

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

"ANÁLISIS DEL CONTRATO DE COMPRA POR EXCEPCIÓN REGULADO EN LA LEY DE
CONTRATACIONES DEL ESTADO A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES
ANTICORRUPCIÓN"
TESIS DE GRADO

ESTUARDO EMILIO JOSÉ MARROQUÍN HERNÁNDEZ
CARNET 11719-08

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, MAYO DE 2018
CAMPUS CENTRAL

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

"ANÁLISIS DEL CONTRATO DE COMPRA POR EXCEPCIÓN REGULADO EN LA LEY DE
CONTRATACIONES DEL ESTADO A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES
ANTICORRUPCIÓN"
TESIS DE GRADO

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

POR
ESTUARDO EMILIO JOSÉ MARROQUÍN HERNÁNDEZ

PREVIO A CONFERÍRSELE
LOS TÍTULOS DE ABOGADO Y NOTARIO Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, MAYO DE 2018
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: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN
DIRECTOR DE CARRERA: MGTR. JUAN FRANCISCO GOLOM NOVA
DIRECTORA DE CARRERA: MGTR. ANA BELEN PUERTAS CORRO

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

LIC. WENDY MARCELA RIVAS LOPEZ

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

LIC. ERIC EDILBERTO MEZA DUARTE



LORDEN
CORPORACIÓN

TODA SOLUCIÓN TIENE UN PLAN PERFECTO

Guatemala, 23 de marzo de 2018.

Honorable Consejo de la
Faculta de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Presente.

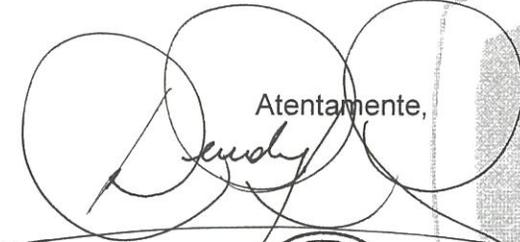
Estimados Miembros del Consejo:

Respetuosamente me dirijo a ustedes con el objeto de hacer de su conocimiento que he concluido con la revisión de forma y de fondo de la Tesis que me fuera remitida por dicha facultad respecto del alumno **ESTUARDO EMILIO JOSÉ MARROQUÍN HERNÁNDEZ**, con carné número 1171908, cuya tesis de graduación se titula: "ANÁLISIS DEL CONTRATO DE COMPRA POR EXCEPCIÓN REGULADO EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO A LUZ DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES ANTICORRUPCIÓN".

En virtud de lo anterior, procedo a dar el **DICTAMEN FAVORABLE** al respectivo contenido de tesis, toda vez que ya fueron atendidas por el alumno las correcciones señaladas, de conformidad con lo establecido en el Instructivo para la Elaboración de Tesis de Graduación de dicha facultad.

Sin otro particular, me pongo a sus órdenes para cualquier otra información que pudiesen necesitar.

Atentamente,




Nota: La nueva dirección de Corporación Lorden S.A. es 16 Calle 4-53 zona 10, Edificio Marbella, Nivel 4 Oficina 4-E y los nuevos teléfonos son: 23663771 y 23664583

Guatemala, 8 de mayo de 2018

Honorable Consejo Directivo

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad Rafael Landívar

Ciudad

Honorable Consejo:

En cumplimiento de la designación recaída en mi persona, me es grato rendir, por este medio, el informe final de mi labor de revisión de forma y fondo del trabajo de tesis del estudiante HUGO ESTUARDO JOSE MARROQUIN HERNÁNDEZ, desarrollado bajo el título ANÁLISIS DEL CONTRATO DE COMPRA POR EXCEPCIÓN REGULADO EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES ANTICORRUPCIÓN.

El trabajo de tesis ha sido dividido en cinco capítulos, así: la Administración Pública, la Contratación Administrativa, las Modalidades de Contratación Administrativa en Guatemala, la Compra por Excepción Frente a los Stándares Anticorrupción y, finalmente, Análisis y Discusión de Resultados. En cada uno de dichos apartados el autor aborda con fortuna la temática respectiva, haciendo acopio de un apropiado bagaje bibliográfico que le da una sólida sustentación doctrinaria a su exposición.

En su trabajo, el estudiante Marroquín Hernández se refiere a la Convención Interamericana Anticorrupción que fue abierta a firma el 29 de marzo de 1996, en Caracas, Venezuela, durante la Conferencia Especializada sobre el Proyecto de Convención Interamericana contra la Corrupción. Tal Convención fue signada por Guatemala el 4 de junio de 1996 y aprobada por el Congreso de la República mediante Decreto 15-2001. Por las fechas que se mencionan, cabe resaltar desde cuándo viene gestándose aún en el campo internacional, el propósito de combatir el fenómeno que tanto preocupa a los diferentes sectores de la sociedad guatemalteca.

En el apartado de conclusiones y recomendaciones, el autor plantea las que a su juicio serían las apropiadas en relación con el tema que trata en su tesis. Me parece que en ellas radica la parte toral de su ensayo jurídico administrativo.

En conclusión, permítaseme expresar mi opinión favorable para que el trabajo de tesis del señor Marroquín Hernández sea admitido para los efectos de su graduación profesional.

Atentamente,



Eric Meza Duarte

Catedrático de Derecho Administrativo

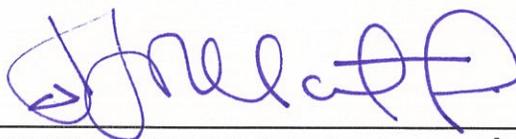
Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante ESTUARDO EMILIO JOSÉ MARROQUÍN HERNÁNDEZ, Carnet 11719-08 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07257-2018 de fecha 17 de mayo de 2018, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"ANÁLISIS DEL CONTRATO DE COMPRA POR EXCEPCIÓN REGULADO EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES ANTICORRUPCIÓN"

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADO Y NOTARIO y el grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 17 días del mes de mayo del año 2018.



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

AGRADECIMIENTOS:

- A Dios: Al todo poderoso por ser mí guía y fortalecerme en los buenos y malos momentos para alcanzar mis metas. Para él es la gloria.
- A mis Padres: Hugo Estuardo Marroquín Urizar y Rosemary Hernández Barzanallana. Por su apoyo y amor incondicional en todo momento, quienes han sido fuente de inspiración en mi vida, gracias a ustedes soy quien soy. Los quiero mucho.
- A mis Abuelos: Borneo Roberto Hernández Varela, Rose Mary Barzanallana Solórzano, Hugo José Emilio Marroquín Escobar (QEPD) y Rebeca Amparo Urizar Soto (QEPD). Por el inmenso amor, consejos y apoyo durante sus vidas, quienes me han inspirado a ser una mejor persona.
- A mi Novia: María Camila Bendfeldt Estrada. Por el apoyo incondicional y amor brindado durante esta etapa final de la carrera que me ha inspirado a seguir adelante.
- A mis Amigos: Sergio Morales, Erick Chavac, María Alejandra Chuy, María Fernanda Mejía, Michelle Ortíz, Mildred Almengor, Alejandro Samayoa, Rafael Flores, Héctor Rubio, Ronald Portillo, Juan Diego Vargas, Arturo Pichardo, Adrián Guirola, Carlos Moscoso, Luís Pedro Guerra y Gustavo Castro por todos los buenos momentos y su incondicional amistad.
- A mis maestros: Licenciados Gustavo Adolfo Monroy Mazariegos y Omar Barrios Osorio por sus enseñanzas profesionales y personales, por creer en mi persona y sus valiosos consejos.

Responsabilidad: “El Autor será el único responsable de contenidos y conclusiones de la tesis.”

ÍNDICE

RESUMEN EJECUTIVO	1
INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO I. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	5
1.1 EL ESTADO Y SU FORMA DE ORGANIZACIÓN.	5
1.1.1 EL ESTADO	5
1.1.2 FORMAS TERRITORIALES DEL ESTADO	7
1.1.3 GOBIERNO Y SUS FORMAS O SISTEMAS	7
1.2. ADMINISTRACIÓN	8
1.2.1 CONCEPTO Y DEFINICIÓN	8
1.3 LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.	9
1.3.1 CONCEPTO Y DEFINICIÓN	9
1.3.2 ELEMENTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	13
1.3.3 PRINCIPIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	18
1.4 SISTEMAS DE GOBIERNO EN GUATEMALA	23
1.4.1 SISTEMA REPUBLICANO	24
1.4.2 SISTEMA DEMOCRÁTICO	25
1.4.3 SISTEMA REPRESENTATIVO	25
CAPÍTULO II. LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	26
2.1 EL DERECHO DE OBLIGACIONES	26
2.1.1 TEORÍAS QUE EXPLICAN A LAS OBLIGACIONES	31

2.2 EL NEGOCIO JURÍDICO	33
2.2.1 CLASIFICACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS	33
2.2.2 REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DEL NEGOCIO JURÍDICO	34
2.2.3 VICIOS DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD	35
2.2.4 NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO	36
2.2.5 MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES	36
2.2.6 CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES	37
2.2.7 INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES	37
2.2.8 TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES	37
2.2.9 EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES	38
2.2.10 FUENTES DE LAS OBLIGACIONES	38
2.3 CONTRATOS	38
2.4 CLASES O CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS	41
2.5 LA CONTRATACIÓN CIVIL	46
2.6 LA CONTRATACIÓN MERCANTIL	47
2.7 DIFERENCIAS ENTRE LAS OBLIGACIONES MERCANTILES Y LAS CIVILES	49
2.8 LA CONTRATACIÓN BANCARIA	50
2.8.1 NOCIONES GENERALES DEL DERECHO BANCARIO	50
2.8.2 PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN BANCARIA	51
2.8.3 CLASIFICACIÓN DE LOS BANCOS	51
2.8.4 CONTRATOS BANCARIOS MÁS IMPORTANTES Y COMUNES	52

2.9 LA CONTRATACIÓN LABORAL	52
2.9.1 EL CONTRATO DE TRABAJO	52
2.9.2 EL CONTRATO Y LA RELACIÓN DE TRABAJO	54
2.9.3 ELEMENTOS GENERALES DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO	54
2.9.4 ELEMENTOS ESPECIALES DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO	55
2.9.5 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO	55
2.10 LA CONTRATACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA NOTARIAL	56
2.10.1 DEFINICIÓN DE DERECHO NOTARIAL	56
2.10.2 PRINCIPIOS DEL DERECHO NOTARIAL	56
2.10.3 INSTRUMENTO PÚBLICO	57
2.10.4 LA ESCRITURA PÚBLICA	57
2.10.4.1 PARTES DE LA ESCRITURA PÚBLICA	58
2.11 LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	58
2.11.1 EL CONTRATO ADMINISTRATIVO	58
2.11.2 ANTECEDENTES	58
2.11.3 ELEMENTOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO	61
2.11.4 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO	63
2.11.5 CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	65

CAPÍTULO III: MODALIDADES DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN GUATEMALA	66
3.1 OBJETO Y ESTRUCTURA DE LA LEY	66
3.1.1 OBJETO DE LA LEY	66
3.1.2 ESTRUCTURA DE LA LEY	68
3.2 LICITACIÓN	69
3.2.1 DEFINICIÓN	69
3.2.2 NATURALEZA JURÍDICA	70
3.2.3 REGULACIÓN LEGAL	70
3.2.4 APLICACIÓN DE SUPUESTOS LEGALES DE LA LICITACIÓN EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO	70
3.2.4.1 JUNTAS DE LICITACIÓN	70
3.2.4.2 INTEGRACIÓN DE LAS JUNTAS DE LICITACIÓN	71
3.2.4.3 EXCUSAS, IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES PARA SER PARTE DE LAS JUNTAS DE LICITACIÓN	72
3.2.4.4 MONTO	75
3.2.4.5 DOCUMENTOS	75
3.2.4.6 REQUISITOS DE LAS BASES DE LICITACIÓN	76
3.2.5 PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN	77
3.3 COTIZACIÓN	80
3.3.1 DEFINICIÓN	80
3.3.2 NATURALEZA JURÍDICA	80
3.3.3 REGULACIÓN LEGAL	80

3.3.4 APLICACIÓN DE SUPUESTOS LEGALES DE LA COTIZACIÓN EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO	81
3.3.5 JUNTAS DE COTIZACIÓN E INTEGRACIÓN	
3.3.6 EXCUSAS, IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES PARA SER PARTE DE LAS JUNTAS DE COTIZACIÓN	81
3.3.7 MONTO	81
3.3.8 PROCEDIMIENTO DE COTIZACIÓN	81
3.4 CONTRATO ABIERTO	82
3.4.1 DEFINICIÓN	82
3.4.2 NATURALEZA JURÍDICA	83
3.4.3 REGULACIÓN LEGAL	83
3.4.4 APLICACIÓN DE LOS SUPUESTOS LEGALES DEL CONTRATO ABIERTO EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO	83
3.5 COMPRA POR EXCEPCIÓN	84
3.5.1 DEFINICIÓN	84
3.5.2 NATURALEZA JURÍDICA	85
3.5.3 REGULACIÓN LEGAL	85
3.5.4 CASOS DE EXCEPCIÓN EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO	85
3.6 MODALIDADES ESPECÍFICAS DE ADQUISICIONES DEL ESTADO	88
3.7 EL SEGURO DE CAUCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL	88
3.7.1 ANTECEDENTES	89
3.7.2 CONTENIDO	90

CAPÍTULO IV. LA COMPRA POR EXCEPCIÓN FRENTE A LOS ESTÁNDARES ANTICORRUPCIÓN	93
4.1 CORRUPCIÓN	93
4.1.1 DEFINICIÓN	93
4.1.1.1 TIPOS Y CAUSAS DE LA CORRUPCIÓN	94
4.1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN GUATEMALA	95
4.1.2.1 LA ERA DEMOCRÁTICA	97
4.2 MARCO JURÍDICO NACIONAL ANTICORRUPCIÓN	99
4.2.1 LEY ANTICORRUPCIÓN (DECRETO 31-2012)	100
4.2.2 LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO (DECRETO 55-2010)	100
4.2.3 LEY PARA PREVENIR Y REPRIMIR EL FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO (DECRETO 58-2005)	100
4.2.4 LEY ELECTORAL Y DE PARTIDOS POLÍTICOS (DECRETO 1-85)	101
4.2.5 LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO	101
4.2.6 LEY CONTRA LA NARCOACTIVIDAD (DECRETO 48-92)	102
4.2.7 CÓDIGO PENAL (DECRETO 17-73)	102
4.2.8 LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA	102
4.2.9 LEY CONTRA EL LAVADO DE DINERO Y OTROS ACTIVOS	103
4.2.10 LEY CONTRA LA DEFRAUDACIÓN Y CONTRABANDO ADUANERO	103
4.3 MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL ANTICORRUPCIÓN	103
4.3.1 CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN	104

4.3.1.1 ANTECEDENTES	104
4.3.1.2 SUSCRIPCIÓN Y RATIFICACIÓN POR PARTE DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA	105
4.3.1.3 PAÍSES QUE HAN RATIFICADO LA CONVENCIÓN	105
4.3.1.4 ESTRUCTURA DE LA CONVENCIÓN	106
4.3.2 CONVENCIÓN INTERAMERICANA ANTICORRUPCIÓN	109
4.3.2.1 ANTECEDENTES	109
4.3.2.2 SUSCRIPCIÓN Y RATIFICACIÓN POR PARTE DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA.	109
4.3.2.3 PAÍSES QUE HAN RATIFICADO LA CONVENCIÓN	110
4.3.2.4 ESTRUCTURA DE LA CONVENCIÓN	110
CAPÍTULO V. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	113
CONCLUSIONES	120
RECOMENDACIONES	122
LISTADO DE REFERENCIAS	123

RESUMEN EJECUTIVO

El Documento titulado “Análisis del Contrato de compra por Excepción Regulado en la Ley De Contrataciones Del Estado a Luz De Los Estándares Internacionales Anticorrupción” constituye un estudio investigativo que busca profundizar respecto a la realidad social y jurídica del Estado de Guatemala en relación al tema de las contrataciones estatales tomando en consideración la importancia que esto ha adquirido en el país en los últimos años. Se realiza un análisis respecto a las diferentes figuras del Derecho Administrativo, Contractual y de los regímenes contenidos en la Ley de Contrataciones del Estado.

Se estudian y analizan los mecanismos y procesos establecidos actualmente en dicha normativa con el objeto de señalar si cumple o no con los estándares internacionales anticorrupción.

A través del presente trabajo de investigación se hace un recorrido por la legislación nacional e internacional aplicable en la materia, particularmente en lo que la Ley de Contrataciones del Estado y Convenciones Internacionales Anticorrupción suscritas por Guatemala establecen al respecto.

INTRODUCCIÓN

Guatemala, un país centroamericano de tan solo 108,880 kilómetros cuadrados con enormes recursos naturales, pero azotado por un flagelo muy grande llamado corrupción que impide el desarrollo de ese país. Se tienen registros de este fenómeno desde los tiempos de la conquista hasta el presente.

A lo largo de la convulsa historia de Guatemala, mucho antes de la era independentista se tienen registros de abusos graves por parte de los que en ese tiempo gobernaban, es decir los conquistadores, quienes heredaron a los independentistas estas prácticas maquiavélicas que se incrustaron en la administración pública desde ese tiempo.

Durante los siglos XVIII, XIX y XX a lo largo de la historia, la corrupción se ha mantenido vigente y crecido con el transcurso de los años al punto de la descomposición social actual que aqueja la sociedad guatemalteca.

La confianza en las autoridades ha sido cada vez menor, por esa razón se han creado controles cada vez mas estrictos para la fiscalización de los recursos del Estado, y por esa razón surge la Ley de Contrataciones del Estado y cuerpos normativos auxiliares como la Ley de Libre Acceso a la Información Pública para intentar fiscalizar y lograr el correcto uso de los recursos estatales para lograr un óptimo desarrollo en el país. Las compras y contrataciones del Estado se realizan por medio de recursos adquiridos de los impuestos que los contribuyentes pagan al fisco.

Dentro de la Ley de Contrataciones del Estado existen diferentes regímenes de contratación estatal, los cuales son la Cotización, Licitación, Contrato Abierto y Compra por Excepción. Todas estas figuras gozan de estrictos controles que permitan evitar actos de corrupción en estos actos con la salvedad de la Compra por Excepción que por su naturaleza misma carece de estrictos procesos y controles para su uso.

La Compra por Excepción es un régimen de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual por su misma esencia carece de procedimientos para el uso de sus

recursos, más que los preceptos que el artículo 44 de dicha ley establece, ya que esta figura se usa para casos de emergencia o para la obtención de bienes o servicios con celeridad.

Esta institución contractual entre particulares y el Estado ha sido enormemente tergiversada por funcionarios quienes le han otorgado un carácter distinto para el cual fue creada, ya que se utiliza desde simulaciones en los contratos de trabajo, hasta para la adquisición de bienes injustificadamente para funcionarios y empleados públicos.

Surge entonces la interrogante ¿Cumple el contrato de Compra por Excepción con los estándares internacionales en materia de anti corrupción? La respuesta es parcialmente si, ya que en el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado en sus incisos a), b), d) y f) si se cumple con los estándares internacionales anticorrupción al no existir discrecionalidad, a diferencia de los incisos c) y e), la cual puede llegar a permitir actos anómalos con permisividad legal, por lo cual es necesaria su reforma.

Para ello se fijó como objetivo general de la presente investigación es la de analizar a través de un meticuloso estudio si el Contrato de Compra por Excepción cumple con los estándares de las convenciones internacionales en materia anticorrupción suscritas por Guatemala y señalar los puntos débiles de la ley.

Los objetivos específicos son señalar qué tanto afectan las falencias en los distintos regímenes de contratación, en especial la Compra por Excepción el correcto desenvolvimiento de la administración estatal y el estudio riguroso de integración normativa y doctrinaria entre las diferentes figuras contractuales para la correcta comprensión de los contratos administrativos en Guatemala.

El alcance que se fijó para la investigación fue para toda la República de Guatemala. Los límites las constantes reformas a la Ley de Contrataciones del Estado que retrasaron la investigación, sin embargo fue solucionado con la entrada en vigencia de las nuevas reformas.

Los instrumentos utilizados y los sujetos de análisis de la presente investigación fueron las convenciones internacionales en materia de anticorrupción suscritas y ratificadas por Guatemala consistentes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Ley de Contrataciones del Estado, el Código Civil, el Código de Comercio, el Código de Notariado, la Ley de la Actividad Aseguradora y el Código Penal.

Mediante la investigación se pretende aportar que Guatemala necesita la creación de una nueva Ley de Contrataciones del Estado que se adapte a las necesidades actuales del país, reformas simultáneas de diferentes cuerpos legales para la obtención de mejores resultados en el combate contra la corrupción y sobre todo la efectividad en la aplicación de los procedimientos de contratación estatal que son imposibles con la sola reforma de esta ley.

CAPÍTULO I. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

1.1 EL ESTADO Y SU FORMA DE ORGANIZACIÓN.

1.1.1 EL ESTADO

El origen de dicho vocablo se remonta a la antigua Grecia “*donde la organización política que estudiamos tiene su antecedente que se conoció con el nombre de “Polis”, que quiere decir ciudad, palabra que identificaba la realidad política de aquella época.*”¹

El Estado de acuerdo a Hans Kelsen en su obra *Teoría General del Derecho y Estado* es “*...una organización política porque es un orden que regula monopolizándolo, el uso de la fuerza. Este según hemos visto es uno de los caracteres principales del Derecho.*”²

En otro orden de ideas, Manuel María Diez en su obra *Derecho Administrativo* oportunamente brinda una definición, la cual son las siguientes “*Es la unidad política y jurídica permanente constituida por un conglomerado humano que forma, sobre un territorio común, un grupo independiente sometido a una autoridad suprema.*”³ Sugiere más adelante el mismo autor que “*Puede hacerse dentro de esta definición, una división entre los elementos políticos y los elementos jurídicos del Estado. Los políticos serán tomados en un sentido extensivo y comprenderán, además de aquellos elementos de orden político estricto, los factores históricos, morales, étnicos que en todo tiempo han concurrido a modelar la comunidad humana, base del Estado. Desde el punto de vista jurídico se considera en particular las nociones de soberanía y personalidad moral que han existido sin duda desde los comienzos de la civilización, pero que se han estudiado seriamente en época reciente.*

¹ Prado, Gerardo. *Teoría del Estado*.- Cuarta Edición Corregida y Ampliada, Guatemala, Guatemala, Editorial Praxis, 2005. Página 37.

² Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, Ciudad de México, Mexico, Universidad Autónoma de México, 1995, Página 27.

³ Diez, Manuel María. *Derecho Administrativo* Tomo I. Buenos Aires, Argentina.- Editorial Bibliográfica Omeba, 1963. Página 8.

En nuestra opinión podría definirse el Estado diciendo que es un substrato social que es su base, y ello porque no lo podemos considerar como norma, puro derecho. No se puede prescindir de las personas que habitan en un Estado, distribuidas por la escisión del mando, en gobernantes y gobernados.”⁴

El Estado de acuerdo a Vladimiro Najaro Mesa, citado por Gerardo Prado, es “...un conglomerado social, político y jurídicamente constituido, asentado sobre un territorio determinado, sometido a una actividad que ejerce a través de sus propios órganos, y cuya soberanía se reconoce por otros Estados.”⁵

En base a lo anteriormente expuesto, puede definirse al Estado como una forma de organización social en la cual se encuentra inmersa una estructura de carácter institucional estable, la cual es sometida a normas, que son ejercidas por un poder público coercitivo que genera un poder político sobre una comunidad en un territorio determinado. En Guatemala, el sistema Político y Jurídico de la nación, se encuentra regulado y establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala. Los elementos que componen al Estado, de la misma forma se encuentran establecidos en dicho cuerpo normativo, el cual es el jerárquicamente superior sobre todas las demás normas.

De la misma forma puede concluirse que de acuerdo con lo arriba expuesto, los elementos de un Estado son:

- **Territorio.** En Guatemala, el fundamento Constitucional del Territorio, se encuentra regulado en el artículo 142 de la Constitución Política de la República.
- **Población o sociedad humana.** El reconocimiento de elemento población se encuentra establecido diversamente en la Constitución Política de la República de Guatemala, sin embargo el fundamento constitucional de dicho elemento como tal se encuentra establecido en el artículo 141.
- **Orden Jurídico.** Este se encuentra establecido por los cuerpos normativos que conforman el ordenamiento jurídico guatemalteco y la Constitución

⁴ *Ibíd.*, página 9.

⁵ Prado, Gerardo. *óp. cit.*, Página 47.

Política de la República de Guatemala, sin embargo su reconocimiento como elemento del Estado, se encuentra establecido en el artículo 152 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

- **Poder Soberano:** Dicho elemento se encuentra establecido en el artículo 152 de la Constitución Política de la República de Guatemala como tal.
- **Bien Público:** Es uno de los fines fundamentales del Estado, este se encuentra reconocido y regulado como elemento del Estado en el artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

1.1.2 FORMAS TERRITORIALES DEL ESTADO

Los Estados, al encontrarse organizados de forma política y jurídica, deben así mismo contar con una forma de organización o modelo que puedan adoptar para sobrellevar cada uno de sus elementos. Las formas territoriales del Estado, pueden ser:

- Estado simple o unitario
- Estado Compuesto

En el caso de Guatemala, la forma territorial a la que pertenece es a la figura del Estado Unitario, tal y como el artículo 224 de la Constitución Política de la República de Guatemala lo estipula.

1.1.3 GOBIERNO Y SUS FORMAS O SISTEMAS

Los Estados alrededor del mundo están compuestos u organizados de diferente o distinta manera, a través de las cuales los mismos se administran o componen, de acuerdo a Gerardo Prado, *“un sistema de gobierno, es el origen y régimen que sirve para gobernar una nación o provincia.”*⁶

Mientras Sánchez Agesta citado por Gerardo Prado, los define como *“en líneas generales, puede definirse como un poder de decidir discrecionalmente para el*

⁶ *ibíd.*, página 151.

*bien público.*⁷ Entre estas formas de organización de gobierno el cual es uno de los elementos del Estado, se encuentran los siguientes:

- Monarquía y República
- Parlamento o Gabinete

Ciertamente el Estado de Guatemala de acuerdo al artículo 140 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se constituye como una República.

1.2. ADMINISTRACIÓN.

1.2.1 CONCEPTO Y DEFINICIÓN

Antes de iniciar con el concepto de Administración Pública, sería prudente que se definiese el vocablo “*Administración*”, previo a ello resaltar el origen etimológico de dicho término, el cual proviene del latín “*ad*” y del verbo “*ministrare*” el cuál significa “*Acto de servir, gobernar, gestionar determinado asunto.*”⁸

Dicho término el cual de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española es “*Ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda y los bienes.*”⁹

En otro orden de ideas, Bielsa, citado por Manuel Ossorio lo define como “*Ordenamiento Económico de los medios de que se dispone y uso conveniente de ellos para proveer las propias necesidades*”¹⁰

Para Agustín Reyes Ponce, citado por Hugo Calderón la Administración es “*Un proceso social que lleva consigo la responsabilidad de planear y regular de forma eficiente las operaciones de una empresa, para lograr un propósito dado.*”¹¹

De acuerdo a las anteriores definiciones, se puede definir el término Administración como el conjunto de actos o actividades humanas, conscientes y

⁷ Prado, Gerardo *op.cit.*, página 151.

⁸ Calderón, Hugo Haroldo; *Derecho Administrativo* Parte General. - Guatemala, Guatemala, Editorial Orión, febrero de 2010. Página 3.

⁹ Administración; *Diccionario de la Real Academia Española*, Real Academia Española, Tomo I, Madrid, España, Editorial Espasa Calpe, SA, enero de 2002, vigésima segunda edición, página 47.

¹⁰ Administración; *Diccionario de las Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, 2006, Trigésima Tercera Edición, página 62.

¹¹ Calderón, Hugo Haroldo. *óp. cit*, Página 4.

voluntarias de forma planificada que se utilizan para la realización o cumplimiento de determinado o determinados fines.

