazo libremente pactados.

⁸⁹ CNEE, Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Gerencia de Proyectos, Guatemala, Disponible en: http://www.cnee.gob.gt/wp/?page_id=1168, Fecha de consulta: 15 de agosto de 2015.

⁹⁰ Presidente de la República, Acuerdo Gubernativo No. 299-98, Reglamento del Administrador del Mercado Mayorista, artículo 14.

- c. Garantizar la seguridad y abastecimiento de electricidad.⁹¹

Además, de conformidad por la Ley General de Electricidad, tiene las siguientes funciones:

- a. "...Garantizar la seguridad del Sistema Nacional Interconectado (SNI) de energía eléctrica y el suministro, así como minimizar los costos mayoristas en el Mercado de Oportunidad.
- b. Prever y programar eficientemente el funcionamiento del Mercado Mayorista y del SNI.
- c. Realizar la valorización de las transacciones, pagos y cobros a los Agentes de manera transparente.
- d. Operar en el Sistema Nacional Interconectado y administrar el Mercado Mayorista con objetividad y máxima transparencia dentro de las reglamentaciones del Mercado Mayorista.
- e. Velar por la obtención de la máxima eficiencia en el uso de los recursos.”⁹²

Asimismo, el Reglamento del Administrador del Mercado Mayorista le atribuye al AMM como función: "...la coordinación de la operación del Sistema Nacional Interconectado, dentro de los requerimientos de calidad de servicio y seguridad, el posdespacho y la administración de las transacciones comerciales del Mercado Mayorista.”⁹³. Asimismo, de conformidad con el artículo 16 del Reglamento del Administrador del Mercado Mayorista, éste es el encargado de coordinar juntamente con los organismos homólogos de cada país, las operaciones y transacciones relativas a la importación y exportación de electricidad.

El Administrador del Mercado Mayorista tiene su domicilio y sede principal en la Ciudad de Guatemala, y está integrado por un órgano de dirección superior, que es la Junta Directiva y por la Gerencia General que es la que ejecuta las decisiones de dicha Junta.

⁹¹ Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 93-96, Ley General de Electricidad, artículo 44.

⁹² AMM, Administrador del Mercado Mayorista, Historia, Guatemala, Disponible en: http://www.amm.org.gt/portal/?page_id=17#, Fecha de consulta: 19 de agosto de 2015.

⁹³ Presidente de la República, Acuerdo Gubernativo No. 299-98, Reglamento del Administrador del Mercado Mayorista, artículo 15.

Cuenta con su propio Reglamento (Reglamento del Administrador del Mercado Mayorista), el cual incluye todas las regulaciones en relación a la metodología de funcionamiento, como a la organización del Administrador del Mercado Mayorista, funciones, obligaciones y mecanismos de funcionamiento.⁹⁴

La Junta Directiva se conforma con diez miembros, dos de cada una de las siguientes agrupaciones: a. Generadores; b. Distribuidores; c. Transportistas; d. Comercializadores; y e. Grandes Usuarios; cada uno propuesto por los Agentes y Grandes Usuarios de forma escrita quienes ejercen sus cargos por un período de dos años.⁹⁵

2.2.3.1. Agentes del Mercado Mayorista:

Los Agentes del Mercado Mayorista están divididos de la siguiente manera: generadores, transportistas, distribuidores, comercializadores, importadores, exportadores, cuyo tamaño supere el límite estipulado por la ley.

a. Generadores:

De acuerdo al artículo 6 de la Ley General de Electricidad, el generador es toda persona individual o jurídica, dueña o poseedora de una planta de generación de energía eléctrica, la cual opera y comercializa su producción, ya sea total o parcialmente.

La actividad de generación en Guatemala es desarrollada por empresas privadas y por el Estado a través de la Empresa de Generación de Energía Eléctrica del INDE –EGEE- propiedad del Instituto Nacional de Electrificación -INDE-. Sobre este tipo de participantes cabe mencionar que no son regulados por la ley, en virtud que cada generador puede vender su energía al precio que más le convenga.

De conformidad con el artículo 39, literal “a” del Reglamento de la Ley General de Electricidad, para poder ser Agente del Mercado Mayorista se debe tener una potencia instalada mayor de cinco megavatios (5 MW). En Guatemala, esta actividad ha crecido considerablemente, mediante los Planes de Expansión a la Generación que la Comisión

⁹⁴ Presidente de la República de Guatemala, Acuerdo Gubernativo número 256-97, Reglamento de la Ley General de Electricidad, artículo 38.

⁹⁵ Presidente de la República, Acuerdo Gubernativo No. 299-98, Reglamento del Administrador del Mercado Mayorista, artículo 21.

Nacional de Energía Eléctrica ha venido realizando desde el año 2010, y a la Norma Técnica de Generación Distribuidora Renovable -NTGDR- que ha facilitado que los generadores distribuidos renovables (con una potencia instalada menor de 5MW), entren a participar en el Mercado Mayorista, en beneficio del medio ambiente y de la tarifa. Sobre estos últimos, cabe mencionar que a pesar de no ser Agentes del Mercado Mayorista, pueden participar de acuerdo a lo que establece la NTGDR.

ii. Transportistas:

Según el artículo 6 de la Ley General de Electricidad, los transportistas son los propietarios o poseedores de los sistemas de transporte, mediante los cuales se transmite la energía eléctrica desde donde es creada hasta los sistemas de distribución. Esta actividad por considerarse un monopolio natural, está sujeta a regulación de precios al igual que la actividad de distribución. Sobre ésta, es importante mencionar que también ha existido un enorme crecimiento, actualmente se cuentan con siete transportistas de capital privado, que han hecho posible que la energía eléctrica llegue a varios lugares que solo con la red de distribución del INDE (Empresa de Transporte y Control de Energía Eléctrica del INDE –ETCEE-) hubiese sido imposible. Para ser Agente del Mercado Mayorista, realizando la función de transportista se debe tener una capacidad de transporte mínima de diez megavatios (10 MW).⁹⁶

iii. Distribuidores:

De conformidad con el artículo 6 de la Ley General de Electricidad, el distribuidor es toda aquella persona, individual o jurídica, titular o poseedora de instalaciones destinadas a distribuir, suministrar y comercializar la energía eléctrica a usuarios finales. Al estar a cargo de este tipo de actividad se está sujeto a una regulación de precios, ya que se considera un monopolio natural.

Actualmente, la actividad de distribución en el país está a cargo de 3 distribuidoras principales; Empresa Eléctrica de Guatemala Sociedad Anónima, Distribuidora de Electricidad de Occidente, Sociedad Anónima, Distribuidora de Electricidad de Oriente,

⁹⁶ Presidente de la República de Guatemala, Acuerdo Gubernativo número 256-97, Reglamento de la Ley General de Electricidad, artículo 39.

Sociedad Anónima, y 13 Empresas Eléctricas Municipales que operan en el interior del país.

De acuerdo al artículo 38 del Reglamento de la Ley General de Electricidad, para ser distribuidora se debe de tener un mínimo de quince mil (15,000) usuarios. Asimismo, cabe mencionar que el mismo reglamento obliga a las distribuidoras a brindar el servicio y a conectar sus redes a todos los usuarios que lo requieran, siempre y cuando estén ubicados dentro de una franja de 200 metros alrededor de sus instalaciones.⁹⁷

iv. Comercializadores:

Los comercializadores, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6 de la Ley General de Electricidad, son aquellas personas jurídicas o entidades cuya actividad es la compra y venta de bloques de electricidad, sin ejercer ninguna actividad como generar, transportar, distribuir o incluso consumir, ya que su actividad es con carácter de intermediación, sin participación en el Mercado Mayorista. Los bloques de energía a comercializar deben de estar asociados a una oferta firme eficiente o demanda firme, y deben ser de por lo menos dos megavatios (2MW).

v. Grandes Usuarios:

Con base en el artículo 1 del Reglamento de la Ley General de Electricidad, son todos aquellos usuarios cuya demanda de potencia sobrepasa el estipulado por la ley (100 MW), por lo que pueden contratar libremente en el Mercado Mayorista, mediante contratos con un generador o por medio de un comercializador.

2.2.4. Demanda Firme.

El Acuerdo Gubernativo Número 299-98, “Reglamento del Administrador del Mercado Mayorista”, establece sobre la demanda firme, lo siguiente: “Es la demanda de potencia calculada por el Administrador del Mercado Mayorista, que debe ser contratada por cada Distribuidor o Gran Usuario, en el Año Estacional correspondiente. La demanda

⁹⁷ Presidente de la República de Guatemala, Acuerdo Gubernativo número 256-97, Reglamento de la Ley General de Electricidad, artículo 65.

firme del sistema Nacional Interconectado, es la suma de las demandas firmes de todos los Distribuidores y Grandes Usuarios.”⁹⁸

La demanda firme es una obligación de los distribuidores, grandes usuarios y exportadores, de contratar potencia (calificada como oferta firme eficiente), con el propósito que exista suficiente potencia en el sistema y se respalde a cada agente dentro del mismo, es un mecanismo para que exista el mercado a término, el cual funciona a base de contratos, y viene a beneficiar la tarifa, ya que si no existieran contratos a término, se debiera comprar en el Mercado Spot, que es el precio diario, y comúnmente es más alto.

El artículo 53 de la Ley General de Electricidad preceptúa que: “Los adjudicatarios de servicio de distribución final están obligados a tener contratos vigentes con empresas generadoras que les garanticen su requerimiento total de potencia y energía para el año en curso y el siguiente año calendario, como mínimo”⁹⁹. Asimismo, el numeral 13.1 de la Norma de Coordinación Comercial Número 13 –Mercado a Término-, establece que “...Los Participantes Consumidores (Distribuidores, Comercializadores o Grandes Usuarios) deberán contar con contrato de potencia, que les permita cubrir sus requerimientos de demanda firme.”¹⁰⁰

En ese sentido, es necesario que para el funcionamiento eficiente de un mercado de electricidad los participantes consumidores mantengan cubierta su demanda firme, mediante contratos de potencia (PPA), ya que de no ser así, el sistema podría correr el riesgo de encontrarse con una oferta insuficiente para cubrir la demanda total del sistema. De esto deviene que, en la legislación vigente, se estableció, en el artículo 6 literal h) y 72 del Reglamento del Administrador del Mercado Mayorista, la obligatoriedad para todo distribuidor de contar con contratos de potencia que respalden su demanda firme. No obstante, el mismo artículo 72 mencionado, deja la posibilidad de que el Participante Consumidor que temporalmente y por autorización de la Comisión

⁹⁸ Presidente de la República, Acuerdo Gubernativo No. 299-98, Reglamento del Administrador del Mercado Mayorista, artículo 1.

⁹⁹ Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 93-96, Ley General de Electricidad, artículo 53.

¹⁰⁰ El Administrador del Mercado Mayorista, Resolución 157-10, Norma de Coordinación Comercial No.13, numeral 13.1.

Nacional de Energía Eléctrica no tenga cubierta su demanda firme con contratos de potencia, compre el faltante mediante transacciones de desvíos de potencia. Asimismo, la cláusula referida preceptúa que como es una obligación de los agentes consumidores estar abastecidos mediante contratos la potencia que proyectan utilizar para el año estacional siguiente, la falta de cubrimiento de demanda firme es considerado una falta grave y conlleva la imposición de una sanción por parte de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica.

De conformidad con el artículo 72 del Reglamento del Administrador del Mercado Mayorista y con la Norma de Coordinación Comercial No. 2 del Administrador del Mercado Mayorista, para el cálculo de la demanda firme de cada agente obligado, el AMM realiza una proyección de cuánto va a consumir como máximo cada agente en el año estacional, y determina cuando va a ser la demanda máxima proyectada, en qué mes, y de cuánto. De lo que proyecta le agrega un crecimiento (inexactitud que la norma permite), ya que no todos crecen de la misma manera, sobre todo los Grandes Usuarios que dependen de su actividad productiva, y las distribuidoras que por lo general crecen un 2% - 3%. Por lo que de acuerdo al numeral 2.6.4 de la Norma Comercial No. 2, en caso de que existan diferencias entre las proyecciones del Administrador del Mercado Mayorista y las proyecciones de los agentes, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica conocerá ambas proyecciones y determinará cuál es la correcta.

Derivado de lo anterior, se puede concluir que la demanda firme es la demanda que proyectan las distribuidoras de electricidad, comercializadoras y grandes usuarios y que el Administrador del Mercado Mayorista valida. A estas se le agregan las pérdidas y las reservas del sistema para el año estacional que este proyecta y debe ser coincidente con la máxima demanda del sistema, la cual debe tener cubierta mediante contratos de potencia.¹⁰¹

¹⁰¹ CNEE, Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Grandes Usuarios, Guatemala, 2009, Disponible en: <http://www.cnee.gob.gt/xhtml/informacion/grandes-usuarios/2%20Demanda%20Firme.pdf>, Fecha de consulta: 30 de julio de 2015.

2.2.5. Plan de Expansión a la Generación –PEG-

El objetivo del Plan de Expansión Indicativo del Sistema de Generación que debe ser creado, suscrito y avalado por la CNEE, es establecer los criterios, actos y estrategias establecidas en la Política Energética aprobada por el Ministerio de Energía y Minas, garantizando el suministro de energía eléctrica en Guatemala, a través de la optimización de recursos renovables, en beneficio del medio ambiente.

De acuerdo al artículo 15 bis del Reglamento del Administrador del Mercado Mayorista, es el Ministerio de Energía y Minas juntamente con la Comisión Nacional de Energía Eléctrica los encargados de elaborar el Plan de Expansión Indicativo de Generación, con asesoría del Administrador del Mercado Mayorista. Este debe elaborarse cada dos años y cubrir una proyección de diez años, basado en dos pilares esenciales; la eficiencia económica y la garantía de suministro.

Para la realización del PEG, el Ministerio referido y la CNEE, deben estimar cuál es la expansión óptima del sistema, teniendo en cuenta las restricciones y condiciones a las cuales debe estar sujeto dicho Plan; tales como los costos de inversión y de operación, entrada mínima y máxima de operación, y los combustibles o recursos que se buscarán, considerando que uno de los objetivos principales es beneficiar al medio ambiente, por lo que los proyectos hidroeléctricos, entre otros, deben tener preferencia para así desplazar la producción a base de búnker.¹⁰²

El plan de expansión a la generación obedece a los estudios técnicos del comportamiento del Mercado Mayorista y del Sistema Nacional Interconectado, identifica y reconoce las necesidades de generación que existe en el país con el objeto de cubrir la demanda existente en el sistema.

Antes de la ejecución de los Planes de Expansión del Sistema de Generación, se realizó una licitación en el año 2008, por medio del Acuerdo Gubernativo 88-2008, en el cual se declaró de urgencia nacional la creación y ejecución del “Plan de Acción para

¹⁰² CNEE, Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Planes de Expansión, Guatemala, Disponible en: <http://www.cnee.gob.gt/pet/Docs/PET%20esp.pdf>, Fecha de consulta: 4 de septiembre de 2015.

resolver la Crisis del Sistema de Generación, Transporte y Distribución de Energía Eléctrica”, presentado por el Ministerio de Energía y Minas, el cual conllevó a la adjudicación de la central generadora Jaguar Energy, y previó comenzar a operar comercialmente en el año 2012.¹⁰³

A pesar de que nunca se había ejecutado ningún Plan de Expansión a la Generación, ya se tenía implementado en la Política Energética de ese entonces, y en la Ley General de Electricidad, por lo que la Licitación realizada en el 2008 respondió a las acciones contempladas dentro del referido plan, el cual la CNEE realizaba en ese entonces.¹⁰⁴

Con base en el Informe Central Térmica Jaguar, año 2009¹⁰⁵, realizado por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, esta licitación abierta fue promovida por Distribuidora de Electricidad de Oriente, S.A., y por Distribuidora de Electricidad de Occidente, S.A., derivado que la CNEE visualizó que en un futuro existiría un déficit en el suministro de energía eléctrica, además de un incremento considerable en el costo marginal de la demanda.

2.2.5.a. Plan de Expansión a la Generación 1 –PEG-1-2010-

En el año dos mil diez, las distribuidoras (DEOCSA, DEORSA y EEGSA) junto con la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, presentan por primera vez el proyecto de licitación abierta para el “Plan de Expansión de la Generación 1 –PEG-1-2010-”, con el objeto que las tres distribuidoras estuvieran abastecidas de energía eléctrica, y con eso cubrir su demanda firme para el suministro de los usuarios del servicio de distribución final, a un precio eficiente y estable a largo plazo.

¹⁰³ CNEE, Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Informe Central Térmica Jaguar año 2009, Guatemala, 2009, Disponible en: <http://www.cnee.gob.gt/PlanesExpansion/Docs/Informe%20Central%20EI%C3%A9ctrica%20Jaguarweb.pdf>, Fecha de consulta: 4 de septiembre de 2015.

¹⁰⁴ CNEE, Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Boletín de Prensa, Guatemala, Disponible en: <http://www.cnee.gob.gt/xhtml/prensa/Boletin%20Jaguar%20Energy.pdf>, Fecha de consulta: 5 de septiembre de 2015.

¹⁰⁵ CNEE, Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Informe Central Térmica Jaguar, año 2009, Guatemala, 2009, Disponible en: <http://www.cnee.gob.gt/PlanesExpansion/Docs/Informe%20Central%20EI%C3%A9ctrica%20Jaguarweb.pdf>, Fecha de consulta: 5 de septiembre de 2015.

