

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS COMO UNA FORMA DE CONTROL
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**



DIEGO RODOLFO GONZÁLEZ MEJÍA

GUATEMALA, MARZO DE 2016

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD DE LOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS
COMO UNA FORMA DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

DIEGO RODOLFO GONZÁLEZ MAJÍA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, marzo de 2016

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	MSc.	Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda.	Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br.	Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic.	Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Hansy Paolo García Arizandieta
Secretario:	Lic.	Carlos Erick Ortiz Gómez
Vocal:	Lic.	José Daniel Chámale Contreras

Segunda Fase:

Presidenta:	Licda.	Marta Eugenia Valenzuela Bonilla
Secretario:	Lic.	Juan Ramiro Toledo Álvarez
Vocal:	Licda.	Ileana Noemí Villatoro Fernández

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 06 de julio de 2015.

Atentamente pase al (a) Profesional, BYRON ROBERTO RECINOS GUERRA
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
DIEGO RODOLFO GONZÁLEZ MEJÍA, con carné 200717637,
 intitulado LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE CONCESIÓN DE
SERVICIOS PÚBLICOS COMO UNA FORMA DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 07 / 07 / 2015.

(Signature)
 Asesor(a)
 (Firma y Sello)

LICENCIADO
Byron Roberto Recinos Guerra
 ABOGADO Y NOTARIO

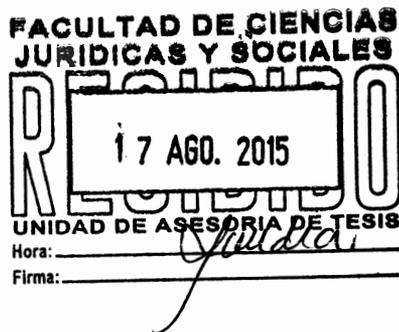




Licenciado Byron Roberto Recinos Guerra
6ª. Avenida 7-72, zona 10, primer nivel, Oficina 102
Teléfono: 23604967 y Celular: 59093016
Ciudad de Guatemala

Guatemala, 11 de agosto de 2015.

Dr. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Apreciable doctor:

Respetuosamente a usted informo sobre mi nombramiento como asesor de tesis del bachiller Diego Rodolfo González Mejía, la cual se intitula **LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS COMO UNA FORMA DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**; declarando expresamente que no soy pariente del bachiller dentro de los grados de ley; por lo que me complace manifestarle lo siguiente:

- a) Respecto al contenido científico y técnico de la tesis, en la misma se analizan aspectos legales importantes y de actualidad; ya que trata sobre la importante obligación que tienen que los órganos administrativos de ejercer un adecuado control sobre los contratos administrativos de concesión para la prestación de servicios públicos dándoles los mecanismos adecuados para tal fin.
- b) Los métodos utilizados en la investigación fueron el análisis, la inducción, la deducción y la síntesis; mediante los cuales el bachiller no sólo logró comprobar la hipótesis sino que también analizó y expuso detalladamente los aspectos más relevantes relacionados con declaración de lesividad de los contratos administrativos de concesión de servicios públicos cuando estos sean contrarios a los intereses generales del estado. La técnica bibliográfica permitió recolectar y seleccionar adecuadamente el material de referencia.


LICENCIADO
Byron Roberto Recinos Guerra
ABOGADO Y NOTARIO



Licenciado Byron Roberto Recinos Guerra
6ª. Avenida 7-72, zona 10, primer nivel, Oficina 102
Teléfono: 23604967 y Celular: 59093016
Ciudad de Guatemala

- c) La redacción de la tesis es clara, concisa y explicativa, habiendo el bachiller utilizado un lenguaje técnico y comprensible para el lector; asimismo, hizo uso de las reglas ortográficas de la Real Academia Española.
- d) El informe final de tesis es una gran contribución científica para la sociedad y para la legislación guatemalteca; puesto que es un tema muy importante que no ha sido investigado suficientemente. En todo caso puede servir como material de consulta para futuras investigaciones.
- e) En la conclusión discursiva, el bachiller expone sus puntos de vista sobre la problemática y a la vez recomienda que es necesario que Guatemala dentro su legislación cuente con un instrumento legal o un "Código de procedimientos para la administración pública guatemalteca" en donde se regulen, al menos los procedimientos para la declaración de lesividad de los contratos administrativos de concesión de servicios públicos; con el objeto de que todos los órganos que forman parte de la administración pública así como las instituciones descentralizadas y autónomas estén obligadas a cumplir con el debido control sobre las personas individuales o jurídicas que se vean beneficiadas con la prestación de un servicio público.
- f) La bibliografía utilizada fue la adecuada al tema, en virtud que se consultaron exposiciones temáticas tanto de autores nacionales como de extranjeros.
- g) El bachiller aceptó todas las sugerencias que le hice y realizó las correcciones necesarias para una mejor comprensión del tema; en todo caso, respeté sus opiniones y los aportes que planteó.