La Administración puede concluirse por encima de todas sus definiciones que es una parte importante en el desempeño y organización de cualquier actividad en cualquier ámbito humano, para su realización de forma óptima y diligente, ya que como puede apreciarse en las anteriores definiciones, todas coinciden con los elementos “orden”, “organización” y “distribución”, lo que puede llevar a deducir que la administración concurre en un conjunto de elementos necesarios para la realización de uno o varios fines de forma ordenada y planificada, con el objeto de que se ejecuten en óptimas condiciones. La administración lleva a cabo un conjunto de pasos ordenados y lógicos que deben cumplirse, ya que de lo contrario no se obtendrían de ninguna manera los fines a los que se aspira alcanzar. Dichos pasos son los siguientes:

- Planificar
- Organizar
- Ejecutar
- Controlar

1.3 LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

1.3.1 CONCEPTO Y DEFINICIÓN

Existen diversos criterios en torno a la definición y concepto de Administración Pública, el Diccionario de la Real Academia Española define a la Administración Pública como la *“Organización ordenada a la gestión de los servicios y la ejecución de las leyes en una esfera política determinada, con independencia del poder legislativo y el poder judicial.”*¹²

Para el tratadista argentino Miguel Marienhoff el concepto de Administración pública es *“actividad permanente, concreta y práctica del Estado que tiende a la*

¹² Administración Pública. Real Academia Española, *óp. cit.*, página 47.

satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran"¹³

Guillermo Cabanellas de Torres en su Diccionario Jurídico Universitario lo define como *"Función consistente en asegurar la aplicación y la marcha cotidiana de los servicios públicos."*¹⁴

Entre tanto, para Manuel Ossorio, la Administración Pública es *"La Actividad Administrativa de los Órganos del Estado en todas sus escalas o jerarquías."*¹⁵.

Para Garrido Falla, citado por Hugo Haroldo Calderón en el Primer Tomo de su obra "Derecho Administrativo", define a la Administración Pública como *"Parte del Criterio Orgánico; la administración es un complejo orgánico integrado en el Poder Ejecutivo. Pero acepta que éste se halla formado por administración más gobierno, que constituyen el escalón superior de la organización jerárquica del Ejecutivo. La línea divisoria entre ambas establece el derecho positivo, pero admite que el Gobierno posee competencias políticas y administrativas, ya en manos del Gobierno o de las altas jerarquías de la Administración. La limitación de definir administración desde el punto de vista subjetivo está justamente en el momento de distinguir administración de gobierno."*¹⁶

De acuerdo a Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, la Administración Pública se define como *"Sobre la base anterior, el término administración pública se define como organización ordenada a la gestión de los servicios y a la ejecución de las leyes en una esfera política determinada, con independencia del poder legislativo y el poder judicial, o el conjunto de organismos encargados de cumplir esta función."*¹⁷

¹³ Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo Perrot, 1982. Página 7.

¹⁴ Administración Pública; *Diccionario Jurídico Universitario*, Tomo I, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, 2007, Tercera Edición, página 53.

¹⁵ Administración Pública. Ossorio, Manuel, *óp. cit.*, página 63.

¹⁶ Calderón, Hugo Haroldo, *óp. cit.*, Página 9.

¹⁷ Corte de Constitucionalidad. *Inconstitucionalidad General Parcial*. Expediente No. 2861-2007, Guatemala, 28 de enero de 2009.

Otra definición de la Real Academia Española permite entrever que *“la Administración Pública alude tanto a la estructura compuesta por órganos distintos de aquellos encargados de las funciones legislativa y judicial, que se dirige a la prestación de servicios y a la ejecución del orden normativo, como al conjunto de esos órganos.”*¹⁸

De acuerdo a las anteriores definiciones, puede conceptualizarse a la Administración Pública como un conjunto de órganos administrativos, los cuales llevan a cabo una actividad para conseguir el bien común, por medio de servicios públicos, regulado a través de la legislación, basándose en el Derecho Administrativo y todos aquellos parámetros, directrices que rigen dicha materia.

La Administración Pública puede ser observada de acuerdo a dos puntos de vista, los cuales son el Criterio Material y el Criterio Formal.

El Criterio Material se refiere a la Administración Pública de acuerdo a Hugo Calderón como *“...la función administrativa como la actividad del Estado encaminada a la ejecución de leyes (ejecución de principios constitucionales y la ejecución de la legislación ordinaria.”*¹⁹

Por su parte Manuel María Diez define y conceptualiza al Criterio Material como *“...la actividad de los órganos del Estado que realicen función administrativa. Por ello administrarán tanto el órgano ejecutivo, como el legislativo y jurisdiccional. Estudiaremos las funciones legislativa, jurisdiccional y administrativa, caracterizándolas en cuanto a su contenido y materia. La legislación es la función por la cual el Estado constituye su ordenamiento jurídico, vale decir, la función por la que el Estado establece o modifica el derecho objetivo. La ley es un acto de soberanía abstracto y, para algunos autores, se caracteriza por la generalidad.”*²⁰

Es decir, que la Administración Pública de acuerdo al punto de vista material es aquella actividad o conjunto de actividades que determinado organismo realiza.

¹⁸ Administración Pública. Real Academia Española, *óp. cit.*, página 47.

¹⁹ Calderón, Hugo Haroldo, *óp. cit.*, página 7.

²⁰ Diez, Manuel María, *óp. cit.*, Página 94.

Por su parte el Criterio o Punto de Vista Formal, de acuerdo a Hugo Calderón “es la actividad que realiza propiamente el Organismo Ejecutivo. Este criterio es aceptable porque normalmente el ejercicio de la función administrativa corresponde al Organismo Ejecutivo. Pero, debemos hacer algunas consideraciones, puesto que también los otros organismos del Estado excepcionalmente desarrollan actividad administrativa (cuando aplican la Ley de Contrataciones del Estado.) Por lo que podemos definir a la Administración Pública como aquel organismo público que ostenta el poder político, así como la competencia para llevar a cabo de forma eficiente los medios necesarios para la realización del bien común.”²¹

La Administración Pública contiene o posee varios elementos distintivos, los cuales son los siguientes:

- Es función del Estado delegada al Organismo Ejecutivo en la mayoría de ocasiones.
- Ésta es ejecutada a través de un orden jurídico previamente establecido.
- En algunos casos, la función administrativa puede ser otorgada a un ente no estatal, es decir, una persona, ya sea individual o jurídica.
- El fin de la administración pública se cumple a través de la realización de los actos administrativos por parte del órgano administrativo.

Puede concluirse que la Administración Pública en conjunto a todos sus elementos de acuerdo a la doctrina a través de las definiciones anteriormente expuestas, es aquel conglomerado de órganos y organismos del poder público, los cuales poseen la función o funciones de administrar, controlar, fiscalizar al mismo u otros entes públicos. De la misma forma, deben limitarse a realizar todas aquellas funciones que la Constitución Política de la República de Guatemala, leyes ordinarias y reglamentos establecen expresamente que pueden realizar, toda vez no se establezca como ocurre en la legislación, que los distintos órganos administrativos que conforman alguno de los organismos del Estado, puedan actuar a través de discrecionalidad, es decir, tienen la potestad de actuar

²¹ Calderón, Hugo Haroldo, *óp cit.*, página 7.

libremente, siempre dentro de los límites que la Constitución y leyes ordinarias les dicten que pueden realizar.

1.3.2 ELEMENTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Para la correcta comprensión del término “*Elementos de la Administración Pública*”, es necesario explicar el término “Elementos”, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, y bajo este contexto la palabra elemento significa “*Fundamento, móvil o parte integrante de algo.*”²² Por lo que puede concluirse que los elementos son partes fundamentales, las cuales se encuentran involucradas en la composición de determinado asunto.

En la Administración Pública existen diversos elementos, los cuales serán enumerados y posteriormente definidos, estos son los siguientes:

- El Órgano Administrativo
- La Actividad Material
- La Finalidad
- El Medio

El Órgano Administrativo:

El Órgano Administrativo de acuerdo a Hugo Calderón, son “*todos aquellos órganos que pertenecen a la administración pública y que son el medio o conducto por medio del cual se manifiesta la Personalidad del Estado.*”²³ De la misma forma, establece que “*La calidad del órgano deriva directamente de la propia Constitución; la persona jurídica estatal no necesita acto valitivo de determinación, pues el órgano “integra” la estructura de la persona, forma parte de ella, nace con ella, es ella en cierta medida, pues el órgano vale tanto como el instrumento o medio de acción, a través del cual el Estado se desenvuelve como sujeto de Derecho.*”²⁴

²² Elementos. Diccionario de la Real Academia Española, *óp. cit.*, Página 872.

²³ Calderón, Hugo Haroldo, *óp. cit.*, Página 12.

²⁴ *loc. cit.*

Lo que puede llevar a establecer que el Órgano Administrativo es aquel ente que pertenece a la misma administración pública y el cual actúa de cierta forma como el medio previamente establecido, por el que el Estado manifiesta su expresa voluntad para cumplir adecuadamente con sus fines primordiales y con la realización del bien común en todas sus esferas.

Actividad Material:

La Actividad material por su parte, y de acuerdo a lo que Hugo Calderón en el Tomo I de su obra "Derecho Administrativo" establece, es *"aquella que se desarrolla a través de la prestación de servicios públicos, a los cuales está obligada la administración pública, para el logro de su finalidad. Podemos ver al sector público, como el instrumento, vehículo o medio que dispone la Administración Pública para el logro de su propósito."*²⁵ Es decir, que la actividad material se refiere a todos aquellos actos u acciones en el ámbito de la prestación de servicios de carácter público, por medio de los cuáles se realizan dentro de la administración pública.

La Finalidad:

Otro de los elementos constitutivos de la administración pública es la finalidad. La Real Academia Española define el término finalidad como *"razón por la cual se realiza algo"*²⁶.

Sin embargo Hugo Calderón bien ilustra con una definición más profunda y dentro del contexto del Derecho Administrativo, la cual es *"El Elemento Teleológico de la Administración Pública, como analizamos dentro de la definición la Administración Pública tiene una finalidad, y esta podemos afirmar y definir que es "El Bien Común" o "Bienestar General" de toda la población en general, elemento no solo doctrinario, sino también Constitucional, expresado dentro del artículo 1, que establece que el Estado se organiza para proteger a la persona, la familia, y su fin*

²⁵ Calderón, Hugo Haroldo, *óp. cit.*, Página 12.

²⁶ Finalidad; *Diccionario de la Real Academia Española*, Tomo II, Madrid, España, Editorial Espasa Calpe, SA, enero de 2002, vigésima segunda edición, página 1060.

*supremo es la realización del Bien Común.*²⁷ Contextualizando lo anterior, se establece que la finalidad es la realización del fin último del Estado y de su razón de ser, es decir, que se aspira a la realización del bien común. La misma se encuentra regulada en la Constitución Política de la República de Guatemala.

El Medio:

El último elemento, pero no menos importante, sino esencial es el medio. El Medio de acuerdo al presente contexto de Derecho Administrativo según al Diccionario de la Lengua Española, es *“Toda aquella diligencia para lograr algo, forma o método.”*²⁸

Por su parte, Hugo Calderón en su obra Derecho Administrativo, Tomo I, define al medio como *“método que la administración pública utiliza para el logro del bienestar general o el bien común es el Servicio Público.”*²⁹ Por lo que puede determinarse después de analizar dichas definiciones que el medio, dentro de la Administración Pública es todo aquel servicio público a través de todo aquel conducto del cual dispone la administración pública para el logro de sus fines o finalidades.

Es esto en atención a la doctrina lo que establece el artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual es el fin último de los Estados y uno de sus elementos constitutivos.

Asimismo, es prudente, necesario e imperativo definir el Servicio Público, el cuál Hugo Calderón conceptualiza como *“El Medio del que dispone la Administración Pública para el logro de su finalidad.”*³⁰

Bielsa, citado por Guillermo Cabanellas lo precisa como *“Toda Acción o prestación realizada por la Administración Pública activa, directa o indirectamente, para la*

²⁷ Calderón, Hugo Haroldo, *óp cit.*, Página 12.

²⁸ Medio; *Diccionario de la Lengua Española*, Barcelona, España, Editorial Verón, 1995, Tercera Edición, página 399.

²⁹ Calderón, Hugo Haroldo, *óp. cit.*, Página 13.

³⁰ *loc. cit.*

satisfacción concreta de las necesidades colectivas, asegurada esta acción o prestación por el poder público.”³¹

Cabanellas ilustra lo anteriormente expuesto con la clasificación del Servicio Público, el cual se divide de la siguiente manera:

- Servicio Público Esencial
- Servicio Público Facultativo
- Servicio Público Impropio
- Servicio Público Obligatorio

Servicio Público Esencial:

Cabanellas lo define como *“Aquel que satisface necesidades básicas de la población, como ser el abastecimiento de agua corriente.”³²*

Servicio Público Facultativo:

El mismo autor define dicho término como *“Aquel en relación con el cual no existe una obligación de proporcionar la prestación constitutiva del servicio público. De la misma forma se utiliza para definir aquellos servicios públicos que son opcionales.”³³*

Servicio Público Impropio:

Cabanellas nuevamente conceptualiza que el Servicio Público Impropio es *“Aquel que es llevado a cabo por personas privadas, bajo el control estatal, con la particularidad de que el servicio prestado no satisface una necesidad básica de la población.”³⁴*

³¹ Medio; *Diccionario Jurídico Universitario*, Tomo II, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, 2007, Tercera Edición, página 416.

³² *loc. cit.*

³³ *loc. cit.*

³⁴ *loc. cit.*

Servicio Público Obligatorio:

Tal y como se estableció anteriormente, existen servicios públicos opcionales, los cuáles son los facultativos, para lo cual dicho autor define el Servicio Público Obligatorio como *“Aquel respecto del cual existe una obligación de suministrar la prestación constitutiva del Servicio Público.”*³⁵ Es decir, que en este caso y para la prestación de dicho servicio, el usuario debe obligatoria e indiscutiblemente hacer efectivo el pago de determinado servicio de cierto oferente. No es obligatorio su uso, debido a que si bien el pago es obligatorio, la utilización del mismo queda a discreción del usuario quien puede escoger la utilización de determinado o determinados servicios de la misma especie y calidad, pero con otro oferente del mismo, sin hacer omisión del pago correspondiente por el servicio obligatorio.

El **servicio público** desde una óptica diferente de acuerdo a José Roberto Dromi es *“un conjunto de bienes propiedad de una persona pública que, por los fines del régimen jurídico especial de derecho público se prestan a determinada población para la realización del bien común. Es aquella actividad del Estado en la cual se encuentra envuelta la administración pública en servicio de sus habitantes para llevar a cabo sus fines.”*³⁶ El servicio público puede y debe estudiarse desde determinados puntos de vista acorde a su razón de ser, las cuales son las siguientes:

- Razón Jurídica
- Razón Política

La Razón Jurídica se basa en *“la conceptualización del servicio público, como determinada especie de actividad realizada por la administración pública regida y regularizada por un orden normativo que encuentra su control a través de lo contencioso administrativo.”*³⁷

³⁵ *loc. cit.*

³⁶ Dromi, José Roberto. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Argentina; Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992, página 25.

³⁷ *loc. cit.*

La Razón Política “se basa en este caso a la razón misma e intrínseca de ser del Estado, a través de la teoría de la realización del bien común. Este concepto se determina o basa en dos momentos históricos de la vida económica de Estado: El de la economía liberal y la economía social.”³⁸

1.3.3 PRINCIPIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Administración Pública se rige por medio de principios, sin embargo para entender lo que son los principios de la Administración Pública, debe meticulosamente estudiarse el significado de los mismos y su importancia dentro del Derecho en general, en este caso para un campo de estudio específico dentro de una de las ramas más recientes del Derecho, como lo es el Derecho Administrativo, los principios del Derecho Administrativo y de la Administración Pública.

Estos de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española son “*Base, origen, razón fundamental sobre la cual procede discurrendo por cualquier materia*”³⁹, es decir, son puntos de partida sobre determinada cuestión, materia u objeto.

Para el efecto de entender a lo que se refieren los Principios Jurídicos, Cabanellas conceptualiza y define a los Principios Jurídicos como “*Regla de gran generalidad y relativa imprecisión, aplicable en algún campo del Derecho o generalmente en este.*”⁴⁰

Por su parte, y de acuerdo a su extensa relevancia dentro del campo del Derecho, Luís Fernández Molina, en su obra Derecho Laboral Guatemalteco, se refiere a los principios como “*...condiciones básicas, conceptos elementales que permiten que nazca el Derecho a través del legislador.*”⁴¹

³⁸ Dromi, José Roberto, *óp cit.*, página 25.

³⁹ Principios. *Diccionario de la Real Academia Española, óp cit.*, Página 1834

⁴⁰ Principios Jurídicos. Cabanellas de Torres, Guillermo, *óp. cit.*, Página 290

⁴¹ Fernández Molina, Luis, *Derecho Laboral Guatemalteco*, Tercera Edición ampliada y actualizada, Guatemala, Guatemala, Editorial IUS Ediciones, 2008, Página 3.

Mientras Mario Gordillo describe a los Principios Jurídicos como “...*la base previa para estructurar las instituciones del Derecho y que además constituyen instrumentos interpretativos de la ley...*”⁴²

Eddy Giovanni Orellana en su obra *Derecho Procesal Civil*, cita a los principios como “*Reglas genéricas y fundamentales para la estructura del Derecho.*”⁴³

Acertadamente, Villalta citado por Oscar Poroj define “*Principio Jurídico como bases de un ordenamiento jurídico y por ende de las concepciones del Derecho...*”⁴⁴

En el ordenamiento jurídico guatemalteco, específicamente en la Ley del Organismo Judicial, en su artículo 10, le otorga carácter de fuente de interpretación del Derecho a los mismos, cuando en el inciso d) cita lo siguiente: “*d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho*”⁴⁵.

De acuerdo a las definiciones brindadas por los diferentes autores y legislación aplicable, puede concluirse de forma contundente al afirmar que los Principios Jurídicos son una de las fuentes del Derecho, de las cuales deviene, nace y emana este, es decir, son directrices generales, pero a la vez con carácter puntual para las diferentes ramas de la ciencia jurídica, en las cuáles se inspira todos y cada uno de los ordenamientos a nivel mundial.

En el caso del Derecho Administrativo, se establece que debido a sus características intrínsecas de ser una materia “*ius novum*” y no codificada, se rige principal y generalmente por dos principios fundamentales, los cuales son los siguientes:

⁴² Gordillo Galindo, Mario Estuardo.- *Derecho Procesal Civil Guatemalteco*, Séptima Edición, Guatemala, Guatemala.- 2013, Página 15.

⁴³ Orellana Donis, Eddy Giovanni, *Derecho Procesal Civil I*, Cuarta Edición Revisada, Guatemala, Guatemala, Editorial Orellana Alonso y Asociados, 2011, Página 31.

⁴⁴ Poroj Subuyuj, Oscar Alfredo.- *El Proceso Penal Guatemalteco*, - Segunda Edición, Guatemala, Guatemala.- Magna Terra Editores.- Página 33.

⁴⁵ Congreso de la República de Guatemala. Decreto 2-89 (Ley del Organismo Judicial), Guatemala, artículo 10.

- Principio de Legalidad
- Principio de Juridicidad

Principio de Legalidad:

El Principio de Legalidad, de acuerdo a Devis Echandía, en su obra *Teoría General del Proceso* se refiere a dicho principio de la siguiente manera *“La ley señala cuáles son los procedimientos que se han de seguir para cada clase de proceso o para obtener determinadas declaraciones judiciales o el cumplimiento de determinada norma sustantiva como corresponde.”*⁴⁶

Mientras Mario Gordillo establece que *“...los actos y procedimientos deben encontrarse previamente establecidos en la ley para que tengan validez.”*⁴⁷

La Corte de Constitucionalidad, a través de la Opinión Consultiva, dentro del Expediente 1628-2010 en referencia al Principio de Legalidad en ejercicio del Poder Público establece que *“Dentro de esos principios, se encuentra el de legalidad en ejercicio de la función pública que implica que tanto las funciones como las atribuciones, deben estar contempladas en las leyes, así como que los órganos o funcionarios a quienes sean asignados, deban ejercerlas de conformidad con la ley. En concordancia con lo anterior, esta corte ha manifestado en reiterados fallos que conforme al principio de legalidad contenido en el artículo 152 de la Norma Fundamental, el ejercicio del poder, que proviene del pueblo – directa o indirectamente- está sujeto a las limitaciones señaladas en la Constitución Política y en la ley. Siendo que al tenor de lo dispuesto en el artículo 154 Constitucional, los funcionarios son depositarios de la autoridad y responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella.”*⁴⁸

Por su parte, la misma Corte de Constitucionalidad, al referirse al principio de Legalidad en materia administrativa, se refiere al mismo como *“El Principio de*

⁴⁶ Echandía, Devis.- *Teoría General del Proceso*.- Segunda Edición revisada y corregida, Buenos Aires, Argentina.- Editorial Universidad.- Página 58

⁴⁷ Gordillo Galindo, Mario.- *óp cit.*, Página 22

⁴⁸ Corte de Constitucionalidad. Opinión Consultiva, Expediente número 1628-2010, 13 de mayo de 2010.

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.”⁴⁹

La Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 239 establece y regula este principio de la siguiente forma: *“Principio de legalidad. Corresponde con exclusividad al Congreso de la República, decretar impuestos ordinarios y extraordinarios, arbitrios y contribuciones especiales, conforme a las necesidades del Estado y de acuerdo a la equidad y justicia tributaria, así como determinar las bases de recaudación, especialmente las siguientes:*

- a) El hecho generador de la relación tributaria;*
- b) Las exenciones;*
- c) El sujeto pasivo del tributo y la responsabilidad solidaria;*
- d) La base imponible y el tipo impositivo;*
- e) Las deducciones, los descuentos, reducciones y recargos; y*
- f) Las infracciones y sanciones tributarias. Son nulas ipso jure las disposiciones, jerárquicamente inferiores a la ley, que contradigan o tergiversen las normas legales reguladoras de las bases de recaudación del tributo. Las disposiciones reglamentarias no podrán modificar dichas bases y se concretarán a normar lo relativo al cobro administrativo del tributo y establecer los procedimientos que faciliten su recaudación.”⁵⁰*

Es decir, que la ley, en conjunto con el funcionario o empleado público no puede actuar si no existe una norma legal que le otorgue de manera expresa, una competencia previamente establecida, en atención a lo que la Constitución Política de la República de Guatemala regula para el efecto. Los funcionarios deberán de

⁴⁹ Corte de Constitucionalidad. Amparo. Expediente número 815-2009, 4 de septiembre de 2009.

⁵⁰ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala, Artículo 239.

fundamentar y guiar sus actos dentro de la Administración Pública de acuerdo a lo que la ley establece.

Principio de Juridicidad:

El Principio de Juridicidad es uno de los dos principios que rigen tanto el Derecho Administrativo, como la Administración Pública, Manuel Ossorio define a la juridicidad como *“Tendencia o criterio favorable al predominio de las soluciones de estricto derecho en los asuntos políticos y sociales.”*⁵¹

La Corte de Constitucionalidad se refirió al Principio de Juridicidad como *“Pues bien, afirmando la imposibilidad de que las potestades estatales sean ejercidas arbitrariamente, es menester que, para la consecución del modelo de Estado pretendido por las normas constitucionales, exista un control que sin suplantar o sustituir en su quehacer a los órganos públicos, determine con un criterio objetivo, independiente e imparcial, si estos en su actividad y funcionamiento incurrir en arbitrariedad. De esa cuenta en la estructura orgánica del Estado es, en principio, a los órganos del poder judicial a los que incumbe tal control, lo que se evidencia de mejor forma en la función contralora de la juridicidad de la administración pública que el artículo 211 constitucional le atribuye al Tribunal de lo Contencioso Administrativo.”*⁵²

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Casación se refiere a dicho principio de esta manera: *“Efectivamente, el artículo 255 de la Constitución de mil novecientos sesenta y cinco, reguló la procedencia de la vía administrativa, única y exclusivamente como contralor de la legalidad de los actos reglados; de lo cual resulta que al amparo de tal precepto constitucional, ese Tribunal estaba únicamente facultado tal y como lo dice la sentencia –(folio 253 líneas 10 a 12) “Para conocer sobre la legalidad o ilegalidad de una resolución administrativa.”*⁵³

⁵¹ Juridicidad. Ossorio, Manuel.- *óp cit.* Página 524.

⁵² Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General Parcial, Expediente número 2953-2009, 22 de febrero de 2011.

⁵³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación, de fecha veinticuatro de abril de mil novecientos noventa.

De esta forma puede llegarse a la conclusión, que el Principio de Juridicidad es aquel criterio en favor que exista predominio de las soluciones de estricto derecho en materia ya sea social o política dentro del sector público. Todos los actos y/o resoluciones, deben encontrarse fundamentadas en el Derecho estrictamente en todo su esplendor.

Diferencias entre el Principio de Legalidad y Juridicidad:

- Ciertamente el género es la juridicidad y la especie es la legalidad.
- Dentro de lo establecido en el principio de legalidad todas las actuaciones o resoluciones se deben realizar apegadas a lo que establece la ley de forma expresa, mientras dentro del principio de juridicidad no es necesario.
- El Principio de Juridicidad al tener y abarcar un mayor campo, debe imperativamente buscar la norma jurídica, y a falta de ella puede aplicar los principios generales y por último, todas aquellas instituciones de carácter doctrinario.

La mayor diferencia entre el Principio de Legalidad y el de Juridicidad, es ciertamente el primero que todos los actos y resoluciones por parte de la administración pública sean fundamentadas de acuerdo a la ley, y el segundo, busca que todos los actos y resoluciones se encuentren debida y claramente fundamentadas de acuerdo a Derecho, que es en síntesis más extenso que el principio de legalidad, siendo la mayor parte de las veces compatible, pero así mismo existen otras ocasiones en que los actos pudieren basarse en el principio de legalidad, pero este sea contrario al de juridicidad y viceversa, en virtud que no todas las normas podrían encontrarse fundamentadas de acuerdo a Derecho, por ser injustas o imposibles de cumplimiento y en otros casos, ser exactamente contraria a la Constitución o los Principios Generales del Derecho y la materia que se trate.

1.4 SISTEMAS DE GOBIERNO EN GUATEMALA

De acuerdo a lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 140, el cual establece *“Estado de Guatemala.*

*Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de Gobierno es republicano, democrático y representativo.*⁵⁴

Guatemala cuenta con tres sistemas de gobierno que se coexisten entre sí, dichos sistemas son el sistema republicano, el democrático y el representativo. Cada uno de estos sistemas tiene una función específica que tiene determinada razón de ser dentro de la estructura orgánica del Estado.

1.4.1 SISTEMA REPUBLICANO

El término “Republicano”, deviene de “República”, término que de acuerdo a Manuel Ossorio, es el *“Cuerpo político de una nación. Forma de gobierno representativo en que el poder reside en el pueblo, personificando éste por un jefe supremo llamado Presidente”*⁵⁵.

Ahora bien, el Término de Sistema Republicano, de acuerdo a Andrés Serra Rojas, citado por Hugo Calderón en su obra Derecho Administrativo, Parte Especial, es *“El Sistema de Gobierno en el cual el poder reside en el pueblo que lo ejerce directamente, por medio de sus representantes y por un tiempo limitado.”*⁵⁶ Es decir, que el Sistema Republicano, se refiere al Sistema de Gobierno en el que el pueblo es representado por sus personas debidamente electas, las cuales alternarán el poder periódicamente.

De acuerdo al autor anteriormente citado, para que el sistema Republicano se perfeccione, deben concurrir las siguientes características:

“a) La existencia de Carta Magna o Constitución Política de la República, que constituye el más alto grado dentro de la escala de leyes de un Estado.

⁵⁴ Asamblea Nacional Constituyente. op cit., artículo 140.

⁵⁵ Republicano. Ossorio, Manuel. *óp cit.* Página 838.

⁵⁶ Calderón, Hugo Haroldo. *Derecho Administrativo Parte Especial.* Quinta Edición.- Guatemala, Guatemala, Editorial Orión, febrero de 2011. Página 20.

b) *La separación de los organismos del Estado. Entre los organismos Ejecutivo, Legislativo y Judicial.*⁵⁷

1.4.2 SISTEMA DEMOCRÁTICO

El Sistema Democrático, deviene del término “Democracia”, el cual, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española es *aquella “Doctrina política favorable a la intervención del pueblo en el gobierno.”*⁵⁸

Siendo el Sistema Democrático, de acuerdo a Hugo Calderón *“En un Estado democrático existe el reconocimiento del pluralismo político libre y la participación de todos los ciudadanos a la vida política, cultural, económica y social.”*⁵⁹

Por lo que puede describirse al sistema Democrático como aquel en el cual concurre la decisión política, por el cual las personas que forman parte del mismo pueden elegir y ser electas según sea el caso.