De conformidad con la CNEE¹⁰⁶, en este primer proyecto se buscaba “la contratación de energía de hasta 800 MW de potencia garantizada para los usuarios de distribución final, por un plazo de hasta 15 años a partir del 1 de mayo de 2015”.¹⁰⁷ Así como promover las inversiones de generación eléctrica eficiente, buscando principalmente la inclusión de proyectos de energía renovable, optimizando los recursos naturales del país y con esto reducir los costos del suministro de electricidad.

Este proceso de Licitación Internacional tuvo como resultado la contratación para 15 años de una central de generación (Jaguar Energy Guatemala LLC) a base de carbón para las dos empresas distribuidoras de ENERGUATE, para la contratación de energía de 200 MW. Lo que se consideró un gran avance para el sector eléctrico, ya que además de que se diversificó la matriz energética (en el sentido de contratar generación a base de carbón para desplazar la generación a base de búnker), se realizó con el objetivo principal de contratar a un precio eficiente, ya que el precio por megavatio hora se redujo más de un 50%.

La vigencia de los contratos –PPA- que se suscribieron al finalizar el PEG-1-2010, fue de hasta quince años para las centrales generadoras nuevas, y de hasta cinco años para las centrales generadoras ya en operación.

2.2.5.b. Plan de Expansión a la Generación 2 –PEG-2-2012-

Para el año 2012, ya se había programado el segundo plan de expansión a la generación, el cual siguió con los objetivos del PEG-1-2010, únicamente que esta vez, se priorizó el desarrollo de los proyectos con energía renovable. Asimismo, propició condiciones de competencia e inversión entre empresas generadoras, con el fin de beneficiar a los usuarios, y buscando la contratación de 600 MW de potencia por parte de EEGSA, DEOCSA y DEORSA.

¹⁰⁶ CNEE, Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Licitación Abierta PEG-1-2010, Guatemala, 2010, Disponible en: <http://www.cnee.gob.gt/peg/Docs/Licitacion%20Abierta%20PEG%201-2010,%20Feb-2010.pdf>, Fecha de consulta, 20 de agosto de 2015.

¹⁰⁷ CNEE, Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Licitación Abierta PEG-3-2013, Guatemala, 2014, Disponible en: <http://www.cnee.gob.gt/PEG/Docs/RondasSucesivas.pdf>, Fecha de consulta: 20 de agosto de 2015.

El desarrollo de proyectos renovables contribuyó a que Guatemala contara con una matriz energética más eficiente, ya que los precios de estos proyectos tienen una mayor estabilidad en comparación con el búnker. Además, garantizó el cubrimiento de la demanda de los usuarios finales de las tres distribuidoras referidas y presentó una gran ventaja en cuanto avances tecnológicos, los cuales minimizaron el impacto ambiental.¹⁰⁸

2.2.5.c. Plan de Expansión a la Generación 3 –PEG-3-2013-

Al siguiente año, se realizó el Plan de Expansión a la Generación 3, y este tenía las mismas metas trazadas de los dos planes de expansión anteriores, solo que en este se agregaron otros elementos de acuerdo al contexto de esa época para su efectividad. Esta vez, se buscó una potencia garantizada de 250 MW, por un plazo de hasta quince años, los cuales iniciarán en el año 2017. Este plan de expansión quería atraer nueva inversión, nacional y extranjera, garantizando la máxima transparencia en el proceso de licitación, y siguiendo con los mismos fines y objetivos de los planes anteriores; obtener el menor precio de suministro.¹⁰⁹

¹⁰⁸ CNEE, Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Licitación Abierta PEG-2-2012, Guatemala, 2012, Disponible en: <http://www.cnee.gob.gt/PEG/Docs/Boletin%20PEG2%20Final.pdf>, Fecha de consulta: 2 de septiembre de 2015.

¹⁰⁹ CNEE, Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Licitación Abierta PEG-3-2013, Guatemala, 2013, Disponible en: <http://www.cnee.gob.gt/PEG/PEG3-2013.html>, Fecha de consulta: 2 de septiembre de 2015.

CAPITULO 3

Proceso de Licitación

Según el Diccionario de la Real Academia Española, licitación es “la acción y efecto de licitar”, y define licitar como “ofrecer precio por algo en una subasta o almoneda”. De conformidad con Isabel Correa, “La licitación es un procedimiento formal y competitivo de adquisiciones, mediante el cual se solicitan, reciben y evalúan ofertas para la adquisición de bienes, obras o servicios y se adjudica el contrato correspondiente al licitador que ofrezca la propuesta más ventajosa. La licitación puede ser pública o privada y puede ser internacional o restringida al ámbito local.”¹¹⁰

Por ser este un mecanismo formal y riguroso, debe de estar conformado por una serie de etapas y procedimientos a seguir, que deben cumplirse previo a que se emita la voluntad contractual. Asimismo, está formado por actos emanados tanto del licitador como de los oferentes, los actos de estos últimos siempre deben de estar sujetos a las bases fijadas por la entidad contratante, y de acuerdo a las propuestas formuladas por los oferentes, el licitador va a seleccionar y aceptar la más conveniente.

Es importante el cumplimiento que se debe de verificar en cada una de las etapas, pues al violarse un precepto legal o de otra naturaleza, se vería viciada la voluntad de alguna de las partes, pues no seguiría el correspondiente orden normativo, y consecuentemente afectaría la validez y la eficacia del contrato.

El objeto del formalismo y del rigor que debe de estar presente en cada una de las etapas del proceso de licitación, hasta la ejecución del contrato, radica en asegurar los principios de los cuales está revestido, especialmente para que no se vea afectada la igualdad entre los oferentes y la transparencia en las decisiones de la entidad licitante.

A continuación se describirán dos tipos de procesos de licitación; la licitación pública y la licitación privada. Para ello, es importante distinguir que según la doctrina la licitación

¹¹⁰ Correa, Isabel, Manual de licitaciones públicas, Chile, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social – ILPES, 2002 página 19.

pública y la licitación privada se refieren a dos cuestiones diferentes a lo que se da y denomina en la práctica y en ciertas legislaciones.

El autor Jorge Mario Castillo¹¹¹, hace la distinción doctrinal a la que se refiere el párrafo anterior, definiendo la licitación privada como la invitación a ofertar que realiza directamente la organización pública a todas aquellas empresas que venden bienes, ejecutan obras o prestan servicios, y aclara que la licitación privada es a lo que la legislación contractual guatemalteca denomina régimen de cotizaciones y la licitación pública es a lo que la norma jurídica le llama licitación como tal.

No obstante lo anterior, para el presente trabajo de tesis, será de gran importancia el análisis que se realizará sobre la licitación privada, tomando en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico no la contempla como tal, y hasta ahora no es una modalidad popular practicada por las entidades privadas. No obstante, en el tema energético, se ha venido realizando en los últimos años, ya que se ha considerado el mejor método para realizar las compras de energía y potencia, por las razones que más adelante se detallarán.

3.1. Licitación Pública.

De conformidad con Graciela Márquez Santoyo, las licitaciones públicas “son el procedimiento de selección del contratante de la Administración Pública, donde el número de oferentes no tiene limitaciones ya que pueden concurrir a ellas todas aquellas personas o entidades, que de acuerdo a las normas vigentes, estén en condiciones de presentarse a la licitación de que se trate. La característica esencial de las licitaciones públicas es que éstas se llevan a cabo por parte de la Administración Pública; en Guatemala este tipo de licitaciones están normadas en la Ley de Contrataciones del Estado”.¹¹²

El artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado, establece lo siguiente: “ARTICULO 1. Objeto. La compra, venta y contratación de bienes y suministros, obras y servicios

¹¹¹ Castillo, González, Jorge Mario, Derecho Administrativo Guatemalteco, Guatemala, Editorial Impresiones Gráficas, 2004, 15ª edición, páginas 490-495.

¹¹² Academia-edu, Marquez, Santoyo G., Licitación pública y privada, Disponible en: https://www.academia.edu/4425475/LICITACION_PUBLICA_Y_PRIVADA, Fecha de consulta: 30 de agosto de 2015.

que requieran los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales, se sujetan a la presente ley y su reglamento. Las donaciones que a favor del Estado, sus dependencias, instituciones o municipalidades hagan personas, entidades, asociaciones y otros Estados o Gobiernos extranjeros, se registrarán únicamente por lo convenido entre las partes. Si tales entidades o dependencias tienen que hacer alguna aportación, a excepción de las municipalidades, previamente oirán al Ministerio de Finanzas Públicas. En lo relativo a lo dispuesto en convenios y tratados internacionales de los cuales la República de Guatemala sea parte, las disposiciones contenidas en la presente ley y reglamentos de la materia, se aplicarán en forma complementaria, siempre y cuando no contradigan los mismos.”¹¹³

Atendiendo al monto del presupuesto que va a respaldar las necesidades de bienes y servicios, la compra o contratación puede realizarse por medio de Cotización o Licitación. Sobre esta última, el referido cuerpo normativo preceptúa en su artículo 17 que “Cuando el monto total de los bienes, suministros y obras, exceda de Q.900, 000.00, la compra o contratación deberá hacerse por Licitación Pública...”¹¹⁴. Derivado que en este procedimiento es el Estado quien llama y convoca, es quien directamente realiza la adquisición de bienes y servicios, los cuales paga con sus propios fondos.

Por ello, se puede establecer que la licitación pública es el mecanismo por medio del cual el Estado puede obtener bienes y servicios para el funcionamiento de sus entidades. La razón principal de que exista un procedimiento determinado para la adquisición de bienes y servicios o para la construcción de obras, es para asegurar la transparencia, la legalidad y la legitimidad de una compra, asegurando la libre concurrencia e igualdad entre los oferentes y con ello poder cumplir consecuentemente con el fin del Estado que es el bien común. Asimismo, se ha considerado una herramienta de suma importancia para resguardar los principios de economía, eficiencia y transparencia en la adquisición de bienes y servicios.

¹¹³ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 57-92, Ley de Contrataciones del Estado, artículo 1.

¹¹⁴ *Íbid.*, artículo 17.

3.1.1. Principios de la Licitación Pública.

En virtud que el proceso de licitación afecta de alguna forma a la población en general, por utilizar fondos del Estado para el efecto, tiene que estar revestido de principios que protejan los intereses del mismo y garantice los derechos de ambas partes. Además, son estos principios los que deben de guiar el proceso de licitación, para que exista certeza jurídica y para la obtención de los mejores resultados. A continuación se detallan los principios que rigen la licitación pública:

3.1.1.a. Principio de legalidad y de juridicidad.

Salazar¹¹⁵ considera que el término “legalidad” significa de conformidad con la ley, y expone que este principio se refiere a aquél atributo del poder pero que tiene ciertos límites al ejercicio del mismo. En el sentido que, todo acto o procedimiento debe de ir acorde a la norma jurídica, ya que ningún funcionario y ninguna persona son superiores a la misma, por lo que sus acciones deben de ir en concordancia con ésta.

Según Marta Franch y Manuel Ballbé¹¹⁶, citados por Rivera Zamora, el principio de legalidad es un criterio de carácter general, pero que ha de aplicarse a todo procedimiento administrativo. Asimismo, la Guastini¹¹⁷, indica que se llama “principio de legalidad” aquel en virtud del cual los poderes públicos están sujetos a la ley, de tal forma que todos sus actos deben ser conforme a esta, bajo la pena de invalidez. Dicho de otra forma, es inválido todo acto de los poderes públicos que no sea conforme a la ley.

En la Constitución Política de la República podemos encontrar el principio de legalidad en varios de sus artículos, especialmente en el artículo 152 y 154, el primero establece

¹¹⁵ Salazar Ugarte, Pedro, Books-google, Léxico de la Política, Legalidad, México, 2000, Disponible en: https://books.google.com.gt/books?id=QK79r_mPPG8C&pg=PA389&dq=principio+de+legalidad&hl=es-419&sa=X&ei=N98aVf7ALo6syAT37IHwAw&ved=0CCEQ6AEwAQ#v=onepage&q=principio%20de%20legalidad&f=false, Fecha de consulta: 25 de agosto de 2015.

¹¹⁶ Rivera Zamora, Willian Julio Bernardo, Necesidad de un procedimiento específico para el proceso contencioso administrativo de lesividad de los contratos administrativos”, Guatemala, 2013, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, página 12.

¹¹⁷ UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, El Principio de Legalidad, México, Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/22/9.pdf>, Fecha de consulta: 1 de octubre de 2015.

que “El poder proviene del pueblo. Su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por esta Constitución y la ley”, y el segundo estipula que “Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella.”. Asimismo, la Corte de Constitucionalidad¹¹⁸ a sostenido que el principio de legalidad en materia administrativa, el cual debe ser observado por quienes desempeñan una función pública, dispone que todo actuar de la administración pública que incida sobre los derechos de un particular debe estar autorizado por el ordenamiento jurídico. En ese sentido, a un funcionario público solamente le está permitido realizar lo que una disposición normativa expresa le autoriza a hacer, y le está prohibido todo lo no expresamente autorizado.

Por otro lado, la juridicidad, según el Licenciado Castillo¹¹⁹ se fundamenta en el derecho. Desde un inicio, el principio de juridicidad buscó someter toda actividad administrativa a la norma jurídica, a través de la aplicación del derecho, es decir a los principios generales y especiales del derecho y a las instituciones doctrinarias de éste.

Sobre la juridicidad cabe mencionar también que, el artículo 221 de la Constitución Política de la República, establece que es función del Tribunal de lo Contencioso Administrativo el control de la juridicidad de la administración pública y le concede todas las atribuciones al referido Tribunal, para que conozca en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración.

La juridicidad es el género y la legalidad es la especie, puesto que el principio de juridicidad no solamente abarca lo que es la norma jurídica sino que tiene un campo más amplio, que son todos los cánones del derecho, la juridicidad fundamentalmente tiende a buscar la norma (la ley), a falta de ella puede aplicar los principios generales y por último las instituciones doctrinarias.

De acuerdo a lo citado, se puede concluir que todo acto ejercido dentro de un proceso de licitación, debe ir apegado tanto a la ley como a los cánones del derecho, y se debe tomar en cuenta además, que la ley es la principal fuente del ordenamiento jurídico, y

¹¹⁸ Corte de Constitucionalidad, Amparo, Expediente No. 185-2009, 4 de septiembre de 2009.

¹¹⁹ Castillo González, Jorge Mario, *óp. cit.*, página 50.

que los principios y la doctrina se aplican de manera complementaria. Por lo mismo, se debe respetar la primacía de la ley, por lo que cualquier acto que esté prohibido expresamente por ésta es un acto nulo para los efectos jurídicos que pretenda causar, y todo acto debe de ir acorde con los enunciados generales del derecho.

3.1.1.b. Publicidad y Transparencia.

De conformidad con López Elías¹²⁰, “El principio de la publicidad implica la posibilidad de que los interesados estén enterados de todo lo relativo acerca de la licitación correspondiente, desde el llamado a formular ofertas hasta sus etapas conclusivas (...) Es un principio rector de todo el procedimiento administrativo, pues implica el leal conocimiento de las actuaciones administrativas, requisito esencial del debido proceso (...) la sola expresión ‘licitación pública’ señala su importancia...”. Asimismo, Medeck¹²¹ indica que “La vigencia de este principio no sólo favorece una mayor afluencia de interesados sino que asegura paralelamente la mayor transparencia en la gestión estatal.”.

El principio de publicidad es una de las herramientas principales dentro del proceso de licitación, ya que habiéndose verificado dicho principio, se pueden satisfacer todos los demás. El objetivo principal para que exista un método preestablecido para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado, es para que se realice con la transparencia debida, y haya una buena administración por parte del Estado.

Los principios de publicidad y transparencia son principios que como ya se mencionó acogen muchos otros. Ambos principios constituyen el respeto al principio de igualdad de trato, ya que este tiene como fin supremo garantizar que no exista algún favoritismo o arbitrariedad por parte del Estado hacia una determinada entidad, que pueda dar lugar a la corrupción u otro acto antijurídico, así como al principio de libre concurrencia, ya que ambos promueven la competitividad en el proceso, en el sentido que al ser un proceso dotado de publicidad, más entidades van a querer participar en él.

¹²⁰ UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, El Principio de Legalidad, México, Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/543/7.pdf>, Fecha de consulta: 1 de octubre de 2015.

¹²¹ Medeck, María Laura, Licitación Pública, Página 8.

El artículo 23 de la Ley de Contrataciones del Estado¹²² estipula que tanto en los procesos de cotización como en los de licitación, la entidad contratante debe de publicar todo lo referente al evento en GUATECOMPRAS y la convocatoria debe ser también publicada en el diario oficial, para conocimiento de los eventuales participantes y para el público en general.

