

# EL DERECHO ADMINISTRATIVO, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA CESIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN GUATEMALA

Por Sydney Alexander Samuels

## 1. Introducción

Para el caso de Guatemala, debe aclararse que no se usan con frecuencia conceptos dogmáticos como “servicio público subjetivo-orgánico”, ni tampoco el “objetivo-funcional”, en cuanto a las técnicas de liberalización, desburocratización e intervención del Estado u Ente Local, como las Municipalidades.

Han habido procesos de privatización y cesión de servicios públicos, permitidos por la Constitución Política de la República, pero casi siempre con desacuerdos y protestas populares, y por ello, la mayoría de veces fallidas, algunas en suspenso hasta la actualidad como es el caso de la “Ley de Privatización” y la “Ley de Concesiones”, esta última, prácticamente ya olvidada.

Lo que más se acerca a una “concesión de servicios públicos” que se halla llevado a cabo a nivel municipal en Guatemala, son las actuales “Empresas Municipales de Agua”, sobretodo en las Cabeceras Departamentales, donde se ha justificado tal cesión pero con intervención de delegados las Juntas Municipales en los órganos de dirección de esas Empresas Municipales.

Para adentrar al tema de los servicios públicos y las maneras como se ceden estos servicios a sectores privados, en seguida, se describe el marco jurídico en el cual se hace una descripción del “Derecho Administrativo” con relacionado o con influencia en los procesos de cesión de servicios públicos, así como los actos permitidos de gobierno, el organismo ejecutivo, la presidencia de la república y los principios de aplicación en esos procesos.

## 2. Ámbito Jurídico y Administrativo.

La Administración Pública se desenvuelve dentro de un ordenamiento Jurídico que va desde la Constitución Política de la República de Guatemala, que ocupa dentro de la pirámide jerárquica el primer lugar, en el que se encuentra estructurado todo el Estado y sus organismos (Legislativo, Judicial y Ejecutivo), y los órganos administrativos descentralizados y autónomos como: la Universidad de San Carlos de Guatemala, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, las municipalidades, etc. Que constituyen las Fuentes Nacionales de Derecho Administrativo.

Inmersos en el ámbito jurídico se encuentran, también, lo que se le ha denominado como Fuentes Supranacionales del Derecho Administrativo, que consisten en las normas contenidas en los Convenios y Tratados Internacionales.

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece la estructura y el funcionamiento de los órganos administrativos. Además de la estructura y funcionamiento de los Organismos de Estado, la Constitución regula otros organismos de control administrativo, como La Procuraduría de los Derechos Humanos, la Contraloría General de Cuentas, Ministerio Público, etc. basada en Principios Fundamentales de Juridicidad y legalidad.

En función de esos principios, podemos afirmar que el Estado está sometido a un orden jurídico, siendo por lo tanto Estado de Derecho; podemos entonces afirmar que “las declaraciones, derechos y garantías contenidas en la Carta Fundamental de la Constitución son derechos subjetivos de los particulares”, como lo describe el Profesor Hugo Calderón

Morales

La ley Orgánica, a la que me referiré en inciso posterior, es otra fuente importante de Derecho Administrativo, es la que regula la creación de órganos administrativos, mediante la que se les dota de personalidad jurídica propia, independencia en cuanto a sus funciones técnicas y se le otorga la competencia general a esta clase de órganos y en general la ley ordinaria es la única que puede otorgar la competencia administrativa.

En esta ley también se encuentra regulada la delegación de servicios públicos a “terceras personas, comités, asociaciones o entidades, cuando el ejecutivo lo juzgare idóneo para lograr una mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento de sus funciones”.

Los órganos de la Administración tienen una finalidad primordial, que es el BIENESTAR GENERAL o BIEN COMUN, el medio para el logro de ese bienestar general es el SERVICIO PUBLICO; este, tradicionalmente se da a través de actividades relacionadas con los “sectores sociales” como seguridad, salud, educación, control de precios de la canasta básica; básicamente, de conformidad con las atribuciones, funciones y competencias que la legislación les otorga.

En este sentido hay que tomar en cuenta la aplicación del Principio de Legalidad y el Principio de Juridicidad, contenido en la Constitución Política de la República, al momento de otorgar funciones y servicios a entes privados o no gubernamentales.