1.4.3 SISTEMA REPRESENTATIVO

Finalmente el sistema Representativo es quizás el menos estudiado a profundidad y del cual muchos desconocen su contenido y alcances. El término representativo deviene de la representación. De acuerdo a Andrés Serra Rojas en su obra Derecho Administrativo, es *“en formas políticas representativas, el pueblo ejerce función por medio de sus representantes legítimos. Tal el caso del ejercicio del poder legislativo, que ejercen los diputados.”*⁶⁰ Es decir, es el sistema de gobierno, el cual trata de integrar a la sociedad, para que la misma se encuentre incluida en las decisiones políticas y jurídicas dentro de un Estado.

⁵⁷ Calderón, Hugo Haroldo, *óp cit.*, página 20.

⁵⁸ Democracia. Real Academia Española.- *óp cit.*, página 744.

⁵⁹ Calderón Morales, Hugo Haroldo., *óp cit.*, página 21, Tomo II.

⁶⁰ Serra Roja, Andrés. *Derecho Administrativo*, Sexta Edición; Ciudad de México, México; Editorial Porrúa, 1985. Página 226.

CAPÍTULO II: LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

2.1 EL DERECHO DE OBLIGACIONES.

Previo al pertinente estudio de la contratación administrativa, es prudente y hasta cierto punto imperativo iniciar por entender de forma minuciosa y ordenada las instituciones de Derecho que estudian la contratación, así como los cuerpos normativos que regulan todo lo relativo al tema y obligaciones que devienen entre el Estado y los particulares.

El interés por esto deviene que muchas veces existen errores de fondo en relación a la forma de los contratos y la eventual confusión entre estos, los cuales son emanados de las distintas ramas del Derecho.

Para la correcta comprensión de las figuras contractuales entre particulares y el Estado, se debe inicialmente estudiar el desenvolvimiento tanto de las obligaciones, los contratos y sus diferentes instituciones dentro de las diferentes ramas del Derecho, para posteriormente estudiar a detenimiento las condiciones en que deben versar los contratos entre los sujetos anteriormente mencionados, toda vez que gran parte de las veces se separa al Derecho Administrativo por sus características propias de las distintas ramas del Derecho, cuando en el tema de contrataciones del Estado es completamente inaceptable olvidarse de la materia contractual debido a que se encuentra estrechamente ligado con el contenido.

Debido al recurrente divorcio, al menos doctrinario entre las figuras de contratación dentro del Derecho Administrativo y la contratación en las demás ramas del Derecho, existen errores de fondo y forma en el tema contractual. Es un error y hasta una irresponsabilidad separar el tema de la Contratación Administrativa y la Teoría General de los Contratos, toda vez que al momento de los vicios, se invocan las figuras establecidas en la doctrina y la ley en materia contractual.

Tal y como se explicará adelante, los contratos administrativos contienen sus propias instituciones, al igual que los contratos en distintas ramas del Derecho, debido a la autonomía del Derecho Administrativo, sin embargo se encuentra

íntimamente relacionada, en virtud que los principios tanto de materia de obligaciones, como la teoría de los contratos, toda vez que deviene y se desprende de estas, llevando intrínsecamente sus bases y principios. Tal y como se mencionaba anteriormente, al momento en el que existe algún vacío tanto legal o doctrinario en el tema contractual, se utiliza por supletoriedad lo establecido en el Derecho de Obligaciones y Contractual.

De igual manera, al tratar el tema del Estado y sus contrataciones, inevitablemente se relacionará esto a otras materias del Derecho y no únicamente al Derecho Administrativo como recurrentemente se piensa y aplica. Los alcances de las contrataciones del Estado establecen relaciones y vínculos no solo con el Derecho Administrativo, sino además con el Derecho Civil, Mercantil, Notarial, Laboral, Arbitral y hasta Penal. Por esta razón si se divorcian las instituciones del Contrato Administrativo, perteneciente al Derecho Administrativo, con las demás instituciones contractuales y las obligaciones, el estudio de las Contrataciones del Estado se encontrarían mermadas y provocarían los errores que recurrentemente ocurren en la práctica, así como mal interpretadas. Por ende deben ser estudiadas meticulosamente para el correcto entendimiento del tema en todos los ámbitos.

Se debe hacer mención, que tiene que entenderse en dos partes la contratación administrativa de acuerdo a las partes que participan en el contrato y hacer mención propósito por el cual las partes suscriben y llevan a cabo los contratos. Por una parte el Estado lo hace con el designio de cumplir sus fines para la realización del bien común y esto se realiza sin fines de lucro, las personas individuales como jurídicas en el caso de quienes prestan sus servicios al Estado, lo realizan con el ánimo de servir a su país, así como obtener los elementos necesarios para la subsistencia, derivada del trabajo realizado.

En el caso de las personas individuales o jurídicas que se dedican a actividades mercantiles, no solo sirven a su país al momento de ejecutar determinada obra, o bien la entrega de determinado o determinados bienes muebles sino además cumplen con los fines de su creación, siendo el más importante el ánimo de lucro a través del cumplimiento de las estipulaciones del contrato.

Como se estableció anteriormente el Estado no realiza las contrataciones administrativas con ánimo de lucro, sino con el objetivo de crear condiciones necesarias para la realización del bien común, pero no excluye el ánimo de lucro de los sujetos contratantes.

Para estudiar el Derecho de Obligaciones es pertinente hacer la respectiva y necesaria división entre los términos “Derecho” y “Obligación”. Por una parte, el término Derecho, el cual tiene un sin número de definiciones y que tiene su origen en la Antigua Roma proveniente de los términos “ius”, cuyo significado es “lícito”.

De acuerdo a Carmen María Gutiérrez de Colmenares y Josefina Chacón de Machado en su obra “Introducción al Derecho”, definen dicho término como *“conjunto de normas que orientan la conducta humana por el camino recto.”*⁶¹ El significado anterior establece elementos importantes como la denotación de que el Derecho son aquellas normas de conducta que erigen el camino correcto.

En este sentido, María Luisa Beltranena Valladares de Padilla brinda la siguiente definición *“Es un vocablo de significación compleja. Para su mejor inteligencia o comprensión conviene separar o distinguir sus acepciones más importantes, que son tres: a) la de tipo abstracto, b) la de tipo objetivo y c) la de tipo subjetivo. Cada una de estas acepciones o formas da origen a una clase de Derecho:*

1) Derecho Abstracto o en abstracto

2) Derecho Objetivo; y

*3) Derecho Subjetivo.”*⁶²

Esta definición otorga un amplio panorama en relación a lo que es el Derecho. De forma simplificada Giner de los Ríos citado por Manuel Ossorio define Derecho como *“el sistema de los actos o prestaciones en que ha de contribuir cada ser*

⁶¹ Gutiérrez de Colmenares Carmen María y Chacón de Machado Josefina, *Introducción al Derecho*, Sexta Reimpresión de la Tercera Edición, Guatemala, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Rafael Landívar, 2007, página 2.

⁶² Beltranena Valladares de Padilla, María Luisa, *Lecciones de Derecho Civil*, Cuarta Edición, Guatemala, Guatemala, 2001, página 3.

racional y en cuanto de él depende a que su destino y el destino de todos se efectúe en el mundo”⁶³

Siguiendo la línea de María Luisa Beltranena, y de acuerdo con su anterior clasificación mencionada previamente, describe al Derecho abstracto como *“la propia justicia, la equidad. Es evidente que la idea de justicia no se puede apartar del Concepto Derecho.*

El hombre, como ser sociable encuentra en sus relaciones los recursos o medios indispensables para cumplir su misión, para su perfeccionamiento, adelanto o progreso: y aunque lleve en si, por naturaleza, la idea de Derecho o Justicia, a veces se aparte de su línea recta.”⁶⁴

De la misma forma el anteriormente mencionado Derecho Abstracto, es definido por la misma autora como *“...conjunto de preceptos legales a que el hombre debe de ajustar su conducta en el seno de determinada sociedad. Así decimos en el campo del Derecho sea cual sea el lugar.”⁶⁵*

Por su parte la misma autora, describe al Derecho Subjetivo como *“el que se refiere al sujeto, al ser humano en particular, y consiste en la facultad que tiene una persona de aplicar, o hacer valer el derecho objetivo; en otras palabras, la facultad legal de hacer o no hacer, o exigir alguna cosa.”⁶⁶*

En base a las definiciones anteriormente expuestas, puede definirse el término “Derecho” como aquel conjunto de normas, doctrinas, principios y reglas a que se encuentran sometidas todas las relaciones de toda naturaleza del ser humano, su cumplimiento se encuentra sujeto a una autoridad que ejerce un poder coercitivo.

En tanto, el término “Obligación” posee una alta gama de definiciones, algunas relacionadas a Derecho, y muchas otras en alusión a otros aspectos. El Diccionario de la Real Academia Española define el término obligación de las

⁶³ Derecho. Ossorio, Manuel. *óp cit.*, página 292.

⁶⁴ Beltranena Valladares de Padilla, Maria Luisa, *óp. cit.* Página 4.

⁶⁵ *loc. cit.*

⁶⁶ *ibíd.* Página 5.

siguientes formas: *“Aquello a lo que alguien está obligado a hacer”*⁶⁷, sin embargo esta definición, además de no ser técnica, tampoco muestra elementos que puedan conceptualizar el significado de dicha palabra.

Por otra parte la Real Academia Española además otorga otro significado, el cual puede definirse como *“vínculo que sujeta a hacer o abstenerse a hacer algo, establecido por precepto de ley, por voluntario otorgamiento o por derivación recta de ciertos actos.”*⁶⁸

Ruggiero, citado por Alfonso Brañas define el término obligación como *“la relación jurídica en virtud de la cual una persona (deudor), que tiene la facultad de exigirla, constriñendo a la primera a satisfacerla.”*⁶⁹ Por lo que puede de esa forma definirse a las obligaciones como toda aquella prestación consistente en el acto de dar, hacer o no hacer, en la cual un sujeto llamado acreedor, exige el cumplimiento a otro sujeto llamado deudor, sujetando el cumplimiento a ciertas condiciones que deben ser respetadas por ambas partes. Puede existir una multiplicidad de deudores, acreedores o de ambos.

En el Derecho Español y de acuerdo a Diego Espín Canovas, en el tercer tomo de su obra Derecho Civil Español hace un análisis en relación al Derecho de Obligaciones, ya que establece que *“...es aquello a que se obliga el deudor, traducido del latín “obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstingimuy ad aliquid dandum vel faciendum vel prastandum”. Sin embargo las definiciones modernas reproducen sustancialmente la justinanea, sustituyendo la palabra vínculo, por la de relación, por considerarla más expresiva de los dos aspectos, activo o de crédito y pasivo o de deuda, comprendidos en la obligación. Pero mientras unos, más apegados al sabor romano de la definición, se limitan a destacar el aspecto pasivo o de sujeción, otros en cambio, armonizando más el concepto con el aludido sentido de la palabra relación, contemplan la definición tradicional con el aspecto activo, y, finalmente, una tercera posición alejándose*

⁶⁷ Obligación. Real Academia Española, *óp cit.*, Página 1063.

⁶⁸ *loc. cit.*

⁶⁹ Brañas, Alfonso.- *Manual de Derecho Civil.*- Séptima Edición.- Guatemala, Guatemala.- Editorial Estudiantil Fénix, 2008, Página 429.

*más del tradicional modelo Justiniano, destaca, el elemento activo, omitiendo el pasivo o de ligadura.*⁷⁰

En base a las definiciones anteriores, puede conceptualizarse al Derecho de Obligaciones como la rama del Derecho Civil, la cual estudia los principios, Doctrinas, normas jurídicas e instituciones que regulan todas aquellas relaciones jurídicas, en las cuales dos o más personas se comprometen, una o varias (llamada o llamadas en este caso deudor o deudores) a llevar a cabo determinadas o determinables pretensiones de dar, hacer o no hacer en favor de otro u otros sujetos (llamado o llamados acreedor o acreedores), el cual tiene la potestad de exigirle o exigirles en caso exista incumplimiento por parte del o los deudores.

De las obligaciones deviene una relación jurídica, la cual es todo aquel vínculo de carácter legal, el que se lleva a cabo entre un sujeto llamado deudor y otro sujeto llamado acreedor, en donde el sujeto denominado deudor se encuentra ligado con el sujeto llamado acreedor, para que este le satisfaga efectivamente y acorde a lo pactado, la prestación prometida.

2.1.1 TEORÍAS QUE EXPLICAN A LAS OBLIGACIONES

Tradicionalmente se han establecido cuatro teorías tendientes a explicar las Obligaciones, entre estas se encuentran las siguientes:

- Teoría Clásica
- Teoría Objetiva
- Teoría de la Distinción entre el Débito y la Responsabilidad
- Teoría Integradora del Elemento Personal y Patrimonial

Teoría Clásica:

De acuerdo a Espín Cánovas en relación a la Teoría Clásica *“Nuestro derecho es la propiedad sobre un hombre, y tal era en realidad la esclavitud entre los romanos; pero si queremos representarnos una relación de derecho que*

⁷⁰ Espín Canovas, Diego, *Derecho Civil Español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Volumen 3.- Madrid, España, 1961. Página 4.

establezca nuestro dominio sobre una persona, sin destruir su libertad, un derecho que se parezca a la propiedad, y que, sin embargo se distinga de ella, es preciso que este dominio no abrace la totalidad de la persona, sino solamente de sus actos. En cuyo acto, dicho caso, sustraído al libre arbitrio de esta persona, se somete al imperio de nuestra voluntad; ahora bien, las relaciones de derecho en virtud de las cuales ejercemos dominio sobre un acto determinado de otra persona, se llama obligación.”⁷¹

Partiendo de este punto, dicha teoría realiza un estudio relativo a que las obligaciones son un estado de sujeción que ejerce el acreedor sobre el deudor, para que este cumpla efectivamente con lo acordado, aún sea con todo su patrimonio, ya que no es posible removerle de su libertad. Esta teoría tiene poca aceptación por contener elementos que hoy día son distintos. Es una teoría obsoleta.

Teoría Objetiva:

La teoría objetiva es una teoría con una gran aceptación y difusión en la doctrina, así como en el mundo jurídico, Espín Canovas en su obra Derecho Civil Español, la Teoría Objetiva manifiesta *“Partiendo de la crítica a la teoría clásica, se busca un nuevo objetivo a la obligación, distinto del acto del deudor, inclinándose a una nueva dirección varios pandekistas alemanes que ven en la responsabilidad patrimonial del deudor la esencia de la obligación.”⁷²*

Concluyendo de esa forma, que la Teoría Objetiva busca todas aquellas tendencias que indagan sintetizar a la obligación como aquel vínculo jurídico político entre dos patrimonios, pero la misma separa al patrimonio del sujeto.

Teoría Integradora del Elemento Personal y del Patrimonio:

Esta teoría contiene una conexión entre elementos, según Diego Espín Canovas, *“...prescindiendo del aspecto histórico, ajeno a nuestro estudio, por lo que se refiere al Derecho moderno, es inadmisibile esa separación que se pretende*

⁷¹ *Ibíd.*, página 12.

⁷² Espín Canovas, Diego, *óp cit.*, Página 14

*establecer entre el elemento personal y el elemento patrimonial, porque ambos son necesarios para un concepto íntegro de la obligación.”*⁷³ Por lo que puede concluirse que esta teoría separa a la persona, del patrimonio pero no exime de la responsabilidad al sujeto, el cual debe responder por el acto jurídico político.

2.2 EL NEGOCIO JURÍDICO

Una figura extremadamente importante dentro del Derecho de Obligaciones es “*El Negocio Jurídico*”, el cual debido a su dificultad de comprensión, y al ser conceptualizado e individualizado, de acuerdo a Castán Tobeñas es el “*Acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el Derecho Objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece.*”⁷⁴ Es decir, es aquel instrumento intrínseco a la autonomía de la voluntad a través de la cual las personas individuales o jurídicas rigen y reglan sus relaciones entre ellos mismos.

2.2.1 CLASIFICACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

Los negocios jurídicos, debido a su complejidad devienen en varias clasificaciones, sin embargo, y de acuerdo a la forma de cumplimiento de la obligación de sus sujetos, creando de esa forma una clasificación distintiva la cual se clasifica de la siguiente manera, y la que es imperativo desarrollarla más a detalle debido a su importancia:

- Unilaterales
- Bilaterales

Negocios Jurídicos Unilaterales:

Los Negocios Jurídicos Unilaterales, son aquellos, a través de los cuales basta formarlos por la voluntad de una sola persona. Esto interpretado desde el punto de vista de Rubén Contreras que establece que los Negocios Jurídicos Unilaterales

⁷³ *Ibid.*, Página 26.

⁷⁴ Castán Tobeñas, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*, décima primera edición, Editorial Reus Madrid, España, t. I, volumen dos, 1971, página. 622.

son “*aquellos en los que la obligación recae únicamente sobre las partes contratantes. Es decir que hay una que queda obligada sin contraprestación a su favor y otra que tiene la acreeduría o el derecho de exigencia, sin que sobre ella haya ninguna carga de pago.*”⁷⁵

En atención a la anterior definición, puede establecerse que los Negocios Jurídicos Unilaterales son aquellas declaraciones conscientes y voluntarias, en donde uno de los sujetos se obliga a la realización de una prestación, sin que la otra parte se encuentre obligada a realizar alguna contraprestación a cambio.

Negocios Jurídicos Bilaterales:

El Negocio Jurídico Bilateral de acuerdo a Rubén Contreras “*Es todo acuerdo de voluntades denominado también recíproco o sinalagmático, es aquel en que ambas partes se obligan en forma mutua. Es decir, ambas son acreedoras y deudoras recíprocamente, de manera tal que, lo que constituye acreeduría para una, constituye deuda para la otra y viceversa.*”⁷⁶

La anterior definición ilustra fehacientemente y explica el significado del Negocio Jurídico Bilateral, que puede entenderse como el acuerdo de voluntades en el cual ambas partes son deudores y acreedores simultáneamente. Uno de ellos se compromete a realizar determinada prestación a cambio de otra al igual que su par.

2.2.2 REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DEL NEGOCIO JURÍDICO

El Negocio Jurídico para gozar de validez, debe cumplir con determinados aspectos que deben cumplir o concurrir, para que el mismo sea viable y aceptable. Cada uno de estos elementos de forma individual y en conjunto deben estar presentes al momento de celebrar el negocio jurídico.

⁷⁵ Contreras Ortíz, Rubén Alberto, *Obligaciones y Negocios Jurídicos Civiles* (Parte General), Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Guatemala, 2007, Primera Reimpresión de la Primera Edición, página 264

⁷⁶ *loc. cit.*

Entre estos elementos se encuentran los siguientes:

- Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad
- Consentimiento que no adolezca de vicio
- Objeto Lícito

Dichos requisitos, se encuentran establecidos en el artículo 1251 del Código Civil, que versa de la siguiente manera: *“El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declare su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.”*⁷⁷ En el cual señalan la imperatividad de la existencia de dichos elementos constitutivos para la validez absoluta del negocio jurídico en todos sus ámbitos. Esto con el objeto de evitar la existencia de una nulidad parcial o total.

Lo anterior en virtud de lo explicado por Juan Pablo Gramajo Castro en su obra Derecho Civil Comentado y Anotado, en donde establece lo siguiente *“La falta de alguno de estos elementos que integren el negocio jurídico ocasionan su inexistencia o nulidad absoluta; pero los vicios del consentimiento, únicamente dan lugar a su nulidad relativa, la cual puede desaparecer y quedar válido aquel si la parte interesada no demanda la nulidad dentro del término de la prescripción.”*⁷⁸

2.2.3 VICIOS DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

Son vicios de la Declaración de Voluntad (para algunas personas lo es también de las obligaciones y no solo del Negocio Jurídico) de acuerdo al Código Civil de Guatemala en los artículos del 1257 al 1268, donde se señalan los mismos, estos son:

- Error
- Dolo
- Violencia
- Simulación

⁷⁷ Congreso de la República de Guatemala, Decreto Ley 106 (Código Civil). Artículo 1251, Guatemala.

⁷⁸ Gramajo Castro, Juan Pablo, *Código Civil Comentado y Anotado*, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, Guatemala, 2009, Página 372.

2.2.4 NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO

Los negocios jurídicos al carecer de los elementos que le permitan la validez, serán declarados como nulos. Puede promoverse la nulidad absoluta y relativa. En este orden de ideas, el Negocio Jurídico es aquel mecanismo por medio del cual se deja sin efecto determinado negocio jurídico por ser carente de los elementos establecidos en el artículo 1251 del Código Civil de Guatemala.

2.2.5 MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES

Tanto legal, como doctrinariamente existen diferentes modalidades o clasificaciones de las obligaciones, las cuales explican y encuadran todas aquellas formas en que las obligaciones se crean, modifican o extinguen. Las mismas se clasifican de acuerdo a su elemento real, formal y subjetivo.

Sin embargo las obligaciones de acuerdo a Rubén Contreras, pueden dividirse en:

- *“Obligaciones de Dar*
- *Obligaciones de Hacer*
- *Obligaciones de no hacer*
- *Obligaciones específicas*
- *Obligaciones Genéricas*
- *Obligaciones Simples*
- *Obligaciones Complejas*
- *Obligaciones Conjuntivas*
- *Obligaciones Alternativas*
- *Obligaciones Facultativas*
- *Obligaciones Divisibles*
- *Obligaciones Indivisibles*
- *Obligaciones Simples*
- *Obligaciones Mancomunadas*⁷⁹

⁷⁹ Contreras Ortíz, Rubén Alberto, *óp cit.*, página 55.

2.2.6 CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

Las obligaciones se tienen por concretadas y cumplidas, es decir correctamente satisfechas de acuerdo a diferentes supuestos, entre estos se encuentran los siguientes:

- Pago
- Pago por Consignación
- Pago por Cesión de Bienes

Cumplida la obligación por dichas causales se da por satisfecha la obligación en mención.

2.2.7 INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

Al contrario del cumplimiento, en el caso del incumplimiento, el cual se da al momento en que la persona o personas individuales o jurídicas no cumplen con aquello a lo cual se obligaron. Entre esto encuadraría lo siguiente:

- Culpa
- Mora

2.2.8 TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Dentro de dichas causales en las cuales podrían encuadrar la transmisión de las obligaciones a que se refiere a que en la misma se lleva a cabo el cumplimiento por otra persona distinta a la que lo debía hacer en un principio. Entre estas se encuentran las siguientes:

- Cesión de Derechos
- Subrogación
- Transmisión de Deudas

2.2.9 EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Esta clasificación se refiere a aquellos actos jurídicos por medio de los cuales las obligaciones se terminan. Entre las causales que la legislación guatemalteca brinda se pueden encontrar las siguientes:

- Compensación
- Novación
- Remisión
- Confusión
- Prescripción Extintiva

2.2.10 FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

El término fuente, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española significa "*Lugar de donde proviene determinada cosa*"⁸⁰, es decir, el lugar de origen de donde emana determinada cuestión, en un sentido menos amplio, el lugar de donde nacen las obligaciones de acuerdo a nuestra legislación, serían los siguientes:

- Los Contratos
- Hechos Lícitos sin Convenio (Cuasi Contratos)
- Hechos y Actos Ilícitos (Cuasi Delitos)

2.3 CONTRATOS

El contrato es una de las figuras que universalmente tienen mayor importancia dentro del campo del Derecho, sus acepciones son tan amplias en todo sentido, que regulan en su mayoría las relaciones entre particulares a nivel mundial, incluso, aún mayoritariamente que la propia legislación. Por supuesto los mismos contratos deben estar fundamentados según lo que establece la ley, o desde una óptica más acertada, no deben ser contrarios a lo que establece la legislación aplicable en dicha materia en caso de los contratos típicos, y que no sean contrarios al orden público en el caso de los contratos atípicos.

⁸⁰ Fuente. Real Academia Española. *óp. cit.*, Página 1095.

Por su parte, los contratos no solo abarcan el ámbito civil, de la misma forma regulan aspectos fundamentales e intrínsecos en materias como Laboral y Bancario, y son la principal fuente en el ámbito del Derecho Mercantil.

Por su parte en el Derecho Administrativo que es lo que interesa para el tema actual regula no solo las relaciones entre particulares, sino entre particulares y el Estado, aplicando los principios de Legalidad y Legalidad para Funcionarios Públicos.

Para adentrarse en la fascinante atmósfera de los contratos, es prudente conceptualizar los mismos. En virtud de lo sencillo, pero a la vez complejo en el tema de la comprensión de los contratos, se realizará un análisis y explicación sobre el tema contractual en cada una de las ramas del Derecho. Debido a la alta gama de autores y perspectivas en el tema, se conceptualizará esta figura de alto espectro en base a varios tratadistas con diferentes definiciones.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, un Contrato es *“Pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.”*⁸¹ Dicha definición otorga varios elementos, como lo son: su razón de ser, su género y finalmente la existencia de los elementos del mismo.

El mismo Diccionario de la Real Academia Española brinda otra definición que se ajusta a la materia del Derecho, la cual versa de la siguiente manera *“Aquel por el cual una persona se obliga a ejecutar una obra o prestar un servicio a otro mediante un precio.”*⁸² Esta definición contiene los elementos esenciales de un contrato, ofreciendo una definición completa, pero a su vez poco técnica.

Para Guillermo Cabanellas de Torres, quien brinda una definición y análisis *“En sentido amplio, sinónimo de convención, existe cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos, y agrega que la convenciones hechas en los contratos forman para las*

⁸¹ Contrato. Real Academia Española, *óp cit.*, Página 644.

⁸² *loc. cit.*

*partes una regla general, la cual deben someterse como a la ley misma.*⁸³ Esta definición, al final enumera una serie de elementos intrínsecos a lo que los contratos en general son.

Capitant citado por Manuel Ossorio lo define como *“acuerdo de voluntades con el objeto de crear entre ellas, vínculos de obligaciones, y también documento escrito destinado a probar una convención. Los contratos han de ser celebrados entre personas capaces y no han de referirse a las buenas costumbres. Los contratos lícitos obligan a las partes contratantes en iguales términos que la ley.”*⁸⁴

En el Diccionario de la Lengua Española, con elementos poco técnicos y jurídicos la siguiente definición *“Pacto entre dos o más personas. Sin acuerdo, convenio, arreglo, compromiso,”*⁸⁵

Un interesante enfoque es el que Valverde, citado por Juan Pablo Gramajo Castro en su magna obra Código Civil Comentado y Anotado establece, *“Lo más racional es no intentar una clasificación sistemática de los contratos, sino hablar solo de los motivos diferentes, o bases sobre las cuales pueden agruparse algunos tipos de contrato”*⁸⁶

Diego Espín Cánovas en contraparte la conceptualización anterior, establece que *“En el Derecho moderno, en cambio, abolido el principio formalista para la creación de obligaciones, en general, esa distinción romana entre pacto y contrato desaparece, por lo que en adelante bastará el acuerdo de voluntades, sin otros requisitos formales, para que exista el contrato.”*⁸⁷

De acuerdo a Enrique Lalaguna Domínguez, el contrato desde una acepción estricta es el *“acto jurídico bilateral dirigido exclusivamente a la creación de relaciones jurídicas obligatorias.”*⁸⁸ De igual forma lo concibe desde un concepto intermedia como *“el acto jurídico de carácter bilateral en virtud del cual se*

⁸³ Contrato. Cabanellas de Torres, Guillermo. *óp cit*, 248.

⁸⁴ Contrato. Ossorio, Manuel. *óp cit.*, Página 222.

⁸⁵ Contrato. Real Academia Española, *óp cit.*, Página 169.

⁸⁶ Gramajo Castro, Juan Pablo, *óp cit.*, Página 544.

⁸⁷ Espín Canovas, Diego, *óp cit.*, Página 388.

⁸⁸ LaLaguna Domínguez, Enrique, El Contrato, Estructura, Formación y Eficacia, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1997, Primera Edición, Primera Reimpresión, página 16.

*constituyen, modifican y extinguen relaciones jurídicas estrictamente patrimoniales.*⁸⁹ Esta última definición es la más adecuada de acuerdo al autor.