En el tema energético, también prevalece este principio, y se establece en las Bases de Licitación, ya que en las mismas se obliga a la Distribuidora a que prevea un procedimiento de acceso a la información por parte de los oferentes y de los interesados, y establece que la información de las ofertas presentadas debe ser pública desde la fecha de adjudicación.¹²³

Es evidente la suma importancia que tienen estos principios dentro del proceso de licitación, considerando que varios autores, como Gordillo, Lucero Espinosa y Escola tienen un mismo criterio respecto a éstos, y en relación a sus alcances y efectos dentro de la licitación pública. Ya que todos coinciden que el respeto a dichos principios va dirigido a que los posibles participantes tengan interés en entrar al evento, y que al ser de acceso público todos los documentos que se requieran para la participación en el proceso, le da la oportunidad a cualquier persona para adquirir las bases de licitación y poder participar. Asimismo, en los casos en que exista alguna modificación a las bases referidas, todos puedan estar enterados y ejercer cualquier derecho ante la entidad pública licitante.

3.1.1.c. Igualdad o Trato Justo y Equitativo.

El principio de igualdad es un principio que rige en todo el ordenamiento jurídico, es una garantía constitucional contemplada en el artículo 4 de la carta magna, el cual estipula que en Guatemala todos los seres humanos, tanto hombres como mujeres, son libres e iguales en dignidad y derechos.

¹²² Congreso de la República de Guatemala, Decreto 57-92, Ley de Contrataciones del Estado, artículo 23.

¹²³ Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Resolución CNEE-12-2013 de fecha 28 de enero de 2013.

Por su parte, el jurista Agustín Gordillo¹²⁴, expone que la igualdad se deriva del principio de imparcialidad, y que la aplicación de este principio que juega un papel tan importante dentro de las licitaciones, tiene como resultado que se respete la legalidad del proceso, su finalidad, moralidad y por lo tanto la seguridad jurídica que protege los intereses públicos y la eficiencia del procedimiento mismo.

Es por ello, que este principio debe de prevalecer para todos y cada uno de los participantes, ya que deben ser tratados con las mismas reglas y procedimientos sin excepción alguna, para evitar que se le dé prioridad a la participación de alguno sobre otro(s), es decir, que se le otorgue algún privilegio a algún participante, y que consecuentemente esto perjudique a otro(s).

El Doctor José María Gimeno Feliú, considera que el principio de trato justo y equitativo "...implica, concretamente, que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera (...) el principio de igualdad de trato prohíbe cualquier forma encubierta de discriminación que, mediante la aplicación de criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado..."¹²⁵

Para que se obtengan los resultados esperados y el proceso de licitación no se vea viciado, es importante que realmente se cumplan los requisitos de igualdad y trato justo entre los participantes. Creando con esto, certeza jurídica y efectividad del proceso, ya que la entidad licitante al estar revestida de imparcialidad, es más probable que consiga los fines para los cuales fue llamada la licitación, sin beneficiar o perjudicar a algún oferente.

3.1.1.d. Libre Concurrencia y Competencia.

De conformidad con Isabel Correa, "La competencia tiene por objeto asegurar la participación del mayor número de oferentes calificados, para que el administrador pueda obtener las mejores condiciones que el mercado pueda ofrecer. Sólo habiendo

¹²⁴ Gordillo, Gordillo, Agustín, Licitación Pública, Argentina, Disponible en: http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo12.pdf, Fecha de consulta: 1 de octubre de 2015.

¹²⁵ Gimeno Feliú, José María, La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable", España, 2013, pagina 6.

una real competencia el Estado puede obtener las condiciones más ventajosas para el interés público. El razonamiento que subyace es que mientras más competencia exista mayores posibilidades hay de adjudicar el contrato a quien ofrezca mejores condiciones económicas. Como contrapartida de lo anterior, el ente público licitante se verá obligado a adjudicar el contrato al licitante que haya presentado la mejor oferta y debe descartar otro tipo de criterios o factores de adjudicación más subjetivos. Para que se cumpla este valor, resulta fundamental que el contrato ofrecido sea de interés para los licitantes y les signifique un atractivo económico relevante.”¹²⁶

Respecto al principio de concurrencia, Gordillo¹²⁷ expone que a lo que este principio alude es a que exista una participación con un mayor número de oferentes, asegurando que exista una libre participación de los eventuales interesados, proveyéndolo de mayor número de participantes. Lo cual permite que se elija la propuesta más conveniente y ventajosa entre una variedad grande de ofertas. No obstante, no basta con el hecho que la participación sea cuantiosa, ya que también resulta esencial que la participación sea la idónea para que el Estado tenga la opción de elegir entre buenas ofertas que llenen la totalidad de requisitos. De igual manera, la libre concurrencia hace referencia a que el proceso de licitación se dé en un ambiente sano, basado en la honorabilidad comercial de cada oferente y de la administración pública, evitando la información engañosa, que tienda a incurrir en el error y no se verifiquen los requisitos exigidos en las bases de licitación.

Respecto a lo anterior, es valioso indicar que la competencia es de gran utilidad cuando no se restringe la participación de ningún posible oferente, cuando se garantiza que participe la mayoría de interesados aptos para ofrecer lo que se requiere, de acuerdo a lo que se busque en cada proceso de licitación. Como en el caso de las licitaciones para la compra de potencia y energía, que se busca la mayor cantidad de tecnologías con el objeto de diversificar la matriz energética, a no ser como en los casos en que por

¹²⁶ Correa, Isabel, Books-google, Manual de Licitaciones Públicas, Chile, 2002, Disponible en: <https://books.google.com.gt/books?id=3kAEfCxdBg8C&pg=PA19&dq=principios+licitacion+publica&hl=es419&sa=X&ei=GYRsVbSMMozhsASN8oFw&ved=0CDsQ6AEwBg#v=onepage&q=principios%20licitacion%20publica&f=false>, página 20, Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2015.

¹²⁷ Gordillo, Gordillo, Agustín, Licitación Pública, Disponible en: http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo12.pdf, Fecha de consulta: 7 de noviembre de 2015.

estrategia se busque promover una tecnología en particular, como en el caso de la energía geotérmica.

De lo anterior, se puede establecer que los principios de competencia y libre concurrencia crea una mayor participación y mayor cantidad posible de oferentes, lo cual hace más favorable al proceso de licitación, ya que da lugar a que exista una amplia comparación para elegir una oferta con las mejores condiciones.

3.1.1.e. Moralidad Administrativa.

María Liliana Castillo Castillo¹²⁸ explica que la corrupción que se ejerce desde la administración pública es la justificación de la existencia del principio de moralidad administrativa. Ya que cuando se aborda el tema de dicho principio implícitamente se refiere a la corrupción, en el sentido que ésta última hace referencia al menoscabo de la integridad moral. Este principio, es el que propicia a que exista certeza jurídica dentro de los procesos de licitación, ya que es el pilar fundamental para que los involucrados basen sus acciones en actos de bien y de acuerdo a la buena fe, siendo ésta la que debe de dirigir el comportamiento de la persona. Es por ello, que si los actos van en concordancia con este principio rector de las licitaciones, las decisiones tomadas por la administración pública van a ser en beneficio de la sociedad y no en beneficio de una persona en particular. Entonces la administración estaría cumpliendo su objetivo y por lo tanto los fines del proceso de licitación.

En ese sentido, cabe mencionar que en el año 2012 fue promulgada la Ley Contra la Corrupción, Decreto 31-2012, la cual realiza reformas al Código Penal, derivado de las diferentes formas de corrupción que se habían manifestado por parte de los funcionarios y empleados públicos, obstruyendo con ello el correcto funcionamiento de la administración pública y consecuentemente el desarrollo social y económico del país. Para el efecto, el referido Decreto del Congreso de la República tipifica ciertos delitos exclusivos para la administración pública, con el objeto de proteger aquellos bienes jurídicos tutelados propios de la función administrativa.

¹²⁸ Castillo Castillo, María Liliana, Principio de la Moralidad Administrativa, Propuesta jurisprudencial para la protección contra la corrupción, Colombia, Universidad de San Buenaventura, 2013, página 92-98.

Derivado de lo anterior, es importante que el principio de moralidad administrativa se vea desde la perspectiva que todo acto proveniente de la Administración Pública debe responder al interés de la colectividad, por lo que la misma debe velar por la defensa y la no vulnerabilidad de los derechos sociales y colectivos. Sin embargo, es un principio que circunscribe no solamente dentro de las instituciones públicas, sino que también debe prevalecer y ser respetado por cada uno de los participantes de la licitación, debido a que dicho principio debe abarcar todo comportamiento de la sociedad.

3.2. Licitación Privada.

De conformidad con las Normas para la Aplicación de la Política para la Obtención de Bienes y Servicios Relacionados, y Servicios de Consultoría, con Recurso del Banco Centroamericano de Integración Económica¹²⁹, la licitación es un procedimiento formal y competitivo de adquisiciones, mediante el cual se solicitan, reciben y evalúan ofertas para la adquisición de bienes, obras o servicios y se adjudica el contrato correspondiente al licitador que ofrezca la propuesta más ventajosa.

Para Graciela Márquez Santoyo¹³⁰, las licitaciones privadas son todas aquellas que son convocadas por el sector privado, es decir, por empresas privadas de capital privado, desligadas totalmente del sector público o gubernamental. Las cuales tienen el mismo objeto que las licitaciones públicas; comprar, vender o contratar bienes, suministros, obras y servicios.

Asimismo la citada autora, establece que la diferencia que existe entre las licitaciones públicas y las licitaciones privadas, es el sujeto que las convoca. Ya que las licitaciones públicas son llamadas por la administración pública en el ejercicio de su gestión, en las cuales se van a utilizar fondos del Estado, mientras que las licitaciones privadas son realizadas por empresas de iniciativa privada, ajenas al interés público o estatal, por lo que no existe un desembolso por parte del gobierno.

¹²⁹ BCIE, Banco Centroamericano de Integración Económica, Normas para la Aplicación de la Política para la Obtención de Bienes y Servicios Relacionados, y Servicios de Consultoría, con Recurso del Banco Centroamericano de Integración Económica, Disponible en: <http://www.bcie.org/uploaded/content/category/1658926203.pdf>, Fecha de consulta: 27 de septiembre de 2015.

¹³⁰ Academia-edu, Marquez Santoyo, Graciela, Academia, Licitación pública y privada, Disponible en: https://www.academia.edu/4425475/LICITACION_PUBLICA_Y_PRIVADA, Fecha de consulta: 30 de agosto de 2015.

De conformidad con Quijano¹³¹, la licitación privada "...se realiza únicamente entre particulares, es decir, entre contratante privado y uno o varios contratistas privados (...) en la licitación privada se analizan dos o más propuestas para escoger la más adecuada, mediando una comparación sobre iguales bases de tiempos y costos de cada propuesta con la finalidad de obtener la mejor opción que el contratante desee.". Asimismo, el citado autor indica que dicha licitación y dichos contratos no se rigen por las mismas leyes que aplican las instancias gubernamentales, ya que éstas están enfocadas en las necesidades y demandas de los gobiernos y no de los particulares.

Actualmente, ya no es solo el sector público quien realiza licitaciones para comprar algún bien, contratar un servicio o para encargarle a un particular la ejecución de una obra. Ahora, esta figura también se ha empezado a implementar y a utilizar en el sector privado, por ser un procedimiento formal, dotado de principios y apegado a la ley, que como consecuencia aspira tener buenos resultados y que hasta ahora ha demostrado ser el mejor método y el más sobresaliente para contratar.

Sobre la licitación privada, es valioso exponer que hay varios países que la contemplan dentro de su legislación. Uno de ellos es Colombia, para éste país la figura de la licitación privada es válida y está regulada dentro de su Código de Comercio¹³². Esto evidencia que la licitación en el sector privado es una tendencia que ha ido en aumento, ya que se ha incorporado en el marco legal de este país, con el objeto de darle un soporte jurídico que lo dota de validez y legalidad.

En Guatemala, las licitaciones privadas no están reguladas en la Ley, sin embargo no se prohíben. Es por ello, que cualquier entidad privada que desee adquirir bienes o servicios puede convocar un procedimiento de licitación para obtener mejores condiciones y resultados. Pese a no estar regulado, Guatemala cuenta con un ejemplo concreto de licitación privada ordenada por la Ley y este es el caso de la compra de energía eléctrica por los Agentes Distribuidores.

¹³¹ Slideshare, Quijano Valdéz, Jorge, Licitación Privada, 2009, Disponible en: <http://es.slideshare.net/ArgRicardoLopez1/licitacin-privada>, Fecha de consulta: 1 de octubre de 2015.

¹³² Congreso de la República de Colombia, Decreto 410, Código de Comercio, artículo 860.

Otro país, que tiene regulado un proceso de licitación para la compra de energía eléctrica similar al de Guatemala es Chile, dentro del “Reglamento sobre Licitaciones de Suministro de Energía para satisfacer el consumo de los Clientes Regulados de las Empresas Concesionarias de Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica”.

Dentro de estas licitaciones, así como en las públicas, se pueden dar dos tipos de licitaciones, unas son las licitaciones abiertas y otras son las licitaciones cerradas.

3.2.1. Licitación Abierta.

Algunos autores, como Carlos Suárez Salazar, las denominan “Licitación Pública”, por ser de acceso público y no restringido, en las cuales cualquier interesado puede participar. A diferencia de la licitación cerrada, en la cual solo se invita a cierto número de participantes, por lo que se limita la participación y se reduce la competencia.

Suárez indica que la licitación pública (abierta) “...es aquella que se realiza en forma abierta, en donde mediante convocatoria publicada (...) se da a conocer la oportunidad de ofrecer propuestas, para la realización de una obra o la prestación de un servicio. El licitante fija un precio mediante la presentación de su propuesta económica y técnica, en donde se realiza un desglose de los puntos requeridos por la Entidad o Dependencia...”¹³³

De acuerdo a lo anterior, se puede establecer que en este tipo de licitaciones, se publican las bases de licitación para que estén accesibles al público en general, cualquier empresa interesada puede presentar sus ofertas y esto causa una mayor competencia respecto al precio y calidad.

¹³³ Suárez Salazar, Carlos, Metodología en el desarrollo de concursos de obra pública federal; incluyendo sugerencias de la conducción, evaluación de propuestas y cambios fiscales de enero del 2002, México, Editorial Limusa, S.A., de C.V. Grupo Noriega Editores, 2002, página 16.

3.2.2. Licitación Cerrada.

De acuerdo a lo definido por la Enciclopedia Jurídica, la licitación cerrada, llamada también licitación privada por algunos autores, “Es aquella a la que sólo pueden presentarse como oferentes las personas o entidades expresamente invitadas...”¹³⁴

3.3. Licitación para la Compra de Potencia y Energía.

De conformidad con Marquez Santoyo, “Las licitaciones son la regla general para adquisiciones de arrendamientos y servicios, llamadas mediante una convocatoria pública para que se presente libremente, en sobre cerrado, mismo que es abierto, públicamente para que sean aseguradas las mejores condiciones en cuanto a calidad, precio, financiamiento, oportunidad, crecimiento económico, generación de empleo, eficiencia energética, uso responsable del agua, optimización y uso sustentable de los recursos, así como la protección del medio ambiente.”¹³⁵

La licitación para la compra de potencia y energía es el procedimiento normado por la Ley General de Electricidad, mediante el cual un agente distribuidor compra energía y potencia ofrecida por agentes generadores, a través de un procedimiento que les permita adquirirla a precios competitivos y en la cual el Estado actúa como vigilante mediante el ente regulador del sector eléctrico (Comisión Nacional de Energía Eléctrica).

La razón por la cual el Estado participa en las licitaciones para la compra de potencia y energía, es en virtud que el bien que se está contratando es un servicio esencial, por lo que el Estado debe velar para que sea accesible a toda la población. Asimismo, derivado del monopolio natural que existe, es importante que el Estado intervenga para evitar las malas prácticas y la protección de los usuarios de dicho suministro. Es por lo mismo, que el Estado debe supervisar y velar porque el proceso de licitación se realice de la manera adecuada, para su buen funcionamiento y eficacia.

¹³⁴ Enciclopedia-Jurídica, Enciclopedia Jurídica, Licitación Privada, 2014, Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/licitaci%C3%B3n-privada/licitaci%C3%B3n-privada.htm>, Fecha de consulta: 29 de agosto de 2015.

¹³⁵ Academia-edu, Marquez Santoyo, Graciela, Academia, Licitación pública y privada, Disponible en: https://www.academia.edu/4425475/LICITACION_PUBLICA_Y_PRIVADA, Fecha de consulta: 30 de agosto de 2015.

Sobre este proceso de licitación, la Ley General de Electricidad establece en el artículo 62 lo siguiente: “Las compras de electricidad por parte de los distribuidores de Servicio de Distribución Final se efectuarán mediante licitación abierta. Toda la información relativa a la licitación y adjudicación de oferta será de acceso público. El reglamento de la ley estipulará el procedimiento y condiciones de adjudicación y los mecanismos a utilizar en caso de desacuerdo por parte de uno o más de los oferentes con respecto a la adjudicación”.¹³⁶

Del análisis del artículo previamente citado, se puede establecer que el sujeto de derecho que lleva a cabo el proceso de licitación para la compra de energía es el Agente Distribuidor. Se trata de un caso especial puesto que la Ley obliga a la entidad privada a llevar un proceso determinado, en este caso de licitación abierta, para la compra de un bien que necesita para el giro normal de sus actividades. Es decir que por mandato legal, las entidades Distribuidoras deben acudir a este tipo de proceso para realizar la compra de un bien (energía eléctrica), cumplir con la obligación de tener cubierta su demanda firme, para así estar abastecidos y poder proveerle a sus usuarios finales la energía suficiente.