En base a lo anterior, hago de su conocimiento que la tesis cumple con todos los requisitos estipulados en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; por lo que apruebo el trabajo de investigación, emitiendo para el efecto **DICTAMEN FAVORABLE**, para que la misma continúe el trámite correspondiente.

Atentamente,


Lic. Byron Roberto Recinos Guerra
Asesor de Tesis
Colegiado No. 7,612

LICENCIADO
Byron Roberto Recinos Guerra
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 17 de febrero de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante DIEGO RODOLFO GONZÁLEZ MEJÍA, titulado LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS COMO UNA FORMA DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Porque sin su voluntad nada fuera posible, los tiempos de Dios son perfectos.
- A MIS PADRES:** Por su ejemplo de constancia y por criarme con valores éticos y morales, hoy con orgullo les puedo decir misión cumplida.
- A MIS HERMANAS:** Ana Cecilia y Adriana Raquel, gracias por el ejemplo y por el apoyo incondicional.
- A MIS AMIGOS:** A los cuales no hace falta nombrar pues saben quienes son.
- A MI PROMETIDA:** Ingrid Maribel González Rodas, gracias por tu apoyo incondicional.
- A:** El pueblo de Guatemala, ya que sin el pago de sus impuestos mi educación superior no hubiera sido posible.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, por permitirme culminar mis estudios superiores y hacerme acreedor de formar parte del claustro de abogados y notarios de la tricentaria USAC.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, mi eterno agradecimiento por ser parte de mi formación profesional.



PRESENTACIÓN

En esta tesis se analiza la problemática referente a los contratos administrativos de concesión para la prestación de servicios públicos; toda vez que actualmente en Guatemala es uno de los problemas que enfrenta la administración pública, debido a la falta de control de este tipo de contratos.

El tema pertenece a la rama del derecho administrativo y es de tipo cualitativo, ya que se analizó el procedimiento y las características de los contratos de concesión, los cuales no deben ser contrarios a los intereses generales de la nación; sin embargo, la administración se ha visto imposibilitada para erradicar la elaboración de dichos contratos, que muchas veces son otorgados por cuestiones políticas y solo benefician a ciertas personas, sin importar que la concesión del servicio público cumpla con su cometido, que es el bien común de toda la población y del Estado mismo.

El aporte de la tesis, consiste en la propuesta de un adecuado procedimiento administrativo, mediante el cual la declaración de lesividad se tenga como un derecho de la propia administración pública; para declarar lesivo o bien revocar un contrato administrativo de concesión para la prestación de servicios públicos que lesione los intereses del Estado.



HIPÓTESIS

Actualmente los órganos que forman parte de la administración pública no cuentan con un procedimiento adecuado que cuente con las características de observancia general, simplicidad y celeridad, para solicitar la declaración de lesividad de los contratos administrativos de concesión para la prestación de un servicio público; cuando estos son contrarios a los intereses generales del Estado.

Asimismo, no existe control sobre la ejecución y sobre las personas individuales o jurídicas beneficiadas con la concesión para la prestación de servicios públicos; y por lo mismo es que el problema aumenta cada día sin que se pueda declarar la lesividad de los mismos.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis fue comprobada, al analizarse la doctrina y la legislación guatemalteca que se refiere a los contratos administrativos de concesión de servicios públicos; así también se estableció que los órganos administrativos que forman parte del organigrama general del Estado de Guatemala, actualmente carecen de un procedimiento que atienda la necesidad de declarar lesivos este tipo de contratos; los cuales lesionan los intereses generales de Guatemala.