Otros autores como Ricardo Luís Lorenzetti, definen el contrato como *“un instrumento para la realización de actividades económicas, es una relación entre partes en el proceso de programación de intercambios en el futuro”*⁹⁰ de igual forma lo define como *“un tipo legal, cuyos elementos deben darse en una relación jurídica para que surja una obligación.”*⁹¹

Sin embargo la definición más completa la tiene Rubén Alberto Contreras Ortíz, quien aporta mejores elementos para entender este término. El citado autor define el contrato como *“el negocio jurídico bilateral constituido por el acuerdo pleno, consciente, y libre 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”*⁹²

De acuerdo a las definiciones de los anteriores autores y el profundo estudio de este término, puede definirse al contrato como una declaración de voluntad entre dos o más sujetos, dispuestos a adquirir derechos, así como contraer, crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones, para obtener determinado fin.

2.4 CLASES O CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Los contratos tienen una variedad numerosa de clasificaciones, en este caso y de acuerdo a lo que establece Rubén Contreras, que en su mayoría engloba los regulados el Código Civil en sus artículos 1587, 1588, 1589, 1590, 1591 y 1592.

1. Por sus características, se dividen en:

- Unilaterales
- Bilaterales

⁸⁹ *Ibíd.*, Página 17.

⁹⁰ Lorenzetti Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2007, Segunda Edición, página 17.

⁹¹ *loc. cit.*

⁹² Contreras Ortíz, Rubén Alberto, *óp cit.*, Página 207.

Contratos Unilaterales:

Los Contratos Unilaterales son aquellos “en los cuales la obligación recae sobre una de las partes contratantes. Es decir, hay una que queda obligada sin contraprestación a su favor; y otra que tiene la acreeduría o el derecho de exigencia, sin que haya ninguna carga de pago”⁹³. Por lo que puede entenderse al Contrato Unilateral como una declaración de voluntad entre las partes, en el cual una de las partes tiene la obligación de cumplir con determinada obligación sin recibir una remuneración. Es decir, solo una de las partes.

Contratos Bilaterales:

Los Contratos Bilaterales son aquellos en los cuales ambas partes se obligan en forma mutua. Es decir, ambas partes son acreedoras y deudoras recíprocamente.

2. Por el Consentimiento:

- Consensuales
- Reales

Contratos Consensuales:

De Acuerdo a José Rubén Contreras, el contrato consensual es aquel que se constituye o perfecciona con el solo consentimiento de las partes contratantes, aunque ninguna de las cosas o prestaciones se hubieren entregado. El solo acuerdo de voluntades vincula contractualmente a las partes, aunque sus efectos hacia terceros necesiten del cumplimiento de alguna formalidad.

La figura del Contrato Consensual se encuentra regulada oportunamente en el artículo 1518 del Código Civil, el cual establece lo siguiente relativo al tema “*Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.*”⁹⁴

⁹³ Contreras Ortiz, Rubén Alberto, *óp cit.*, página 265.

⁹⁴ Congreso de la República de Guatemala. *óp cit.*, artículo 1518.

Contratos Reales:

El mismo autor analiza la figura de los contratos reales como aquellos “...que para constituirse o perfeccionarse, necesitan, además del consentimiento de las partes, la entrega material de la cosa.”⁹⁵ Ciertamente, es aquel, que además del consentimiento, debe existir la entrega del bien o la prestación del servicio, de esa forma se entiende como cumplida el respectivo contrato.

3. Por su Importancia:

- Principales
- Accesorios

Contratos Principales:

Los Contratos Principales son “aquellos que subsisten por si solos. Es decir tienen entidad propia. No necesitan de otro contrato para poder existir. Tienen un fin propio e independiente. De esa clase son la mayoría de contratos del Código Civil”⁹⁶ De acuerdo a lo anteriormente expuesto, este tipo de contratos, son una mayoría dentro de la legislación Civil Guatemalteca, y estos no dependen de ningún otro contrato para poder subsistir.

Contratos Accesorios:

Los contratos accesorios son aquellos contratos los cuales dependen de la existencia de un contrato principal para poder subsistir. Sin la existencia de uno principal, estos no tendrían validez alguna.

⁹⁵ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. *óp cit.*, página 267.

⁹⁶ *loc. cit.*

4. Por el tipo de Remuneración:

- Gratuito
- Oneroso

Contratos Gratuitos:

“Según la finalidad de las partes sea la de procurarse recíprocamente un beneficio o equivalencia a través de sus prestaciones o, por el contrario, sea la de que una de ellas únicamente procure ese beneficio a la otra, sin equivalencia o correspondencia por parte de ésta, se habla de contratos gratuitos u onerosos.”⁹⁷

Bajo el contexto de este párrafo, los contratos gratuitos son aquellos, los cuales no se procura la existencia de un beneficio económico para la realización y perfeccionamiento del contrato.

Contratos Onerosos:

Esta clase de contratos “son aquellos en los que se estipulan gravámenes y provechos recíprocos. En él una de las partes concede a la otra una ventaja económica a cambio de alguna utilidad o beneficio también económico, que ella a su vez obtiene de aquella. Es decir, lo que constituye disminución o aumento patrimonial para la otra parte y viceversa. El contrato oneroso puede ser conmutativo o aleatorio.”⁹⁸

Esto quiere decir que el contrato oneroso, es aquella clase de contrato, a través del cual para perfeccionarse y llevarse a cabo debe otorgarse una prestación a cambio de llevar a cabo el servicio o la entrega del bien.

5. Por la Condición:

- Contratos Absolutos
- Contratos Condicionales

⁹⁷ Contreras Ortiz, Rubén Alberto, *óp cit.*, Página 401

⁹⁸ *Ibíd.*, página 268

Contratos Absolutos:

Son aquellos, los cuales su existencia, validez, cumplimiento y extinción, no se encuentran sujetas a ninguna condición. La mayor parte de contratos pertenecen a este tipo de forma contractual.

Contratos Condicionales:

Esta forma contractual *“Es aquella, cuyos efectos están subordinados por las partes o por disposición de la ley, a una o varias condiciones...”*⁹⁹ Es decir, que de acuerdo a lo anteriormente expuesto, esta clase de contratos dependen de determinada o determinados parámetros consensuados por las partes o por la ley, para que el mismo pueda hacerse efectivo. La condición a que se sujetan puede ser suspensiva o resolutoria.

6. Por el momento de su ejecución:

- De Ejecución Inmediata
- Contrato a Plazo

Contratos de Ejecución Inmediata:

Los Contratos de Ejecución Inmediata, son aquellos que debido a su misma naturaleza, deben cumplirse con lo pactado o establecido inmediatamente, por esta razón pueden llevarse a cabo debido a pacto expreso entre las partes, por disposición legal o en algunos contados casos por disposición judicial.

Contratos a Plazo:

Los contratos a plazo son aquellos, los cuales deben su cumplimiento a determinado hecho futuro y cierto, posterior a celebrarse el mismo. Esto significa que ya sea por disposición de las partes, de la ley, de la naturaleza de la prestación o por disposición judicial, debe celebrarse en un tiempo determinado posterior a su respectiva celebración.

⁹⁹ *Ibíd.*, página 270.

7. Por su forma de realización:

- De Libre Discusión
- De Adhesión

Contratos de Libre Discusión:

Esta clase de contratos son aquellos contratos en virtud de los cuales, existe libertad de discusión entre las partes en relación a las condiciones en las cuales se llevará a cabo el mismo. Una de sus características es que no se realiza en masa.

Contratos de Adhesión:

Los Contratos de Adhesión son aquellos a través de los cuales se pacta determinada o bien determinadas condiciones previamente establecidas, y las cuales no son sujetas de futura discusión, debido a la naturaleza del mismo contrato. Mayoritariamente, esto se debe a que dichos contratos son realizados de forma masiva, en especial en contrataciones de servicios, donde los usuarios deben aceptar las condiciones que les propone el oferente del mismo.

2.5 LA CONTRATACIÓN CIVIL

Sin lugar a dudas, la base por la cual emanan la mayoría de formas contractuales en las distintas ramas del Derecho, en definitiva es la fuente originaria y en la cual se basan los contratos. Debido a su importancia dentro de todas las ramas del Derecho, por ser considerada por su historia y la extensión de sus instituciones, no deja de ser la excepción en torno al tema de la Contratación, en virtud que el mismo eminentemente surge del ramo civil, creando instituciones contractuales en la gran mayoría de ramas del Derecho.

Dicha materia del Derecho, al contener los principios rectores y fundamentales de las demás figuras contractuales, y al ser la misma a que se acude al momento de existir vacíos legales o doctrinarios, siempre y cuando no vaya en contra de los principios e instituciones contractuales de la rama del Derecho de la que se trate, tiene una vigencia e importancia ejemplar en el ámbito jurídico.

2.6 LA CONTRATACIÓN MERCANTIL

Sin lugar a dudas, en tiempos modernos la contratación con mayor auge es la contratación mercantil, quizás detrás de la bancaria es la que genera mayores operaciones globalmente. La contratación mercantil, debido a su aspecto masivo, es la que genera la mayor parte de los dividendos y tráfico comercial a nivel mundial.

Para conocer los alcances y la forma en que se desenvuelve la mercantil es prudente invocar sus principios, dichos principios rigen no solo la contratación mercantil, sino además la materia del Derecho Mercantil en su totalidad. Entre los principios mercantiles generales que se encuentran, están los siguientes:

- Buena Fe: Principio del Derecho Mercantil que se refiere a que las partes llevarán sus relaciones con otros con un actuar sincero y honesto.
- Verdad Sabida: Dicho principio se refiere a que las partes contratantes tienen conocimiento de sus derechos y obligaciones, ya sea de forma legal o contractual.
- Toda Prestación se presume onerosa: Principio que versa sobre que en esta rama del Derecho todo se presumen oneroso y con ánimo de lucro.
- Intención de lucro: Versa sobre que siempre existe intención de lucro en todo accionar de los comerciantes.
- Ante la duda debe favorecerse la solución que haga más segura la circulación: Se refiere a que en las relaciones mercantiles debe siempre velarse porque se escoja la solución que permita mayor y mejor circulación de bienes o servicios.

De igual forma el Derecho Mercantil cuenta con diferentes características propias de la materia y de su contratación, las cuales permiten describir su desenvolvimiento, lo cual es completa y absolutamente necesario en el tema:

- Es poco formalista: Dicha característica versa sobre que los actos en esta rama del Derecho se realizan en masa y por dicha razón sus formalismos son pocos.

- Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar bienes o servicios: Aún con la existencia de poca formalidad en los actos, contiene los parámetros mínimos para garantizar los actos jurídicos.
- Es internacional: Se realiza a lo largo del planeta en diferentes países.
- Es adaptable: Las normas evolucionan progresivamente con el tiempo y se adaptan a la realidad que se vive en determinado momento.
- Posibilita la seguridad del tráfico jurídico: Garantiza el cumplimiento de las obligaciones mercantiles.

De acuerdo a René Arturo Villegas Lara citando el Código de Comercio de Guatemala en su artículo 669 establece que *“todas las obligaciones mercantiles se interpretan, ejecutan y cumplen de conformidad con los principios de verdad sabida y buena de guardada, no significa que la verdad y la buena fe dejen de tomarse en cuenta para obligaciones de otra naturaleza.”*¹⁰⁰

¹⁰⁰ Villegas Lara, René Arturo. *Derecho Mercantil Guatemalteco Tomo III*, Guatemala, Guatemala, Sexta Edición, Editorial Universitaria de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Página 25.

2.7 DIFERENCIAS ENTRE LAS OBLIGACIONES MERCANTILES Y LAS CIVILES

Debido a que ambas ramas del Derecho tienen sus propios principios, los cuales son distintos, a pesar de que ambas tienen similitudes, lo cual se expone a continuación:

DE ACUERDO AL TIPO DE OBLIGACIONES.	MERCANTIL	CIVIL
De acuerdo a la formalidad.	No formalista	Formalista
De acuerdo a la concurrencia de las obligaciones	En masa	Individualista
De acuerdo a los sujetos que intervienen	Intervienen comerciantes	No necesariamente intervienen comerciantes.
De acuerdo al ánimo de la realización del mismo.	Siempre con ánimo de lucro	No siempre existe ánimo de lucro
De acuerdo a la onerosidad	Siempre es onerosa	No siempre es onerosa
Forma en que opera la mora.	La mora opera instantáneamente	La mora es a requerimiento.
De acuerdo al Código Normativo por el que se rigen	Código de Comercio	Código Civil
De acuerdo a los bienes que se utilizan	Bienes muebles únicamente.	Pueden ser bienes muebles e inmuebles

2.8 LA CONTRATACIÓN BANCARIA

La Contratación Bancaria es quizás el tipo de contratación más utilizada en el mundo, sin embargo una de las más desconocidas, por la complejidad de sus instituciones propias de la materia. Asimismo las instituciones bancarias, tanto Públicas como Privadas ofrecen procedimientos de fácil comprensión para los usuarios durante la realización de los complejos y fiscalizados procesos que devienen de dichos contratos de adhesión.

El Estado realiza contrataciones con instituciones bancarias todo el tiempo, y aunque si bien no realiza contratos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado, tiende a realizar fideicomisos con el Estado, además de garantizar contratos de fianza a personas que se dedican a realizar contratos con el Estado de los cuales se encuentran en la Ley de Contrataciones del Estado, siendo estas instituciones (los bancos) públicos o privados, terceras personas que intervienen indirectamente dentro de estas relaciones contractuales.

2.8.1 NOCIONES GENERALES DEL DERECHO BANCARIO

Debido a la importancia de esta rama del Derecho indirectamente dentro de las Contrataciones del Estado, es prudente estudiar sus características someramente.

Sergio Rodríguez Azuero establece que *“Estudiar el Derecho bancario es reconocer, ante todo la existencia de unas entidades denominadas bancos, en relación con las cuales los autores no traen recuentos detallados sobre su evolución y antecedentes históricos. Su valor no solo radica en la simple constatación de unos hechos y manifestaciones, sino en el reconocimiento de algunos antecedentes cardinales cuya importancia es innegable para el estudio de los distintos contratos e instituciones bancarias contemporáneos, así como de los títulos e instrumentos utilizados en esta actividad con más frecuencia.”*¹⁰¹

¹⁰¹ Rodríguez Azuero, Sergio.- *Contratos Bancarios Su Significación en América Latina*, Editorial Biblioteca Felabán, Bogotá, Colombia.- Segunda Edición 1979.- Página 91.

Debido a su importante naturaleza y sus extensos usos en la vida cotidiana de las personas, las instituciones bancarias permanecen bajo un estricto control estatal permanente.

De acuerdo a dicho autor, el Derecho Bancario es *“...el conjunto de relaciones patrimoniales entre la banca y su clientela. Más concretamente, los contratos celebrados entre las entidades de crédito y sus clientes. Es un Derecho autónomo distinto al Derecho Mercantil, toda vez que tiene sus propias instituciones.”*¹⁰²

2.8.2 PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN BANCARIA

El Derecho Bancario, a pesar de no ser una rama autónoma del Derecho por su dependencia con el Derecho Mercantil, posee sus propios principios, estos son aquellas directrices fundamentales en las que se basa la materia, en donde se establecen las reglas básicas que deben prevalecer en esta clase de contratación.

Entre estos se encuentran los siguientes:

- De carácter público y privado
- Poco Formalista
- De carácter profesional
- Con tendencia a la internacionalización
- Con Ánimos de Lucro
- De carácter masivo

2.8.3 CLASIFICACIÓN DE LOS BANCOS

Los bancos por ser instituciones de importancia social, pero a la vez comercial, y por la misma naturaleza de sus instituciones, pueden contener diferentes caracteres en la forma de organización de cada una de estas instituciones. Entre estas pueden enumerarse las siguientes:

- Bancos de Carácter Privado
- Bancos de Carácter Público
- Bancos de Carácter Mixto

¹⁰² Rodríguez Azuero, Sergio, *óp cit.*, Página 98.

2.8.4 CONTRATOS BANCARIOS MÁS IMPORTANTES Y COMUNES

Como se ha expuesto anteriormente, la contratación bancaria contiene una amplia gama de contratos que pueden realizarse a través de esta rama del Derecho, sin embargo y para el efecto, existen ciertos contratos que se encuentran directa o indirectamente relacionados a la contratación administrativa, son los siguientes:

- **Depósito:** Es aquel contrato por medio del cual un sujeto encomienda determinado bien a otro quien se encargará de cuidarlo y devolverlo cuando este así lo solicite.
- **Cuenta Corriente:** Es aquella figura contractual por medio de la cual una institución bancaria se compromete a realizar por cuenta de su cliente operaciones relativas al servicio de caja, ejecutando anotaciones contables.
- **Fianza:** Es aquel contrato por medio del cual una de las partes se compromete a responder por la otra en determinada obligación por un monto establecido.
- **Apertura de Crédito:** Contrato por medio del cual el banco pone cierta cantidad de dinero periódica a disposición del cliente para que este la utilice y la devuelva
- **Fideicomiso:** Contrato por el cual una persona pone a disposición de otro cierta cantidad de dinero para que este la administre y beneficie a un tercero.

2.9 LA CONTRATACIÓN LABORAL

2.9.1 EL CONTRATO DE TRABAJO

La Contratación en materia Laboral es quizás una de las figuras más incomprendidas entre las distintas figuras de contratación, debido a su naturaleza muy propia de dicha institución por ser la misma de jurisdicción privativa, además de tener características únicas que hacen una institución digna de estudio. Para el efecto, únicamente se estudiará el contrato individual de trabajo, más no se estudiará el contrato colectivo de trabajo.

El Contrato de Trabajo “...es una institución típicamente contractual, y por lo mismo de Derecho Privado. La admisión de la figura del Contrato en el punto mismo de partida de la relación obrero-patronal, realza su aspecto voluntario.”¹⁰³

Siguiendo en la misma línea el mismo autor Luis Fernández Molina, lo define como “...no es más que un acuerdo de voluntades; es el producto mismo de la plena libertad contractual, de la autonomía de la voluntad. Hay que admitir que esa figura así perfilada, no encaja dentro del contexto laboral, ya que si bien es un acuerdo inicial de voluntades, es libre, no lo son la totalidad de sus disposiciones, por cuanto entran en vigor los mínimos que la ley establece. Sin embargo no puede negarse la vigencia de ese acto inicial que le da vida a la relación laboral.”¹⁰⁴

El Contrato de Trabajo, a la vez es definido en el Código de Trabajo, en su artículo 18 en donde se establece una definición legal de esta institución versa de la siguiente manera “Artículo 18. Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es el vínculo económico-jurídico mediante el que una persona (trabajador), queda obligada a presentar a otra (patrono), sus servicios personales o a ejecutarle una obra, personalmente, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada de esta última, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma.

En el caso de los gerentes, directores, administradores, superintendentes, jefes generales de empresa, técnicos y demás trabajadores de categoría análoga a las enumeradas, dicha delegación puede, incluso, recaer en el propio trabajador.

La exclusividad para la prestación de los servicios o ejecución de una obra, no es característica esencial de los contratos de trabajo, salvo en el caso de incompatibilidad entre dos o más relaciones laborales, y sólo puede exigirse cuando así se haya convenido expresamente en el acto de la celebración del contrato.

¹⁰³ Fernández Molina, Luis, *óp cit.*, página 86.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, Página 87.

La circunstancia de que el contrato de trabajo se ajustare en un mismo documento con otro contrato de índole diferente o en concurrencia con otro u otros, no le hace perder su naturaleza y por lo tanto a la respectiva relación le son aplicables las disposiciones de este Código.”¹⁰⁵

De acuerdo a las anteriores definiciones puede conceptualizarse el Contrato de Trabajo como un vínculo económico jurídico, por medio del cual un sujeto llamado trabajador, se compromete a la realización de una obra o la prestación de determinado o determinados servicios a cambio de una remuneración.

2.9.2 EL CONTRATO Y LA RELACIÓN DE TRABAJO

La Relación de Trabajo es un vínculo que existe entre patrono y trabajador, en el cual el segundo realiza determinada obra o prestación de servicio. Basta con que se inicie a realizar los actos por los cuales fue requerido para la ejecución de determinada obra o bien para la prestación de determinado servicio de forma continuada.

Puede existir relación de trabajo, aun no existiendo un contrato de trabajo por escrito, es decir, que al momento de cumplir determinado o determinados servicios la relación de trabajo queda perfeccionada.

2.9.3 ELEMENTOS GENERALES DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

En el Código de Trabajo, están establecidos y regulados determinados elementos de carácter general del contrato individual de trabajo. Los mismos son de aplicación genérica dentro de los contratos. Dichos elementos son:

- Capacidad
- Consentimiento
- Objeto Lícito

¹⁰⁵ Congreso de la República de Guatemala. Decreto 1441 (Código de Trabajo) Artículo 18. Guatemala.

2.9.4 ELEMENTOS ESPECIALES DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

Dentro del Artículo 18 del Código de Trabajo, se establecen una serie de elementos fácticos que deben concurrir para que el contrato de trabajo se entienda perfeccionado. Dichos elementos son los siguientes:

- Vínculo económico jurídico
- Dependencia Continuada
- Dirección Inmediata
- Prestación de Servicio, o bien ejecución de determinada o determinadas obras
- Remuneración

Concurriendo estas circunstancias, se entiende perfeccionado y crea seguridad jurídica para la parte patronal, pero así mismo también crea un vínculo tutelar del Estado hacia el trabajador y un control al cual el Patrono se encuentra sometido.

2.9.5 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

Como todas las figuras contractuales, los Contratos de Trabajo concurren con determinadas características, las cuales lo distinguen y encuadran al momento de estudiar dicha figura, lo cual permite una mayor comprensión en relación al tema.

Las características de este contrato, de acuerdo a la clasificación que Luís Fernández Molina en su obra Derecho Laboral Guatemalteco expone es la siguiente:

- “Bilateral
- Consensual
- Oneroso
- Principal
- De Tracto Sucesivo”¹⁰⁶

¹⁰⁶ Fernández Molina, Luis. *óp cit.*, Página 96.

2.10 LA CONTRATACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA NOTARIAL

La Contratación Notarial, se basa en aquellos principios y parámetros establecidos en la contratación Civil y Mercantil, la misma debe de cumplir todos aquellos requisitos establecidos en el Código de Notariado, y los Principios del Derecho Notarial, específicamente relacionado a la Teoría General del Instrumento Público.

2.10.1 DEFINICIÓN DE DERECHO NOTARIAL

El Derecho Notarial es una de las Ramas del Derecho, la cual será definida de acuerdo al Sistema Notarial del lugar en donde se aplique. Existen dos sistemas Notariales, los cuales son: Sistema Latino y Sistema Sajón. En Guatemala se utiliza el Sistema Latino, y por lo tanto se conocen y utilizan las definiciones de dicho sistema.

Para Oscar Salas, citado por Nery Muñoz, el Derecho Notarial es “...*el conjunto de doctrinas y normas jurídicas que regulan la organización del Notariado, la función notarial y la teoría formal del instrumento público.*”¹⁰⁷

2.10.2 PRINCIPIOS DEL DERECHO NOTARIAL

Como todas las ramas del Derecho, el Derecho Notarial se compone por principios que rigen la rama en su funcionamiento y estructura. En este caso debe referirse a los principios del Derecho Notarial en el Sistema Latino. Los principios del Derecho Notarial son los siguientes:

- Fe Pública
- De la Forma
- Autenticación
- Inmediación
- Rogación
- Consentimiento
- Unidad del Acto

¹⁰⁷ Muñoz, Nery Roberto; *Introducción al Estudio del Derecho Notarial*; Infoconsult Editores; Guatemala, Guatemala; Décimo Cuarta Edición; febrero, 2011; página 25.

- Seguridad Jurídica
- Publicidad
- Especialidad de Contexto

2.10.3 INSTRUMENTO PÚBLICO

El Instrumento Público es una de las figuras más importantes, sino es que la más importante del Derecho Notarial, abundantes son sus definiciones en la doctrina en el Sistema Latino, Guillermo Cabanellas lo define como *“instrumento, escritura, escrito con que se prueba, confirma o justifica alguna cosa, o al menos que se aduce con tal propósito.”*¹⁰⁸

Por su parte Nery Muñoz, la define como *“...el otorgado o autorizado con las solemnidades requeridas por la ley, por notario, escribano, secretario judicial u otro funcionario público competente, para acreditar algún hecho, la manifestación de una o varias voluntades y la fecha en que se producen.”*¹⁰⁹ Por lo que puede conceptualizarse como aquel documento público, el cual contiene determinada o determinadas declaraciones de voluntad, el cual prueba hechos y le da forma a los negocios jurídicos. El mismo es faccionado por un Notario.

El artículo 29 del Código de Notariado establece claramente los requisitos que debe contener un Instrumento Público. Sin dichos requisitos, el instrumento podría ser anulable, debido a una nulidad de forma que pudiere promoverse en su contra.

2.10.4 LA ESCRITURA PÚBLICA

Desde el punto de vista doctrinario, la escritura pública contiene diversas definiciones, Fernández Casado, citado por José Antonio Gracias González lo define como *“instrumento público por el cual una o varias personas jurídicamente capaces estableces, modifican o extinguen relaciones de Derecho.”*¹¹⁰

¹⁰⁸ Instrumento Público. Cabanellas de Torres, Guillermo, *óp cit.*, Página 500, Tomo I.

¹⁰⁹ Muñoz, Nery Roberto; *El Instrumento Público y el Documento Notarial*; Infoconsult Editores, Décima Tercera Edición; Guatemala, Guatemala; Octubre, 2010; Página 2.

¹¹⁰ Gracias González, José Antonio y Alvarado Sandoval, Ricardo; *El Notario ante la Contratación Civil y Mercantil*; Editorial Estudiantil Fénix; Tercera Edición, Guatemala, Guatemala; Agosto, 2009; Página 33.

2.10.4.1 PARTES DE LA ESCRITURA PÚBLICA

De acuerdo a José Antonio Gracias González, la escritura se compone de tres partes, y dichas partes se dividen en otras sub partes. El autor divide a la escritura pública en Introducción, Cuerpo y Cierre de la Escritura.

De acuerdo al autor, la Introducción se divide en “*encabezamiento y comparecencia*”¹¹¹ mientras el cuerpo de la escritura lo divide en “*antecedentes, parte dispositiva y aceptación*”¹¹². Finalmente el autor establece que el cierre de la escritura pública se divide en “*otorgamiento, consentimiento y autorización.*”¹¹³

2.11 LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

2.11.1 EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Los Contratos Públicos o Estatales, son aquellos que “*son celebrados por escrito entre un proveedor y un poder adjudicador y que se refieren a la entrega de productos. El contrato podrá comprender trabajos de colocación o instalación del producto instalado.*”¹¹⁴ Esto puede definirse y conceptualizarse como aquel celebrado entre alguna institución del Estado y un oferente para la realización de determinada obra, la prestación de determinado servicio o la adquisición de bienes muebles e inmuebles para que el Estado cumpla con sus fines.

2.11.2 ANTECEDENTES

La Ley de Contrataciones del Estado entró en vigor el veintiuno de octubre del año de mil novecientos noventa y dos. El espíritu de esta es de acuerdo al Considerando I, la adquisición de bienes, suministros o bien servicios que el Estado, las municipalidades y sus entidades descentralizadas y autónomas necesiten con el objeto de ejecutar de forma diligente y eficiente las obras necesarias para la realización de los programas de desarrollo nacional y por ende

¹¹¹ Gracias González, José Antonio y Alvarado Sandoval, Ricardo, óp cit, Página 37.

¹¹² *ibíd.*, Página 41.

¹¹³ *ibíd.*, Página 43.

¹¹⁴ Comunidades Europeas-Comisión, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Los Contratos Públicos en un Espacio Económico Único, Serie Documentación Europea, 1998, página 21.

la realización del bien común que es el objetivo principal, de acuerdo al artículo uno de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Según Guillermo Cabanellas, el Bien Común se define como *“Aquel que es usado por todos, pero cuya propiedad no pertenece a nadie en forma privada”*¹¹⁵.

La anterior definición no deja en claro lo que el bien común significa, sin embargo dentro del Concilio Vaticano II se encuentra definido como el *“conjunto de condiciones de la vida social, con las cuáles los hombres, las familias, y las asociaciones pueden lograr con mayor plenitud y facilidad su propia perfección.”*¹¹⁶

Es decir, que para alcanzar el bien común es necesario que la sociedad goce de cierto parámetro de condiciones de vida, los cuales les permitan desarrollarse de la mejor manera y vivir en integridad.

La Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 152, faculta al Estado a realizar actos de cualquier naturaleza, siempre y cuando estos se encuentren dentro de los límites que establece la ley, entre estos se encuentra incluida la contratación administrativa, la cual se define como *“actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”*¹¹⁷ en el Derecho Comparado, específicamente en Colombia, en la Ley 80 de 1993.

Esta potestad que tiene el Estado de realizar actos jurídicos y la cual le otorga el artículo 152 de la Constitución Política de la República de Guatemala se le conoce como función administrativa que según Hugo Haroldo Calderón Morales es *“la que normalmente comprende al Organismo Ejecutivo, que se realiza por medio de un orden jurídico determinado (el Derecho Administrativo) y limita sus efectos a los actos jurídicos concretos o particulares y a los actos materiales, que tienen por finalidad la prestación de un servicio público o la realización de las demás*

¹¹⁵ Bien Común. Cabanellas de Torres Guillermo. *óp cit.* Página 124, Tomo I.

¹¹⁶ Catholic.net, Abogados Católicos, El Bien Común, viernes 4 de julio de 2014, es.catholic.net/abogadoscaticos/429/924/articulo.php?id=20538

¹¹⁷ Congreso de la República de Colombia. Ley 80 de 1993, artículo 32, Colombia.

actividades que le corresponden en sus relaciones con otros entes públicos o con los particulares, reguladas por el interés general y bajo un régimen de política o control”¹¹⁸.

La anterior definición se limita a incluir a Organismo Ejecutivo, y no al Organismo Judicial y Organismo Legislativo, a pesar que dichos organismos se encuentran investidos de función administrativa de acuerdo a la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que si la Función Administrativa fuera únicamente potestad del Organismo Ejecutivo sería una flagrante violación de la teoría conocida como “Checks and Balances” (Teoría de los Pesos y Contrapesos), la cual se refiere a que los Organismos del Estado tienen cierto poder para limitar abusos de poder entre los demás Organismos del Estado.

A todo esto se le conoce como Administración Pública, la cual se define para Prat, citado por Calderón Morales, la administración pública es “...es un complejo orgánico, integrado en el Poder Ejecutivo”¹¹⁹. Nuevamente con esta definición se le otorga un poder ilimitado al Organismo Ejecutivo sobre los demás Organismos del Estado.

Esta vez Miguel Marienhoff define la Administración Pública como “*El Conjunto de Órganos Administrativos que desarrollan una actividad para el logro de un fin (Bienestar General), a través de los Servicios Públicos (que es el medio de que dispone la Administración Pública para lograr el bienestar General), regulada en su estructura y funcionamiento, normalmente por el Derecho Administrativo*”¹²⁰. La anterior definición les otorga a los demás Organismos del Estado facultades para realizar la Administración Pública, acertando en mantener firme la “Teoría de los Pesos y Contrapesos”.

Por su parte, el Acto Administrativo desde la óptica del Derecho Privado es toda aquella declaración que proviene de un órgano estatal, la misma “...debe ser emitida en el ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada

¹¹⁸ Calderón Morales, Hugo Haroldo, *óp cit.*, página 7

¹¹⁹ Calderón Morales, Hugo Haroldo, *óp cit.*, página 9.

¹²⁰ Marienhoff, Miguel, *óp cit.*, página 2.

*por un régimen exorbitante que genera efectos jurídicos individuales directos con relación a los administrados destinatarios en el acto.*¹²¹, dejando en claro que debe ser ejercida en función materialmente administrativa y además que la Administración Pública se encuentra facultada para realizar Actos Administrativos a través de las facultades que le otorga la Constitución Política de la República de Guatemala.

De acuerdo al artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado, cualquiera de los entes que estén sujetos a esta ley podrán solicitar ofertas, aún y cuando no se cuente con la asignación presupuestaria correspondiente que permita que se cubra con los pagos. Sin embargo, para la adjudicación definitiva será obligatorio que se cuente con la asignación presupuestaria.

Cuando se haya presupuestado determinada asignación, no podrá transferirse la partida presupuestaria a otro destino diferente para la cual fue asignada. El único caso en el cual pueden utilizarse dichos recursos para otro destino, será cuando se acredite que los recursos no serán utilizados durante ese año fiscal. Sin embargo cuando el contrato se encuentre con vigencia durante varios ejercicios fiscales, la entidad contratante debe asegurar dicha asignación presupuestaria, ya que de lo contrario será sancionado de acuerdo al artículo 83 de la presente ley, que establece que el funcionario o empleado público *“será sancionado con una multa hasta el equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total de la negociación, sin perjuicio de otras responsabilidades legales.”*¹²²

¹²¹ González Varas-Ibañez, *El Derecho Administrativo Iberoamericano*, Instituto de Investigación Urbana y Rural, Granada España, 2005, Página 35.

¹²² Congreso de la República. Decreto Número 57-92 (Ley de Contrataciones del Estado), artículo 83. Guatemala.

2.11.3 ELEMENTOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

El Contrato Estatal, y aún debido a la autonomía de las instituciones del Derecho Administrativo, engloba los siguientes elementos, propios del estudio de todos los contratos, los cuales son los siguientes:

Elemento Personal:

El elemento personal en los contratos administrativos se comprenden una parte por el Estado como contratante, encargado de otorgar determinada prestación por la realización de determinada obra o servicio; y por otra parte el sujeto llamado contratista, encargado de la ejecución de determinada obra o prestación de determinado servicio a cambio de una remuneración.

Elemento Formal:

El elemento formal en los contratos administrativos lo conforma el instrumento por medio del cual se llevó a cabo el contrato administrativo. De acuerdo al principio de legalidad anteriormente expuesto, los funcionarios públicos a través del Estado únicamente pueden realizar lo que la ley les faculte al momento de ejercer su cargo, fuere cual fuere, por dicha razón, y de acuerdo al artículo 49 de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual establece *“Artículo 49. De la forma del contrato. Los contratos deberán faccionarse en papel membretado de la dependencia interesada o en papel simple con el sello de la misma. Cuando tengan que inscribirse o anotarse en los registros, deberán constar en Escritura Pública, autorizada por el Escribano de Gobierno. Sin embargo, el contrato podrá autorizarlo otro notario, siempre que los honorarios profesionales que se causen no sean pagados por el Estado.”*¹²³

Es decir, que los contratos que el Estado suscriba, deberán ser realizados como primer requisito, en papel membretado de la dependencia que corresponda, y a falta de este, deberá realizarse en papel simple con el sello de la institución.

¹²³ *ibíd.*, Congreso de la República de Guatemala, Artículo 49. Guatemala.

Los mismos deberán ser realizados preferentemente en Escritura Pública, cumpliendo con los requisitos que el artículo 29 del Código de Notariado establece, y cumpliendo las formalidades expuestas anteriormente en relación a los instrumentos públicos.

Elemento Real:

El elemento real en la Contratación Administrativa se compone por la prestación que el Estado brinda, y el cumplimiento contractual de la parte contratante.

2.11.4 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Al haberse expuesto anteriormente la definición del Contrato Estatal, es absolutamente necesario hacer mella de sus características, tanto señalarlas, como desarrollarlas de forma adecuada. De acuerdo a Hugo Haroldo Calderón, el contrato Administrativo contiene las siguientes características:

- Bilateral
- Basado en la Legalidad y Juridicidad
- Preferencia del Estado
- Principios Especiales

Bilateral:

El Contrato Administrativo por regla general debe ser un contrato bilateral, es decir, un contrato entre dos o más partes, Hugo Calderón sostiene sobre la bilateralidad del Contrato Administrativo como *“...el vínculo que va a unir a la administración pública y a los particulares es de naturaleza bilateral, ambas partes acuerdan, en virtud del Contrato Administrativo, obligaciones y derechos mutuos y recíprocos, por lo que los contratantes adquieren el carácter de deudores y acreedores, entre sí, al haberse quedado obligados unos con otros en forma bilateral.”*¹²⁴

¹²⁴ Calderón Morales, Hugo Haroldo, *óp cit.*, Página 384.

Basado en la Legalidad y la Juridicidad:

Tal y como se expuso anteriormente, el Derecho Administrativo se basa en dos principios fundamentales, los cuales son la Juridicidad y la Legalidad. Dichos principios son universalmente los rectores de esta rama del Derecho, y de esa forma también lo son del Contrato Administrativo: *“Toda actividad a la que queda sometida la administración pública, debe tener su fundamento en el principio de juridicidad, hay que recordar que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es el contralor de la juridicidad de los actos de la administración pública, en la que queda sometida la contratación administrativa. Posteriormente basarse en lo que establece la legislación vigente al respecto”*¹²⁵

Preferencia del Estado:

Dicho principio establece que será el Estado quien establezca las condiciones por medio de las cuales se deberá de llevar a cabo determinado o determinados contratos. Sin embargo las partes serán iguales ante la ley. Hugo Calderón establece *“La Administración Pública investida de poder público impone sus condiciones para contratar con los particulares y en su caso, para obligar al cumplimiento coactivo del contrato.”*¹²⁶ Refrendando lo establecido anteriormente en relación a las condiciones que el mismo estado conviene para la realización y ejecución del mismo.

Principios Especiales:

Para muchos autores, incluyendo Hugo Calderón, el Contrato Administrativo es un contrato de Jurisdicción Especial en virtud de realizarse con el Estado, el mismo autor establece *“el derecho público prevalece sobre el Derecho Privado, en virtud que el interés público prevalece sobre el interés particular”*¹²⁷

Sin embargo y de acuerdo a la etimología de los contratos, los mismos no podrían ser de jurisdicción especial, a pesar de realizarse con el Estado, toda vez que no existen ventajas por parte del Estado para con los oferentes, en virtud que sería

¹²⁵ *ibíd.*, Página 383.

¹²⁶ *ibíd.*, Página 384.

¹²⁷ *loc. cit.*

contrario con lo que establece el principio de juridicidad, aun riñendo con el de legalidad, toda vez que ambas partes están obligadas a la realización de determinada prestación. Por una parte el oferente a realizar a lo que se comprometió en el contrato, y el Estado a pagar por el bien, obra o servicio que realizará la otra parte que suscribe el contrato. En este caso existe igualdad de condiciones, y en ningún caso la administración pública o el contratante pueden aventajarse de forma alguna de la otra parte.

Todas las disputas en relación a los contratos administrativos, se ventilarán a través del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, esto de acuerdo a lo establecido en el artículo 102 de la Ley de Contrataciones del Estado, donde se establece que toda controversia en materia contractual, se ventilará en dicha vía. Sin embargo y a lo expuesto con anterioridad, es posible la renuncia a la vía de lo Contencioso Administrativo, si en caso se invoca en el instrumento contractual una vía específica. Comúnmente cuando existe renuncia de la vía administrativa, se establece la vía Arbitral, con las disposiciones que rigen en la Ley de Arbitraje.

2.11.5 CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

De acuerdo a Hugo Calderón, los contratos administrativos se clasifican de la siguiente forma:

- *“Contrato de Obra Pública*
- *Contrato de Suministros*
- *Concesión de Servicios Públicos*
- *Contrato de Servicios al Estado*
- *Contrato de Consultoría Profesional*
- *Contrato de Explotación y Exploración de Recursos no Renovables”¹²⁸*

¹²⁸ *ibíd.*, Página 389.

CAPÍTULO III: MODALIDADES DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN GUATEMALA

3.1 OBJETO Y ESTRUCTURA DE LA LEY

3.1.1 OBJETO DE LA LEY

El objeto de la Ley de Contrataciones del Estado es el de establecer parámetros dentro de la ley, los cuales permitan maximizar, pero sobre todo hacer un uso efectivo de los recursos dentro de las contrataciones estatales. Es decir, lograr una efectividad en el uso de los recursos del Estado.

De acuerdo a lo establecido en el Considerando primero de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual versa de la siguiente manera *“Que como consecuencia de la aplicación del Decreto número 35-80 del Congreso de la República, Ley de Compras y Contrataciones, se han confrontado serios obstáculos para la pronta ejecución de obras y adquisición de bienes, suministros y servicios que requiere el Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales y municipales, con el consiguiente atraso en la realización de los programas de desarrollo nacional”*¹²⁹, es decir que dicho considerando de forma literal establece que la Ley de Contrataciones del Estado de 1992 y sus posteriores reformas ha tenido como primordial objetivo la pronta ejecución de obras, adquisición de bienes, suministro y servicios que el Estado requiere de forma eficiente y sin corrupción, de forma que permitiese favorecer el correcto desarrollo del país al contrario de lo que la Ley de Contrataciones del Estado del año 1980 presentaba, que mostraba ser una ley con procedimientos engorrosos y que ocasionaba retrasos en la ejecución de obras o la prestación de servicios.

El Considerando II de la Ley de Contrataciones del Estado establece que *“las contrataciones administrativas se encuentran en diferentes cuerpos legales con criterios obsoletos que no permiten el desarrollo eficiente de la administración*

¹²⁹ Congreso de la República de Guatemala. Decreto 35-80. Considerando Primero. Guatemala.

*pública, siendo necesario emitir una sola ley de fácil aplicación*¹³⁰ dejando entrever que las contrataciones del Estado deben siempre mantenerse en busca de criterios actualizados, pero sobre todo fundamentada en criterios que permitan la correcta y eficiente ejecución de los recursos del Estado para la realización del bien común a través de la prestación de servicios, adquisición de bienes o la ejecución de determinada o determinadas obras que permitan al Estado cumplir sus fines.

Con los años la legislación ha sufrido reformas debido a los actos de corrupción en la ejecución de todos los procedimientos establecidos en la ley, con la intención de adecuarlos a una legislación mayoritariamente adaptada a las necesidades de las instituciones del Estado para lograr la realización de sus fines pretendiendo prestar a las personas los bienes y/o servicios que deban ejecutarse.

De esta manera, puede identificarse los distintos objetos, sujetos y demás elementos provenientes de la existencia de esta normativa. De esta forma se concluye que el objeto principal de dicha ley es regular y normar las compras, ventas, contratación de obras, bienes materiales, así como la prestación de servicios.

Los sujetos que intervienen en el ámbito de la presente normativa serán todo el sector público (organismos, entidades descentralizadas y autónomas, municipalidades), las cuales deben contar con disponibilidad y existencia de partidas con sus respectivos fondos, ya que de acuerdo a lo que el artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado, establece: *“Para la adjudicación definitiva y firma del contrato, sí se requerirá la existencia de partida y créditos presupuestarios que garanticen los recursos necesarios para realizar los pagos por los avances de ejecución a ser realizados en el ejercicio fiscal correspondiente. Solicitadas las ofertas no podrá transferirse la asignación presupuestaria para otro destino, salvo que se acredite que los recursos no serán utilizados durante el ejercicio fiscal en vigor para cubrir avances de ejecución. Cuando el contrato continúe vigente durante varios ejercicios fiscales, la entidad*

¹³⁰ *ibíd.*, Considerando Segundo.

*contratante debe asegurar las asignaciones presupuestarias correspondientes.*¹³¹ Que para la Adjudicación Definitiva y posterior Firma del Contrato, sí se requiere la partida y la disponibilidad de los fondos, de lo contrario no es posible realizar dichos actos.

El mismo artículo 3 sostiene que *“La contravención a lo dispuesto por el presente artículo, hace responsables a los funcionarios o empleados correspondientes de lo establecido en el artículo 83 de la presente Ley, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que haya lugar”*¹³² por lo que no pueden existir licitación, sin antes la existencia de fondos y partidas para el efecto, de lo contrario existirán sanciones contra los funcionarios que contravengan este artículo.

En el Decreto 101-97 se regulaban con anterioridad las “Compras Programáticas”, la cual es una figura actualmente derogada (por el decreto 27-2009) en la presente ley, que versaba que las entidades públicas antes del inicio del ejercicio fiscal, debía programar todas aquellas compras, prestación de servicios, suministros y demás adquisiciones.

3.1.2 ESTRUCTURA DE LA LEY

La Ley de Contrataciones del Estado se encuentra dividida en once títulos, el Título I cuenta con un capítulo único, al igual que el Título II, mientras que el Título III se encuentra conformado por tres Capítulos, al igual que el Título IV. Mientras los títulos del V al XI se encuentran compuestos por un solo capítulo cada uno. La Ley del Contrataciones del Estado, está compuesta por 108 artículos dentro de los cuales se encuentran reguladas las distintas formas de contratación del Estado, específicamente en los títulos III y IV de la misma.

Las formas de contratación de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado son:

- Licitación, establecida en el Título III
- Cotización, establecida en el Capítulo II del Título III
- Contrato Abierto, establecido en el Capítulo I del Título IV

¹³¹ *ibíd.*, Artículo 3.

¹³² *loc. cit.*

- Compra por Excepción establecida en el Capítulo III del Título III

A partir de esta ley, el Estado adquiere los mecanismos y procedimientos necesarios para realizar contrataciones con personas individuales o jurídicas. A esto se le conoce como “Contratación de la Administración Pública”, que de acuerdo a la Ley 80 de 1993 de Colombia se define como *“actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”*. Es decir, que son todos aquellos actos jurídicos por medio de los cuales el Estado adquiere obligaciones para con la o las personas individuales o jurídicas con quienes que haya firmado un contrato para la adquisición de bienes o servicios.

3.2 LICITACIÓN

3.2.1 DEFINICIÓN

De acuerdo a Manuel Ossorio, es *“Aquella invitación a realizar ofertas, se dirige en forma indeterminada a cualquier interesado, sin perjuicio de que las ofertas deban luego reunir ciertos requisitos objetivos para ser tenidas en cuenta”*¹³³, por lo que puede definirse como la realización de ofertas.

La Licitación de acuerdo a Hector Mairal es *“un procedimiento que la Administración Pública debe seguir por regla general para seleccionar contratistas, y que consiste básicamente, en una invitación formulada públicamente y dirigida a todos los posibles interesados para que presenten ofertas, seguida de una etapa de evaluación en la cual la Administración elige aquella que considera la más conveniente, a cuyo presentante adjudica el contrato”*¹³⁴; es decir que es el acto o conjunto de actos por medio de los cuales la Administración Pública selecciona a sus contratistas a través de ofertas presentadas debido a una invitación pública dirigida a diferentes personas individuales o jurídicas, quienes posteriormente son

¹³³ Licitación. Ossorio, Manuel, *óp cit.*, página 555.

¹³⁴ Mairal Hector, *Licitación Pública: Protección Jurídica de los Oferentes*, Buenos Aires Argentina, Editorial DePalma, 1975, Edición, página 75.

evaluados y el órgano encargado o competente es quien elige al sujeto al cual se le adjudica determinado contrato.

3.2.2 NATURALEZA JURÍDICA

La Naturaleza Jurídica de la licitación pública es meramente la de un proceso administrativo, en virtud que la realiza la administración pública con determinados oferentes, de los cuales se elige a uno a través del órgano encargado. Es un conjunto de actos de la administración pública a través de los cuales se obtiene un determinado fin.

3.2.3 REGULACIÓN LEGAL

El Régimen de Licitación se encuentra regulado y establecido en el Decreto 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Dentro de la Ley se encuentra establecida dicha figura.

La Licitación se encuentra regulada en los artículos: 10, en donde se establece la definición del órgano que regirá dicha figura, las Juntas de Licitación; 11 donde versa la forma en la cual deben conformarse las Juntas de Licitación; 12 los impedimentos por los cuales una persona no pueda integrar las Juntas de Licitación; 13 las excusas que deban presentar las personas para integrar las mismas; 14 las causas por las cuales una persona podrá ser recusada para integrar las Juntas de Licitación; así como los artículos 17, 18, 19, 19 bis, 20, 21, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 36 de la Ley de Contrataciones del Estado donde se regula específicamente el Régimen de Licitación.

3.2.4 APLICACIÓN DE SUPUESTOS LEGALES DE LA LICITACIÓN EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

3.2.4.1 JUNTAS DE LICITACIÓN

De acuerdo a lo establecido en el artículo 10 del Decreto 57-92 del Congreso de la República, el cual establece “*Las juntas de cotización, licitación o calificación son los únicos órganos competentes para recibir, calificar ofertas y adjudicar el*

negocio, las decisiones las tomarán por mayoría simple de votos entre sus miembros.

Los miembros de la junta pueden razonar su voto. Estos no podrán abstenerse de votar ni ausentarse o retirarse del lugar en donde se encuentren constituidos durante la jornada de trabajo en el proceso de la adjudicación.

*Las juntas de cotización, licitación o calificación deben dejar constancia de todo lo actuado en las actas respectivas*¹³⁵, deberá existir un órgano, el cual será el ente encargado de la aprobación y adjudicación de toda licitación existente. Esta deberá designarla de acuerdo al artículo 11 la Autoridad Competente de cada órgano.

De igual forma, y de acuerdo a lo establecido al principio del artículo 10 de la ley de contrataciones del Estado, deja claro que únicamente las Juntas de Licitación podrán recibir, calificar las ofertas y posteriormente adjudicar el negocio, cualquier otro ente u órgano que realice estos actos estaría contraviniendo la presente ley, por establecerse el ente encargado para ello.

3.2.4.2 INTEGRACIÓN DE LAS JUNTAS DE LICITACIÓN

La integración de la Junta de Licitación se encuentra plenamente establecida y regulada en el artículo 11 del mismo cuerpo legal. Para principiar, el artículo establece que *“Los miembros titulares y suplentes de las juntas de cotización, licitación o calificación deberán ser servidores públicos...”*¹³⁶ estableciendo que los miembros de dichas Juntas, en este caso la de Licitación, deberá estar integrada únicamente por servidores públicos.

Más adelante, dicho artículo regula que cada una de las modalidades de contratación, establecerá una integración diferente, según sea el caso, de acuerdo a lo siguiente *“nombrados por la autoridad competente de las entidades, según cada modalidad de adquisición”*¹³⁷

¹³⁵ Congreso de la República de Guatemala. *óp cit.*, Artículo 10.

¹³⁶ Congreso de la República de Guatemala. *ibíd.*, Artículo 11.

¹³⁷ *loc. cit.*

De acuerdo a lo que el artículo 11 en su inciso a) refiriéndose a la integración de la Junta de Licitación, *"a) En el caso de la modalidad de licitación pública, la junta de licitación estará integrada por tres (3) miembros titulares y dos (2) suplentes, los cuales deberán ser nombrados por la autoridad superior de la entidad contratante."*¹³⁸ De esta manera las Juntas de Licitación se integrarán por un número de 3 miembros titulares y dos miembros suplentes.

Se encuentra establecido en el mismo artículo que si en caso no existe personal idóneo dentro de la entidad, se nombrarán servidores públicos de otra u otras dependencias del Estado. Quienes sean electos deberán tener experiencia en la materia para lo cual fueron requeridos.

Todas las decisiones que sean tomadas por esta junta, deberán ser respaldadas por la mayoría de sus miembros. Ninguno de los miembros de la Junta de Licitación puede abstenerse de votar. Todas las actuaciones quedarán constadas en actos.

3.2.4.3 EXCUSAS, IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES PARA SER PARTE DE LAS JUNTAS DE LICITACIÓN

El artículo 12 del mismo cuerpo legal establece los impedimentos por los cuales una persona no puede ser parte de la Junta de Licitación. Los supuestos son los siguientes:

a) "Ser Parte del Asunto"

Es decir, que tenga intereses directos con el asunto que se trate, o bien sea el principal interesado de dicha cuestión.

b) "Haber sido representante legal, gerente o empleado o alguno de sus parientes, asesor, abogado o perito en el asunto o en la empresa ofertante."

Es decir, que no puede tener relación directa o indirecta con quienes sean oferentes.

¹³⁸ *loc. cit.*

c) *“Tener él o alguno de sus parientes, dentro de los grados de ley, interés directo o indirecto en el asunto.”*

De acuerdo al Código Civil en su artículo 193, el grado se refiere a *“El parentesco se gradúa por el número de generaciones, cada generación constituye un grado.”*¹³⁹

Por su parte el artículo 190 del Código Civil establece las clases de parentesco. El parentesco de consanguinidad abarca hasta el cuarto grado, el parentesco de afinidad abarca hasta el segundo grado y el civil, es el cual nace de la adopción, el mismo únicamente se extiende entre el adoptante y el adoptado. De acuerdo al Código Civil los cónyuges no forman grado, lo cual deja la posibilidad abierta de que el cónyuge de alguno o algunos de los oferentes pueda participar en la Junta de Licitación. No solo es posible en virtud de que no forma grado, sino que de igual forma no es comprobable que el interés que el cónyuge tenga interés en el asunto. Esto abre la posibilidad que pudiere llegar a surgir alguna simulación.

d) *“Tener parentesco dentro de los grados de ley, con alguna de las partes.”*

Como se estableció en el inciso anterior, en ningún caso puede un miembro de la Junta de Licitación ser pariente en los grados que el Código Civil en el artículo 190 establece, salvo con el cónyuge que es la excepción a este caso.

e) *Ser pariente dentro de los grados de ley, de la autoridad superior de la institución:*

Tampoco puede ser electa ninguna persona que encaje en los supuestos del artículo 190 miembro de la Junta de Licitación.

f) *Haber aceptado herencia, legado o donación de alguna de las partes. Esto no constituye un grado de ley, sin embargo esto sería un interés directo dentro del asunto.*

g) *Ser socio o partícipe con alguna de las partes.*

¹³⁹ Congreso de la República de Guatemala. *óp cit.* Artículo 193.

h) Haber participado en la preparación del negocio, en cualquier fase.”

En caso uno de los tres miembros electos no sea compatible en alguno de los supuestos del artículo 13 de la Ley de Contrataciones del Estado, este deberá de excusarse. En caso no se excuse, esto de acuerdo al artículo 14 del mismo cuerpo legal dará lugar a recusación, lo cual aplica también para los supuestos del artículo 12. Dicha excusa deberá ser presentada dentro de un plazo no mayor a un día hábil, desde que la persona tenga conocimiento de algún impedimento para integrar la Junta. Las causales por las cuales una persona deberá de excusarse para ser parte de la junta de licitación serán las siguientes:

“a) Cuando tengan amistad íntima o relaciones con alguna de las partes, que según las pruebas y circunstancias hagan dudar de la imparcialidad.

b) Cuando él o la integrante o sus descendientes tengan concertado matrimonio con alguna de las partes, o con parientes consanguíneos de alguna de ellas.

c) Cuando él o la Integrante viva en la misma casa con alguna de las partes, exceptuándose el caso de hoteles o pensiones.

d) Cuando él o la integrante haya intervenido en el asunto que se convoque.

e) Cuando él o la integrante o sus parientes dentro de los grados de ley, hayan sido tutores, protutores, guardadores, mandantes o mandatarios de alguna de las partes o de sus descendientes, cónyuges o hermanos.

f) Cuando el cónyuge o los parientes consanguíneos del integrante hayan aceptado herencia, legado o donación de alguna de las partes.

g) Cuando alguna de las partes sea comensal o dependiente del integrante o éste de aquellas.

h) Cuando él o la integrante, su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, hermanas y alguna de las partes hayan otorgado un contrato escrito del que resulte una relación jurídica que aproveche o dañe al integrante o a cualquiera de sus parientes mencionados.

i) Cuando el integrante, su cónyuge o parientes consanguíneos tengan juicio pendiente con alguna de las partes o lo haya tenido un año antes.

j) Cuando el integrante, antes de adjudicar, haya externado opinión en el asunto que se ventila.

k) Cuando el asunto pueda resultar en daño o provecho para los intereses del integrante, su cónyuge o alguno de sus parientes consanguíneos.

l) Cuando el integrante, su cónyuge, o alguno de sus parientes consanguíneos, tengan enemistad grave con alguna de las partes. Se presume que hay enemistad grave por haber dañado o intentado dañar unas de las partes al integrante o éste a cualquiera de aquellos, en su persona, su honor o sus bienes, o a los parientes de unos y otros mencionados en este inciso.

m) Por no cumplir ninguno de los criterios de idoneidad establecidos en el artículo 11 de esta Ley.

n) Por razones establecidas en esta Ley o en otras leyes vigentes.¹⁴⁰

3.2.4.4 MONTO

De acuerdo a las reformas a la Ley de Contrataciones del Estado, a través del Decreto 46-2016, se establece que la cuantía mínima para la utilización de la figura de Licitación comprende montos superiores a los noventa mil quetzales (Q.90,000.00) quetzales, es decir, todos aquellos montos que sobrepasen a dicha cantidad entrarían a este régimen. Esto se encuentra regulado en el artículo 17 de la Ley de Contrataciones del Estado.