El que la legislación guatemalteca haya previsto mandar al Agente Distribuidor a realizar un proceso de licitación para comprar el bien que posteriormente venderá, se debe a la especialidad que se le debe otorgar a la energía eléctrica como bien comerciable, puesto que existe un interés público que proteger, el cual consiste en asegurar que los precios de la energía eléctrica sean los más competitivos posible, ya que el monto de la generación es trasladado íntegramente a la tarifa que cobran las distribuidoras a los usuarios del servicio de distribución final. Y la finalidad del proceso, es que la energía llegue a la mayor cantidad de pobladores del país, en cumplimiento con la urgencia nacional que le fue otorgada a tal situación por el artículo 129 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

La utilización del procedimiento de licitación que manda la referida ley, asegura los principios básicos de la licitación, especialmente los principios de publicidad y transparencia, esto se evidencia en lo establecido en el artículo 62 referido, ya que el

¹³⁶ Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 93-96, Ley General de Electricidad, artículo 62.

mismo preceptúa que toda la información relativa a la licitación y posteriormente a la adjudicación de oferta será de acceso público, con el objeto que a través de la transparencia se incentive la libre competencia, y de esta forma las distribuidoras puedan adquirir energía eléctrica a precios competitivos, lo cual beneficia a los usuarios finales del servicio de energía eléctrica.

El proceso de evaluación económica, establecido en las bases de licitación y aprobado por la CNEE, establece la metodología y las variables necesarias para cumplir con la finalidad de la obtención al mínimo precio de compra, por lo que éste debe de obedecer las condiciones de mercado actuales y las condiciones de mercado proyectadas. Además, que va a depender de la magnitud y del plazo del proceso de licitación para determinar qué mecanismo utilizar para que la oferta evidencie sus intenciones de precio, ya sea un mecanismo de sobre cerrado (una única puja) o rondas sucesivas (múltiples pujas).¹³⁷

El procedimiento de licitación para adicionar nueva generación, está regulado en el Reglamento de la Ley General de Electricidad, (artículo 65 Bis.), y es este el que faculta a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica para que elabore los términos de referencia, con base en los criterios que se adecuen a las necesidades de las distribuidoras y al Plan de Expansión Indicativo de Generación, teniendo como objetivo principal y finalidad última que la aplicación de estos criterios consiga la compra de potencia y energía a los precios más competitivos posible. Estos criterios deben ser creados de acuerdo a procesos de evaluación económica eficiente de la oferta, que tienen como fin minimizar el costo total de compra de potencia y energía de las distribuidoras.¹³⁸

En cuanto a las facultades que gozan las distribuidoras, el Reglamento de la Ley General de Electricidad señala las siguientes: a. Realizar las compras de electricidad mediante el proceso de licitación abierta; y b. Garantizar mediante la licitación, sus requerimientos de potencia y energía por un período máximo de quince (15) años. Así como las obligaciones que debe cumplir cada distribuidor: a. Presentar las bases de

¹³⁸ Presidente de la República de Guatemala, Acuerdo Gubernativo No. 256-97, Reglamento de la Ley General de Electricidad, artículo 65 bis.

licitación a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica para su aprobación; y b. Convocar a licitación abierta en un período máximo de noventa (90) días calendario posteriores a la aprobación de las bases por parte de la CNEE. Asimismo, señala que dicha licitación debe llevarse a cabo con un mínimo de cinco (5) años de anticipación al inicio del suministro que se pretende contratar.

Usualmente la CNEE ordena a las Distribuidoras remitir dentro de los treinta días calendarios posteriores de la notificación de la Resolución que conlleven dichos términos, copia del acta del nombramiento de la integración de la Junta de Licitación, copia del reglamento interno que deberá regir el actuar de la Junta y copia de las Bases de Licitación para su aprobación.

Como toda licitación, ésta se efectúa bajo única y exclusiva responsabilidad de la Junta de Licitación, la cual es nombrada por la entidad distribuidora licitante, de acuerdo a los términos de referencia elaborados por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, los cuales, han establecido para las licitaciones pasadas, que la misma se integran con tres funcionarios nombrados por autoridad competente de la Distribuidora. Para el efecto, la CNEE ha establecido que: “Las Distribuidoras, a través de la Junta de Licitación (...) son mancomunadamente y solidariamente responsables de todos los actos de la Licitación, y para el efecto deberán elaborar un reglamento interno que norme el actuar de la Junta de Licitación nombrada. El referido reglamento deberá considerar y contener los elementos éticos, de transparencia, imparcialidad, publicidad, responsabilidad, idoneidad, objetividad, entre otros.”¹³⁹

Asimismo, la Junta de Licitación es la encargada de velar que se cumpla con todo lo estipulado en las bases de licitación durante todo el procedimiento, de calificar las ofertas, y de adjudicar el evento de licitación al oferente u oferentes que cumplan con todos los requisitos previstos y quienes ofrezcan el mínimo costo de suministro para los usuarios finales del servicio de energía eléctrica. Dicha Junta no actúa en nombre propio, actúa en nombre de la Distribuidora que representa y además no tiene ningún vínculo con el Estado, por lo que en ningún momento actúa en nombre de éste.

¹³⁹ Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Resolución CNEE-12-2013, Guatemala, 28 de enero de 2013.

No obstante, como ya se mencionó, el Estado participa a través de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, derivado que es esta la Institución del Estado que tiene como función regular el sector eléctrico, y revestido de las atribuciones que le confiere la Ley General de Electricidad, es el encargado de cumplir y hacer cumplir la dicha ley y los reglamentos en materia de su competencia. Asimismo, es la encargada de velar por que los adjudicatarios y concesionarios cumplan con las obligaciones previstas por la referida Ley, y prevenir las prácticas abusivas o discriminatorias o cualquier conducta que atente la libre competencia.¹⁴⁰

En cuanto a las facultades y obligaciones de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, como ente regulador del Estado dentro de los procesos de licitación abierta para la compra de energía y potencia, se pueden mencionar dos importantes: a. Elaborar los términos de referencia que establezcan los criterios en los que se deberán basar y deberán cumplir las entidades distribuidoras para la elaboración de las bases de licitación abierta; y b. Aprobar las bases de licitación elaboradas por las distribuidoras.¹⁴¹

El primer paso de estos procesos de licitación, como se mencionó, es la elaboración de los términos de referencia por parte de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica y posteriormente la aprobación de las bases de licitación elaboradas por las entidades distribuidoras de electricidad, para lo cual la CNEE debe resolver la procedencia o improcedencia de los mismos dentro de los treinta días calendario siguientes a la presentación de las mismas.

Una vez aprobadas las bases de licitación se inicia la Etapa de Consulta, esta inicia con la convocatoria de la licitación (con la primera publicación de la convocatoria), la cual debe realizarse en un período máximo de noventa días calendario, posteriores a la aprobación de las Bases de Licitación por parte de la CNEE. La Etapa de Consulta consiste en un período de tiempo que tienen todas aquellas entidades que adquirieron las bases de licitación, para realizar cualquier tipo de consulta, aclaración y observación, incluso para realizar solicitudes para modificar las bases referidas. Ese

¹⁴⁰ Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 93-96, Ley General de Electricidad, artículo 4.

período de tiempo responde a un cronograma realizado previamente en el cual constan todos los eventos de la licitación.

En esta Etapa de Consulta, se programan reuniones de información, las cuales son convocadas por la Junta de Licitación, para dar información detallada sobre el proceso de licitación a los interesados. Este período también sirve para que las entidades que solicitaron realizar modificaciones a las bases de licitación lo hagan y para que se emitan las adendas correspondientes a las bases de licitación. Asimismo durante esta etapa, las entidades distribuidoras elaboran sus ofertas, de acuerdo a lo establecido por las bases de licitación aprobadas.

Al finalizar la mencionada Etapa de Consulta, comienza la Etapa de Presentación de Ofertas y Evaluación Técnica. Una vez recibidas las ofertas (técnica y económica), inicia la evaluación técnica, dentro de este período de evaluación, la junta de licitación evalúa cada una de las ofertas técnicas presentadas y verifica si cumplen con los requisitos establecidos en las bases de licitación. Posteriormente, las califica como “Técnicamente Solvente” o “Técnicamente No Solvente”, según lo que corresponda.

Todas aquellas Ofertas Técnicas calificadas como “Técnicamente Solvente”, al cumplir con los requisitos previstos en las Bases de Licitación, pasan automáticamente a la Etapa de Evaluación Económica y de Adjudicación. Esta Etapa comienza en la fecha que se publican los valores de las Ofertas Económicas, y es aquí cuando la Junta de Licitación de acuerdo al procedimiento establecido en las Bases de Licitación, realiza la evaluación económica de cada oferta existente, verificando el cumplimiento de dichas Bases, si la Junta considera que las Ofertas Económicas cumplen con los requisitos establecidos en las Bases, y considera que el monto se encuentra dentro del rango preestablecido, adjudica el evento a dichas entidades.

Ulteriormente, la Junta de Licitación remite un informe técnico a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, en donde detalla la evaluación que realizó con cada una de las ofertas, para que posteriormente, la CNEE declare procedente o improcedente la adjudicación realizada por la Junta de Licitación. De acuerdo a lo declarado por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, se notifica a los participantes la adjudicación o

la no adjudicación, dentro de la fecha límite establecida en el cronograma de eventos de la licitación.

Después de adjudicado el evento de licitación, las entidades distribuidoras deben suscribir contrato de abastecimiento con el (los) adjudicatario(s), dentro de un plazo máximo de tres meses siguientes a la adjudicación, plazo establecido por el Reglamento de la Ley General de Electricidad, en su artículo 65 bis.

Cuando se trata de procedimientos de licitación para adicionar nueva generación, éstos deben de prever dos fases, la fase de construcción y la fase de operación, según lo establecido en el artículo 65 bis del Reglamento de la Ley General de Electricidad. La fase uno (de construcción), se rige exclusivamente por lo acordado entre los particulares (generador y distribuidor), a través de un contrato suscrito entre estos, por lo que la Comisión Nacional de Energía Eléctrica no está facultada para intervenir, ya que no hay una norma legal que le otorgue dicha facultad y porque las actividades propias de la construcción no implican temas regulatorios.

Al respecto, la Sala Quinta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, constituida en Tribunal Constitucional de Amparo, se pronunció de la siguiente manera, al proceder al análisis fáctico y jurídico del caso sometido a su conocimiento dentro del Amparo identificado como 01145-2014-66: "... los artículo 1 y 4 de la Ley General de Electricidad, con toda precisión y claridad determinan las atribuciones de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, las que como órgano técnico se limitan a las actividades de: **generación, transporte, distribución y comercialización de electricidad.** Atribuciones ENTRE LAS CUALES NO SE INCLUYE LA CONSTRUCCIÓN DE PLANTAS DE GENERACIÓN DE ELECTRICIDAD (...) **llegado el momento de entrada en operación de la Planta Jaguar, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, tiene la obligación de velar por que el precio que resulte del proceso de licitación sea efectivamente trasladado a la tarifa de los usuarios** (...) puesto que ésta es la obligación de la citada Comisión, conforme el marco legal vigente (...) Este tribunal del estudio realizado estima que entre las atribuciones que la Ley General de Electricidad le asigna a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica no se encuentra la de velar por la construcción de las plantas generadoras de energía eléctrica, por lo que

este Tribunal no puede legalmente ordenar a un organismo técnico [Comisión Nacional de Energía Eléctrica] que le ordene a dos entidades privadas, que cumplan con la construcción de la Planta (...) por que no es atribución de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica intervenir en la construcción de la planta Jaguar, en vista que la atribución que le determina la Ley de la Materia [Ley General de Electricidad] no contempla como su atribución intervenir en la construcción de plantas de producción de energía eléctrica, pues su atribución según la ley de la materia, se inicia desde la generación de la energía y no de la construcción de la planta que la genera...".¹⁴² (el resaltado es propio).

Del análisis de lo anterior, es evidente que la Sala reconoce lo que por mandato legal le corresponde a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, las funciones y atribuciones que la Ley General de Electricidad le confiere, siendo ésta la única entidad del Estado que está facultada para resolver todo lo relacionado al cumplimiento de dicha ley, de tal manera que la potestad y la competencia de la CNEE no puede sustituirse ni reemplazarse en ningún otro ente administrativo o de jurisdicción constitucional por el simple hecho de haber acudido a él. Asimismo, la Sala sostiene que la administración pública debe apegarse al principio de legalidad, es decir que todo acto emanado de ésta debe basarse en una norma expresa, no puede actuar por autoridad propia, sino que en ejecución al contenido de la ley. En ese sentido, es importante mencionar que la CNEE no tiene más atribuciones que las conferidas por la Ley, y considerando que este tipo de contratos se suscriben entre privados, la CNEE no podía verificar el cumplimiento de los contratos a minuciosidad.

A pesar que la CNEE no tiene facultades para verificar el cumplimiento de los contratos en la fase de construcción, la minuta de contrato que aprueba la CNEE dentro de las Bases de Licitación, se incluyen ciertos mecanismos que tienen como objeto asegurar el cumplimiento del contrato, estableciéndose dentro de ellos garantías preoperativas, las que también han sido denominadas como garantías de cumplimiento del contrato.

¹⁴² Sala Quinta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo Constituida en Tribunal Constitucional de Amparo, 01145-2014-66.

Las garantías preoperativas atienden a un cronograma de actividades, el cual es pactado entre las partes y se realiza con el fin de respaldar y garantizar que el proyecto comience a generar energía eléctrica en un tiempo determinado, para cubrir la necesidad de electricidad de la distribuidora. Pero más allá de esto, es con el fin último de asegurarle a cada usuario final el suministro de energía eléctrica, y que no se vean afectados por algún incumplimiento de las partes contratantes.

Este mecanismo de garantías comienza al momento de la suscripción del contrato. La garantía es otorgada por cada entidad adjudicada a favor de la entidad distribuidora correspondiente. Comúnmente, la forma en la que se otorga esta garantía es por medio de una carta de crédito incondicional e irrevocable expedida por una entidad financiera aceptable por la distribuidora, la cual debe ser de primera clase, por un monto equivalente a multiplicar el valor de Potencia Garantizada máxima ofrecida por cierta cantidad de dinero determinada en dólares de los Estados Unidos. La vigencia de la misma nace desde la suscripción del contrato hasta la fecha de operación comercial.¹⁴³

Si en determinado caso el adjudicado no cumple con la fecha prevista de operación comercial, la distribuidora tiene el derecho de ejecutar la garantía, el monto de la ejecución deberá ser trasladada a la tarifa de los usuarios del servicio de distribución final, lo anterior de conformidad con lo establecido en los términos de referencia y bases de licitación de la Licitación abierta que se trate. Al ejecutar la garantía, el contrato queda sin efecto. Los usuarios del servicio de Distribución Final no corren mayor riesgo puesto que la función de la Garantía Operativa es costear el valor adicional que puede implicar comprar energía eléctrica en el Mercado Spot, por lo que los precios para el consumidor final se mantendrán mientras que la Distribuidora interesada procede a realizar nuevamente Licitación Abierta para contratar a un nuevo Generador para cubrir su Demanda Firme.

¹⁴³ Tns2-2012, Licitación abierta TNS2-2012, Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, Primera Reunión Informativa, Guatemala, 2013, Disponible en: <http://www.tns2-2012.gt/web/PresentacionInformativa/Primera%20Reuni%C3%B3n%20Informativa%20TNS2-2012.pdf>, Fecha de consulta: 28 de agosto de 2015.

CAPÍTULO 4

Modificación a los Contratos provenientes de las Licitaciones Abiertas para la Compra de Potencia y Energía.

4.1. Contrato de Compra de Potencia y Energía -PPA-

Diego Peralta expone que, el contrato PPA "...es un contrato con características especiales donde se establece un acuerdo de voluntades, de manera escrita, a título oneroso, principal pero aleatorio, de tracto sucesivo con ejecución continua, realizado entre dos o más personas físicas y/o jurídicas con capacidad para realizar actos de comercio, que se obligan en virtud del mismo, a cumplir un fin cierto: el generador a entregar una determinada cantidad de energía eléctrica, y uno o varios compradores a recibirla y pagarla, regulando sus relaciones relativas al objeto principal del acuerdo, y a cuyo incumplimiento pueden compelerse de manera recíproca, si éste contrato bilateral, fuere violado en cualquiera de sus 'derechos y obligaciones' ".¹⁴⁴

Para Cecilia Isaac Torregrosa, el PPA "...establece un contrato privado por el cual un vendedor se compromete a vender energía a un comprador y éste a consumirla durante un período de tiempo determinado y al precio acordado al inicio del contrato."¹⁴⁵

Tomando en cuenta los conceptos anteriores, se puede establecer que el contrato de potencia y energía, llamado también contrato PPA, por sus siglas en inglés; *Power Purchase Agreement*, es todo aquel contrato mediante el cual una entidad dedicada a la generación de energía eléctrica, se compromete a proporcionar determinada potencia y energía a un distribuidor o comercializador para que este a su vez lo pueda vender a sus usuarios finales, a cambio de una contraprestación.