Para comprobar la hipótesis se utilizaron los métodos del análisis y el deductivo; ya que con el primero se estudiaron los procedimientos utilizados para la concesión de servicios públicos, de donde se deduce que dichos contratos son otorgados por la administración pública sin verificar si son o no lesivos para Guatemala.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. El derecho administrativo.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Fuentes del derecho administrativo.....	2
1.2.1. Fuentes históricas.....	2
1.2.2. Fuentes materiales.....	3
1.2.3. Fuentes formales.....	4
1.3. Derecho administrativo en Guatemala.....	9
CAPÍTULO II	
2. La administración pública en Guatemala.....	11
2.1. Definiciones.....	11
2.2. Principios de la administración pública.....	13
2.3. Alcances de la administración pública.....	18
2.4. La administración pública y los contratos administrativos.....	20
2.4.1. Concepto de contrato administrativo.....	20
2.4.2. Clases de contratos administrativos.....	22
2.5. La concesión en la administración pública.....	23

CAPÍTULO III

	Pág.
3. El acto administrativo.....	25
3.1 Características del acto administrativo.....	29
3.1.1. La presunción de legitimidad, juridicidad y legalidad.....	30
3.1.2. La ejecutoriedad.....	33
3.1.3. La irretroactividad.....	37
3.1.4 La uniteralidad.....	38
3.1.5. La revocabilidad.....	39
3.1.6 Sometimiento al derecho administrativo.....	41
3.2. Elementos del acto administrativo	41
3.2.1. Elementos de fondo.....	42
3.2.2. Elementos de forma.....	43
3.3. Vicios del acto administrativo.....	47
3.3.1. Actos jurídicamente inexistentes.....	48
3.3.2 Actos anulables.....	48
3.4 Actos administrativos lesivos.....	49

CAPÍTULO IV

4. La lesividad.....	51
4.1. Concepto de lesividad.....	51
4.2. Acepciones de la palabra lesividad.....	51
4.3. Declaración de lesividad.....	51



	Pág.
4.4. Regulación legal.....	52
4.5. Actividad administrativa susceptible de ser declarada lesiva.....	55
4.6. Actos administrativos lesivos a los intereses públicos.....	56
4.7. Efectos de la falta de la declaratoria de lesividad.....	58
4.8. La declaración de lesividad de los contratos de concesión de servicios públicos como una forma de control de la administración pública.....	59
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	61
BIBLIOGRAFÍA.....	63



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se elaboró debido a la importancia y la necesidad que actualmente tienen los órganos administrativos del Estado de Guatemala de ejercer un adecuado control sobre los contratos de concesión para la prestación de un servicio público, y de las personas individuales o jurídicas que se vean beneficiadas con los mismos.

La hipótesis se comprobó, pues se estableció que en la actualidad los órganos administrativos carecen de un procedimiento que atienda la necesidad de declarar lesivos a los intereses generales de la nación, los contratos administrativos de concesión para la prestación de un servicio público.

Los objetivos fueron analizar la legislación guatemalteca que regula los contratos administrativos de concesión para la prestación de servicios públicos y la lesividad de los mismos; se determinó que actualmente no existen procedimientos adecuados para declarar lesivos los contratos de concesión; por último, se propone regular el procedimiento adecuado que dote a los órganos administrativos de un control para poder declarar la lesividad de los contratos administrativos de concesión de servicios públicos como una forma de control de la administración pública.

La tesis se compone de cuatro capítulos, el capítulo uno describe al derecho administrativo, definición, fuentes y su función en Guatemala; el capítulo dos se refiere a la administración pública en Guatemala, su principios, alcances, su relación con los contratos administrativos y cómo opera la concesión en la administración pública de Guatemala; en el capítulo tres se analiza el acto administrativo, sus características, elementos, los vicios a que puede estar sujeto y cuándo estos son lesivos para los intereses de la nación; y el capítulo cuatro se refiere a la lesividad, su concepto, regulación legal, los efectos de la falta de la declaratoria de lesividad y la importancia de la declaración de la lesividad de los contratos de concesión de servicios públicos como una forma de control sobre estos.

La presente investigación se realizó utilizando los métodos siguientes: el analítico para estudiar la doctrina y la legislación guatemalteca en materia administrativa; el deductivo para establecer la carencia de una norma que contenga el procedimiento adecuado para declarar la lesividad de los contratos administrativos de concesión para la prestación de un servicio público; el inductivo y la síntesis se utilizaron para analizar y razonar la hipótesis y a su vez proponer una solución al problema. Para recolectar el material se hizo uso de la técnica bibliográfica.

En tal sentido con la presente investigación se busca hacer ver los efectos y las repercusiones que se puedan dar a causa de la falta de control de los órganos administrativos del Estado de Guatemala sobre los contratos administrativos de concesión de servicios públicos, determinando la vía legal para hacer la declaración de lesividad a los intereses del Estado, por vulnerar derechos de la población en general, violando principios y garantías constitucionales como lo es el bien común.