3.2.4.5 DOCUMENTOS

De acuerdo al artículo 18, los Documentos para llevar a cabo la Licitación Pública, deberán elaborarse los siguientes documentos:

- Bases de Licitación
- Especificaciones Generales
- Especificaciones Técnicas

¹⁴⁰ *ibíd.*, Artículo 13.

- Disposiciones Especiales
- Cuando se trate de obras, los planos de construcción

3.2.4.6 REQUISITOS DE LAS BASES DE LICITACIÓN

Los requisitos para las Bases de Licitación, se encuentran establecidos en el artículo 19 de la Ley de Contrataciones del los cuales son los siguientes:

1. *“Condiciones que deben reunir los oferentes.*
2. *Características generales y específicas, cuando se trate de bienes y/o servicios.*
3. *Lugar y forma en donde será ejecutada la obra, entregados los bienes o prestado los servicios.*
4. *Listado de documentos que debe contener la plica, en original y copias requeridas, una de las cuales será puesta a disposición de los oferentes.*
5. *Indicación de que el oferente deberá constituir, según el caso, las garantías a que se refiere el Título V, Capítulo Único de la presente ley.*
6. *En casos especiales y cuando la autoridad superior lo considere oportuno, las garantías que deberá constituir el contratista, con indicación de los riesgos a cubrir, su vigencia y montos.*
7. *Forma de pago de la obra, de los bienes y servicios.*
8. *Porcentaje de anticipo y procedimiento para otorgarlo, cuando este se conceda.*
9. *Lugar, dirección exacta, fecha y hora en que se efectuará la diligencia de presentación, recepción y apertura de plicas.*
10. *Declaración Jurada de que el oferente no es deudor moroso del Estado ni de las entidades a las que se refiere el Artículo 1, de esta ley, o en su defecto, compromiso formal de que, en caso de adjudicársele la negociación, previo a la suscripción de contrato acreditará haber efectuado el pago correspondiente.*
11. *Indicación de la forma de integración de precios unitarios por renglón.*
12. *Criterios que deberán seguir la Junta de Licitación para calificar las ofertas recibidas.*

13. *Indicación de los requisitos que se consideren fundamentales; y*

14. *Modelo de oferta y proyecto de contrato*¹⁴¹

De acuerdo al Artículo 19 Bis, las bases de Licitación podrían sufrir modificaciones si esto se acuerda de esa manera.

3.2.5 PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN

ETAPA 0: Necesidad de determinada institución u organismo

El Estado de Guatemala requiere de la ejecución de determinada obra, o la prestación de determinado servicio, por lo que primeramente planifica y contempla en partidas presupuestarias la obra o servicio que requiere.

Dicha etapa puede dividirse de la siguiente manera:

- Presupuesto
- Planificación
- Verificación de la Situación Financiera

ETAPA 1: ETAPA PRE ADMINISTRATIVA:

La Etapa Pre administrativa es aquella en la que se preparan todos los documentos necesarios, y por medio de los cuales se genera el principio de todo el proceso o procedimientos administrativos que devienen de la compra. Las etapas concurren de la siguiente manera:

1. Primeramente procede la ELABORACIÓN DE LAS BASES Y DOCUMENTOS, de acuerdo al Artículo 18 de la Ley de Contrataciones del Estado. Entre estas se encuentra lo que se debe elaborar, lo cual es:
 - Bases de Licitación
 - Especificaciones Generales
 - Especificaciones Técnicas
 - Disposiciones Especiales
 - Planos de Construcción (cuando se trate de obras)

¹⁴¹ *ibíd.*, Artículo 19.

2. Posteriormente procede la elaboración y entrega de dictámenes de carácter obligatorio de acuerdo a lo dispuesto en la ley.
3. De acuerdo al Artículo 21 de la Ley de Contrataciones del Estado y 6 del Reglamento de dicha ley, corresponde la Aprobación de las bases.
4. El siguiente paso dentro de dicha etapa es la Convocatoria y la Publicación, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de Contrataciones del Estado.
5. La última fase de esta etapa corresponde a la integración de las juntas de licitación, de acuerdo al artículo 9 de la Ley de Contrataciones del Estado.

ETAPA 2: ETAPA ADMINISTRATIVA

Esta etapa se encuentra comprendida por los procedimientos administrativos entre los órganos administrativos y los oferentes. Es en esta fase que se suscribe el contrato de seguro de caución. Esta fase al igual que la anterior se divide en sub etapas. Entre estas se encuentran las siguientes:

1. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 24, proceden los trámites ante la junta de licitación, en esta etapa se encuentra lo siguiente:

- Presentación de la propuesta: Todas las ofertas y documentos deben presentarse ante el órgano correspondiente en el lugar, dirección, lugar, fecha, hora que las bases señalen.
- Recepción: Transcurridos 30 minutos de la hora señalada, no se recibirán más ofertas.
Posteriormente se procederá a la apertura de las plicas en acto público y se levantará acta correspondiente.
Los oferentes deben presentar una declaración jurada en relación al tema que se trate, y en caso exista falsedad, se dará por terminado el servicio u obra con el adjudicatario y responderá por daños y perjuicios
- Calificación: Posteriormente la Junta de Licitación procederá a calificar y escoger el que más se ajuste de acuerdo a la calidad, precio, tiempo, características y demás condiciones.

- Adjudicación: Cuando uno de los oferentes cumpla con todos los parámetros establecidos, se deberá y procederá a la adjudicación de la obra o servicio para que el mismo sea ejecutado por la persona individual o jurídica.
- Elevar Expedientes: Dos días después el expediente subirá a autoridad superior, quien conocerá sobre el tema y el sujeto al cual se le adjudicó, deberá de ejecutar la obra o prestar el servicio en el plazo y condiciones establecidas en el contrato.

2. Aprobación: Posteriormente la autoridad competente deberá de elevar actuaciones de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 9 y 36 de la Ley de Contrataciones.

3. Contrato Administrativo, en esta sub etapa concurre la suscripción y Aprobación del Contrato Administrativo de acuerdo a los artículos 9, 47 y 48 de la Ley de Contrataciones del Estado.

4. Una vez aprobados los contratos, debe procederse al Registro de los Contratos en atención al artículo 74 de la Ley de Contrataciones del Estado.

ETAPA 3: EJECUCIÓN DEL CONTRATO

En esta etapa concurren los elementos en los cuales ambas partes cumplirán con el contrato, es decir, cumplirán con lo que convinieron en el mismo. Es decir la parte contratante a hacer efectivo el pago y la parte contratista a realizar la ejecución de la obra, la entrega de los bienes o la ejecución de determinada o determinadas obras según sea el caso.

1. Recepción y liquidación
2. Pago
3. Aprobación de la liquidación
4. Otras obligaciones, entre las que concurren: registros e inventarios.

3.3 COTIZACIÓN

3.3.1 DEFINICIÓN

La Cotización de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española es “*Estimar, particularmente de forma pública, a alguien o algo en relación con un fin determinado*”¹⁴², la anterior definición no nos ilustra en su esplendor la cotización, sin embargo Manuel Ossorio la define como la “*determinación del curso del cambio y de precio corriente de las mercaderías, fletes, seguros, fondos públicos nacionales y cualesquiera otros papeles de crédito, como resultado de las operaciones y transacciones reales y legítimas verificadas habitualmente en las bolsas o mercados*”¹⁴³. Esta definición ilustra de mejor manera lo que es la Cotización, que consiste en buscar el mejor precio de la mejor calidad con el mejor oferente posible.

3.3.2 NATURALEZA JURÍDICA

La Naturaleza Jurídica de la Cotización es meramente la de un proceso administrativo, en virtud que la realiza la administración pública con determinados oferentes, de los cuales se elige a uno a través del órgano encargado.

3.3.3 REGULACIÓN LEGAL

El Régimen de Cotización se encuentra regulado y establecido en el Decreto 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Dentro de la Ley se encuentra regulada dicha figura. La Cotización específicamente se encuentra regulada en los artículos 5, 10, 15, 16, 17, 19, 26, 38, 39, 39 bis, 40, 41, 42, 44, 46, 76, 77 y 81 de la Ley de Contrataciones del Estado.

¹⁴² Cotización. Real Academia Española, *Diccionario de la Real Academia Española*, 12 de julio de 2014. <http://lema.rae.es/drae/?val=cotizaci%C3%B3n>

¹⁴³ Cotización. Ossorio, Manuel. *óp cit.*, página 242.

3.3.4 APLICACIÓN DE SUPUESTOS LEGALES DE LA COTIZACIÓN EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

La Cotización tiene su campo de aplicación de acuerdo a lo establecido en el artículo 38 bajo los siguientes supuestos:

- Cuando el precio de los bienes, obras, suministros o la remuneración exceda la cantidad de treinta mil quetzales y no sobrepase lo siguiente:
 1. Para las municipalidades, que no exceda de novecientos mil Quetzales (Q.900,000.00);
 2. Para el Estado y otras entidades, que no exceda de novecientos mil Quetzales (Q.900,000.00).

3.3.5 JUNTAS DE COTIZACIÓN E INTEGRACIÓN

De acuerdo al artículo 11, inciso b) de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual establece *“En el caso de la modalidad de cotización pública, la junta de cotización estará integrada por tres (3) miembros titulares y dos (2) miembros suplentes, los cuales deberán ser nombrados por la autoridad administrativa superior de la entidad contratante.”*¹⁴⁴ Esto se refiere a que las juntas de cotización serán integradas por tres miembros titulares y dos suplentes, con las mismas atribuciones y prohibiciones que las Juntas de Licitación respectivamente.

3.3.6 EXCUSAS, IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES PARA SER PARTE DE LAS JUNTAS DE COTIZACIÓN

Los tres miembros titulares y los tres miembros suplentes de las Juntas de Cotización gozan de las mismas prerrogativas y facultades que los miembros de las Juntas de Licitación, por lo que aplica por analogía las disposiciones de dicha figura a las Juntas de Cotización.

¹⁴⁴ Congreso de la República de Guatemala. *óp cit.*, artículo 11.

3.3.7 MONTO

De acuerdo al Artículo 38 de la Ley de Contrataciones del Estado, el monto por el cual se debe realizar el procedimiento de la cotización, el cual es de cantidades mayores a los 90,000 quetzales, pero nunca superior a los novecientos mil quetzales (Q.900,000.00).

3.3.8 PROCEDIMIENTO DE COTIZACIÓN:

El procedimiento dentro del sistema de cotización, el cual consta de tres pasos es el siguiente:

- Aprobación de los Formularios
- Designación de la Junta
- Aprobación de la Adjudicación

Dentro del sistema de cotización, la aprobación de los formularios, la designación de la junta y la aprobación de la adjudicación es competencia de las autoridades administrativas superiores en jerarquía.

Si en caso los bienes, remuneración o suministros de los servicios se encuentran dentro de contrato abierto, procede la cotización. En este caso será responsable el funcionario que la autorizó.

3.4 CONTRATO ABIERTO

3.4.1 DEFINICIÓN

El Contrato abierto según Manuel Ossorio es *“en el sentido de calificar así la convención contractual que permite la incorporación o adhesión posterior, más o menos libre, de otras partes, sin alterar, salvo en lo numérico las estipulaciones existentes. Un ejemplo puede constituirlo el de la afiliación a cooperativas que no restrinjan la admisión”*¹⁴⁵, por lo que puede concluirse que es un contrato, el cual contiene cláusulas que pueden modificarse sin el mutuo consentimiento, es decir, contiene ciertas disposiciones las cuales pueden cambiarse o modificarse sin la

¹⁴⁵ Contrato Abierto. Ossorio, Manuel. *óp cit.*, página 222.

aprobación de una de las partes, siempre y cuando esto no sea contrario al objeto del contrato.

3.4.2 NATURALEZA JURÍDICA

La Contratación Abierta es de Naturaleza Administrativa y Pública, en virtud que lo realiza la administración pública con determinados sujetos llamados oferentes, por medio de los cuales se elige a uno a través del órgano encargado.

3.4.3 REGULACIÓN LEGAL

La Contratación abierta se encuentra regulada en la Ley de Contrataciones del Estado, en sus artículos 38, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53 y 54.

3.4.4 APLICACIÓN DE LOS SUPUESTOS LEGALES DEL CONTRATO ABIERTO EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

De conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la Ley de Contrataciones del Estado, la Contratación Abierta queda exonerada de Licitación y Cotización en la adquisición de bienes, suministros o la contratación de servicios que lleven a cabo los Organismos del Estado y sus dependencias, quienes podrán hacerlo directamente con los proveedores, a quienes el Ministerio de Finanzas Públicas debe calificar y supervisar con respecto a determinados rubros.

La suscripción del contrato, la cual se encuentra en el artículo 47 de la Ley de Contrataciones del Estado se realizará en un plazo de diez días contados a partir de que se realice la adjudicación definitiva.

Cuando los contratos se deban celebrar con entidades descentralizadas y con municipalidades, los mismos serán suscritos por la autoridad que de acuerdo a la Ley Orgánica corresponda para el efecto.

Si se trata de negociaciones que deban de efectuar las dependencias de la Presidencia de la República, serán suscritos por el Secretario General. Este tiene la potestad de delegar el mismo a los jefes de las distintas dependencias.

Cuando se deba aprobar el contrato, de conformidad con el artículo 9, deberá de ser aprobado por la Junta Directiva o bien la Corte Suprema de Justicia.

Con respecto a las formalidades del contrato, los mismos deben realizarse en papel membretado de la dependencia, o bien con papel simple con el sello de la misma. Cuando deba realizarse una anotación o inscribirse, los mismos deberán faccionarse en escritura pública. Esta debe ser autorizada por el Escribano de Gobierno. El artículo 49 permite que pueda autorizarlo otro Notario con la condición de que los honorarios no sean pagados por el Estado.

Podrá omitirse el Contrato Escrito si se trata de mercancías, obras, bienes o servicios que sean adquiridos ya sea en mercado local o de inmediata entrega, esto siempre y cuando no exceda de cien mil quetzales. Deberá levantarse acta con todos los pormenores de la negociación y esta de adjuntará a expediente respectivo.

En el caso de los subcontratos, el Estado puede hacerlo en ciertas partes de la obra. Esto debe ser aprobado por la autoridad contratante. Todos los subcontratistas deben estar inscritos en el Registro de Precalificados y no deben estar comprendidos en ninguna prohibición que la ley establezca.

En relación a otros contratos, los cuales celebre el Estado a través de sus entidades centralizadas o descentralizadas, que provengan de cierto procedimiento o procedimientos que no establezca esta ley, o bien que el ente administrativo actúe como sujeto de Derecho Privado, en ese caso se aplicarán normas de derecho común.

3.5 COMPRA POR EXCEPCIÓN

3.5.1 DEFINICIÓN

Es aquella transacción a través de la cual se adquiere un bien mueble, inmueble o servicio a cambio de una prestación. Dentro de esta no se realiza licitación o cotización. Puede ser porque el bien o el servicio únicamente lo proporciona o bien la situación lo amerita en virtud de emergencia o necesidad.

3.5.2 NATURALEZA JURÍDICA

La Naturaleza Jurídica de la Compra por Excepción es meramente la de un proceso administrativo, porque lo realiza la administración pública con determinados oferentes, de los cuales se elige a uno a través del órgano encargado, sin embargo en este caso sin mayores procedimientos como en los casos en donde es necesaria la Cotización y Licitación.

3.5.3 REGULACIÓN LEGAL

La Compra por Excepción se encuentra regulada en la Ley de Contrataciones del Estado, en sus artículos: 44 y 45 respectivamente.

3.5.4 CASOS DE EXCEPCIÓN EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Actualmente la regulación de la Compra por excepción es bastante reducida, y sus supuestos son aún menos que aquellos que regían en la Ley de Contrataciones del Estado hasta las reformas del año 2015, a continuación en los supuestos establecidos en el artículo 44 de la presente ley.

El inciso a) de forma literal establece *“No será obligatoria la licitación ni la cotización en las contrataciones en dependencias y entidades públicas, conforme el procedimiento que se establezca en el reglamento de esta Ley la adquisición de bienes, suministros, obras y servicios indispensables para solucionar situaciones derivadas de los estados de excepción declarados conforme la Ley de Orden Público, que hayan ocasionado la suspensión de servicios públicos o que sea inminente tal suspensión.”*¹⁴⁶ Dicho inciso se refiere a que al momento de existir alguno de los Estados de Excepción establecidos en la Ley de Orden Público, los cuales son: Estado de Prevención, Estado de Alarma, Estado de Sitio, Estado de Calamidad y Estado de Guerra. Para el Estado de Prevención es discutible la procedencia de la compra por excepción.

¹⁴⁶ Congreso de la República de Guatemala. *óp cit.*, Artículo 44.

Sin embargo al decretarse alguno de los Estados establecidos en la Ley de Orden Público, para cumplir con dichos objetivos, la Compra por Excepción, habrá libertad por parte del Estado para efectuar contrataciones sin procedimientos de licitación.

Dentro de lo establecido en el inciso b, el cual literalmente establece *“El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social -IGSS-, podrán adquirir, de manera directa, vacunas, medicamentos antirretrovirales, métodos de planificación familiar, fármacos, micronutrientes, suministros quirúrgicos y de laboratorio, al amparo de convenios o tratados internacionales suscritos con los organismos siguientes: la Oficina Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud -OPS/OMS-; agencias del Sistema de Naciones Unidas, el Fondo Mundial -FM-; el Fondo de Población de las Naciones Unidas -UNFPA- o por negociación regional de precios que efectúe la Secretaría Ejecutiva del Consejo de Ministros de Salud de Centroamérica y República Dominicana -SECOMISCA-. La ejecución de estas negociaciones se sujetará a los términos de los instrumentos contractuales suscritos;”*¹⁴⁷ existe discrecionalidad por parte del Estado para efectuar la compra de medicamentos para los casos anteriormente establecidos, dejando a merced del contenido de los contratos suscritos entre el Estado y quien brinde la distribución de dichos medicamentos para el efecto.

Es de notar que se establecen específicamente los casos por los cuales puede invocarse dicha figura, los cuales si bien en el inciso se muestra discrecionalidad, también existe cierta restricción en relación a dicha compra.

El inciso c) que se regula de esta manera *“Las entidades del Estado podrán realizar, de manera directa, las adquisiciones que se realicen en el extranjero;”*¹⁴⁸ establece un apartado específico que tiene a interpretarse de forma que pueden realizarse compras en el extranjero sin licitar, dicho inciso podría darse en el caso de funcionarios que dentro del cumplimiento de sus funciones, que se encuentren

¹⁴⁷ *loc. cit.*

¹⁴⁸ *loc. cit.*

en ese momento específicamente en el extranjero ya sea que por la naturaleza del puesto, lo ejerza en el extranjero, o bien que se encuentre específicamente para ello, celebren un contrato estatal.

El inciso d) que establece que: *“El Banco de Guatemala, por la naturaleza de sus funciones, podrá realizar de manera directa, la contratación de la acuñación de moneda metálica terminada, la compra de metales necesarios para la acuñación de moneda, la compra de sistemas, de equipos y la impresión de formas de billete de banco y de títulos valores. La compra de oro y plata deberá hacerse a los precios del día, o a uno menor, según cotización internacional de la Bolsa de Valores de Londres”* le otorga cierta libertad al Banco de Guatemala para la realización de compra directa para el cumplimiento y realización de sus fines de acuerdo a su ley orgánica.

Debido a la importancia de dicha institución, que es la encargada de la fabricación de la moneda nacional, el legislador le otorga estas prerrogativas para poder llevar a cabo los actos necesarios para el efecto.

En lo que respecta al inciso e) que: establece que *“Los sujetos obligados de conformidad con la presente Ley, podrán realizar de manera directa, la contratación de servicios técnicos y profesionales individuales en general,”*¹⁴⁹ el cual denota ambigüedad en su regulación, deja a discreción a los sujetos encargados, la contratación del personal que consideren necesario a través de compra por excepción para la realización de determinada o determinadas funciones en el Estado.

Dentro del tema electoral, el inciso f) regula que: *“El Tribunal Supremo Electoral podrá, durante el ejercicio fiscal en el que se realicen procesos electorales y de consulta popular, realizar de manera directa, las adquisiciones públicas directamente vinculadas a la realización de estos eventos.”*¹⁵⁰ Para el correcto desenvolvimiento del proceso electoral, el Tribunal Supremo Electoral podrá llevar a cabo compra por excepción.

¹⁴⁹ *loc. cit.*

¹⁵⁰ *loc. cit.*

Finalmente el inciso g) regula que: *"Los sujetos obligados de conformidad con la presente Ley, podrán contratar de manera directa los servicios básicos de energía eléctrica, de agua potable, extracción de basura y servicios de línea telefónica fija."*¹⁵¹ Esto quiere decir, que de acuerdo a lo establecido anteriormente, para el cumplimiento y prestación de los servicios básicos como electricidad, agua, teléfono y extracción de basura, podrá utilizarse dicha modalidad en caso fuese necesario, toda vez que son servicios de suma importancia para la población, y son el conducto por medio del cual el Estado lleva a cabo sus fines.

3.6 MODALIDADES ESPECÍFICAS DE ADQUISICIONES DEL ESTADO

Dentro del Capítulo III de la Ley de Contrataciones del Estado, específicamente en el artículo 43, se regula los siguientes regímenes específicos por los cuales se pueden llevar a cabo adquisiciones del Estado de forma específica.

El inciso a) de dicho artículo regula la Compra de Baja Cuantía, la cual regula compras de hasta 25,000 quetzales como máximo.

En el inciso b) se establece la compra directa, la cual ronda arriba de los 25,000 quetzales, hasta los 90,000 quetzales respectivamente.

Finalmente, en los incisos c) y d), se regula lo relativo a los arrendamientos de instituciones del Estado y los casos de único oferente, en los cuales no existe más que una persona ya sea individual o jurídica, la cual pueda abastecer determinado producto, como el caso de las diálisis en Guatemala.

3.7 EL SEGURO DE CAUCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

El Seguro de Caucción es una figura poco desarrollada en el tema de contratación estatal, a pesar de ser una figura altamente importante y utilizada en la mayor parte de las contrataciones que la Ley de Contrataciones del Estado regula. Por dicha razón el tema será desarrollado en la presente sección.

¹⁵¹ *loc. cit.*

3.7.1 ANTECEDENTES

Anteriormente al año 2011, el seguro de caución que hoy día rige, se conocía con el nombre de “fianza”, figura que se encontraba regulada en el Código de Comercio, y que según dicho cuerpo normativo, eran entidades conocidas como “Afianzadoras” las encargadas de realizar dichos contratos. Fue hasta el 1 de enero de 2011, cuando entra en vigor el decreto 25-2010, Ley de la Actividad Aseguradora, que en el artículo 109 que establece que *“Del contrato de fianza y del reafianzamiento. Para la aplicación de la presente Ley, deberá entenderse y aplicarse, en lo dispuesto en el Decreto Número 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio, Capítulo XII, Título II, artículos del 1024 al 1038, a los términos siguientes:*

*a) Fianza, como Seguro de Caución,”*¹⁵² Por lo que pueden considerarse como sinónimos en la legislación nacional, y por ende en la aplicación de dicho contrato a nivel nacional y el contrato de fianza pasa a ser el contrato de seguro de caución y sus disposiciones serán aquellas establecidas en el Código de Comercio.

En el Artículo 106 de la Ley de la Actividad Aseguradora, se establece y reafirma lo expuesto en el artículo 109 en relación a que ambos términos se considerarán sinónimos: *“Artículo 106. Operaciones de fianzas o seguro de caución. Las empresas que al entrar en vigencia la presente Ley estén autorizadas para operar como afianzadoras, adquirirán, por ministerio de esta Ley, la calidad de aseguradoras para operar el seguro de caución. Previo a operar otros ramos de seguros deberán observar lo establecido en la presente Ley y su reglamentación.*

Las aseguradoras autorizadas para operar en el país al inicio de vigencia de la presente Ley que deseen operar el seguro de caución, deberán aportar el monto de capital correspondiente a dicho tipo de seguro, de conformidad con la presente Ley y su reglamentación.

¹⁵² Congreso de la República de Guatemala. Decreto 25-2010 (Ley de la Actividad Aseguradora). Artículo 109. Guatemala.

A partir del inicio de vigencia de la presente Ley, toda referencia relativa al contrato de fianza o al de reafianzamiento, que se haga en la legislación general y en los contratos suscritos en el país, deberá entenderse como seguro de caución o reaseguro de caución, según corresponda, con los mismos alcances y efectos, por lo que no perderán su eficacia ni será necesaria su sustitución o ampliación.”¹⁵³

3.7.2 CONTENIDO

De conformidad con el artículo 1025 del Código de Comercio¹⁵⁴, La fianza, ahora conocida como Seguro de Caución, se hará constar en póliza que debe contener:

1. El lugar y la fecha de su emisión.
2. Los nombres y domicilios de la afianzadora (ahora aseguradora) y del fiado.
3. La designación del beneficiario.
4. La mención de las obligaciones garantizadas y el monto y circunstancias de la garantía.
5. La firma de la afianzadora, la cual podrá ser autógrafa o sustituirse por su impresión o reproducción.

De este articulado se puede deducir que realmente su estructuración no es complicada, esto debido a que se pretende dotar de la mayor sencillez posible este tipo de contratos a efecto de impulsar el desarrollo financiero en el país.

3.7.3 REGULACIÓN EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

La regulación de los seguros de caución en la Ley de Contrataciones del Estado, se encuentran en el Título V, en donde se establecen los distintos tipos de seguros y su función de acuerdo a los contratos que se suscriban en el Estado.

¹⁵³ Congreso de la República de Guatemala. *ibíd.*, Artículo 106.

¹⁵⁴ Congreso de la República de Guatemala. Decreto 2-70. Artículo 1025- Guatemala.

De Sostenimiento de Oferta:

Dicha figura, regulada en el artículo 64 de la Ley de Contrataciones del Estado, tiene como finalidad asegurar que determinado oferente hará efectiva su oferta, etapa que concurre previo a la adjudicación de determinado contrato con el Estado.

De Cumplimiento:

El seguro de caución o fianza de cumplimiento, es aquella figura establecida en el artículo 65 de la Ley de Contrataciones del Estado, la cual tiene como fin respaldar que el contratante cumpla para con el Estado lo establecido en el Contrato.

De Anticipo:

En el artículo 66 de la Ley de Contrataciones del Estado, se establece la fianza de anticipo, ahora seguro de caución de anticipo, figura que tiene como fin garantizar el anticipo que el contratista previo a la adjudicación otorga.

De Conservación de Obra o calidad de funcionamiento:

Regulada en el artículo 67 de la Ley de Contrataciones del Estado, figura que tiene como fin garantizar que determinada obra tendrá determinada calidad aún después de terminada, por un tiempo determinado, el cual puede llegar hasta 18 meses posteriores a la culminación de la misma.

De Saldos Deudores:

Regulada en el artículo 68 de la Ley de Contrataciones del Estado, que tiene como fin, garantizar la liquidación de todos aquellos saldos a favor del Estado que resultaren posteriores a la culminación del contrato.

La utilización del seguro de caución dentro de los regímenes de contrataciones del Estado juega un papel sumamente importante toda vez que otorga certeza jurídica a los actos entre particulares y el Gobierno. Por su misma naturaleza el Seguro de Caución garantiza a las personas el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

A pesar de que estas figuras son necesarias, lo es aún más su correcta regulación dentro de la Ley de Contrataciones del Estado debido a que ésta establece los parámetros, momentos y situaciones que pueden ser cubiertas por el Seguro de Caución.

CAPÍTULO IV. LA COMPRA POR EXCEPCIÓN FRENTE A LOS ESTÁNDARES ANTICORRUPCIÓN.

4.1 CORRUPCIÓN

La corrupción es uno de los fenómenos que provocan un mayor impacto negativo en la sociedad en donde suceda, tomando en cuenta la frecuencia y el nivel en que la misma se realice. Este puede entenderse como uno de los actos más deleznable dentro de un conglomerado social, que puede ocasionar graves daños en este, a tal punto de crear un mayor índice de pobreza y desigualdad en los Estados en los que tiene una presencia más significativa.

Este fenómeno se hace presente mayoritariamente y más frecuente en países de tercer mundo en donde existen grandes índices de desigualdad, violencia, pobreza y desnutrición, si bien estos no son factores específicamente ligados entre sí, existe cierta relación entre estos fenómenos, de forma indirecta y colateral. La corrupción es el origen del subdesarrollo en todas las naciones en donde su práctica es elevada.