Se hace necesario analizar de una manera general lo que la Constitución, la Ley del Organismo Ejecutivo y su Reglamento le otorgan a los órganos administrativos en particular en el marco general de la Administración Pública.

La Estructura del Estado y de sus órganos Administrativos está determinada por la Constitución Política de la República de Guatemala, y la Ley Orgánica, que da la estructura a la institución y además le da competencias. La estructura significa la forma en que se encuentra jerárquicamente constituido y ubicado el órgano administrativo, para el desarrollo de su finalidad, a través del Servicio Público.

### 3. El Poder del Pueblo en las Decisiones y Actos de Gobierno.

En nuestra Constitución política, en el TITULO IV, CAPÍTULO I establece el ejercicio del Poder Público; en los CAPÍTULOS II, III y IV, se regula respectivamente al Organismo Legislativo, Organismo Ejecutivo y al Organismo Judicial; en este sentido, domina el Poder Público y el Ejercicio del Poder Público y a los antiguamente llamados “poderes del Estado” les denomina ORGANISMOS, variando la conceptualización y cambiando con ello la antigua idea de “los poderes del Estado” y deja al PUEBLO de Guatemala, como el único que ejercita el poder, dejando su ejercicio gerencial en los Organismos del Estado, Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Constitucionalmente no se regulan los actos de gobierno, sino por leyes ordinarias, como la Ley del Organismo Ejecutivo. Se deja al Organismo Ejecutivo como el encargado de la ejecución, en su artículo 2 que establece: “COMPETENCIA DEL ORGANISMO EJECUTIVO”. Dentro del marco de las funciones y atribuciones constitucionales y legales de los órganos que lo integran, compete al Organismo Ejecutivo el ejercicio de la función administrativa y la formulación y ejecución de las políticas de gobierno con las cuales deben coordinarse las entidades que forman parte de la administración descentralizada.” A diferencia de lo que se da en otros países: el caso de la Argentina, en el que el Gobierno corresponde a los PODERES DEL ESTADO; en Francia, Alemania y otros países europeos, el Gobierno pertenece al Poder Ejecutivo.

Dice el Doctor Agustín Gordillo, de Argentina: “La palabra gobierno designa el conjunto de los tres poderes del Estado: Poder Judicial, Poder Ejecutivo, Poder Legislativo. Ese es el sentido en que nuestra Constitución emplea el término, al tratar en la segunda parte, título primero, del Gobierno Federal; sección primera, Del Poder Legislativo, sección segunda, Del Poder Ejecutivo, sección tercera, Del Poder Judicial; en igual sentido habla en el título segundo de los Gobiernos de Provincia.

Asimismo, existe la Corte de Constitucionalidad, que es un órgano de control y que por la naturaleza de su función, nace precisamente para velar y vigilar, que el Gobierno que está atribuido constitucional y legalmente al Organismo Ejecutivo, no viole los preceptos legales y constitucionales con sus actos DE GOBIERNO.

Establece la Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 152 “Poder Público. El poder proviene del pueblo. Su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas en la constitución y la ley.

Ninguna persona, sector del pueblo, fuerza armada o política, puede arrogarse su ejercicio.”

El artículo 154 de la Constitución establece: “Función Pública; sujeción a la ley. Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superior a ella.

Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno.

La función pública no es delegable, excepto en los casos establecidos por la ley, y no podrán ejercer sin prestar previamente juramento de fidelidad a la constitución”.

En este artículo constitucional encontramos que todos los funcionarios de la administración pública se encuentran sujetos a la ley, que están al servicio del Estado, no pueden estar al servicio de partido político alguno.

Regula también que el ejercicio de la función administrativa no se puede delegar, salvo en los casos establecidos en la ley, como es el caso de las concesiones, la privatización de servicios públicos, las licitaciones.

#### 4. El Organismo Ejecutivo y las Concesiones de los Servicios Públicos

El organismo ejecutivo se encuentra constituido por la Administración centralizada, donde encontramos en la cúspide de la pirámide jerárquica al Presidente de la República, al Vicepresidente, ministros de Estado y viceministros de Estado y funcionarios dependientes, la concepción más frecuente es llamar “gobierno” al Organismo Ejecutivo.