CAPÍTULO I

1. El derecho administrativo

1.1. Definición

El vocablo derecho se define con el significado siguiente: "Lo derecho, lo recto, lo rígido."¹ Sin embargo, para definir la realidad de lo que se llama derecho pueden tomarse tres acepciones distintas: en primer lugar, designa el conjunto de normas o reglas que rigen la actividad humana en la sociedad; en segundo lugar, designa esta palabra las facultades pertenecientes al individuo, un poder del individuo; y en tercer lugar, el derecho como equivalente a justicia, como portador del valor justicia.

Asimismo a la administración del Estado se le define como: "Actividad que se traduce en funciones orientadas a dar satisfacción a los requerimientos y demandas sociales, organizando la cooperación social territorial, mediante la realización del derecho."²

En cuanto al derecho administrativo se pueden obtener varias definiciones entre las que se pueden mencionar: 1. "Es la pura legislación administrativa o conjunto de leyes relacionadas con la administración. 2. Es el conjunto de normas que regulan la organización y las funciones del poder ejecutivo. 3. Es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre el Estado y los particulares. 4. Es el derecho que

¹ Espasa. **Diccionario jurídico**. Pág. 301

² Consultor Magno. **Diccionario jurídico**. Pág.204

regula los servicios públicos. 5. Es la actividad del Estado para lograr sus fines. 6. Es el conjunto de reglas que permiten a los particulares adquirir derechos y contraer obligaciones para satisfacer las necesidades públicas.”³

Sintetizando las definiciones citadas anteriormente se puede decir que el derecho administrativo, es el conjunto de elementos, principios y normas jurídicas que rigen y regulan la actividad administrativa del Estado frente a la población y de éste frente al poder público.

1.2. Fuentes del derecho administrativo

Haciendo alusión al derecho administrativo en general se pueden estudiar las fuentes y se debe considerar que al vocablo fuente se le han dado varias acepciones que tienden a responder algunas de las siguientes interrogantes: ¿Dónde se encuentra el derecho?, ¿Cómo nace el derecho?, haciendo referencia a las llamadas fuentes históricas, a las materiales y a las formales, indicando cada una de ellas.

1.2.1. Fuentes históricas

“Esta acepción hace referencia al lugar donde han quedado plasmadas las normas jurídicas: El derecho es un ser cultural, por cuanto es obra humana destinada a la consecución de un fin, no tiene existencia física y han de buscar dónde está, dónde se

³ Castillo González, Jorge Mario. **Derecho administrativo, derecho procesal administrativo**. Pág. 1

le puede percibir. Así sucede que las fuentes históricas hacen referencia a todo tipo de textos o documentos que contengan una norma de carácter jurídico en lugares, normas antiguas esculpidas en piedra, barro o arcilla y más recientemente impresas en varios escritos, periódicos, códigos, libros o tratados. Todos son importantes para interpretar y conocer el derecho de hoy a través del estudio del ayer.”⁴

Con relación a esta fuente se puede establecer que de acuerdo con lo estudiado a través de épocas pasadas se aprende y se plasman nuevas normas o se modifican las mismas, de acuerdo con los errores cometidos; por lo que me atrevo a indicar que el derecho es evolutivo, porque cambia de conformidad con la coyuntura política, social, cultural y de acuerdo con las necesidades de una sociedad, Estado o población específica.

1.2.2. Fuentes materiales

Son las llamadas fuentes reales, constituyen el conjunto de datos jurídicos que le dan contenido a las normas jurídicas, son los hechos reales de donde emana la necesidad de regular ciertas materias considerando la propia circunstancia que rodea al hombre en su comportamiento con los demás; las fuentes materiales están conformadas por una serie de datos de diferentes tipos que concurren en la producción de normas y que no pueden dejar de ser tomadas en cuenta a la hora de regular la conducta humana en sociedad y que por lo tanto, provoca su apareamiento.

⁴ Ballbé, Manuel y Marta Franch. **Manual de derecho administrativo.** Pág.73

1.2.3. Fuentes formales

También existen las fuentes formales, que se refieren a la forma o manera en que las normas se expresan en una sociedad determinada; este concepto es técnico-jurídico y alude al origen de la norma de una autoridad reconocida por el derecho positivo que, mediante un procedimiento preestablecido, confiere a la norma una forma concreta.