La Corrupción frecuentemente es llamada como la “madre de todos los males”, debido a que estos que aquejan a un Estado nacen de esta y genera problemas a largo plazo que las políticas de Gobierno. Únicamente con medidas extremas puede combatir este deleznable flagelo. Este fenómeno cuando persiste en un Estado y no se toman medidas para combatirlo, puede llevar al mismo a un Estado Fallido.

4.1.1 DEFINICIÓN

Término proveniente del latín corruptio onis, es un fenómeno que puede definirse de varias maneras, con distintos matices, por lo que existen muchas conceptualizaciones de este término. Utilizando y apelando a la lengua española, de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, la Corrupción es “*Acción y Efecto de Corromper. Vicio o abuso en las cosas materiales y no materiales.*”¹⁵⁵

¹⁵⁵ Corrupción. Real Academia Española, *óp cit.*, Página 668

Sin embargo para Manuel Ossorio, la corrupción es “*Consiste en el acto de sobornar, cosechar, dañar, echar a perder, pervertir o viciar*”¹⁵⁶.

Exponiendo una definición más completa en concordancia con todos los elementos de este flagelo, Ernesto Garzón Valdés citado por Ramón Soriano establece que “*la corrupción consiste en la violación de una obligación por parte de un decisor con la finalidad de obtener un beneficio personal extraposicional de la persona que lo soborna o a quien extorsiona.*”¹⁵⁷

De acuerdo a las anteriores definiciones, puede establecerse que la corrupción son todos aquellos actos u omisiones conscientes y voluntarias, las cuales tienen como objetivo primordial conseguir un beneficio a través de corromper y viciar algo o alguien para obtener dichos fines. Siendo en la mayor parte de los casos la comisión de un delito.

4.1.1.1 TIPOS Y CAUSAS DE LA CORRUPCIÓN

De acuerdo a Heidenheimer citado por Ramón Soriano existen tres tipos de corrupción:

- Corrupción Blanca
- Corrupción Gris
- Corrupción Negra

De acuerdo a dicho autor, la Corrupción Blanca es aquella que “*es la consentida o admitida por la sociedad*”¹⁵⁸, mientras la Gris “*es la que unos consienten y otros rechazan*”¹⁵⁹. Mientras la negra “*es la que todos rechazan.*”¹⁶⁰

De acuerdo a esta clasificación la corrupción puede medirse de acuerdo primeramente de la legalidad y juridicidad del asunto, posteriormente con respecto a la aceptación social que tenga. Es decir, existe corrupción perdonable y no

¹⁵⁶ Corrupción. Ossorio, Manuel. *óp cit.*, Página 238.

¹⁵⁷ Soriano, Ramón. La Corrupción Política: Tipos, Causas Y Remedios, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Jueves 13 de julio de 2017. revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/538.

¹⁵⁸ *loc. cit.*

¹⁵⁹ *loc. cit.*

¹⁶⁰ *loc. cit.*

perdonable y el parámetro social y la costumbre del lugar forma parte esencial de estos lineamientos.

Regularmente países o regiones en donde existe mayor permisividad a la corrupción al encuadrarla como “blanca” en un mayor porcentaje, tienden a ser países con menores índices de desarrollo, así como con altas tasas de corrupción.

Por lo regular se considera “Corrupción Blanca” a aquellos actos que los particulares realizan ya sea en el ámbito público o privado que ya sea no tiene mucho impacto en la sociedad, o bien sirve como ayuda a determinadas personas, por lo que es perdonable.

En el caso de la “Corrupción Gris”, por lo general tiende a existir en sociedades en donde la permisividad y aceptación de los actos de corrupción son altos, por lo que existen actos que para algunos son inmorales, ilegales e inaceptables, pero para otros es impensable.

La “Corrupción Negra” es aquella que no es aceptada en ninguna sociedad y genera desprecio contra quien participa en esto. Por lo general el repudio es bastante alto porque se constituye en actos deleznable que regularmente son producto de personas que se dedican abiertamente a delinquir.

Existe además la corrupción en el Ámbito Público y la del Ámbito Privado. La primera se realiza en la administración pública directa o indirectamente y la privada eminentemente entre particulares sin existir una vinculación del Estado en esta.

4.1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN GUATEMALA

En Guatemala como en la mayor parte de los Estados de Latinoamérica ha existido una presencia permanente de corrupción en el país. Los antecedentes de la corrupción en Guatemala son desconocidos, ya que esto se documenta incluso desde la antigüedad en otras latitudes. Libros antiquísimos como la Biblia y el Corán hacen alusión a la corrupción, haciendo ver que la misma no es aceptada dentro de estos credos.

El Versículo 2:205 del Corán establece “*Allah no ama la corrupción*”¹⁶¹, haciendo ver que este acto se cometía en la antigüedad, sin embargo el mismo era inaceptable para Allah dentro del Corán.

En la Biblia Cristiana se establecen versículos que así mismo hacen referencia a la corrupción. En Isaías 1:4 se estipula “*¿Ay, nación pecadora, pueblo cargado de iniquidad, generación de malvados, hijos corrompidos! Han abandonado al señor, han despreciado al Santo de Israel, se han apartado de Él.*”¹⁶² En Salmos 53:1 también menciona “*Para el director del coro; según Mahalat. Masquil de David. El necio ha dicho en su corazón: No hay Dios. Se han corrompido, han cometido injusticias abominables; no hay quien haga el bien.*”¹⁶³ En estos versículos existe un verdadero rechazo a la corrupción, pero sobre todo hace ver que el fenómeno existía desde ese tiempo.

En tiempos de la Colonia a través de saqueos e injusticias en las Colonias en América se desarrolló la corrupción en el continente que desde la conquista. Hasta la independencia se puede decir que nace el flagelo de la corrupción.

Durante el Siglo XIX y principios del Siglo XX a través de dictaduras se acusa a los gobiernos de haber cometido grandes actos de corrupción que no se encuentran debidamente documentados, sin embargo son muchos los relatos. De mediados del siglo XX a 1985 se menciona que durante todos los gobiernos tanto liberales como conservadores, izquierdistas o derechistas hubo muchísima corrupción que de la misma forma es difícil de determinar por los pobres controles que se ejercían en ese momento y que hoy día es distinto.

A partir de 1985 con la promulgación de la nueva Constitución Política de la República de Guatemala y el inicio de una era en la vida socio política de Guatemala los controles se vuelven más rígidos con los años y cada vez se crean mayores controles, legislación más rígida, un aumento considerable en la

¹⁶¹ Versículo 2:205, Centro de Traducciones del Sagrado Corán, *Sagrado Corán*, República Islámica de Irán, 2008. Página 624.

¹⁶² Salmos 53:1, Sociedades Bíblicas Unidas. *Santa Biblia Concordada*. Corea del Sur. 1986. Página 653.

¹⁶³ Sociedades Bíblicas Unidas. *ibíd.*, Página 553.

fiscalización ciudadana y un incremento en el poder de instituciones encargadas de velar por transparentar el gasto público.

4.1.2.1 LA ERA DEMOCRÁTICA

El inicio de la era democrática se da con Vinicio Cerezo llegando al poder tras las primeras elecciones desde 1982. Durante este gobierno que inició el 14 de enero de 1986 con altas expectativas hubo señalamientos de corrupción en contra del gabinete y el mismo Presidente de la República, en especial mediáticamente, sin embargo estos señalamientos jamás pudieron ser probados y ninguno de los funcionarios ha sido acusado formalmente y mucho menos condenado en Tribunales Guatemaltecos o extranjeros por estos actos que popularmente se les ha acusado y han sido comentados durante décadas.

Es de hacer notar que durante la administración de Vinicio Cerezo tangiblemente si hubo avances en la negociación de los Acuerdos de Paz, que incluso muchas de estas personas estuvieron involucrados en la firma de la paz.

El 14 de enero de 1991 toma posesión Jorge Serrano Elías como Presidente de la República de Guatemala, gobierno que ha sido fuertemente señalado por actos de corrupción que de igual manera no han sido probados. El 25 de mayo de 1993 después de una crisis de gobierno en donde existía un claro divorcio entre el Organismo Ejecutivo con el Legislativo y Judicial, el ex mandatario Serrano Elías decide desconocer la Corte Suprema de Justicia, la Procuraduría de los Derechos Humanos y el Congreso de la República.

Durante este rompimiento del orden constitucional y después de resoluciones aplaudidas por unos y abucheadas por otros Jorge Serrano Elías es depuesto, Gustavo Adolfo Espina Salguero renuncia a su cargo por circunstancias aún no establecidas con claridad y es cuando el Tribunal Supremo Electoral conforma un nuevo Congreso de la República, el cual conforma una nueva Corte Suprema de Justicia y el Congreso de la República recién conformado elige a quien en ese momento ocupaba el cargo de Procurador de los Derechos Humanos, Ramiro de León Carpio.

Es de mencionar que todas las acciones penales contra el ex presidente Jorge Serrano Elías son por sus acciones durante el conocido “Serranazo” y no por actos de corrupción como popularmente se cree.

De la administración de De León Carpio se dice muy poco y no existen denuncias sobre actos anómalos, sino por el contrario acciones prudentes para retomar la institucionalidad, durante su mandato se llevan a cabo reformas constitucionales, de igual manera son asesinados Jorge Carpio Nicolle y Epaminondas González, crímenes aún impunes.

Durante las reformas de 1993 el periodo presidencial es reducido de 5 a 4 años, por lo que el 14 de enero de 1996 es Álvaro Arzú quien sucede a Ramiro de León Carpio. La administración de Álvaro Arzú en un principio fue muy bien aceptada y aplaudida por numerosos sectores de la sociedad, en especial después de la firma de la paz.

El gobierno de Álvaro Arzú fue duramente criticado el último año de su administración debido a las privatizaciones, sin embargo no existen causas penales en contra de esta persona o su gabinete.

El 14 de enero de 2000 después de unas elecciones en donde Alfonso Portillo arrasó, toma posesión y si bien existen muchas acciones que popularmente se consideran muy acertadas, existen personas que fueron condenadas por actos de corrupción en Guatemala, mientras en el caso del ex presidente Portillo, fue absuelto por Tribunales Nacionales y condenado en Estados Unidos por Lavado de Dinero. Durante esta administración existen incidentes lamentables como el jueves negro, pero también la suscripción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y los acercamientos ante la Organización de Naciones Unidas en donde se negociaba la entrada de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala tras la partida de MINUGUA.

El 14 de enero de 2004 toma posesión Oscar Berger Perdomo, quien finalmente es el encargado de permitir el ingreso de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala. A este gobierno se le realizaron una diversidad de

críticas y acusaciones por actos de corrupción como el caso del Aeropuerto Internacional La Aurora, sin embargo por actos de corrupción no han sido condenados funcionarios de este gobierno.

El 14 de enero de 2008 toma posesión Álvaro Colom Caballeros quien con una administración plagada de escándalos desde el inicio de su mandato y acusaciones de actos de corrupción termina su periodo abucheado. Existen causas abiertas en la actualidad contra miembros de este gobierno que deberán ser dilucidadas ante tribunales nacionales y establecer la inocencia o culpabilidad de estas personas.

El 14 de enero de 2012 toma posesión el binomio presidencial de Otto Pérez Molina y Roxana Baldetti Elías, quienes iniciaron su gobierno con altas expectativas que se fueron diluyendo con el transcurso del mandato, para que finalmente al salir a luz varios escándalos de corrupción renuncian a su cargo y son procesados tras maratónicas y masivas protestas ciudadanas.

Tras la renuncia de Otto Pérez Molina, en su lugar toma posesión Alejandro Maldonado Aguirre por un breve periodo y es finalmente relevado el 14 de enero de 2016 por Jimmy Morales Cabrera el actual Presidente de la República de Guatemala.

Tras los movimientos sociales acaecidos en 2015, la fiscalización ciudadana ha sido voraz, la cual exige mayores controles legales para prevenir, sancionar y erradicar actos de corrupción.

4.2 MARCO JURÍDICO NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

Guatemala cuenta con un amplio marco jurídico para prevenir y erradicar la corrupción con algunas normas efectivas y otras con un enfoque equivocado para alcanzar dichos fines. Estos cuerpos normativos se analizarán a continuación.

4.2.1 LEY ANTICORRUPCIÓN (DECRETO 31-2012)

Aprobada por el Congreso de la República en el año 2012, conformada por 47 artículos. Consiste en Reformas al Código Penal, Ley de Extinción de Dominio y Ley Contra la Delincuencia Organizada. En este decreto se incluye un endurecimiento en las sanciones y aumentos de penas para personas que cometan actos de corrupción mayoritariamente a través de la función pública.

4.2.2 LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO (DECRETO 55-2010)

Es un decreto que contiene figuras sui generis, en este decreto se incluyen insituciones nuevas a la legislación guatemalteca. El contenido de esta ley ha sido ampliamente discutida por personas eruditas de distintas ramas del Derecho y al no encuadrar en ninguna ha sido criticada, pero a la vez aplaudida porque la misma ha logrado que se recuperen activos para las instituciones de Gobierno en un intento de debilitar financieramente organizaciones de crimen organizado o bien personas que se enriquezcan anómalamente valiéndose de su cargo público.

Esta ley se dirige contra la forma ilícita o delictiva de apropiación, disposición o de tráfico de bienes que provienen de actividades relacionadas a delitos o contra las ganancias derivadas de estos.

Tiene por objeto regular la identificación, localización, recuperación, repatriación y extinción de los derechos relativos al dominio de bienes, ganancias, frutos, productos o permutas de origen o procedimiento ilícito a favor del Estado.

4.2.3 LEY PARA PREVENIR Y REPRIMIR EL FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO (DECRETO 58-2005)

Es una ley que pretende adoptar medidas para la prevención y represión del financiamiento de toda forma de terrorismo, ya sea para organizaciones que se dediquen a esta actividad directa o indirectamente. Es de mencionar que el terrorismo es considerado un Delito de Lesa Humanidad y contra el Derecho Internacional. Financiar estas actividades ya sea desde el punto de vista público o privado es una forma de corrupción.

4.2.4 LEY ELECTORAL Y DE PARTIDOS POLÍTICOS (DECRETO 1-85)

La Ley Electoral y de Partidos Políticos si bien tiene como objeto la regulación de las organizaciones políticas en el país, cuenta con un papel ampliamente importante en la lucha contra la corrupción, debido a que su contenido señalará normas y mecanismos por los cuales se elegirán a los gobernantes de los organismos Ejecutivo y Legislativo, así como las corporaciones municipales y todos aquellos candidatos que estuvieren sujetos a elección popular, esto sin lugar a dudas influirá enormemente en las decisiones que estos tomen en el país, por lo que debe ser un cuerpo normativo estricto.

Sus orígenes se remontan a 1985 ante la necesidad de una nueva normativa electoral que permitiera una nueva era en las organizaciones políticas en el país, la misma entra en vigencia simultáneamente con la Constitución Política de la República de Guatemala y es considerada una ley de carácter constitucional en conjunto con la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad; la Ley de Orden Público; Ley de Libre Emisión del Pensamiento.

Si bien la Ley Electoral y de Partidos Políticos necesita reformas, ha sufrido importantes cambios positivos que la han fortalecido tal y como las que se le efectuaron en el año 2016 a través del Decreto 26-2016 en donde se incluyen cambios tales como el endurecimiento del artículo 21 en donde se realizan prohibiciones sobre financiamiento sobre ciertos entes a los Partidos Políticos y la rendición de cuentas que los mismos deben llevar a cabo ante el Tribunal Supremo Electoral.

4.2.5 LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Es un cuerpo normativo que establece la forma de contratación entre el Estado, particulares, sus instituciones, sus procedimientos y todas aquellas normas por medio de las cuales se establece la forma de organización de las juntas evaluadoras en cada uno de los regímenes que la Ley de Contrataciones del Estado contiene.

Por ser esta una norma fundamental en el manejo de los recursos del Estado y la más propensa a que se puedan cometer actos contrarios a la ley con el dinero del Estado, por tal razón es necesario que sea una normativa extremadamente rigurosa.

4.2.6 LEY CONTRA LA NARCOACTIVIDAD (DECRETO 48-92)

Sin lugar a dudas en narcotráfico es uno de los fenómenos con mayor impacto negativo alrededor del mundo, especialmente en Latinoamérica. Su presencia en cualquier país genera corrupción y violencia. La mayor parte de Estados con presencia de este flagelo han sufrido una descomposición social sin precedentes.

La Ley Contra la Narcoactividad es una herramienta importante para prevenir, erradicar y sancionar el narcotráfico, tanto para quienes participen en su fabricación, trasiego o bien venta y distribución, como para aquellos sujetos en la administración pública que brinden cualquier tipo de ayuda a estas personas.

4.2.7 CÓDIGO PENAL (DECRETO 17-73)

El Código Penal es el cuerpo normativo por excelencia que contiene los delitos, las penas y las medidas de seguridad, así como la manera de aplicar las mismas. El Código Penal debe ser un cuerpo normativo que contenga regulaciones rígidas contra la corrupción a efecto que el flagelo sea sancionado con penas razonables, pero a su vez estrictas.

El Código Penal actual contiene los mecanismos por medio de los cuales se deben aplicar las medidas, las penas y las medidas de seguridad en un ordenamiento jurídico determinado de manera general. Por dicha razón las normas deben ser estrictas y evitar la ocurrencia de la corrupción y otros flagelos.

4.2.8 LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Este cuerpo normativo que establece las conductas delictivas atribuibles a integrantes de organizaciones criminales, el establecimiento y regulación de los métodos especiales de investigación y persecución penal, así como de todas

aquellas medidas con el fin de prevenir, combatir, desarticular y erradicar la delincuencia que se organiza para realizar ilícitos.

4.2.9 LEY CONTRA EL LAVADO DE DINERO Y OTROS ACTIVOS

Es una ley que pretende prevenir, controlar y sancionar el flagelo del lavado de dinero y otros activos provenientes de la comisión de cualquier delito. Dicha ley tiene como el fin de proteger la economía nacional, la estabilidad y solidez del sistema financiero guatemalteco.

Su bien jurídico tutelado es la economía nacional, comercio, industria y el régimen tributario. Se crea además la Intendencia de Verificación Especial dentro de la Superintendencia de Bancos.

4.2.10 LEY CONTRA LA DEFRAUDACIÓN Y CONTRABANDO ADUANERO

Este decreto pretende que se controle efectivamente el contrabando y la defraudación en el ramo aduanero, así como combatir eficazmente la corrupción evitando la internación y egreso de mercancías de forma ilegal al territorio nacional. El bien jurídico tutelado es la economía nacional, el libre comercio, el comercio e industria y el régimen tributario.

4.3 MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL ANTICORRUPCIÓN

Son muchos los instrumentos jurídicos que existen para unir fuerzas y acabar con la corrupción a nivel mundial a través de esfuerzos multinacionales y medidas de cada Estado individualmente, sin embargo estos cuerpos normativos buscan alcanzar dichos fines ya sea a nivel regional o continental, a excepción de las que las Naciones Unidas pretenden que se adopten a nivel mundial. En siglos e incluso décadas atrás la corrupción era un flagelo que pretendía ser combatido a través de políticas nacionales, sin embargo y debido a la globalización, el combate de esta debe idearse y planificarse en conjunto con otras naciones, ya que intentar su erradicación de forma individual es virtualmente imposible.

A continuación se enumeran los cuerpos normativos internacionales más importantes que regulan la materia de anti corrupción suscritos e integrados al derecho interno en Guatemala, son los siguientes:

1. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción
2. Convención Interamericana Contra la Corrupción

4.3.1 CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

4.3.1.1 ANTECEDENTES

También llamada “Convención de Mérida El día 4 de diciembre del año 2000 la Asamblea de las Naciones Unidas emitió la resolución número 55/61, en donde se estableció un comité especial que tendría como función única negociar un instrumento jurídico de carácter internacional, el cual debería ser eficaz en la imperante lucha contra la corrupción. De la misma forma se le pide al Secretario General de las Naciones Unidas que conformara un grupo de expertos en la materia y preparare un proyecto de mandato para negociar dicho instrumento.

El día 20 de diciembre del año 2000 a través de la resolución 55/188 se invitó a dicho grupo a constituirse de acuerdo a lo que la del 4 de diciembre establecía.

El 21 de diciembre de 2001 a través de la resolución 56/186 y el 20 de diciembre de 2002 a través de la resolución 57/244 se trató lo correspondiente a la prevención de las prácticas corruptas, la transferencia de fondos de origen ilícito y la lucha contra ellas y la repatriación de prácticas de esos fondos a los países de origen. De la misma forma el 31 de enero de 2002 por medio de la resolución 56/260 en donde se solicita al Comité especial la negociación de una convención contra la corrupción, la cual debería concluirse para finales del año 2003.

En ese mismo año 2002 se acepta que el gobierno mexicano sea el anfitrión de la conferencia política que llevaría consigo la firma de la convención. Dicha aceptación se encuentra establecida dentro de la resolución 57/169.

Finalmente la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción fue adoptada el 9 de diciembre de 2003 en la Ciudad de Mérida de los Estados Unidos Mexicanos.

4.3.1.2 SUSCRIPCIÓN Y RATIFICACIÓN POR PARTE DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA.

Varios son los países que han suscrito y ratificado dicha convención, sin embargo la República de Guatemala suscribe dicha convención el día 9 de diciembre de 2003, la cual entró en vigencia en Guatemala el 14 de diciembre de 2005 a través del decreto número 91-2005. Dicho decreto se compone por 5 Considerandos y 2 artículos, entrando en vigencia la Convención de forma íntegra.

4.3.1.3 PAÍSES QUE HAN RATIFICADO LA CONVENCION

Todos aquellos países que han ratificado la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción son los siguientes:

Afganistán, Albania, Argelia, Angola, Antigua and Barbuda, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahamas, Bahréin, Bangladesh, Barbados, Bielorrusia, Belice, Bélgica, Benín, Bután, Bolivia, Bosnia and Herzegovina, Botsuana, Brasil, Brunei Darussalam, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camboya, Camerún, Canadá, República Centroafricana, Chile, China, Colombia, Comoras, Congo, Islas Cook, Costa Rica, Costa de Marfil, Croacia, Cuba, Chipre, República Checa, República Democrática del Congo, Dinamarca, Yibuti, Dominica, República Dominicana, Ecuador, Egipto, El Salvador, Estonia, Etiopía, Unión Europea Fiji, Finlandia, Francia, Gabón, Gambia, Georgia, Alemania, Ghana, Grecia, Granada, Guatemala, Guinea, Guinea-Bissau, Guyana, Haití, Vaticano, Honduras, Hungría, Islandia, India, Indonesia, Irán, Iraq, Irlanda, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Jordania, Kazakstán, Kenia, Kiribati, Kuwait, Kirguistán, República Democrática de Lao, Letonia, Lebanon, Lesoto, Liberia, Libia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Malawi, Malaysia, Maldivas, Mali, Malta, Islas Marshall, Mauritania, Mauricio, México, Micronesia, Moldava, Mongolia, Montenegro,

Marruecos, Mozambique, Myanmar, Namibia, Nauru, Nepal, Países Bajos, Nueva Zelanda, Nicaragua, Níger, Nigeria, Noruega, Omán, Pakistán, Palao, Panamá, Papúa New Guinea, Paraguay, Perú, Filipinas, Polonia, Portugal, Qatar, República de Corea, Rumania, Rusia, Ruanda, Santa Lucía, Santo Tomás y Príncipe, Arabia Saudita, Senegal, Serbia, Seychelles, Sierra Leone, Singapur, Eslovaquia, Eslovenia, Islas Salomón, Sudáfrica, Sudán del Sur, España, Sri Lanka, Estado de Palestina, Sudán, Suazilandia, Suecia, Suiza, Siria, Tayikistán, Tailandia, Macedonia, Timor, Togo, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Turkmenistán, Tuvalu, Uganda, Ucrania, Emiratos Árabes Unidos, Reino Unido, Tanzania, Estados Unidos de América, Uruguay, Uzbekistán, Vanuatu, Venezuela, Vietnam, Yemen, Zambia, Zimbabwe.

4.3.1.4 ESTRUCTURA DE LA CONVENCIÓN

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción se encuentra compuesta por 8 capítulos y 71 artículos, estos capítulos se distribuyen de la siguiente manera:

- **Capítulo I: Disposiciones Generales:** Compuesto por 4 artículos. Dentro de este capítulo se encuentra establecida la finalidad de la convención, las definiciones que rigen la misma, su ámbito de aplicación y el tema del respeto a la soberanía entre los países contratantes.
- **Capítulo II: Medidas Preventivas:** Se encuentra conformado por 10 artículos. La esencia de este capítulo es la de la aplicación y elaboración de medidas que tiendan a evitar actos de corrupción en la Administración Pública.

Como primer punto se encuentra establecido lo relativo a aquellas prácticas que los Estados deben adoptar para poder prevenir la corrupción, crear mecanismos de control, pero sobre todo una fiscalización permanente sobre los instrumentos jurídicos existentes para que puedan ser actualizados y de esa forma mantener una lucha permanente y frontal contra la corrupción.

Se establece además que los países parte deben contar con órganos de fiscalización, los que ya sea cuenten con un órgano de dicha naturaleza o bien, así como la búsqueda por la transparencia y medidas preventivas a los trabajadores y empleados públicos que dejen de cumplir o tergiversen estas disposiciones legales.

- **Capítulo III: Penalización y Aplicación de la Ley:** En este capítulo establecen aquellas disposiciones punitivas que deben aplicarse a todas aquellas personas individuales que participan en la función pública, así como todas aquellas personas individuales o jurídicas que de una u otra forma se encuentran relacionadas al Estado por la prestación de algún servicio o la ejecución de una obra y que estas hayan infringido normas jurídicas incurriendo en actos de corrupción.

Algunos de los temas que se desarrollan en este capítulo se encuentran: soborno de funcionarios públicos nacionales, soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas, malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público, tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, soborno en el sector privado, malversación o peculado de bienes en el sector privado, blanqueo del producto del delito, encubrimiento, obstrucción de la justicia, responsabilidad de las personas jurídicas, participación y tentativa, conocimiento, intención y propósito como elementos de un delito, prescripción y comiso.

- **Capítulo IV: Cooperación internacional:** El Capítulo IV de este instrumento establece lo relativo a la cooperación internacional entre y a países para el combate y lucha contra la corrupción de forma frontal. Debe respetarse siempre la soberanía del país miembro de acuerdo a lo que el artículo 43 establece.

Los temas que versan el presente capítulo son: cooperación internacional, extradición, traslado de personas condenadas a cumplir una pena, asistencia judicial recíproca, remisión de actuaciones penales, cooperación

en materia de cumplimiento de la ley, investigaciones conjuntas y técnicas especiales de investigación.

- **Capítulo V: Recuperación de Activos:** Este quinto capítulo del instrumento hace referencia a un tema fundamental como lo es la recuperación de los activos, pero de la misma forma el procedimiento respectivo para el efecto.

En Guatemala el decreto 55-2010 conocido como Ley de Extinción de Dominio es el cuerpo normativo que establece puntualmente los procedimientos para la recuperación de activos respectivamente. La Ley de Extinción de Dominio no puede encuadrarse en materia penal, civil, mercantil, administrativa u otra materia, sino es de naturaleza sui generis debido a que contiene una serie de elementos propios de distintas materias. Si bien la Ley de Extinción de Dominio contiene normas necesarias para el combate de la corrupción, asimismo existen elementos que violentan derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, es por esta razón que esta ley ha provocado malestar por su procedimiento de aplicación, ya que en ocasiones podría parecer una violación a los derechos fundamentales de quienes han sido extinguidos en sus bienes.

El proceso de Extinción de Dominio en Guatemala es de carácter autónomo y subsiste ante los procesos penales, civiles, administrativos y de cualquier otra índole, siendo los resultados del mismo independiente a las de los otros procesos.

Existe la regulación en este capítulo sobre la cooperación entre Estados para la recuperación de activos producto de actos de corrupción, pero sobre todo de información valiosa que pueda tender a recuperar los activos.

- **Capítulo VI: Mecanismos de Aplicación:** El Capítulo Sexto de la Convención establece que los Estados parte deberán crear mecanismos para alcanzar los objetivos de dicha convención.