Estos contratos tienden a celebrarse por plazos largos, casi siempre por el plazo de 15 años, aunque existen contratos con plazos de 18 y 20 años. En Guatemala, según la Ley General de Electricidad, estos contratos se deben hacer por un máximo de 15

¹⁴⁴ Copia-oculta, Peralta, Ramón D., *Power Purchase Agreement*, Ingeniería Financiera Eólica, Argentina, 2014, Disponible en: <http://www.copia-oculta.org/2014/06/ppa-power-purchase-agreement-ingenieria.html>, Fecha de consulta, 9 de diciembre de 2015.

¹⁴⁵ Quetzal Ingeniería-es, Isaac Torregrosa Cecilia, Contratos PPA Energéticos, España, 2014, Encontrado en: <http://blog.quetzalingenieria.es/contratos-ppa-energeticos/>, Fecha de consulta: 4 de septiembre de 2015.

años, caso diferente al de Nicaragua, en donde se han suscrito contratos hasta por un máximo de 7 años.¹⁴⁶

Los contratos PPA, nacen juntamente con la obligación de las distribuidoras, comercializadoras y grandes usuarios de tener cubierta su demanda firme y con la implementación del mercado a término, el cual tiene como fin último que los participantes consumidores cuenten siempre con la potencia suficiente para cubrir sus requerimientos de energía eléctrica, y evitar que el suministro eléctrico se desabastezca y siempre funcione correctamente.

Este tipo de contratos, otorgan muchas ventajas tanto para el generador como para el distribuidor. Tomando en cuenta que el distribuidor casi siempre obtiene un precio más económico que en el Mercado Spot (mercado diario) y el generador un ingreso estable de la venta de energía, lo cual le da rentabilidad a su proyecto. Es por lo mismo, que favorecen la tarifa, y por lo que se dice que son en beneficio del consumidor. En ese sentido, es valioso resaltar que dichos contratos otorgan seguridad respecto al precio, por lo que están dotados de estabilidad, lo cual permite un ahorro durante un período de tiempo importante para el comprador y una venta asegurada para el vendedor.

El PPA está constituido por todos los términos comerciales que deben de regir entre las partes, tales como la fecha en la que se va a iniciar la operación comercial, la fecha de inicio de suministro, las garantías que se constituirán para asegurar el cumplimiento de las partes, así como las sanciones que se impondrán por incumplir con alguna obligación.¹⁴⁷ Estas garantías y sanciones previstas dentro de los contratos referidos, se constituyen con el objeto de asegurar el cumplimiento de las partes y que en caso contrario los usuarios finales del servicio de energía eléctrica no se vean afectados por el incumplimiento de una de ellas y se vea suspendido ese servicio esencial.

¹⁴⁶ Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL-, Mercado Eléctrico Regional: Contratos PPA en El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, 2001, Página 19.

¹⁴⁷ Thumann, Albert, y Eric Woodrof, "Energy Project Financing, Resources and strategies for succes", 2009, The Fairmont Press, Inc, UK, páginas 1-11.

4.1.1. Modificación de los Contratos.

La Ley General de Electricidad no contempla el tema de la modificación de los contratos generados por un proceso de licitación abierta, lo cual es lógico puesto que el contrato que se suscribe es un contrato estrictamente entre entidades privadas y por lo tanto su modificación debe realizarse según lo pactado por las partes dentro del mismo, recordando que los particulares pueden hacer todo aquello que no esté prohibido por la ley (autonomía de la voluntad).

En ese sentido, se puede establecer que basta con el consentimiento de las partes para pactar una modificación a un contrato existente, así como convinieron en realizar el contrato, pueden pactar modificar el mismo, esto basado en el derecho individual de libertad de acción, reconocido en la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece que: "...Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe..."¹⁴⁸, y en virtud que la modificación de un contrato no está prohibido por la ley, las partes del contrato pueden pactar su modificación sin que esta contraríe la misma.

Cuando existen modificaciones a los contratos provenientes de licitaciones para la compra de potencia y energía, hay que evaluar que el cambiar una cláusula esencial del contrato una vez ya adjudicado a determinada entidad, puede tener como consecuencia una violación a los principios de la licitación o del derecho en general, tales como el principio de igualdad, de trato justo entre los participantes, de no discriminación, de transparencia, entre otros. Es razonable pensar que si la Ley General de Electricidad ordena la realización de un proceso de licitación abierta para la compra de energía y potencia es debido a que se pretende que se respeten los principios que rigen un proceso de licitación. Es decir, se busca que se respeten las condiciones esenciales en las que se adjudicó el contrato, por lo que en la vida del contrato no se debiesen variar las condiciones esenciales por las que fue adjudicado, como por ejemplo el precio y el plazo.

¹⁴⁸ Asamblea Nacional Constituyente de 1985, *óp. cit.*, artículo 5.

Para poder modificar este tipo de contratos, es importante tomar en cuenta los elementos del contrato a los que sí se puede afectar, así como las variaciones que indiscutiblemente no puede sufrir el mismo. Tomando en cuenta la premisa que si un contrato de esta índole (el cual contempla un servicio esencial) se va a modificar, es única y exclusivamente en beneficio del interés público, pero cuando es el adjudicatario quien solicita la modificación del contrato, atendiendo únicamente a sus propios intereses, debido a que ya no puede cumplir con las condiciones inicialmente pactadas en el mismo ¿Será válido? ¿Es procedente aprobar este tipo de modificaciones cuando otros participantes de la licitación hubiesen podido cumplirlas sin solicitar alguna modificación a las condiciones esenciales?

Desde una perspectiva general, cualquier cambio a los elementos esenciales de un contrato, implica una modificación al mismo. No obstante, a través del tiempo, en la práctica se ha tenido que evaluar la posibilidad o la procedencia de modificar los contratos suscritos después de un proceso de licitación, a solicitud de los adjudicatarios, tomando en cuenta que los cambios pueden llegar a afectar aspectos propios del objeto del contrato u otros elementos que no afecten el objeto, pero sí condiciones esenciales de la licitación.

De conformidad con Juan Carlos Gris González¹⁴⁹, los contratos que devienen de cualquier licitación, pueden modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de la licitación se haya advertido expresamente, así también es necesario que se detallen de forma clara las condiciones, los límites y los alcances en los que se puede realizar cualquier modificación. Por su parte, Díez Calzada¹⁵⁰ manifiesta que únicamente el pliego en su calidad de *lex contractus* puede dejar abierta esa posibilidad, ya que solo en éste pueden regularse los aspectos relacionados con la ejecución del contrato y su posible modificación.

En ese sentido, el Real Decreto Legislativo 3/2011, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de España, contempla dos supuestos para modificar contratos originarios de licitaciones, el primer supuesto se refiere a aquellas

¹⁴⁹ Gris González, Juan Carlos, La modificación de los contratos del sector público, Revista jurídica de Castilla y León, número 28, ISSN: 2254-3805, España, 28 de septiembre de 2012, páginas 7-8.

¹⁵⁰ *ibíd.*, página 8.

modificaciones previstas en el pliego tarifario, y el segundo supuesto a aquellas no previstas en él. Respecto al primer supuesto, su artículo 106 estipula que es válida una modificación cuando se ha contemplado dicha posibilidad de forma clara, precisa e inequívoca, asimismo, que se haya establecido la forma, las condiciones y los límites para realizar dicha modificación. Este artículo también deja la posibilidad de acordar un porcentaje determinado respecto al monto del contrato que se puede llegar a afectar como máximo (modificación en el precio) y el procedimiento que debe llevarse a cabo para ello. Respecto a los casos no previstos en los pliegos, existen dos en los que definitivamente no cabe la modificación, el primero es cuando se busque adicionar alguna prestación complementaria a las pactadas inicialmente y la segunda cuando se quiera ampliar el objeto del contrato.

Asimismo, el referido cuerpo legal español establece en su artículo 219, que los contratos perfeccionados solo pueden ser modificados por razones de interés público. “La precisa definición del interés público o general, se constituye en garantía de los intereses individuales y de los colectivos simultáneamente, y se concreta en normas protectoras de bienes jurídicos diversos que imponen límites a la actuación pública y privada.”¹⁵¹

Es evidente la importancia que países como España le dan a la modificación de los contratos, teniendo en cuenta que en su legislación se contemplan mecanismos de publicidad para modificar contratos, así como procedimientos preestablecidos y regulados, iguales a los que se utilizan para adjudicar, con el propósito de sembrar confianza en los licitadores y para que estos deseen participar sin sentirse inseguros de los efectos de las prácticas indebidas o mal reguladas.

Se puede evidenciar que en la legislación guatemalteca existe una laguna en cuanto a modificaciones a contratos se refiere. (PONER QUE EN LA LEY DE CONTRATACIONES TAMPOCO, IGUAL VER BIEN). La insuficiencia de una regulación respecto al tema, deja abierta la posibilidad de realizarlo sin normas que lo respalden, sin un procedimiento que lo avale y que lo sostenga dentro de una

¹⁵¹ Contratodeobras, Fusco Consulting, Asesoramiento Jurídico en Contratación Pública, 2012, Disponible en: <http://contratodeobras.com/tema-18-modificacion-y-suspension/>, Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2015.

arquitectura jurídica preexistente y lo dote de principios. Es por lo mismo que es necesaria una revisión a la legislación, para incrementar la eficiencia de las leyes, y la competitividad dentro de los procesos, asimismo, que se respeten y resguarden los principios procesales y los principios administrativos, para que en efecto, se reflejen las políticas existentes y el espíritu de las normas.

Someter a un procedimiento nuevo, cualquier modificación que se desee realizar a un contrato originario de una licitación, sería para la legislación guatemalteca un paso positivo y un gran avance, para reforzar la transparencia y concurrencia del proceso. Ya que derivado de las malas prácticas que pueden nacer del proceso de licitación, resulta pertinente incorporar mecanismos de publicidad para los posibles cambios del contrato existente, en virtud que el mismo principio de publicidad y transparencia que rige en el procedimiento de licitación, debería dirigir las modificaciones posteriores posibles. Una arquitectura institucional que tiene como pilares los principios de transparencia, publicidad, y libre concurrencia, no se deben ver limitados solamente a las fases de calificación de ofertas y adjudicación, ya que la eficiencia contractual también está conexas a la obtención del fin perseguido por la licitación.

A lo largo del tiempo, las malas prácticas han desvirtuado las reglas de la licitación y las han viciado al beneficio individual de los adjudicatarios, muchas veces están susceptibles a que sean violados los principios de los cuales está revestida la misma, y el carácter competitivo de la adjudicación inicial, en la medida en la que el contrato se ejecuta con condiciones que no fueron establecidas inicialmente. En muy pocos casos, los efectos de la aplicación de los principios de la licitación se extienden a la suscripción del contrato, ya que por lo general su influencia se limita hasta la fase de adjudicación.¹⁵²

Con esto no se quiere establecer que la modificación de los contratos no debería de ser permitida por la legislación. Simplemente, sería oportuno y pertinente que existieran normas que respalden dichos supuestos y doten las modificaciones de legalidad y

¹⁵² Madrid-Org, Comunidad de Madrid, Gimeno Feliú, D. José María, Modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable, España, 2013, Disponible en: http://www.madrid.org/ccmadrid/images/adjuntos/segundaponencia_modificacin_contratos_gimeno_feli.pdf, Fecha de consulta: 9 de septiembre de 2015.

juridicidad, para evitar alguna vulneración a algún principio o a algún derecho y que también delimiten cuando es procedente la modificación a los contratos y cuando no. Tomando en cuenta que cuando se quisiera afectar condiciones esenciales, no deberían de permitirse y cuando sean otros elementos sí se pueda realizar.

Es por eso, que Gris González¹⁵³ propone que para que sea posible la modificación a dichos contratos, se debieran hacer públicos los nuevos términos y condiciones, con el objeto de determinar si existen oferentes que ofrezcan realizar el objeto del contrato con mejores condiciones técnicas y económicas, y con esto exista una mayor competitividad, y así reforzar la publicidad y la transparencia del proceso de licitación, evitando que se adjudiquen contratos en condiciones imposibles o improbables de ejecutar y se evite adjudicar a una entidad que al no poder ejecutar el contrato solicitará su modificación.

¹⁵³ Gris González, Juan Carlos, *óp. cit.*, páginas 4-6.

Capítulo 5

Presentación, discusión y análisis de resultados.

El presente capítulo tiene como objetivo la presentación del análisis y discusión de los resultados obtenidos dentro del presente trabajo de tesis. Para ello, se utilizó como instrumento de investigación una entrevista, la cual fue realizada a 8 profesionales, entre ellos 4 profesionales del Derecho y 4 Ingenieros expertos en el tema que versa el presente trabajo, con el fin de ampliar y fortalecer el contenido de la investigación realizada, para presentar respuestas y conclusiones atinadas en cuanto a la viabilidad de la modificación de los contratos provenientes de las licitaciones abiertas para la compra de potencia y energía.

5.1 Entrevista.

Pregunta uno: ¿Explique por qué la forma en la que están redactados los contratos para la compra de potencia y energía cumple o no con sus objetivos?

Código	Categorías (patrones de respuesta con mayor frecuencia)	Frecuencia de mención
1	La forma en la que están redactados los contratos para la compra de potencia y energía sí cumple con sus objetivos, ya que el suministro de energía eléctrica es el objeto principal de dichos contratos, así como permitir la inversión de nuevas plantas de generación, a largo plazo (expansión de la generación), aspectos que se han visto reflejados en el contenido de estos contratos, en la forma que los mismos aseguran que el suministro no se vea afectado en caso de incumplimiento, así como los plazos que rigen los mismo para futuras inversiones.	4
2	Los contratos PPA cumplen con sus objetivos ya que estos siempre están sujetos a varias condiciones técnicas, económicas, de fuerza mayor y a procedimientos para dirimir posibles controversias, lo cual asegura que los objetivos de los referidos contratos no se vean vulnerados o se incumplan al momento de su ejecución. Al día de hoy, se ha evidenciado que la redacción ha cumplido con los objetivos principales de la licitación y consecuentemente de los contratos en mención, en el sentido que se ha garantizado el suministro de energía eléctrica y la oferta de plantas nuevas de generación.	4

Análisis: En la presente pregunta todos los profesionales entrevistados respondieron en igual sentido, ya que manifestaron que hasta el día de hoy los contratos han

garantizado el cumplimiento de los objetivos mismos de la licitación y por ende los objetivos principales de los referidos contratos, lo cual es el reflejo de que los mismos han sido redactados de tal manera que han logrado asegurar tanto el suministro de energía eléctrica como la inversión de nuevas plantas de generación.

Además del análisis realizado en el párrafo anterior, con base en el patrón de respuesta dada por los profesionales entrevistados, es importante ampliar el mismo exponiendo los motivos por los cuales los contratos han sido redactados de tal forma que, se ha logrado respetar el cumplimiento de los objetivos que tienen dichos documentos, y es que cabe agregar que la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, como ente encargado de velar por el cumplimiento de las obligaciones de los adjudicatarios y concesionarios, es quien debe de autorizar la forma en la que se redactan dichos contratos, por medio de la aprobación de las bases de licitación elaboradas por las distribuidoras, las cuales deben llevar adjunto una minuta del referido contrato que se celebrará a futuro.

Una vez que se hayan aprobado las bases de licitación por la CNEE y se haya adjudicado a un agente generador, la distribuidora tiene además la obligación de presentar una copia del contrato celebrado a la referida institución administrativa, como medio de seguridad jurídica, para que ésta pueda verificar que efectivamente en el contrato correspondiente se han pactado todas aquellas estipulaciones que rigieron durante todo el evento de licitación.

Por último, cabe mencionar que todos los profesionales entrevistados coincidieron en que los mismos contratos son suficientes para garantizar sus objetivos, sin necesidad de adherir otra clase de documentos legales con el objeto que estos tengan mayor fuerza legal o certeza jurídica, ya que el mismo contrato es un acuerdo entre partes y es ley para mismas, por lo tanto es ejecutable si alguna de las partes incumpliera. Y desde el punto de vista del regulador, los términos de referencia y las bases de licitación forman parte del contrato, por lo tanto se deben de cumplir siempre.

Pregunta dos: ¿Cuáles son las funciones/facultades de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica en la fase de ejecución de los Contratos PPA?

Código	Categorías (patrones de respuesta con mayor frecuencia)	Frecuencia de mención
1	La Comisión Nacional de Energía Eléctrica tiene las funciones de fiscalizador en los eventos de licitación, incluyendo en ellas la aprobación de la minuta del contrato al momento de aprobar las Bases de Licitación. En la fase de ejecución, por ser el contrato PPA una relación contractual entre personas jurídicas de capital privado (distribuidor y generador) la CNEE únicamente tiene la facultad/función de cerciorarse que se apliquen correctamente los precios pactados entre las referidas partes, para su traslado a la tarifa de energía eléctrica.	8

Análisis: Previo a entrar a analizar el patrón de respuesta brindada por los profesionales expertos entrevistados, es importante recordar que la Comisión Nacional de Energía Eléctrica es el ente regulador del subsector eléctrico de Guatemala y tiene dentro de sus funciones principales las siguientes; "...Velar por el cumplimiento de las obligaciones de los adjudicatarios y concesionarios, proteger derechos de los usuarios y prevenir conductas atentatorias contra la libre competencia, así como prácticas abusivas o discriminatorias."¹⁵⁴

En el tema energético, recordando que los contratos para la compra de potencia y energía se suscriben entre entidades privadas, es un tanto difícil que el Estado monitoree, fiscalice o intervenga en la fase de ejecución del contrato. No obstante, es un requisito fundamental que cualquier requerimiento de modificación que se desee realizar a los contratos ya suscritos, debe analizarlo previamente la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, y evaluar su procedencia o improcedencia, siendo ésta quien autorice o no la modificación a los mismos.