Manifiestan los autores Manuel Ballbé y Marta Franch que: "No hay acuerdo unánime en cuanto al número de fuentes jurídico-administrativas existentes, hay autores que limitan este papel a la ley, la doctrina y costumbre, mientras que autores que hacen una enumeración más amplia. Se estima que lo adecuado es hacer ésta más exhaustiva, puesto que hay maneras de expresión que no están comprendidas en ese breve enunciado."⁵

Por lo que se puede concluir de acuerdo al criterio antes citado, que fuentes formales del derecho administrativo son la Constitución, la ley, los tratados internacionales, los decretos ley, los reglamentos, la costumbre, la jurisprudencia, la analogía, los principios generales del derecho y la doctrina.

La Constitución Política de la República de Guatemala: es la fuente formal y directa del derecho administrativo, como la ley escrita suprema del Estado es la fuente primaria no sólo del derecho administrativo sino de todas las ramas del derecho, ya que el

⁵ **Ibid.** Pág. 74

ordenamiento jurídico debe adaptarse a los principios legales vigentes.

La ley es una manifestación del derecho escrito, se la puede definir como: normas jurídicas que, con carácter general y obligatorio, resultan de un proceso específico de creación por parte del órgano o autoridad facultada al efecto. Toda ley para que lo sea, debe ser una norma jurídica con características generales, impersonales, obligatorias, permanentes e irretroactivas. Siguiendo determinado procedimiento para la creación de una ley con la iniciativa de ley, discusión, aprobación, sanción, promulgación y vigencia de las mismas.

Existen distintos tipos de leyes, verbigracia: Leyes orgánicas y reglamentarias las primeras, que tienen como cometido estructurar los diferentes órganos de la administración y las segundas que se emiten para regular aspectos específicos del actuar administrativo y de los derechos y obligaciones tanto de la administración como de los administrados.

Los tratados internacionales: son los acuerdos de voluntad celebrados entre dos o más sujetos de derecho internacional, los tratados internacionales pueden ser resultado del derecho administrativo siempre que se acepte por el ordenamiento jurídico interno y que tengan contenido administrativo."⁶

⁶ **Ibid.** Pág. 78

En Guatemala la Constitución Política de la República regula en los Artículos 171 literal I) y 183 literal K), que el Congreso de la República debe aprobar o no los tratados, convenios o cualquier otro arreglo internacional, pero no puede modificarlos. En consecuencia, los acuerdos celebrados por el Estado, aprobados por el Congreso y ratificados por las partes deben ser tenidos como fuente del derecho administrativo.

Los Decretos Ley: Lo usual en los Estados modernos es que exista una división de poderes o sea una distribución de las funciones del Estado, repartidas entre varios órganos a fin de que entre ellos se controlen y así se evite la supremacía de un órgano que anule a los demás y que se vuelva al Estado absolutista de épocas pasadas. Son normas jurídicas con contenido material de ley y jerarquía de ley, pero a diferencia de ellas y debido a circunstancias peculiares, no son emitidas por el Legislativo sino por el Ejecutivo.

Hay varios supuestos del porqué los decretos ley se han creado, verbigracia, cuando el Organismo Ejecutivo legisló entre los años de 1871 a 1944, el legislar era propiamente del Organismo Ejecutivo; o en épocas más recientes en 1963, el Jefe de Gobierno de la República Enrique Peralta Azurdia promulgó el Código Civil, Decreto Ley 106 y el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, que a la presente fecha se encuentran vigentes; y todavía más recientemente en 1983 durante el gobierno de facto del General de División Oscar Humberto Mejía Víctores, en calidad de Jefe de Estado, promulgó el Decreto Ley 126-83, modificado por el Decreto Ley 70-84 del mismo Jefe de Estado y que aún se encuentran vigentes.

La costumbre: Es la norma no escrita que no pasó por el proceso de formación legislativa, es la única fuente de derecho no escrita y precede a la ley, se constituye a través de la repetición constante de una determinada conducta en el conglomerado social el cual además de practicarla, presta su aprobación general por la convicción de que es jurídicamente obligatoria.

"La costumbre consiste en un comportamiento o conducta uniforme y constante seguida por la mayoría de las personas frente a un hecho, del cual resulta la convicción de que ese comportamiento o conducta tiene el valor de una obligación jurídica. Por lo que crea vínculos jurídicos obligatorios, con dos elementos a distinguir: uno, el elemento objetivo o material que se refiere a la repetición de una determinada conducta o comportamiento en el tiempo; y el otro, es el elemento subjetivo o psicológico que implica el convencimiento de su juridicidad, la convicción de su obligatoriedad, es la opinión generalizada respecto de esa obligatoriedad."⁷

La jurisprudencia es: "El conjunto de soluciones dadas por ciertos Tribunales, requiriéndose dos al menos idénticas sustancialmente sobre una cuestión controvertida para que exista doctrina legal o jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo."⁸ La jurisprudencia son las normas de juicio que suplen omisiones de la ley y que se funda en la práctica seguida en casos iguales o análogos.