De igual manera se regula que se realizarán reuniones periódicas, se emitirá un reglamento para la ejecución de esto. En general la Organización

de las Naciones Unidas a través de la Conferencia de los Estados parte fortalecerán la lucha contra la corrupción a través de cooperación dentro de sus Estados y auxilio a los otros Estados parte de la misma en este respecto.

- **Capítulo VII: Disposiciones Finales:** Este capítulo versa sobre la adopción y acondicionamiento de la convención al Derecho Interno de cada país miembro; la solución de controversias que puedan surgir dentro de la convención; en relación a la firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión; de igual forma la Entrada en Vigor, la Enmienda, denuncia y los idiomas en los cuales originalmente se emite la Convención.

4.3.2 CONVENCION INTERAMERICANA ANTICORRUPCION

4.3.2.1 ANTECEDENTES

La Convención Interamericana Contra la Corrupción fue abierta para firma el día veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y seis en la ciudad de Caracas, Venezuela durante la Conferencia Especializada sobre el Proyecto de Convención Interamericana Contra La Corrupción. Esta se realiza debido a la preocupación de la Organización de los Estados Americanos en relación al terrible flagelo de la corrupción dentro de los Estados considerando que esto afecta y obstaculiza el funcionamiento de estos en todos sus elementos constitutivos.

El proceso de firma de esta convención culminó dos años después de negociaciones entre los Estados miembros, los cuales a la fecha suman treinta y tres. Este instrumento es el primero de su naturaleza a nivel internacional y sirvió como modelo para convenciones internacionales similares como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y en especial la Convención para Prevenir y Combatir Corrupción de la Unión Africana.

4.3.2.2 SUSCRIPCION Y RATIFICACION POR PARTE DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA.

La República de Guatemala firma la Convención Interamericana contra la Corrupción el día cuatro de junio del año mil novecientos noventa y seis,

adoptando la misma el día doce de junio del año dos mil uno. Finalmente la Convención se vuelve parte del Derecho Interno el día tres de julio del año dos mil uno a través del Decreto 15-2001. Dicha convención se adopta de forma íntegra.

4.3.2.3 PAÍSES QUE HAN RATIFICADO LA CONVENCIÓN

Todos aquellos países que han ratificado dicha convención son los siguientes:

Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Cristóbal y Nevis, Santa Lucía, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela

4.3.2.4 ESTRUCTURA DE LA CONVENCIÓN

La Convención Interamericana Contra la Corrupción se encuentra compuesta por 28 artículos, la estructura de la convención se divide únicamente por artículos, sin capítulos o títulos que la dividan, estos versan de la siguiente manera atendiendo únicamente a los más relevantes de la misma:

- **Artículo I: Definiciones:** En este se establecen algunos conceptos que regirán con dicho significado en la Convención para su fácil comprensión para interpretarse en sentido determinado.
- **Artículo II: Propósitos:** Se plasma el propósito y fin de esta Convención, la cual es promover el desarrollo y fortalecimiento de cada uno de los Estados Parte.
- **Artículo III: Medidas Preventivas:** Este artículo señala y regula medidas específicas que los Estados deben adoptar para fortalecer la lucha contra la corrupción, la cooperación internacional en este sentido y una independencia. Entre las medidas que establece este artículo encontramos la eliminación de beneficios tributarios, medidas que eviten la colusión, tráfico de influencias, declaración patrimonial de los funcionarios y empleados públicos, así como órganos de control que eviten la corrupción.

- **Artículo V: Jurisdicción:** Este artículo desarrolla lo referente al respeto a la Jurisdicción dentro de su territorio de cada país parte, así como la facilitación de la extradición de personas que hayan cometido actos de corrupción en un territorio distinto. Este artículo aplicará siempre y cuando no se violenten las disposiciones del Derecho Interno.
- **Artículo VI: Actos de Corrupción:** Se regulan los actos que son sujetos a penalizar y que son considerados corrupción, entre estos actos se encuentra la colusión, peculado, tráfico de influencias y el soborno tanto a quien actúe en calidad de autor y de cómplice.
- **Artículo VIII: Soborno Transnacional:** Se encuentra regulado que respetando la Constitución del país, se deben adoptar medidas inmediatas para aplicar en el Derecho Interno contra quienes cometan actos de soborno en uno o varios países con el objeto de corromper autoridades de esos países, siempre y cuando sean países miembros de la Convención.
- **Artículo IX: Enriquecimiento Ilícito:** Establece que los Estados Parte que aún no adopten medida alguna contra el Enriquecimiento Ilícito deberán hacerlo respetando su Constitución.
- **Artículo XI:** Regula el fortalecimiento de la legislación en materia anticorrupción de forma progresiva, así como su endurecimiento paulatino para evitar futuros actos de corrupción.
- **Artículo XIII:** Establece que los Estados parte deberán de establecer mecanismos que permitan y faciliten dentro de la legislación elementos que permitan extraditar personas que hayan cometido actos de corrupción en países miembros de la convención.
- **Artículo XIV: Asistencia y Cooperación:** Los Estados Parte deberán brindarse asistencia y cooperación, tomando medidas bilaterales o multilaterales para el combate de la corrupción.
- **Artículo XV: Medidas sobre Bienes:** Los Estados Parte deberán legislar medidas que permitan recuperar activos producto de la corrupción en favor del Estado que se haya visto afectado.

- **Artículo XVI:** Secreto Bancario: Los Estados Parte deberán aplicar medidas en su legislación que permitan evitar que el Secreto Bancario encubra actos de corrupción y facilitar a otros Estados los informes sobre cuentas de banco de determinada o determinadas personas individuales y/o jurídicas.

CAPÍTULO V. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.

El flagelo de la corrupción es un fenómeno que con avasalladora contundencia entorpece y el funcionamiento de la administración pública perjudicando a millones, beneficiando únicamente a quienes realizan esta deleznable práctica a todos niveles.

El subdesarrollo de determinado país o región se encuentra directamente ligado a la corrupción el cual es el principal detonante de todos los demás males que aquejan a un Estado provocando un detrimento en las instituciones y en la democracia. Si bien es un tema cultural que debe combatirse con políticas públicas y privadas que promuevan la erradicación de estas prácticas, estas son políticas a largo plazo. Sin embargo a corto plazo es necesario implementar cuerpos normativos estrictos que dificulten, detecten y sancionen actos de corrupción en el país.

Es impensable en estos tiempos que pueda combatirse la corrupción sin la cooperación interinstitucional, pero sobre todo interestatal, ya que es un fenómeno que ha alcanzado instancias internacionales a todo nivel como el caso Odebrecht que ha generado enormes problemas a lo largo de Latinoamérica afectando la ejecución de obras y contrataciones del Estado en la región.

Si bien a lo largo de los años la legislación guatemalteca en materia de Contrataciones del Estado y en general en materia anti corrupción ha mejorado en su rigurosidad, la misma aún no se encuentra en los niveles óptimos para combatir la corrupción y disminuirla a niveles mínimos por la errónea aplicación de mecanismos tendientes a combatirla efectivamente.

En primer lugar existe la creencia que el hecho de crear instituciones fiscalizadoras con abundantes funciones de carácter subjetivo provocará un detrimento de la corrupción a todo nivel, sin embargo se ha observado a lo largo del tiempo que las mismas instituciones fiscalizadoras son fácilmente corrompibles.

Un antecedente reciente de esta aseveración se remonta a la creación de las Comisiones de Postulación. Si bien estos entes no son instituciones permanentes, pretendían ser órganos de carácter temporal que pudieran brindar seguridad jurídica y legitimidad en la elección de ciertos funcionarios que la misma Constitución Política de la República de Guatemala señala para el efecto, sin embargo y a lo largo de su creación ha sido dudoso el actuar de las mismas.

Se ha propuesto e implementado la creación de entes de supervisión o de elección, sin embargo bajo el principio que versa que entre más personas se generará más y mayor corrupción no es viable la creación de más entes fiscalizadores o de filtro de personas con funciones y atribuciones meramente subjetivas más allá que la Contraloría General de Cuentas. Es de mencionar que los órganos calificadores en ocasiones emiten criterios o realizan elecciones subjetivas, sensacionalistas o de acuerdo al momento y raras veces emiten criterios basados en opiniones objetivas y de acuerdo a méritos.

Los antecedentes históricos y hechos actuales han permitido observar que los sistemas de elección o fiscalización donde se contrata abundante personal con libertades de elección de acuerdo a su leal saber y entender basándose en la buena fe y buen criterio de estas personas han tendido a corromperse más fácilmente porque el mismo órgano de fiscalización carece de elementos que eviten su corrupción, y al momento que este pierde su naturaleza de creación siendo cooptado, el órgano fiscalizado no logra detener el flagelo y por el contrario aumenta en complicidad del fiscalizador.

De acuerdo al sistema de Checks and Balances todo órgano fiscalizador será fiscalizado por otro para evitar una concentración y abuso de poder mayor al de otras instituciones creando un desorden total y absoluto. Por dicha razón la creación de entes dentro de instituciones con fines fiscalizadores es inversamente proporcional al objetivo de acabar con la corrupción. Esto se debe a que no existe un órgano fiscalizador para el ente que fiscaliza y al carecer de estudios que permitan determinar que dicha creación evitará la corrupción, ésta no cumplirá con dichos fines.

Los controles actuales en materia de contrataciones del Estado si bien son más estrictos que en anteriores reformas, aún sufren de falencias que podrían repercutir en los resultados en las contrataciones del Estado, especialmente en la Compra por excepción y seguir generando corrupción.

Se sugieren reformas a la Ley de Contrataciones del Estado, no obstante reformas a esta sin modificar otros cuerpos normativos no generaría cambio alguno en la eficiencia en materia de contrataciones del Estado evitando corrupción.

Si bien la Ley de Contrataciones cumple con los parámetros mínimos que las convenciones ratificadas por Guatemala en dicha materia dictan, estos cambios no generan efectos positivos y significativos al no existir reformas a otros cuerpos normativos para encontrarse en concordancia con dichas convenciones y crear una armonía entre legislación vigente y las condiciones para llevar a cabo las contrataciones del Estado. Es de resaltar que estos parámetros aún siendo los adecuados, no son suficientemente rigurosos para el uso que en la práctica se requiere. En el caso de la Compra por Excepción aún existe discrecionalidad en su regulación.

Como **primera sugerencia** se encontraría la derogación de la actual Ley de Contrataciones del Estado, ya que debe emitirse una nueva para suplirla en dicha materia que llene las necesidades del Estado y prevenga eficientemente la corrupción, ya que debido a las constantes reformas de la misma sin estudiar las consecuencias de ellas la Ley de Contrataciones del Estado adolece de muchas falencias, las cuales han provocado confusión, entrapamiento y entorpecimiento en el desenvolvimiento de sus procedimientos.

Dicha ley debe estudiarse a detenimiento con expertos en la materia y redactarla de acuerdo a las necesidades actuales, dotándola de procedimientos más eficientes en contratación estatal y sobre todo en concordancia con las convenciones internacionales en materia de anticorrupción.

La **segunda sugerencia** se basa en realizar reformas a la actual ley de contrataciones del Estado mientras el Congreso de la República emite un nuevo

decreto que sustituya el actual. Entre estas reformas se encuentran las siguientes:

1. Endurecer los controles de integración de las Juntas de Licitación y Cotización del Artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado. La actual normativa establece que deben ser integradas por funcionarios públicos que integran las instituciones, estableciendo en el artículo 12 los impedimentos para integrarla, sin embargo esto resulta insuficiente.

Primeramente deben modificarse dichos requisitos, cambiando los requisitos que deben ser funcionarios públicos pertenecientes a dicha institución, ya que este extremo es uno de los principales focos de corrupción que se ha prestado a frecuentes casos de sobornos, utilizando en cambio profesionales expertos en determinada materia y de reconocida honorabilidad (estableciendo los parámetros para determinar esta característica) siendo estos quienes integren estas juntas y dictaminen lo más adecuado que a esto respecta.

La principal razón para realizar el cambio entre un servidor público y un profesional ajeno a la institución o instituciones que se trate se debe a evitar el tráfico de influencias interno, así como la certeza al momento de la licitación debido a su expertís en la materia que es una falencia en la actual elección. Dichos profesionales expertos en determinada materia deben además ser previamente calificados por la Contraloría General de Cuentas así como de su Colegio Profesional y ser ajenos a cualquier entidad pública o privada.

2. Es necesaria la encriptación de grado militar e implementación de un sistema eficiente que no pueda ser manipulado para el sistema de Guatecompras que constaría de una reforma al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado para evitar futuros sabotajes.
3. En lo que respecta a la Compra por Excepción, debe existir acompañamiento y fiscalización por parte de la Contraloría General de

Cuentas para la suscripción de dichos contratos. Posteriormente a que se realice la adjudicación deberá rendirse un informe sobre las resultas a la Contraloría General de Cuentas. En caso de negligencia, deberá ser remitido el expediente al Ministerio Público.

La **tercera sugerencia** sería una reforma a la Ley de Servicio Civil en la cual se reestructuraría el sistema de la Oficina Nacional de Servicio Civil, aumentando su personal y transformando el sistema de contratación de personal en el Estado en donde toda persona aplicará a una plaza en alguna dependencia, sin embargo será asignado a determinada institución según sus aptitudes y habilidades para evitar el tráfico de influencias en la contratación de personal en instituciones del Estado, evitando que personas inescrupulosas puedan ocupar posiciones claves en instituciones del Estado. De esa manera se evitarían vicios en la contratación estatal.

La **cuarta sugerencia** de reforma constaría de cambios a la Ley de la Contraloría General de Cuentas en donde se le dote a esta de mecanismos para una mayor vigilancia, así como mayores y mejores controles sobre instituciones que realicen compras o contrataciones estatales.

Dentro de la **quinta sugerencia**, una reforma a la Ley de Libre Acceso a la Información para obtener de manera más precisa la información estatal debido a que el actual sistema permite a las instituciones no revelar determinada información.

Una sexta sugerencia abarcaría la creación y suscripción de convenios de cooperación entre instituciones sobre determinada materia, así como entre países con sus respectivas instituciones análogas en la materia para la obtención de mejores resultados. Esta sugerencia se encuentra entre las cuestiones que las convenciones internacionales en materia anti corrupción establecen y que no se ha cumplido a cabalidad, por lo que es necesario que se lleve a cabo.

Deben sentarse las bases para la creación de mesas de diálogo permanente para realizar reformas a distintos cuerpos normativos, ya que los mismos con el tiempo

se convierten en obsoletos y esto facilitaría la innovación constante de los cuerpos normativos y la implementación de diferentes cuestiones conforme la sociedad, el Derecho y la tecnología avancen.

Son necesarias dichas reformas y controles para lograr óptimos resultados en relación a una eficiente gestión en materia de contrataciones del Estado, ya que la actual normativa no es suficiente para frenar la actual problemática.

Referente a la Compra por Excepción establecida en el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, la misma cumple parcialmente con los estándares mínimos anti corrupción, ya que si bien en sus incisos a), b), d) y f) existe rigurosidad en la utilización de la figura, los incisos c) y e) de dicho artículo otorgan discrecionalidad a los funcionarios para su utilización.

Si bien la naturaleza de esta figura se refiere a la obtención de recursos a través de la celeridad para cubrir ciertas necesidades dentro de la administración pública, evitando trámites engorrosos que entorpezcan la ejecución del acto, debe existir una mayor restricción de acuerdo al uso de dicha institución del Derecho Administrativo. Es imperativo que los incisos c) y e) sean reformados creando un procedimiento en el cual internamente se haga la petición a la máxima autoridad de la dependencia o ministerio, para que este la autorice y envíe un informe a la Contraloría General de Cuentas al respecto.

La Compra por Excepción ha sido tergiversada en la actividad estatal, utilizándola como instrumento de simulación en la contratación de personal, haciéndole pasar por Contrato de Servicios Profesionales o para la adquisición de bienes o servicios para el beneficio personal de ciertos funcionarios. De esta manera debe existir una reforma en la Ley de Servicio Civil que rigidice la regulación relativa a la prestación de servicios profesionales al Estado.

La Compra por Excepción en sus incisos c) y e) debe ser oportunamente reformada para evitar el abuso de dicha institución jurídica y devolverle la naturaleza para la cual fue creada.

Si bien estas reformas son necesarias, ya sea de forma total o parcial de la Ley de Contrataciones del Estado, no serían significativas si no existe la reforma de otros cuerpos normativos como la Ley de Servicio Civil, Ley de Libre Acceso a la Información, Ley de la Contraloría de Cuentas y el Código Penal que en concordancia establezcan las bases para una adecuada legislación en materia de contratación estatal con énfasis al combate de la corrupción y la transparencia en la Administración Pública. Sin estos cambios simultáneos al marco normativo de la materia, difícilmente los recursos estatales serán manejados por personas capacitadas, honestas y preparadas.

Esta reforma de los incisos c) y e) del artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado es necesaria debido a la tergiversación que existe en las partidas presupuestarias, ya que muchos de los recursos asignados para cierto asunto podrían ser utilizados para fines distintos e incluso para plazas fantasma.

Las falencias de los incisos c) y e) en el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado es tan significativa que con su reforma la calidad y transparencia del gasto público sería considerable aunque no definitiva en la eliminación de la corrupción en la administración pública como si la de varios cuerpos normativos en conjunto simultáneamente.

CONCLUSIONES

1. El término Estado puede definirse como una forma de organización de carácter social la cual está constituida por una diversidad de elementos que incluyen una estructura institucional estable sometida a normas ejercidas por un poder público coercitivo el cual genera un poder político sobre una comunidad en un territorio determinado.
2. La Administración Pública englobando todos sus elementos de acuerdo a la doctrina, es aquel conglomerado de órganos y organismos del poder público, que poseen la función de administrar o fiscalizar al mismo u otros entes públicos. Sus actos deben encontrarse apegados a lo que la Constitución y Leyes establezcan.
3. Para que exista un correcto entendimiento acerca de las figuras contractuales entre personas individuales o jurídicas con el Estado, debe existir un estudio de las obligaciones y contratos en todas las ramas del Derecho, para que pueda estudiarse a detenimiento las condiciones en que deben versar los contratos entre los sujetos anteriormente mencionados, lo anterior se debe a que en muchas ocasiones se pretende separar el Derecho Contractual y sus instituciones con el Derecho Administrativo. Dicha separación es generadora de errores garrafales en la elaboración de los mismo, así como una pobre integración entre el Derecho Público y Privado.
4. La Ley de Contrataciones del Estado tiene como objetivo primordial el de establecer y definir parámetros contenidos en dicho cuerpo normativo, los cuales permitan maximizar, pero sobre todo hacer un uso efectivo de los recursos dentro de las contrataciones estatales.
5. El Seguro de Caución es una figura poco estudiada en el tema de contratación estatal, a pesar de su gran importancia y frecuente uso en la mayoría de las figuras contractuales que la misma ley establece.
6. La Ley de Contrataciones cumple con los parámetros mínimos que las convenciones ratificadas por Guatemala en dicha materia dictan, son necesarias reformas en otras leyes para que las mismas se encuentren en

concordancia y permitan un cambio significativo en el funcionamiento de la lucha contra la corrupción.

7. La Corrupción, uno de los fenómenos más nocivos a nivel mundial se encuentra ligado estrechamente con la pobreza y desigualdad de una sociedad.
8. El fortalecimiento institucional y mejores controles que permitan fiscalizar a las instituciones, volviéndolas más eficientes y que permitan acabar con la corrupción representa un beneficio tanto al sector público como privado para desarrollarse de manera óptima reduciendo exponencialmente los niveles de pobreza en el país.
9. El incremento en la confianza en las instituciones públicas de las proviene de los resultados positivos en la gestión de las mismas, acompañado de certeza jurídica y transparencia.
10. La Compra por excepción por su carácter extraordinario debe ser regulada con mayor rigurosidad para evitar el manejo anómalo de los recursos del Estado, otorgando eficiencia a la ejecución de los actos administrativos.

RECOMENDACIONES

1. Se sugiere que, derivado de los resultados del presente trabajo de investigación, se realice una reforma total de la Ley de Contrataciones del Estado con procedimientos mejor estructurados para garantizar eficiencia y transparencia, en especial el inciso e) del artículo 44 de la misma.
2. Reforma de la Ley de Servicio Civil en donde se reestructure la Oficina Nacional de Servicio Civil, transformando la institución eficiente en la selección de personal para las instituciones del Estado, garantizando así una administración pública transparente y eficiente.
3. Reformas a la Ley de la Contraloría General de Cuentas, dotándola de funciones que le permitan realizar mejores controles en las instituciones.
4. Se deben suscribir convenios interinstitucionales que permitan a las instituciones públicas para la obtención de mejores y mayores resultados en el combate a la corrupción.
5. Se reforme la Ley de Libre Acceso a la Información, permitiendo que la misma cuente con mecanismos más rigurosos que permitan fortalecer la institucionalidad.

LISTADO DE REFERENCIAS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1. Beltranena Valladares de Padilla, Maria Luisa, Lecciones de Derecho Civil, Cuarta Edición, Guatemala, Guatemala, 2001.
2. Brañas, Alfonso. Manual de Derecho Civil.- Séptima Edición.- Guatemala, Guatemala.- Editorial Estudiantil Fénix, 2008.
3. Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Universitario.- Tercera Edición, Corregida y Aumentada por Ana María Cabanellas de las Cuevas.- Buenos Aires, Argentina: Heliasta, 2007. Tomo I.
4. Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Universitario.- Tercera Edición, Corregida y Aumentada por Ana María Cabanellas de las Cuevas.- Buenos Aires, Argentina: Heliasta, 2007. Tomo II.
5. Calderón, Hugo Haroldo. Derecho Administrativo Parte General. Primera Edición, Segunda Reimpresión.- Guatemala, Guatemala, Editorial Orión, febrero de 2010.
6. Calderón, Hugo Haroldo. Derecho Administrativo Parte Especial. Quinta Edición.- Guatemala, Guatemala, Editorial Orión, febrero de 2011.
7. Calderón, Hugo Haroldo. Derecho Administrativo Parte Especial. Quinta Edición.- Guatemala, Guatemala, Editorial Orión, febrero de 2011.
8. Castán Tobeñas, José. Derecho civil español, común y foral, undécima edición, Editorial Reus Madrid, España, Tomo 2, 1971
9. Comunidades Europeas-Comisión, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Los Contratos Públicos en un Espacio Económico Único, Serie Documentación Europea, 1998.
10. Contreras Ortíz, Rubén Alberto, Obligaciones y Negocios Jurídicos civiles (Parte General), Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Guatemala, 2007, Primera Reimpresión de la Primera Edición
11. Centro de Traducciones del Sagrado Corán, República Islámica de Irán, 2008.

12. Diccionario de la Lengua Española, Barcelona, España, Editorial Verón, 1995, Tercera Edición.
13. Diccionario de la Real Academia Española, Real Academia Española, Tomo I, Madrid, España, Editorial Espasa Calpe, SA, enero de 2002, vigésima segunda edición.
14. Diccionario de la Real Academia Española, Real Academia Española, Tomo II, Madrid, España, Editorial Espasa Calpe, SA, enero de 2002, vigésima segunda edición.
15. Diccionario de las Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, 2006, Trigésima Tercera Edición.
16. Díez, Manuel María. Derecho Administrativo Tomo I. Única Edición, Buenos Aires, Argentina.- Editorial Bibliográfica Omeba, 1963.
17. Dromi, José Roberto. Derecho Administrativo, única edición, Buenos Aires, Argentina; Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992.
18. Echandía, Devis.- Teoría General del Proceso.- Segunda Edición revisada y corregida, Buenos Aires, Argentina.- Editorial Universidad.
19. Espín Canovas, Diego, Derecho Civil Español, Editorial Revista de Derecho Privado, Volúmen 1.- Madrid, España, 1961
20. Espín Canovas, Diego, Derecho Civil Español, Editorial Revista de Derecho Privado, Volúmen 3.- Madrid, España, 1961
21. Fernández Molina, Luis, Derecho Laboral Guatemalteco, Tercera Edición ampliada y actualizada, Guatemala, Guatemala, Editorial IUS Ediciones, 2008.
22. González Varas-Ibañez, El Derecho Administrativo Iberoamericano, Instituto de Investigación Urbana y Rural, Granada España, 2005, Primera Edición.
23. Gordillo Galindo, Mario Estuardo.- Derecho Procesal Civil Guatemalteco, Séptima Edición, Guatemala, Guatemala.- 2013.
24. Gracias González, José Antonio y Alvarado Sandoval, Ricardo; El Notario ante la Contratación Civil y Mercantil; Editorial Estudiantil Fénix; Tercera Edición, Guatemala, Guatemala; Agosto, 2009.

25. Gramajo Castro, Juan Pablo, Código Civil Comentado y Anotado, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, Guatemala, Primera Edición, 2009.
26. Gutiérrez de Colmenares Carmen María y Chacón de Machado Josefina, Introducción al Derecho, Sexta Reimpresión de la Tercera Edición, Guatemala, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Rafael Landívar, 2007.
27. Kelsen, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado, Ciudad de México, Mexico, Universidad Autónoma de México, 1995.
28. LaLaguna Domínguez, Enrique, El Contrato, Estructura, Formación y Eficacia, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1997, Primera Edición, Primera Reimpresión.
29. Lorenzetti Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2007, Segunda Edición, Primera Reimpresión.
30. Mairal Hector, Licitación Pública: Protección Jurídica de los Oferentes, Buenos Aires Argentina, Editorial DePalma, 1975, Primera Edición.
31. Marienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Primera Edición, Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo Perrot, 1982.
32. Muñoz, Nery Roberto; El Instrumento Público y el Documento Notarial; Infoconsult Editores, Décima Tercera Edición; Guatemala, Guatemala; Octubre, 2010.
33. Muñoz, Nery Roberto; Introducción al Estudio del Derecho Notarial; Infoconsult Editores; Guatemala, Guatemala; Decima Cuarta Edición; febrero, 2011.
34. Orellana Donis, Eddy Giovanni, Derecho Procesal Civil I, Cuarta Edición Revisada, Guatemala, Guatemala, Editorial Orellana Alonso y Asociados, 2011.
35. Poroj Subuyuj, Oscar Alfredo.- El Proceso Penal Guatemalteco,- Segunda Edición, Guatemala, Guatemala.- Magna Terra Editores

36. Prado, Gerardo. Teoría del Estado.- Cuarta Edición Corregida y Ampliada, Guatemala, Guatemala, Editorial Praxis, 2005.
37. Rodríguez Azuero, Sergio.- Contratos Bancarios Su Significación en América Latina, Editorial Biblioteca Felaban, Bogotá, Colombia.- Segunda Edición 1979.
38. Serra Roja, Andrés. Derecho Administrativo, Sexta Edición; Ciudad de México, México; Editorial Porrúa, 1985.
39. Sociedades Bíblicas Unidas. Santa Biblia Concordada. Corea del Sur. 1986.
40. Villegas Lara, René Arturo. Derecho Mercantil Guatemalteco Tomo III, Guatemala, Guatemala, Sexta Edición, Editorial Universitaria de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

REFERENCIAS NORMATIVAS

1. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala
2. Congreso de la República de Colombia. Ley 80 de 1993
3. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 2-89 (Ley del Organismo Judicial), Guatemala
4. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Ley 106 (Código Civil). Artículo 1251, Guatemala.
5. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 1441 (Código de Trabajo)
6. Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 57-92 (Ley de Contrataciones del Estado)
7. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 35-80 (Ley de Compras y Contrataciones del Estado)
8. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 25-2010 (Ley de la Actividad Aseguradora).
9. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 2-70 (Código de Comercio)

10. Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General Parcial. Expediente No. 2861-2007, Guatemala, 28 de enero de 2009
11. Corte de Constitucionalidad. Opinión Consultiva, Expediente número 1628-2010, 13 de mayo de 2010.
12. Corte de Constitucionalidad. Amparo. Expediente número 815-2009, 4 de septiembre de 2009.
13. Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General Parcial, Expediente número 2953-2009, 22 de febrero de 2011.
14. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación, de fecha veinticuatro de abril de mil novecientos noventa.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS:

1. Catholic.net, Abogados Católicos, El Bien Común, viernes 4 de julio de 2014, es.catholic.net/abogadoscaticos/429/924/articulo.php?id=20538
2. Real Academia Española, Diccionario de la Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=cotizaci%C3%B3n>
3. Soriano, Ramón. La Corrupción Política: Tipos, Causas Y Remedios, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Jueves 13 de julio de 2017. revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/538.