Es importante entender con claridad las facultades que la Ley General de Electricidad le otorga a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, así también identificar los límites a las mismas en casos concretos. En caso de las la contratación de potencia y energía, se pueden evidenciar dos situaciones jurídicas; a. Una legal o reglamentaria, que va a dominar en todo el proceso de licitación y; b. Otra contractual, que va a crear derechos

¹⁵⁴ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 93-96, artículo 4.

y obligaciones únicamente para los sujetos de capital privado (es decir, las partes del contrato).

Desde luego, por ser la electricidad un servicio esencial, tiene como fin supremo el interés público, y ante esta aseveración es evidente que el Estado debe fiscalizar y supervisar para que se respete dicho fin. Por lo mismo, es que debe de proteger los derechos de los usuarios, en el sentido que éstos no deben sufrir las consecuencias que puedan devenir del incumplimiento de las partes contratantes.

En el proceso de licitación, es la Comisión Nacional de Energía Eléctrica la facultada para elaborar los términos de referencia que definirán los criterios que las distribuidoras finales deberán cumplir para elaborar las bases de licitación abierta. Teniendo como finalidad última el que la aplicación de dichos criterios tenga como consecuencia la compra de energía y potencia a los precios más competitivos posibles.

La intervención de la administración pública en la fase de contratación, se limita únicamente a la supervisión por parte de la CNEE, para verificar que efectivamente los precios de compra de energía por parte de las distribuidoras se vayan a reconocer en las tarifas, es decir, que reflejen estrictamente las condiciones obtenidas en la licitación que se realizó para el efecto.¹⁵⁵

Es importante notar que el contrato que resulta del proceso de licitación ya descrito, es suscrito entre particulares, lo que implica que en ningún momento el Estado o sus entidades, contraen alguna obligación de pago, supervisión, fiscalización, etc., que devenga de dicho procedimiento, ya que no es parte dentro del contrato que a raíz de ello se genera.

En dichos contratos, los únicos responsables de verificar su estricto cumplimiento, son las entidades distribuidoras, toda vez que son éstas las que directamente se ven afectadas por los posibles incumplimientos de las entidades generadoras adjudicadas. Derivado que el posible incumplimiento de estas últimas pone en riesgo a las distribuidoras, en incumplir con su obligación de tener cubierta su demanda firme a

¹⁵⁵ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 93-96, Ley General de Electricidad, artículo 71.

través de contratos, lo cual es una falta grave y tiene como consecuencia la imposición de una sanción por parte de la CNEE.

En virtud que el cumplimiento de los contratos referidos es competencia exclusiva de las partes, es importante ver que a la CNEE solamente le corresponde velar porque la distribuidora cumpla con tener cubierta la demanda de energía de sus usuarios y que los precios que se trasladen a la tarifa sean aquellos obtenidos en el proceso de licitación.¹⁵⁶

Al respecto, es importante recordar lo que la Sala Quinta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, constituida en Tribunal Constitucional de Amparo, resolvió dentro del Amparo número 01145-2014-66, lo cual es acorde con las respuestas otorgadas por los profesionales entrevistados. En el amparo ya referido, la Sala citó los artículos 1 y 4 de la Ley General de Electricidad, los cuales determinan las atribuciones y funciones de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, las que como órgano técnico se limitan a aquellas relacionadas a las actividades de: generación, transporte, distribución y comercialización de electricidad. Atribuciones entre las cuales no se incluye la construcción de plantas de generación, ni cualquier otra obligación que se derive de la ejecución del contrato PPA, a excepción de la obligación que tiene la CNEE de velar por que el precio que resulte del proceso de licitación sea efectivamente trasladado a la tarifa de los usuarios. Acorde a ello, también es de suma importancia tomar en cuenta la CNEE no está facultada para ordenar a dos entidades privadas que cumplan con la ejecución de un contrato celebrado de índole privado, en el cual la propia CNEE no es parte.

Ahora bien, con relación la modificación de dichos contratos, se puede establecer que la CNEE está obligada a que la modificación se realice en los términos correctos, en el sentido que la modificación que se realice no afecte el objeto propio del contrato y sus condiciones esenciales que puedan posteriormente influir negativamente en la ejecución del mismo. No obstante, es única y exclusiva responsabilidad de las partes

del contrato el cumplimiento del mismo, no así de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, la cual no es parte en estos contratos, respetando siempre, el principio general de competencia, el cual consiste en que a los funcionarios y empleados públicos les está permitido únicamente hacer lo que la ley les faculta, en este caso, las atribuciones contenidas en la Ley General de Electricidad y su Reglamento.

Pregunta tres: ¿Qué elementos o condiciones pactadas en los contratos de compra de energía y potencia no debiesen de ser modificados para respetar los principios de la licitación? Explique.

Código	Categorías (patrones de respuesta con mayor frecuencia)	Frecuencia de mención
1	Los elementos que no se debiesen modificar en los contratos PPA son la cantidad en potencia y energía y el precio del contrato, ya que si uno de éstos dos elementos se modifica, se pondría en riesgo el suministro de los usuarios finales, lo cual vendría a vulnerar el objetivo principal del contrato que es el suministro de energía eléctrica y los principios de la licitación.	6
2	No se debiese modificar cualquier condición que implique el compromiso de nuevas inversiones por parte del vendedor o cualquier condición que contradiga lo que la normativa vigente establece, así como cualquier otra que implique un aumento a la tarifa del usuario del servicio de distribución final.	2

Análisis: Como se evidencia en la tabla anterior, la mayoría de profesionales entrevistados respondieron que los elementos que definitivamente no se debiesen de modificar en los contratos PPA son la cantidad en potencia y energía y el precio del contrato. Asimismo, un licenciado en ciencias jurídicas y sociales manifestó que si uno de estos dos elementos se modificara, se pondría en riesgo el suministro de los usuarios finales, lo cual vendría a vulnerar el objetivo principal del contrato que es el suministro de energía eléctrica. Adicionalmente, dos ingenieros eléctricos entrevistados expresaron que tampoco se debiese modificar cualquier condición que implique el compromiso de nuevas inversiones por parte del vendedor o cualquier condición que contradiga lo que la normativa vigente establece, así como cualquier otra que implique un aumento a la tarifa del usuario del servicio de distribución final.

Primero, es importante recordar que las licitaciones que se realizan para comprar potencia y energía buscan que exista una mayor competitividad para así obtener los

mejores precios, ya que como se mencionó en el capítulo anterior, estos pasan íntegramente a la factura de cada usuario final.

Partiendo de lo anterior, se puede establecer qué elementos de estos contratos sí pueden ser modificados, puesto que no desvirtúan los objetivos mismos de la licitación o vulneran sus principios, no violan los derechos de los participantes o afectan el interés público. Y qué elementos definitivamente no pueden ser cambiados, en virtud que, la modificación de estos transgrediría la verdadera visión, alcances y objetivos del contrato, tales como son las condiciones esenciales del mismo.

Por ello, es de gran importancia la cautela con la que se deben de analizar las posibles modificaciones a los contratos que nacen de las licitaciones, tomando en cuenta que si una compra se realiza por medio de una licitación es porque el monto de la misma es alto, seguido de una serie de principios propios de la licitación que podrían verse afectados o violados si la modificación no se diere en los términos correctos.

En ese sentido, cabe mencionar que al permitir una modificación respecto al plazo, en cuanto al lugar, o en cuanto al precio, puede repercutir de forma negativa en la ejecución del contrato y esto tendría como consecuencia el irrespeto al objeto de la licitación que se realizó para la realización del mismo, lo que conllevaría a la vulneración de principios pilares y guidores del procedimiento en su conjunto.

Aunado a lo ya expuesto, se puede establecer que las modificaciones a los contratos pueden corromper el principio de competencia regido en la licitación, y el cual estuvo presente en la adjudicación inicial. Por ejemplo, al permitir una modificación al monto del contrato, se estaría vulnerando dicho principio, en el sentido que en la medida que el mismo se ejecute y el precio no sea aquél por el que se compitió, no se estaría respetando el precio y por lo tanto las demás ofertas que sí cumplían con los parámetros de precio.

Como consecuencia de lo anterior, la violación al principio de competencia tiende a vulnerar el principio de competencia, ya que los participantes al notar que se realizan modificaciones a los contratos en cualquiera de sus elementos, a sabiendas que ellos cumplían con la totalidad de los requisitos, se abstienen a participar en futuros eventos.

Asimismo, la violación de los principios de competencia y concurrencia consecuentemente vulnera los principios de igualdad y trato justo, en virtud que se le daría preferencia al adjudicado, a pesar de que no está cumpliendo con las condiciones iniciales que se les requirió a todo los participantes, así como los principios de publicidad y transparencia, ya que dichas modificaciones no serían del conocimiento de todos los interesados, ni se realizarían por medio de un procedimiento de carácter público.

La realización de modificaciones, deja abierta la posibilidad a que se creen problemas de índole moral, derivado que ciertos adjudicados pueden solicitar algún cambio al contrato, con el fin de encubrir que desde el inicio no eran capaces de cumplir con los mismos en los términos iniciales. Con ello, no se quiere establecer que la modificación de los contratos no se debería de permitir, más bien, lo que se quiere exponer es que es importante analizar bien las razones de las modificaciones que puedan llegarse a suscitar, así como las condiciones bajo las que se plantean realizar, salvaguardando siempre los principios y objetivos del proceso de licitación y del contrato.

Pregunta cuatro: ¿Considera usted que la Ley General de Electricidad y el ordenamiento jurídico guatemalteco cumplen con los aspectos legales necesarios y suficientes para garantizar el resultado de la contratación de potencia y energía en Guatemala? Explique.

Código	Categorías (patrones de respuesta con mayor frecuencia)	Frecuencia de mención
1	La Ley General de Electricidad y el ordenamiento jurídico sí cumple con los aspectos legales necesarios y suficientes para garantizar el resultado de la licitación y contratación de energía y potencia, puesto que hasta el día de hoy el procedimiento legal ha garantizado sus resultados y cumplido con sus objetivos.	7
2	La Ley General de Electricidad y su Reglamento dan lineamientos muy generales para las licitaciones, dejando libremente en facultad del regulador aprobar las condiciones con las cuales las distribuidoras deben realizar el proceso de licitación, lo cual se torna muy discrecional y puede repercutir en algún momento negativamente en los resultados de la contratación.	1

Análisis: En la presente pregunta, la mayoría de entrevistados consideró que la Ley General de Electricidad y demás ordenamiento jurídico sí cumple con los aspectos legales necesarios y suficientes para garantizar los resultados de la licitación y contratación de energía y potencia, puesto que hasta el día de hoy el procedimiento legal ha alcanzado sus objetivos. Sin embargo, una profesional del derecho manifestó que la Ley General de Electricidad y su Reglamento dan lineamientos muy generales para las licitaciones, dejando libremente en facultad del regulador aprobar las condiciones con las cuales las distribuidoras deben realizar el proceso de licitación, lo cual se torna muy discrecional y puede repercutir en algún momento negativamente en los resultados de la contratación, puesto que el ordenamiento jurídico en el tema de contratación no regula de forma específica la modificación de los contratos. Al respecto, se consideró necesario entrar a analizar esta última respuesta, puesto que se comparte este criterio, en el sentido que hay poca regulación legal en cuanto al proceso de licitación en la Ley General de Electricidad y su Reglamento, y que existe un vacío legal en la legislación ordinaria civil con relación a la modificación de los contratos.

Como primer punto, es importante recordar que el proceso de licitación de carácter privado del que trata el presente documento está normado básicamente en dos artículos de la Ley General de Electricidad y su Reglamento, por lo que resulta imposible que en el contenido de éstos se regulen todos los aspectos del proceso de licitación y sus posibles incidencias, es por ello, que la misma ley faculta a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica para que realice los Términos de Referencia para normar aspectos más específicos de la licitación y ampliar con ello la regulación del proceso mismo, aspectos que para algunos deberían ser regulados de forma legal y no por medio de resoluciones administrativas y con ello evitar la discrecionalidad y crear certeza jurídica.

En cuanto a la contratación de potencia y energía, es necesario tener siempre presente que son contratos de carácter privado, ya que son contratos suscritos entre generador y distribuidor (empresas de capital privado). Por lo que partiendo de esta premisa, y recordando la garantía constitucional de Libertad de Acción y el principio de la Autonomía de la Voluntad, las partes dentro del contrato pueden pactar lo que deseen,

siempre y cuando no sea prohibido por la ley ni contrario al orden público. Y aunque la modificación de los contratos no está normada específicamente en nuestro ordenamiento jurídico como tal, cabe mencionar que tampoco lo prohíbe. Por lo que una vez perfeccionado el contrato, se puede establecer que basta con el consentimiento de las partes para realizar una modificación al mismo.

Desde una perspectiva formal, y sin profundizar en la diferente doctrina que ha estudiado la variabilidad de los contratos, es importante indicar que el legislador nacional hasta el día de hoy, relativo al tema de modificación de contratos en la fase de ejecución, no ha previsto ni decretado normas que respalden dicha contingencia.

La carencia de normas generales y específicas sobre este tema dentro del ordenamiento jurídico, les deja la posibilidad a los juristas a recurrir a normas o mecanismos de complementación que sí existen, para su utilización supletoria, o bien, la aplicación de los principios generales del derecho para llegar a una vía alterna y poder realizarlo respetando la primacía de la ley.

Por lo expuesto anteriormente, se puede concluir que por no estar regulada la modificación de los contratos dentro del marco legislativo guatemalteco, sería idóneo que la modificación de los contratos en mención se contemplara dentro del marco contractual, para que exista un mayor rigor en relación al tema y así evitar que se violen principios derivados de la licitación y los derechos de las partes contractuales.

Pregunta cinco: ¿Qué requisito formal cree usted que se debiese cumplir para realizar una modificación a un contrato de esa índole? Explique.

Código	Categorías (patrones de respuesta con mayor frecuencia)	Frecuencia de mención
1	Los requisitos para realizar una modificación son suficientes y explícitos en los Términos de Referencia y Bases de Licitación, los cuales establecen que debe existir un acuerdo entre las partes (generador y distribuidor) y que no se alteren las condiciones económicas ni vaya en perjuicio de los usuarios.	3
2	Por un lado debe existir acuerdo entre las partes, pero que no basta solo con esto, puesto que siempre se debe de velar porque los elementos esenciales siempre se respeten y no se cambien, así como la aprobación del regulador para garantizar el paso de	5

Análisis: En ésta pregunta, tres ingenieros expresaron que los requisitos para realizar una modificación son suficientes y explícitos en los Términos de Referencia y Bases de Licitación, los cuales establecen que debe existir un acuerdo entre las partes (generador y distribuidor) y que no se alteren las condiciones económicas ni vaya en perjuicio de los usuarios. Mientras que los profesionales del derecho juntamente con un ingeniero consideraron que por un lado debe existir acuerdo entre las partes, pero que no basta solo con esto, puesto que siempre se debe de velar porque los elementos esenciales siempre se respeten y no se cambien, así como la aprobación del regulador para garantizar el paso de costos a la tarifa.

Es importante notar que todos los entrevistados manifestaron que como primer punto debe existir un acuerdo entre las partes, lo cual es evidente. Pero más que reparar en ello, es importante recalcar de cierta forma que, el documento formal más importante en estos contratos son los mismos términos de referencia juntamente con las bases de licitación, puesto que estos son los parámetros que se deben de respetar en la celebración de los contratos PPA. Por lo que, si en dichos documentos no se crean candados en cuanto a la modificación de estos contratos, en el sentido de marcar ciertos límites respecto al tema, dicha contratación sería muy permisiva y por ende, se volvería fácil la modificación en cualquier momento de la ejecución del contrato.

Asimismo, cabe agregar que para que exista mayor certeza jurídica en cuanto al cumplimiento de dichos contratos deberían de celebrarse en escritura pública e incorporar una cláusula de penalización o indemnización tal como lo regula el artículo 1436 del Código Civil.

Ahora bien, al analizar la presente pregunta, de conformidad con todo lo expuesto en el presente trabajo de tesis, se considera que un formalismo que se puede tomar en cuenta para poder modificar dichos documentos, es que se realice de la misma forma en que se llevó a cabo el proceso de licitación, es decir, por medio de un método riguroso similar, con el objeto que esté revestido de los principios de publicidad y transparencia, y únicamente por las razones establecidas en los propios términos de referencia y bases de licitación.

5.2 La modificación de los contratos provenientes de las Licitaciones para compra de energía y potencia en Guatemala.

A lo largo del presente trabajo de investigación, se abordaron una serie de temas importantes que debían de ser analizados previo a concluir lo que se presentará a continuación.

Una vez presentado el contenido de todos los capítulos anteriores, es procedente contestar la pregunta de investigación: ¿En qué casos debe ser permitida la modificación de los contratos provenientes de licitaciones abiertas para la compra de potencia y energía, y en qué casos no? Para aterrizar en una respuesta, se deben de analizar primero tres puntos importantes: a. La legalidad de la modificación; b. La juridicidad de la modificación; y c. La viabilidad de la modificación.