El Organismo Ejecutivo puede ser definido como uno de los Organismos del Estado que se encarga de la Administración Pública, del gobierno y de la prestación de los servicios públicos y el conducto por el cual se realiza la finalidad del Estado, el bien común o bienestar general, bajo un sistema excesivamente centralizado, en donde en la cúspide se encuentra el Presidente de la República, quien actúa siempre en Consejo de Ministros, o separadamente con uno o más de éstos.

Para nuestro caso guatemalteco, se puede definir a la presidencia de la República como la suprema organización política y administrativa del Estado, siendo la organización de gobierno fundamental en un Estado Constitucional.

El régimen de centralización administrativa es la forma característica del Organismo Ejecutivo en Guatemala, que se encuentra integrado por el Presidente de la República, que es el titular de la función administrativa, que cuenta con otros órganos de ejecución como los ministros de Estado, para ejercer esa función.

El principio de administración de la división del trabajo es uno de los elementos especiales

para la distribución de las tareas de un gobierno, especialmente cuando la población va en crecimiento, los fines, las facultades y los servicios públicos, también van en crecimiento. En la Constitución Política de la República de Guatemala se encuentran enmarcadas las funciones generales que tiene el Presidente de la República. Es la Constitución la que marca los límites de actuación del Presidente de la República y la competencia general que ejerce como Jefe de Estado y como superior jerárquico de la administración pública centralizada.

El artículo 183 de la Constitución de la República de Guatemala preceptúa las atribuciones del Presidente de la República de Guatemala, y en el inciso k) una de las funciones es: “Someter a la consideración del Congreso para su aprobación y antes de su ratificación, los tratados y convenios de carácter internacional y los contratos de concesiones sobre servicios públicos.”

5. Principios de la Ley del Organismo Ejecutivo aplicables a la cesión de servicios. A través del Decreto Número 114-97, del Congreso de la República, se promulga la LEY DEL ORGANISMO EJECUTIVO, la que consta de cincuenta y seis artículos. Esta Ley del Organismo pretende, entre otros fines el cumplimiento de los principios que inspiran a la Constitución Política de la República de Guatemala, que es el bienestar general o bien común, como finalidad principal de la Administración Pública en general. En la Ley del Organismo Ejecutivo, quedan considerados una serie de principios que deben cumplirse por parte de la administración, al momento de ceder servicios públicos a entes privados, como:

#### 5.1. Principio de Cumplimiento Finalista.

En el artículo 1° de la Constitución política de la República de Guatemala se encuentra regulada la finalidad principal que persigue el Estado en general y la Administración Pública en particular, EL BIEN COMUN, se antepone en los considerandos la creación de la nueva Ley del Organismo Ejecutivo, como un instrumento que permita que la administración pública centralizada, cumpla con esa finalidad.

#### 5.2. Principio de Modernización.

Modernización significa hacer cambios radicales en la administración pública, como procedimientos modernos, con ayuda de la tecnología actualizada, para que la prestación de los servicios públicos sea prestada con mayor eficiencia y rapidez.

#### 5.3. Principio de Solidaridad.

Solidaridad, dice Manuel Osorio

, es “la identificación personal con una causa o con alguien, ya por compartir sus aspiraciones, ya por lamentar como propia la adversidad ajena o colectiva”.

Según este principio, la solidaridad es de los entes del Estado para con los administrados, por las mismas razones que ya se han mencionado, que es el pueblo el que se encuentra gobernando a través de la elección que ha hecho de las personas que se encuentran a cargo de la Función Administrativa.

#### 5.4. Principio de Subsidiaridad.

Según el principio de subsidiariedad el Estado no se debe arrogar funciones que pueden ser ejecutadas por los ciudadanos individuales o libremente asociados.

Actualmente es política de gobierno que muchas de las actividades que el Estado presta están pasando a la iniciativa privada, para descargar al mismo la prestación de servicios esenciales, como la telefonía, la electrificación.