⁷ **Ibid. Pág. 80**
⁸ **Espasa. Ob. Cit. Pág. 526**

Su importancia en el derecho administrativo es innegable porque dado que existían pocas normas positivas administrativas que hayan ayudado en la formulación de sus principales instituciones, en esta rama del derecho ha tenido más importancia que en otras, civil o mercantil donde existe codificación que resuelve la casi totalidad de los supuestos de hechos que suelen presentarse en la práctica.

La analogía: "Es un proceso de auto-integración al aplicarse, en ausencia de texto expreso en un caso determinado, una ley que rige en casos análogos, consiste en la aplicación de una norma jurídica prevista en una situación determinada."⁹ Por tal motivo, la analogía es de aplicación de un caso determinado a otro caso o situación distinta, no contempladas en la normativa, pero que guarda cierta semejanza con la anterior, en cuanto a los hechos e identidad, a las razones, fundamentos y finalidades contempladas al dictar la norma que se deba de aplicar al caso siguiente.

La doctrina: "Es el estudio de carácter científico que realizan los juristas acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de aplicación. La doctrina está integrada por el conjunto de opiniones, teorías y sistemas elaborados por los tratadistas y publicistas del derecho y expuestas en obras y trabajos."¹⁰

⁹ Ballbé, Manuel y Marta Franch. **Ob. Cit.** Pág. 81

¹⁰ **Ibid.** Pág. 82

O sea que son todos los libros de textos o publicaciones que, realizan los estudiosos del derecho para facilitar un mejor entendimiento del tema de que se trate. Por su origen ajeno al proceso de creación de la ley en los Estados actuales, no es obligatoria su aplicabilidad; sin embargo, la labor doctrinal de los estudiosos del derecho debe ser considerada siempre como una tarea importante y contractiva; que busca soluciones a los más álgidos y actuales problemas de alcance jurídico.

1.3. Derecho administrativo en Guatemala

El derecho administrativo en Guatemala es la rama del derecho público que tiene por objeto la administración pública; entendida como actividad a través de la cual el Estado y los sujetos auxiliares de éste tienden a satisfacer intereses colectivos.

Existe actividad administrativa en los tres principales organismos del Estado de Guatemala y de cada uno de ellos emana jerárquicamente una estructura subordinada interrelacionada con actividades diversas. La actividad administrativa del Organismo Ejecutivo, es la única que se denomina administración pública, no obstante que la actividad administrativa existe también en las organizaciones autónomas y descentralizadas del Estado de Guatemala. Técnicamente la denominación correcta es administración pública del Estado de Guatemala.

La administración pública en Guatemala, busca servir a los guatemaltecos, persigue la realización del bien común, es el servicio a cargo de personas que ejecutan funciones administrativas con efectividad. "Por otro lado, el derecho administrativo en Guatemala

tiene como fin supremo velar por el bienestar de los guatemaltecos. Este propósito se cumple por medio del buen funcionamiento de la administración pública. Una preocupación del derecho administrativo es la calidad de la administración; en cuanto a que éste afecta vidas humanas.”¹¹

Del análisis del presente capítulo se puede aseverar que el derecho administrativo hasta antes de la creación de leyes, se llevaba a cabo por una cantidad exagerada de procedimientos en cuanto a términos, plazos y órganos resolutores se refiere; en la actualidad se ha tratado que este derecho sea lo más simple posible para el buen funcionamiento de la administración pública.

En la actualidad, la legislación guatemalteca aún tiene vacíos legales en cuanto a procedimientos administrativos para su buen funcionamiento; los cuales se suplen mediante procedimientos utilizados por la costumbre, y en el peor de los casos se omiten procedimientos por no estar regulados, cayendo así en ilegalidades.

¹¹ Instituto Nacional de Administración Pública. **Derecho administrativo.** Pág. 115



CAPÍTULO II

2. La administración pública en Guatemala

Es importante el estudio de la administración pública, previo a entrar a considerar cualquier tema del derecho administrativo; puesto que éste es un medio que sirve de base a la administración para el desarrollo y el bienestar de su población, es la parte más importante del Estado.