En cuanto a la legalidad, cabe mencionar que pese a no estar regulado expresamente dentro de las leyes decretadas en Guatemala, la modificación de los contratos derivados de licitaciones abiertas es factible y se ha realizado en el pasado. Existe el inconveniente que la ley no establece límites o directrices sobre los aspectos que pueden o no ser modificados, es por ello que, la legislación guatemalteca debería de establecer candados y límites para que los contratos originales se ejecuten como se pactan inicialmente, los cuales se realizan con base a los términos de referencia y bases de licitación, que como se ha venido mencionando, éstos reflejan las necesidades del mercado y del usuarios en ese momento y las proyectadas, es por eso que es de gran importancia que los contratos en mención se realicen tal como se han previsto desde el proceso de licitación.

Asimismo, aquellos aspectos considerados como sustanciales debiesen de estar predeterminados por la ley, por lo que se estima pertinente una modificación a la misma, para que se contemple este tipo de contingencias y así resguardar el respeto a ciertos elementos importantes, para que posteriormente no se puedan cambiar plazos, tipos de generación (renovables y no renovables), cantidad de energía, precios, e incluso cesiones a dichos contratos o se amplíen los alcances de los mismos.

En virtud que existe un vacío legal respecto al tema, la responsabilidad de crear dichos límites ha recaído en la CNEE, institución que realiza la inclusión de dichas limitaciones mediante los Términos de Referencia, que por mandato legal le corresponde emitir a la dicha entidad, Sin embargo, se torna discrecional, porque idealmente la ley debería establecer condiciones invariables de forma expresa, con el propósito de dotar de seguridad y certeza jurídica al contrato.

En la ejecución de los contratos en mención, es de suma importancia que se respeten las condiciones establecidas en los Términos de Referencia y Bases de Licitación, considerando que estos son los rectores del proceso de licitación. Aunado a ello, sería idóneo que en estos instrumentos se plasme qué elementos del contrato definitivamente no pueden ser modificados, derivado de la laguna legal que existe en cuanto a la modificación de contratos se refiere.

Es entonces en la etapa de emisión de los TDR's, que la CNEE puede establecer algún tipo de limitación para impedir que se modifiquen cuestiones que podrían tener como consecuencia el incumplimiento de alguna obligación sustancial que pueda llegar a afectar los objetivos del contrato, tales como la construcción de las centrales de generación prometidas, el inicio de suministro, el tipo de tecnología de generación, los plazos, el precio y todas aquellas condiciones esenciales que en su momento fueron cruciales para la adjudicación del contrato a un agente generador. Asimismo, ha recaído en la CNEE establecer la condición que toda modificación del contrato debe tener aprobación previa de dicha institución, ya que se debe recordar que las facultades que le son expresamente conferidas por la ley, para su actuar en las licitaciones abiertas, son mínimas. Sin embargo, con base en lo que establece la Ley General de Electricidad, con relación a que la CNEE debe proteger al usuario final y en su rol de entidad reguladora del subsector eléctrico, ésta tiene la potestad de incluir en los TDR's cualquier condición que tenga por objeto el velar por que las modificaciones que se realicen no afecten negativamente a los usuarios finales.

Por ser un contrato entre privados se puede modificar todo aquello que la Ley no prohíba y que no esté expresamente prohibido por los TDR's, Bases de Licitación y el contrato suscrito (cuya minuta se incluye en las Bases de Licitación), ya que al

modificar algo prohibido en los TDR's o las Bases, se estarían vulnerando los principios rectores de la licitación y por ende el mandato legal que establece que las compras de energía y potencia deben realizarse mediante dicho procedimiento, puesto que no se estaría respetando la esencia del mismo, no tendría sentido haberlo realizado.

Luego de analizar sobre la legalidad de la modificación de los contratos en mención, la importancia del presente análisis también estriba en la juridicidad de dicha modificación, en el sentido que debe de ir apegado a la ley, a los principios que rigen el proceso de contratación y a los cánones del derecho.

Al respecto, es importante recordar que durante la fase de ejecución de los contratos PPA, siempre existe la posibilidad que se vulneren los principios pilares del proceso de licitación y del derecho general que estén relacionados a este tipo contratación. El respeto al principio de juridicidad básicamente va a depender de qué elementos se van a modificar y la forma en la que se va a realizar dicha modificación, en virtud que como se explicó con anterioridad, existen elementos de estos contratos que sí pueden ser modificados, ya que no desvirtúa los objetivos de la licitación o transgrede sus principios, así como los derechos de los participantes o el interés público, y a su vez, existen otros elementos contractuales que indiscutiblemente no pueden ser cambiados, en virtud que, la modificación de estos desobedecería y transgrediría la verdadera visión, alcances y objetivos del contrato, tales como son las condiciones esenciales del mismo, es decir, aquellos aspectos técnicos y económicos que fueron las razones por las cuales se le adjudicó al respectivo agente generador.

De conformidad con lo expuesto con anterioridad, se ha llegado a la conclusión que no siempre deberían de permitirse modificaciones a este tipo de contratos puesto que los mismos son el reflejo de un proceso de licitación, dotado de principios que deben de ser respetados y se deben de evidenciar hasta la ejecución de dichos contratos. Es por ello, que cuando sí se permitan modificar dichos contratos debe ser basado en dos razones: a. Cuando exista una causa imprevista; y b. Cuando nazcan necesidades nuevas.

Es por lo mismo, que es necesario que el escenario de contratación relativo a los contratos de servicios esenciales, específicamente del que se trata la presente tesis,

debe estar dotado de criterios preestablecidos que determinen cuando se pueden modificar dichos contratos y cuando no, obteniendo con esto conclusiones correctas que respalden la juridicidad de las posibles modificaciones.

Como se mencionó con anterioridad, la modificación a los contratos referidos es legal puesto que la ley no lo prohíbe, pero al decir que es legal no significa que pueda realizarse sin ninguna limitación, ya que hay varios aspectos que se deben de evaluar individualmente y de forma íntegra para saber cuándo procede y cuando no. Se debe de analizar y de aplicar el derecho de forma íntegra, a sabiendas que una modificación si no se da en los términos correctos puede llegar a afectar otra norma, algún derecho o principio, el interés público, etc. Por lo que para realizarlo se deben de tomar en cuenta los objetivos de las licitaciones y definitivamente no se debería modificar ningún elemento que tenga como consecuencia el no cumplimiento de dichos objetivos.

Desde luego, el “Ius Variandi” tiene su razón de ser, pero también debe evitarse cualquier alteración indebida a dichos contratos, por lo que si se establecen las adecuadas previsiones en cuanto a las modificaciones dentro de los mismos contratos, éstos obedecerán siempre sus objetivos mismos y la modificación se tomaría como una excepcionalidad y no como una práctica que por su frecuencia se llegare a convertir en algo habitual, pues de lo contrario nunca tendría sentido la realización de los procesos de licitación.

CONCLUSIONES

- a. El Decreto No. 57-92, Ley de Contrataciones del Estado, está dirigida a la compra, venta y contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requiera exclusivamente el Estado y sus dependencias. La Ley General de Electricidad, Decreto 93-96 y su Reglamento, norman lo relativo a las licitaciones para compra de energía y potencia, la cual está dirigida exclusivamente a agentes distribuidores, quienes son empresas de capital privado, por lo que no se puede regir por la Ley de Contrataciones del Estado, la cual, como se mencionó, va dirigida a específicamente al Estado y sus dependencias.

- b. Las funciones de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, en los procesos de licitación abierta, se restringen básicamente a lo siguiente: 1. Emitir los términos de referencia; 2. Aprobar las bases de licitación emitidas por la Distribuidora; 3. Velar por el estricto cumplimiento de la ley; y 4. Asegurarse que el precio que resulte del procedimiento de licitación, sea efectivamente trasladado a la tarifa de los usuarios finales. La CNEE no tiene dentro de sus funciones el supervisar y fiscalizar la ejecución de los contratos suscritos entre las empresas privadas (generador y distribuidor).

- c. La modificación a los contratos provenientes de las licitaciones para la compra de potencia y energía, no siempre deberían de permitirse puesto que los mismos son el reflejo de un proceso de licitación, dotado de principios que deben de ser respetados y se deben de evidenciar hasta la ejecución de dichos contratos. Es por ello, que cuando sí se permitan modificar dichos contratos debe ser basado en dos razones: 1. Cuando exista una causa imprevista; y 2. Cuando nazcan necesidades nuevas.

RECOMENDACIONES

- a. La legislación ordinaria debería de normar expresamente un proceso de licitación para empresas privadas, puesto que es evidente que es un procedimiento que se está empezando a realizar por entidades de capital privado, por ser éste un método efectivo para la compra de bienes y contratación de servicios, con el objeto que exista mayor certeza jurídica al respecto.
- b. Todos aquellos aspectos considerados como sustanciales para la contratación de potencia y energía, debiesen de estar predeterminados por la ley, es por ello, que se recomiendan reformas a la Ley General de Electricidad y su Reglamento, con el objeto que se contemplen las posibles contingencias que se puedan dar en un procedimiento de licitación como este, y así consecuentemente, se resguarde el respeto a ciertos elementos y condiciones importantes para dicha contratación, para que posteriormente, no se puedan cambiar las bases esenciales tales como plazos, tipo de generación (renovables y no renovables), precios, e incluso cesiones a dichos contratos o se amplíen los alcances de los mismos.
- c. Por no estar regulada la modificación de los contratos dentro del marco legislativo guatemalteco, sería idóneo que siempre se contemplara dentro del marco contractual, para que exista un mayor rigor con relación al tema y así evitar posibles violaciones a los principios de los cuales está revestido el proceso de licitación y los derechos de las partes contractuales.
- d. El *Ius Variandi* tiene su razón de ser, pero también evitarse cualquier alteración indebida a dichos contratos, por lo que si se establecen las adecuadas previsiones en cuanto a las modificaciones dentro de los mismos contratos, éstos obedecerían siempre sus objetivos mismos y la modificación se tomaría como una excepcionalidad y no como una práctica frecuente, que llegare a convertir en algo habitual, pues de lo contrario nunca tendría sentido la realización de los procesos de licitación.

REFERENCIAS

1. Bibliográficas.

- 1.1. Aguilar Guerra, Vladimir Osman, Derecho de Obligaciones. Guatemala, Serviprensa, S.A., 2006, tercera edición, 220 págs. totales.
- 1.2. Álvarez Pérez, André Plinio, El Sistema de Guatecompras y la violación legal que provoca en contra del Decreto 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado, Guatemala, 2008, tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 155 págs. Totales.
- 1.3. Amenós Alámo, Juan y otros, Manual de Derecho Administrativo, una perspectiva desde los ordenamientos jurídicos de Guatemala y España. Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 2002, 299 págs. totales.
- 1.4. Arévalo Alvizures, Marlon Alexander, Propuesta para el control de la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa, Guatemala, 2006, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala.
- 1.5. Barrera, Rodolfo Carlos, Principios de derecho administrativo, Texas, 1980, Editorial Ábaco de Rodolfo, 288 págs. Totales.
- 1.6. Barrero Rodríguezm C., La Resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2012, 130 págs. totales.
- 1.7. Barraza, Javier Indalecio, Manual de derecho Administrativo, 2005, Argentina, 456 Págs totales.
- 1.8. Bercaitz, Miguel Ángel, Teoría general de los contratos administrativos, Editorial Depalma, 1952, 421 págs. totales.
- 1.9. Bernard, Mainar Rafael, Curso de Derecho Privado Romano Venezuela, 2006.
- 1.10. Bielsa, Rafael, El problema de la descentralización administrativa, Argentina, J. Lajouane & CÍA, 1935, 109 págs. Totales.
- 1.11. Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario jurídico elemental, Editorial Heliasta S.R.L., 1993, undécima edición.
- 1.12. Calderón M., Hugo Haroldo, Derecho Administrativo Parte General, Guatemala, Editorial Orión, 2006, novena edición, 310 págs. totales.

- 1.13. Castillo Castillo, María Liliana, Principio de la Moralidad Administrativa, propuesta jurisprudencial para la protección contra la corrupción, Colombia, Universidad de San Buenaventura, 2013.
- 1.14. Castillo González, Jorge Mario, Derecho Administrativo guatemalteco, Guatemala, 2008, 958 págs. totales.
- 1.15. Cifuentes Rivas, Américo Wotzbelli, Introducción al Derecho Administrativo guatemalteco, Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1963, 80 págs. totales.
- 1.16. Contreras Ortiz, Rubén Alberto, Obligaciones y negocios jurídicos civiles (parte general), Guatemala, Editorial Serviprensa, S.A., 2007.
- 1.17. Correa Isabel, Manual de licitaciones públicas, Chile, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social – ILPES, 2002.
- 1.18. Debroy Chinchilla, Byron Oswaldo, La necesidad de reformar la normativa 1851 del Código Civil, referente a la rescisión en la compraventa, Guatemala, 2007, Facultad de ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala.
- 1.19. Díez Calzada, J.R., Comentarios al nuevo Régimen de modificación de los Contratos del Sector Público, Contratación Administrativa Práctica, núm. 112, 2011, 245 págs. totales.
- 1.20. Echeverría S., Buenaventura, Derecho constitucional guatemalteco, Guatemala, Tipografía nacional, 2009, 657 págs. totales.
- 1.21. Flower, Richard J., Electricidad: principios y aplicaciones, España, Editorial Reverté, 1994.
- 1.22. Fernández Astudillo, J.M., Contratación Pública. Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público, volumen 2, Bosch, Barcelona, 2008, 191 Págs. Totales.
- 1.23. Fuentes Pascual, Ramón y Carmen Martínez Mora, Introducción a la economía, España, Editorial Club Universitario, 2001, segunda edición.
- 1.24. Gallego Córcoles, I. ¿Qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público?, Contratación Administrativa Práctica, núm. 110, 2011, 69 Págs. totales.

- 1.25. Gámez Higüeros, Norman Scott, La subcontratación del servicio de medición de calidad de energía de la Empresa de Transporte y Control de Energía Eléctrica – ETCEE- como una alternativa de menor costo para ejecutar actividades secundarias de la sección de protecciones, Guatemala, 2007, Facultad de Ciencias Económicas, Maestría en Administración Financiera.
- 1.26. Gernigón, Bernard y otros, Principios OIT sobre el Derecho de Huelga, Suiza, Oficina Internacional del Trabajo en Ginebra, 1998.
- 1.27. GIFREU, JUDITH, Manual de derecho administrativo: una perspectiva desde los ordenamientos jurídicos de Guatemala y España, 2002, España, 120 Págs. totales.
- 1.28. Gimeno Feliú, José María, La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable, España, 2013.
- 1.29. Godínez Bolaños, Rafael, “Sistemas de Organización en la Administración Pública”. Facultad de Derecho USAC, Guatemala, 1992.
- 1.30. González Escobar, Karina Beatriz, La aplicación de la ley de lo contencioso administrativo, en materia de recursos administrativos, en las entidades descentralizadas y autónomas de Guatemala, Guatemala, URL, 2002, 143 Págs. totales.
- 1.31. González Mazariegos, Irvin Artur, Diseño del Montaje Electromecánico de un Banco de Transformación de 195MVA, 230/69/13.8kV, a desarrollarse en la Subestación de Guatemala Sur, de la Institución ETCEE-INDE, Guatemala, Universidad San Carlos de Guatemala.
- 1.32. Henry Ayuau, Leslie Jennifer, Principios de la Ley General de Electricidad y su Reglamento, Guatemala, 2011, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar.
- 1.33. Instituto de Desarrollo y Administración Unicipal, El procedimiento de contratación por licitación pública, Guatemala, Asies.
- 1.34. Logan Pacheco, Christel Marie, Régimen jurídico aplicable a la actividad de generación de energía eléctrica en el ordenamiento jurídico guatemalteco, 2008, Guatemala, Universidad San Carlos de Guatemala.

- 1.35. López Contreras, Rony Eulalio, La reparación del daño a la víctima del delito. Guatemala, Imprenta y litografía Nelli, segunda edición, 183 págs. totales.
- 1.36. Mairal A., Héctor, Licitación Pública: Protección jurídica de los oferentes, Ediciones Depalma, 1975, 155 págs. totales.
- 1.37. Medeck, María Laura, Licitación Pública, Página 8.
- 1.38. Miller G., Tyler, Ecología y Medio Ambiente, México, Editorial Iberoamérica, 1994
- 1.39. Mogollón Vargas, Yohanna Marleni, Análisis del procedimiento para adjudicar contratos de obra regulado en la ley de contrataciones del Estado (Decreto 57-92 del Congreso de la República) y su reglamento, 2006, Guatemala, Universidad Rafael Landivar, 79 págs. totales.
- 1.40. Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL-, “Mercado Eléctrico Regional: Contratos PPA en El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua”, 2001, 78 páginas totales.
- 1.41. Ossorio, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Guatemala, Destascan.
- 1.42. Oviedo Albán, Jorge, y otros, “Contratos; teoría general, principios y tendencias”, 2ª edición, 2011, Grupo Editorial Ibanez, Colombia, 505 págs. totales.
- 1.43. Ramos Florian, Ilvia Isabel, Estudio jurídico del ente operador del mercado mayorista de electricidad, Guatemala, 2007, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala.
- 1.44. Rivera Zamora, Willian Julio Bernardo, Necesidad de un procedimiento específico para el proceso contencioso administrativo de lesividad de los contratos administrativos”, Guatemala, 2013, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala.
- 1.45. Roldán Viloría, José, Fuentes de Energía; instalaciones eólicas, instalaciones solares térmicas, instalaciones fotovoltaicas, consejos para economizar energía, España, Learning Paraninfo, S.A., 2008.
- 1.46. Salva, Vicente, Nuevo Diccionario de la Lengua Castellana, París, 1847.
- 1.47. Sobre Casas, Roberto P., Los contratos en el mercado eléctrico, Argentina, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003, 413 Págs. Totales.