El riesgo que se da con la aplicación de este principio es que la finalidad de la

Administración privada no es el mismo que de la Administración Pública, mientras que el de la administración pública es EL BIENESTAR GENERAL, la finalidad de la Administración Privada es EL LUCRO. Con esto aunque se pueda mejorar el servicio público los costos para la población son generalmente elevados, y tiende por la finalidad misma a encarecerse el servicio. Quizá por ello, en Guatemala, el traslado de servicios públicos a terceros ha sido sumamente conflictivo y los conceptos dogmáticos de lo “subjetivo-orgánico” y lo “objetivo funcional” quedan relegados en las razones de la decisión de su ejecución.

#### 5.5. Principio de Transparencia.

La transparencia se refiere que los órganos de la administración pública no deben ocultar nada a sus gobernantes; significa que los gobernantes no pueden ni deben ocultar nada a sus gobernados. Este principio es el mismo que encontramos en el Procedimiento Administrativo, que se refiere al trato justo y juego limpio, que implica que la administración no debe ocultar nada a los particulares.

#### 5.6. Principio de Probidad.

La probidad significa que los funcionarios de la Administración Pública en general deben tener rectitud e integridad en sus actos. La probidad es la regla ética de la conducta de los funcionarios públicos, en ejercicio de sus actos y fuera de ellos, la persona proba lo es en todo sentido.

#### 5.7. Principio de Eficacia.

Puede considerarse la eficacia de la administración pública en la efectiva aplicación de la prestación de los servicios públicos, por los órganos encargados de la prestación, en los casos en que la población los necesite. La importancia de la eficacia reside en que una buena administración sólo es válida cuando es eficaz.

#### 5.8. Principio de eficiencia.

La eficiencia es la virtud que se tiene para lograr algo y eficiente el que produce realmente un efecto. Traducida la eficiencia a la administración, significa que la eficiencia del órgano administrativo, depende de la virtud que tienen sus funcionarios para la prestación del servicio público y que al ejercer la función administrativa va a producir un efecto y el efecto deseable es el cumplimiento de los fines de la administración pública, EL BIEN COMUN o BIENESTAR GENERAL, plasmado como fin último, del Estado a través del Organismo Ejecutivo y sus órganos.

#### 5.9. Principio de Participación Ciudadana.

Plantea la consideración de la Ley del Organismo Ejecutivo, la necesidad que el ordenamiento jurídico propicie la participación ciudadana, como un proceso por el cual los ciudadanos se involucren en la toma de decisiones sobre políticas y acciones públicas y en la provisión de servicios de su interés, así como en la fiscalización ciudadana de la administración pública.

#### 5.10. Principio de Descentralización.

En la legislación guatemalteca, existen normas en las que se advierte la intención del Estado de descentralizar la acción de la administración pública, como la regionalización, la Superintendencia de Administración Tributaria y otras instituciones.

En la nueva ley del Organismo ejecutivo se inspira en la necesidad que el Estado tiene de descentralizar el servicio público, pero en los últimos años hemos visto que ha existido más privatización del servicio que descentralización, puesto que estas suelen confundirse, la descentralización es dotar a órganos administrativos de independencia técnica a órganos de la propia administración, mientras que privatización es poner en manos de personas

individuales o jurídicas la prestación de los servicios públicos.

La descentralización entonces es dotar a órganos administrativos de independencia técnica y personalidad jurídica, como órganos especializados que presten el servicio público, a efecto de descongestionar la acción de la administración pública centralizada, para lograr cumplir en una forma más eficiente la finalidad de la administración pública, EL BIEN COMUN.

Las consideraciones de la Ley del Organismo Ejecutivo lo plasmo como el proceso mediante el cual el Gobierno central delega la ejecución y el control administrativo de ciertas funciones a entes distintos de sí mismo o sus entidades autónomas y descentralizadas, reteniendo las funciones reguladora, normativa y de financiamiento con carácter subsidiario y de control.

5.11. Principio de Coordinación.

Establece la Ley que la formulación y ejecución de las políticas de Gobierno, deben ser coordinadas con las entidades que forman parte de la administración centralizada. Artículo 2 de la Ley del Organismo Ejecutivo.