Por esas razones se hace necesario en el presente trabajo hacer un análisis global de lo que significa la administración pública y en especial, para entenderla, hay que estudiar sus principios fundamentales, plasmados actualmente en la Ley del Organismo Ejecutivo.

2.1. Definiciones

Para definir lo que es la administración pública es necesario estudiar a los autores más importantes, tanto nacional como internacionalmente reconocidos.

El autor guatemalteco Jorge Mario Castillo González indica que: “La administración es ciencia y arte, ciencia, en tanto se sustenta en principios elaborados por medio de la investigación integrando la teoría administrativa; arte, en tanto se sustenta en la habilidad de las personas. El teórico podrá dominar la administración como ciencia por

haber estudiado teoría y ser mal administrador por carecer del arte necesario. Un práctico, dotado de habilidades podrá ser buen administrador sin conocer la teoría científica. La unión de la teoría (ciencia) y de la habilidad (arte), crea la opción óptima para ser un buen administrador.”¹²

Para el autor Hugo Haroldo Calderón Morales, la administración pública es: "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.”¹³

Esta última definición considero es adecuada puesto que la estructura, le establece la finalidad y especialmente porque la administración pública se encuentra regulada en un derecho especial que es el derecho administrativo. Se puede decir que la administración pública y sus órganos y entidades, es un medio por el cual el Estado ejecuta la actividad que desarrolla y la finalidad que pretende, que es el desarrollo de las personas que habitan dentro del territorio del Estado. Cada Estado debe su desarrollo a la administración pública.

En otras palabras, se puede afirmar que la administración pública es todo el aparato de instituciones y funcionarios o servidores públicos que tienen la tarea de organizar, coordinar y colaborar en el funcionamiento de todos los asuntos públicos de un Estado

¹² Castillo González, Jorge Mario. **Ob. Cit.** Pág. 3

¹³ Calderón Morales, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo II.** Pág. 6.

y asegurarse de la buena prestación de los servicios públicos, los cuales al ejecutarse adecuadamente generan el desarrollo.

2.2. Principios de la administración pública

A través del Decreto número 114-97 del Congreso de la República de Guatemala se promulgo la Ley del Organismo Ejecutivo, la que consta de cincuenta y seis artículos. La ley 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 como finalidad principal de la administración pública en general. En la Ley del Organismo Ejecutivo, están plasmados dentro de sus considerandos una serie de principios que deben cumplirse por parte de la administración, que suelen ser los principales principios en que tiene que estar fundamentada una buena administración, siendo ellos los siguientes:

Principio de cumplimiento finalista: En el Artículo 1º. 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 común; que se antepone en los considerandos de creación de la Ley del Organismo Ejecutivo, como un instrumento que permita que la administración pública centralizada, cumpla con esa finalidad.

Principio de modernización: Modernización significa hacer cambios radicales en la administración pública; tales como procedimientos modernos con ayuda de la

tecnología actualizada, para que la prestación de los servicios públicos sea prestada con mayor eficiencia y rapidez.

Principio de solidaridad: Solidaridad indica el autor Manuel Ossorio es: "Identificación personal con una causa o con alguien, ya por compartir sus aspiraciones, ya por lamentar como propia la adversidad ajena o colectiva."¹⁴ Según este principio, la solidaridad es de los entes del Estado para con los administrados, por las mismas razones que ya se han analizado; porque en el régimen republicano y democrático, 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.

Principio de subsidiaridad: Se refiere a que 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 las lleve a cabo la iniciativa privada, para descargar al mismo de la prestación de servicios esenciales, como la telefonía o la electrificación. El riesgo que se da con la aplicación de este principio es que la finalidad de la administración privada no es la misma que la 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 elevados y tiende por la finalidad misma a encarecerse el servicio.

¹⁴ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 720.

Principio de transparencia: Transparencia es algo que no se puede ocultar, que se puede ver a simple vista, que no hay forma de ocultarlo. La transparencia se refiere a que los órganos de la administración pública no deben ocultar nada a sus gobernados; significa que los gobernantes no pueden ni deben ocultar nada a sus gobernados. Este principio es el mismo que se encuentra 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.

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.

Principio de eficacia: Puede considerarse la eficacia de la administración pública como 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.

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 van a producir un efecto y el efecto deseable es el cumplimiento de los

fines de la administración pública, el bien común o bienestar general, plasmado como fin último del Estado a través del Organismo Ejecutivo y sus órganos.

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.

Principio de descentralización: Como ya se explicó, en la legislación guatemalteca, existen diversidad de 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.