- 1.48. Suárez Salazar, Carlos, Metodología en el desarrollo de concursos de obra pública federal; incluyendo sugerencias de la conducción, evaluación de propuestas y cambios fiscales de enero del 2002, México, Editorial Limusa, S.A., de C.V. Grupo Noriega Editores, 2002.
- 1.49. Thumann, Albert, y Eric Woodrof, Energy Project Financing, Resources and strategies for succes, 2009, The Fairmont Press, Inc, UK, 462 páginas totals.

2. **Normativas.**

- 2.1. Administrador del Mercado Mayorista, Resolución 157-10, Norma de Coordinación Comercial No.13, numeral 13.1.
- 2.2. Asamblea Nacional Constituyente de 1985, Constitución Política de la República de Guatemala.
- 2.3. Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Resolución CNEE-12-2013.
- 2.4. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 57-92, “Ley de Contrataciones del Estado”.
- 2.5. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 93-96, “Ley General de Electricidad”.
- 2.6. Congreso de la República de Guatemala, Reglamento número 1056-92, “Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 2.7. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 119-96, Ley de lo Contencioso Administrativo.
- 2.8. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número Código de Comercio.
- 2.9. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 114-97, Ley del Organismo Ejecutivo.
- 2.10. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 106, Código Civil.
- 2.11. Corte de Constitucionalidad, Gaceta 101, expediente 542-2011, sentencia 20-7-2011.
- 2.12. Ministerio de Finanzas Públicas, Acuerdo ministerial número 24-2010, “Normas de transparencia en los procedimientos de compra o contratación pública”.
- 2.13. Ministerio de Finanzas Públicas, Sistema Guatecompras, Guía básica registrar el plan anual de compras”.

- 2.14. Ministerio de Finanzas Públicas, Resolución 30-2009, Normas para el uso del sistema de información de contrataciones y adquisiciones del estado -Guatecompras-.
- 2.15. Ministerio de Finanzas Públicas, Resolución 11-2010.
- 2.16. Presidente de la República de Guatemala, Acuerdo Gubernativo número 256-97, “Reglamento de la Ley General de Electricidad”.
- 2.17. Presidente de la República de Guatemala, Acuerdo Gubernativo número 299-98, “Reglamento del Administrador del Mercado Mayorista”.
- 2.18. Presidente de la República de Guatemala, Acuerdo Gubernativo No. 382-2006, Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Energía y Minas, artículo 15.
- 2.19. Sala Quinta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo Constituida en Tribunal Constitucional de Amparo, 01145-2014-66.

3. **Electrónicas.**

- 3.1. Academia, Marquez, Santoyo G., Licitación pública y privada, Disponible en: https://www.academia.edu/4425475/LICITACION_PUBLICA_Y_PRIVADA.
- 3.2. Amm, Administrador del Mercado Mayorista, Historia, Guatemala, Disponible en: http://www.amm.org.gt/portal/?page_id=17#.
- 3.3. Bcie, Banco Centroamericano de Integración Económica, Normas para la Aplicación de la Política para la Obtención de Bienes y Servicios Relacionados, y Servicios de Consultoría, con Recurso del Banco Centroamericano de Integración Económica, Disponible en: <http://www.bcie.org/uploaded/content/category/1658926203.pdf>.
- 3.4. Cnee, Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Boletín de Prensa, Guatemala, Disponible en: <http://www.cnee.gob.gt/xhtml/prensa/Boletin%20Jaguar%20Energy.pdf>.
- 3.5. Cnee, Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Gerencia de Proyectos, Guatemala, Disponible en: http://www.cnee.gob.gt/wp/?page_id=1168.
- 3.6. Cnee, Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Grandes Usuarios, Guatemala, 2009, Disponible en: <http://www.cnee.gob.gt/xhtml/informacion/grandes-usuarios/2%20Demanda%20Firme.pdf>.
- 3.7. Cnee, Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Informe Central Térmica Jaguar año 2009, Guatemala, 2009, Disponible en: <http://www.cnee.gob.gt/PlanesExpansion/Docs/Informe%20Central%20EI%C3%A9ctrica%20Jaguarweb.pdf>.

- 3.8. Cnee, Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Informe de Gestión 1997-2002, Guatemala, 2002, Disponible en: <http://www.cnee.gob.gt/xhtml/memo/informe-labores97-2002.pdf>.
- 3.9. Cnee, Comisión Nacional de Energía Eléctrica, “Licitación Abierta PEG-1-2010”, Guatemala, 2010, Disponible en: <http://www.cnee.gob.gt/PEG/Docs/RondasSucesivas.pdf>.
- 3.10. Cnee, Comisión Nacional de Energía Eléctrica, “Licitación Abierta PEG-2-2012”, Guatemala, 2012, Disponible en: <http://www.cnee.gob.gt/PEG/Docs/Boletin%20PEG2%20Final.pdf>.
- 3.11. Cnee, Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Licitación Abierta PEG-3-2013, Guatemala, 2013, Disponible en: <http://www.cnee.gob.gt/PEG/PEG3-2013.html>.
- 3.12. Cnee, Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Monitoreo del Mercado, Guatemala, 2015, Disponible en: http://www.cnee.gob.gt/xhtml/informacion/wp_monitoreo-mercado.html.
- 3.13. Cnee, Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Planes de Expansión, Guatemala, Disponible en: <http://www.cnee.gob.gt/pet/Docs/PET%20esp.pdf>.
- 3.14. Contratodeobras, Fusco Consulting, Asesoramiento Jurídico en Contratación Pública, 2012, Disponible en: <http://contratodeobras.com/tema-18-modificacion-y-suspension/>.
- 3.15. Copia-oculta, Peralta, Ramón D., *Power Purchase Agreement*, Ingeniería Financiera Eólica, Argentina, 2014, Disponible en: <http://www.copia-oculta.org/2014/06/ppa-power-purchase-agreement-ingenieria.html>.
- 3.16. Correa, Isabel, Books-google, Manual de Licitaciones Públicas, Chile, 2002, Disponible en: <https://books.google.com.gt/books?id=3kAEfCxdBg8C&pg=PA19&dq=principios+licitacion+publica&hl=es-419&sa=X&ei=GYRsVbSMMozhsASN8oFw&ved=0CDsQ6AEwBg#v=onepage&q=principios%20licitacion%20publica&f=false>.
- 3.17. Definiciónabc, Definición abc, Definición de Energía Eléctrica, Disponible en: <http://www.definicionabc.com/tecnologia/energia-electrica.php>.
- 3.18. Definición-abc, Definición de contrato privado, Disponible en: <http://www.definicionabc.com/general/contrato-privado.php>.
- 3.19. Derecho-ucsm, De La Puente y Lavalle, Manuel, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Santa María-Arequipa, El Contrato en General, Perú, Disponible en: <http://derecho-ucsm.org/wp-content/uploads/2013/08/el-contrato-en-general.pdf>.
- 3.20. Eegsa, Empresa Eléctrica de Guatemala, Historia, Guatemala, Disponible en: <http://www.eegsa.com/historia>.
- 3.21. Enciclopedia-Jurídica, Enciclopedia Jurídica, Licitación Privada, 2014, Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/licitaci%C3%B3n-privada/licitaci%C3%B3n-privada.htm>.

- 3.22. Usal, Quintela, F.R. y otros, Términos sobre energía eléctrica del Diccionario de la Real Academia Española, Universidad de Salamanca, España, Disponible en: <http://electricidad.usal.es/Principal/Circuitos/Descargas/TerminosEnergia.pdf>.
- 3.23. Galeon, Echeverría, Claudia, Clasificación de los contratos, Disponible en: <http://claudiaechevarria.galeon.com/cvtae1808036.html>.
- 3.24. Eegsa, Empresa Eléctrica de Guatemala, *Historia*, Guatemala, Disponible en: <http://www.eegsa.com/historia>.
- 3.25. Geocities, Bufete Jurídico Hernández Mejía, Clasificación de los contratos, Disponible en: <http://www.geocities.ws/derechocivil09/pages/clasifi.html>.
- 3.26. Gestipolis, Lira Ubidia, Celia, Teoría de los contratos públicos y administrativos, Perú, Disponible en: <http://www.gestipolis.com/recursos/documentos/fulldocs/eco1/contrapublico.htm>
- 3.27. Google-Books, Abella Poblet, Manuel, Código de Administración Local, España, 2007, Disponible en: <https://books.google.com.gt/books?id=ncemmYv5bLqC&pg=PA504&dq=contrato+s+privados+por+la+administracion+publica&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwiho6i8t6rKAhXEkh4KHQY1AusQ6AEIGjAA#v=onepage&q=contratos%20privados%20por%20la%20administracion%20publica&f=false>.
- 3.28. Google-Books, Claro Solar, Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Volumen VI, Chile, 1979, Disponible en: https://books.google.com.gt/books?id=v_hLjHPsemIC&pg=PA593&dq=objeto+licito&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwjDzo3umqPKAhUHIR4KHdY-CXAQ6AEIGjAA#v=onepage&q=objeto%20licito&f=false.
- 3.29. Gordillo, Gordillo, Agustín, Licitación Pública, Argentina, Disponible en: http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo12.pdf.
- 3.30. Guatecompras, Sistemas de adquisiciones y contrataciones del Estado de Guatemala, base legal y normativa, Guatemala, encontrado en Internet en: <http://www.guatecompras.gt/info/legislacion.aspx>.
- 3.31. Jcyl, "Modificación de contratos públicos", España, 2012, Encontrado en página web en: <http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/23/228/Gris%20Gonzalez-Contratos%20del%20Sector%20P%C3%BAblico.pdf?blobheader=application%2Fpdf%3Bcharset%3DUTF-8&blobheadername1=Cache-Control&blobheadername2=Expires&blobheadername3=Site&blobheadervalue1=no-stor>.
- 3.32. Madrid-Org, Comunidad de Madrid, Gimeno Feliú, D. José María, Modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable, España, 2013, Disponible en: http://www.madrid.org/ccmadrid/images/adjuntos/segundaponencia_modificacin_contratos_gimeno_feli.pdf.
- 3.33. Mem, Ministerio de Energía y Minas, Índice de Cobertura Eléctrica, Guatemala, 2013, Disponible en: <http://www.mem.gob.gt/wp-content/uploads/2015/05/Cobertura-EI%C3%A9ctrica-2013.pdf>, Fecha de

- consulta: 6 de diciembre de 2015. Mem-gob, Ministerio de Energía y Minas, Visión y Misión, Guatemala, Disponible en: <http://www.mem.gob.gt/quienes-somos/vision-y-mision/>.
- 3.34. Oscar Londero, Londero, Oscar, Derecho Civil III – Contratos, Argentina, Disponible en: <http://www.oscarlondero.com.ar/Curso/1/Tercero/civil/efectos.htm>.
 - 3.35. Osce, Salazar Chavez, Ricardo, Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, Introducción a la Contratación Estatal, Perú, Disponible en: [http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m1\(2\).pdf](http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m1(2).pdf).
 - 3.36. Prezi, Osorio Yepes, Miguel Ángel, Generación de la Energía Eléctrica, 2014, Disponible en: <https://prezi.com/fzwbaqw-367p/generacion-de-la-energia-electrica/>.
 - 3.37. Puc-cl, Fierro G. Adolfo, Gabriela Vargas M., Pontificia Universidad Católica de Chile, Licitaciones en transmisión troncal ¿eficiencia económica?, Chile, Disponible en: <http://web.ing.puc.cl/power/alumno06/LicitaTroncal/mono.html>.
 - 3.38. Quetzalingenieria-es, Isaac Torregrosa Cecilia, Contratos PPA Energéticos, España, 2014, Encontrado en: <http://blog.queztingenieria.es/contratos-ppa-energeticos/>.
 - 3.39. Rae-es, Real Academia Española, Dolo, España, Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=48VL7N2msDXX2GDdG8mT>.
 - 3.40. Rae, Real Academia Española, Licitar, Disponible en: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=TFrH0jAlrDXX2FNFBxM2>.
 - 3.41. Rae, Real Academia Española, Licitación, Disponible en: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=licitaci%F3n>.
 - 3.42. Rae-es, Real Academia Española, Simulación, España, Disponible en: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=simulaciones>.
 - 3.43. Slideshare, Quijano Valdéz, Jorge, Licitación Privada, 2009, Disponible en: <http://es.slideshare.net/ArqRicardoLopez1/licitacin-privada>.
 - 3.44. Slideshare, Julio Inocencio Meléndez, Del porqué la Seguridad Jurídica Contractual y la Eficacia del Contrato Depende de la Adecuada Estructuración Que Hace el Jurista de los Contratos Públicos y Privados, Colombia, 2006, Disponible en: <http://es.slideshare.net/INOCENCIOMELENDEZJUL/la-formacion-y-la-forma-del-contrato-diferencias-entre-el-contrato-civil-comercial-y-el-contrato-estatal-en-colombia-inocencio-melendez-julio>.
 - 3.45. Tns2-2012, Licitación abierta TNS2-2012, Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, Primera Reunión Informativa, Guatemala, 2013, Disponible en: <http://www.tns2-2012.gt/web/PresentacionInformativa/Primera%20Reuni%C3%B3n%20Informativa%20TNS2-2012.pdf>.
 - 3.46. Ugarte, Pedro, Books-google, Léxico de la Política, Legalidad, México, 2000, Disponible en: https://books.google.com.gt/books?id=QK79r_mPPG8C&pg=PA389&dq=principi

[o+de+legalidad&hl=es-419&sa=X&ei=N98aVf7ALo6syAT37IHwAw&ved=0CCEQ6AEwAQ#v=onepage&q=principio%20de%20legalidad&f=false.](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/7/dtr/dtr3.pdf)

- 3.47. Unam, Chávez Asencio, Manuel F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Capacidad, México, Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/7/dtr/dtr3.pdf>.
- 3.48. Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, El Contrato Administrativo, México, Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1920/11.pdf>.
- 3.49. Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas, El Principio de Legalidad, México, Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/22/9.pdf>.
- 3.50. Usal, Quintela, F.R. y otros, Términos sobre energía eléctrica del Diccionario de la Real Academia Española, Universidad de Salamanca, España, Disponible en: <http://electricidad.usal.es/Principal/Circuitos/Descargas/TerminosEnergia.pdf>.

Otras Referencias.

CD-ROM

1. Ossorio, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, CD ROM, Guatemala, 2000.

Revistas

1. Gris González, Juan Carlos, La modificación de los contratos del sector público, *Revista Jurídica de Castilla y León*, Número 28, 2254-3805, España, 2012, 35 págs. totales.

Entrevistas

1. Aldana Quiroa, Oscar Arnoldo, Jefe de Departamento de Planificación de Proyectos de la Gerencia de Proyectos Estratégicos, Entrevista realizada el 12 de febrero de 2016.
2. Argueta Monterroso, José Rafael, Gerente de la Gerencia de Proyectos Estratégicos de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Entrevista realizada el 12 de febrero de 2016.

3. García Alvarado, Lesly Mayté, Asesora Jurídica, Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Entrevista realizada el 12 de febrero de 2016.
4. Herrera Bejarano, David Estuardo, Gerente Jurídico de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Entrevista realizada el 12 de febrero de 2016.
5. Martínez Rodas, Ingrid Alejandra, Jefe del Departamento de Calidad, Estudios y Normas de Seguridad de Presas de la Gerencia Jurídica de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Entrevista realizada el 12 de febrero de 2016.
6. Moscoso Lira, Fernando Alfredo, Gerente de Mercado de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Entrevista realizada el 12 de febrero de 2016.
7. Ramírez Poggio, Elena Michelle, Jefe de Tarifas y Contrataciones de la Gerencia Jurídica de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Entrevista realizada el 12 de febrero de 2016.
8. Tol Mendez, José Carlos, Analista de Mercado Eléctrico Regional de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Entrevista realizada el 12 de febrero de 2016.

ANEXO

Formato Entrevista

1. ¿Explique por qué la forma en la que están redactados los contratos para la compra de potencia y energía cumple o no con sus objetivos?
2. ¿Cuáles son las funciones/facultades de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica en la fase de ejecución de los Contratos PPA?
3. ¿Qué elementos o condiciones pactadas en los contratos de compra de energía y potencia no debiesen de ser modificados para respetar los principios de la licitación? Explique.
4. ¿Considera usted que la Ley General de Electricidad y el ordenamiento jurídico guatemalteco cumplen con los aspectos legales necesarios y suficientes para garantizar el resultado de la contratación de potencia y energía en Guatemala? Explique.
5. ¿Qué requisito formal cree usted que se debiese cumplir para realizar una modificación a un contrato de esa índole? Explique.