5.12. Principio de Delegación.

De acuerdo a este principio las funciones de gestión administrativa y de ejecución y supervisión de la obra y servicios públicas podrán delegarse a terceras personas, comités asociaciones o entidades. Pero es preciso aclarar que la competencia administrativa NO ES DELEGABLE, únicamente dentro de órganos jerarquizados que corresponden a una misma competencia. No obstante, la Ley del Organismo Ejecutivo deja establecida la posibilidad que el Ejecutivo mediante acuerdo gubernativo, publicado en el Diario Oficial, pueda trasladar a manos privadas la ejecución y supervisión de obras y servicios públicos. Este principio tiene mucha relación con el principio de subsidiariedad ya referido.

## 6. Conclusión

La Ley del Organismo Ejecutivo establece como marco de acción, fundamentalmente, la Constitución Política de la República y desarrolla esos principios que inspira nuestra Ley superior. El artículo 1 reafirma el principio analizado con relación al espíritu del legislador de cumplir con el mandato constitucional.

Dentro de ese marco, la Ley del Organismo Ejecutivo establece, la COMPETENCIA ADMINISTRATIVA que debe tener su base fundamental en la CONSTITUCION y en LA LEY, dicho artículo establece: "Competencia del Organismo Ejecutivo".

Dentro del marco de las funciones y atribuciones constitucionales y legales de los órganos que lo integran, compete al Organismo Ejecutivo el ejercicio de la función administrativa y la formulación y ejecución de las políticas de gobierno con las cuales debe coordinarse las entidades que forman parte de la administración centralizada y descentralizada.

El artículo 3 de la Ley del Organismo Ejecutivo, indica: "Delegación. Las funciones de gestión administrativa y de ejecución y supervisión de la obra y servicios públicos podrán delegarse a terceras personas, comités, asociaciones o entidades, cuando el ejecutivo los juzgare idóneo para lograr una mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento de sus funciones. La modalidad, el ámbito material y el régimen de la delegación se establecerán por acuerdo gubernativo que deberá publicarse en el Diario Oficial. No son delegables las funciones normativa, reguladora y de financiación subsidiaria."

La Ley analizada regula en su artículo 5 la integración del Organismo Ejecutivo, y establece la forma en que quedan integrados los órganos administrativos. Este artículo dice: "El Organismo Ejecutivo se integra de los órganos que dispone la Constitución Política, la

presente y demás leyes. Según su función, los mismos deberán ser deliberativos, consultivos, de contralor y ejecutivos, al igual que podrán confluir en un órgano administrativo más de uno de dichos atributos.

De mi investigación en ningún documento, norma o ley se menciona o delibera sobre “la transformación del concepto dogmático de un servicio público, de una concepción subjetiva-orgánica a una objetiva-funcional como en el caso español. Solamente el marco legal-administrativo, se refiere a la conservación y delegación de servicios como se esboza en este documento, en donde el estado sigue siendo “distribuidor” de la mayoría de servicios, aún en el sector “agua potable” donde algunas municipalidades forman parte de la “empresa municipal”. El sector energético y el de telecomunicaciones son los únicos en los que el Estado, como Organismo Ejecutivo ha sido “regulador” de los respectivos entes descentralizados desde hace muchos años.

#### Bibliografía

##### A. Monografías, Diccionarios:

CALDERÓN MORALES HUGO, “El Derecho Administrativo Guatemalteco. Editorial Porrúa : Universidad Nacional Autónoma de México, 2004

GORDILLO AGUSTIN. “Tratado de derecho administrativo” 1ª edición, Buenos Aires, Macchi, 1974

OSORIO MANUEL, “Diccionario de Ciencias Políticas, Jurídicas y Sociales”, Pág. 602

##### B. Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala, Mayo de 1985.

Decreto No. 114-97: Ley del Organismo Ejecutivo y sus reformas, Guatemala, Edición Actualizada Tipografía Nacional, 2006

Decreto No. 14-2002: Ley General de Descentralización

CALDERÓN MORALES HUGO, “El Derecho Administrativo Guatemalteco. Editorial Porrúa : Universidad Nacional Autónoma de México, 2004

GORDILLO AGUSTIN. “Tratado de derecho administrativo” 1ª edición, Buenos Aires, Macchi, 1974

OSORIO MANUEL, “Diccionario de Ciencias Políticas, Jurídicas y Sociales”, Pág. 602

PAGE

PAGE

F