La Ley del Organismo Ejecutivo se inspira en la necesidad que el Estado tiene de descentralizar el servicio público, pero en los últimos años ha existido más privatización del servicio que descentralización; aunque éstas suelen confundirse, la descentralización es dotar 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, que es el bien común.

Los considerandos de la Ley del Organismo Ejecutivo la establece 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.

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.

Principio de delegación: De acuerdo a este principio 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. Hay que recordar 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 establece la posibilidad que el Organismo 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 analizado.

2.3. Alcances de la administración pública

Al Estado actual se le han atribuido diversas funciones. Una de las principales, menos comprendida y más compleja es aquella que está encaminada a satisfacer necesidades colectivas de forma concreta, inmediata y permanente. Esta es la función administrativa.

Es pertinente resaltar que esta función también es conocida con otra denominación: administración pública. El análisis de este vocablo conduce a percibir que el mismo ofrece una doble perspectiva, la objetiva y la subjetiva. Objetivamente la administración pública implica la realización de actividades encaminadas a la satisfacción directa de necesidades e intereses colectivos.

Subjetivamente, la administración pública constituye una estructura, una colección de órganos e instituciones públicas que realizan esta función específica; según esta concepción subjetiva resulta entonces, que la administración pública está conformada por todos los órganos estatales relacionados al cumplimiento de la función de administrar del Estado.

Importante resulta hacer hincapié en esto, ya que significa que la administración pública abarca no sólo a los órganos integrantes del Organismo Ejecutivo, sino también, a una pléyade de órganos separados de éste, en mayor o menor grado y con más o menos independencia de acción.

Otro punto digno de mención relativo al ámbito de la administración pública, es que en Guatemala, ésta como tal carece de personalidad jurídica. Los órganos que conforman el Organismo Ejecutivo son parte de la persona jurídica Estado. Son órganos que conforman la administración centralizada del Estado, o sea aquélla en la que prevalece la concentración del poder, de la fuerza y de la toma de decisiones. De otra cuenta, entre los órganos que conforman la llamada administración descentralizada o descentralización, la mayoría tienen personalidad jurídica propia establecida por la ley; como sucede con cada uno de los 340 municipios del país, y con alrededor de una treintena de órganos que tienen encomendadas actividades concretas o la prestación de los diversos servicios públicos. Estos órganos llevan a cabo una administración indirecta, pues no son parte integrante del Organismo Ejecutivo.

El estar dotado de personalidad jurídica tiene especial relevancia en cuanto a la forma que tiene cada órgano de cumplir con sus respectivas competencias; es decir, de realizar el conjunto de atribuciones y potestades que el derecho asigna a cada órgano; y que además de ello, constituyen sujetos de derecho, con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, tener bienes propios, libre disposición de un patrimonio especial, contar con autoridades que pueden dirigir su quehacer. Esto trae como consecuencia que a los órganos descentralizados se les puedan deducir directamente responsabilidades por falta de cumplimiento de sus deberes o por actuaciones al margen de la ley.

Al día de hoy cobra mucho relieve el conocer que la administración pública es la realización de la función administrativa del Estado y que a la vez abarca gran variedad y

cantidad de órganos estatales que tienen constreñida su actuación y el desempeño de sus funciones sujeto a la observancia del principio de legalidad, pilar indiscutible del estado de derecho.

Con relación a la administración pública puedo concluir que hoy día, la misma en Guatemala enfrenta el reto de satisfacer las demandas de una sociedad cada día más exigente y crítica del quehacer de los órganos administrativos; por lo que se hace indispensable un nuevo modelo de gestión pública que responda efectivamente a las necesidades de la población; asimismo, la administración pública en Guatemala debe con urgencia modificar, mediante un decreto la manera de ejecutar las políticas públicas, lo cual implica un gran reto hacia el desarrollo sustancial del país; Guatemala como país debe buscar las condiciones necesarias para fomentar el desarrollo social; sin embargo, en a la administración pública en Guatemala resulta difícil cumplir con su papel de promotor del desarrollo, toda vez que existe una falta de control por parte de los órganos administrativos hacia los contratos administrativos de concesión para la prestación de un servicio público al no contar con procedimientos adecuados para este fin.

2.4. La administración pública y los contratos administrativos

2.4.1. Concepto de contrato administrativo

En Guatemala, la contratación administrativa está orientada a la certeza jurídica, tanto como para obtener el cumplimiento del contrato administrativo como para recibir el

pago. El contrato es un acuerdo de voluntades, para lo cual el Estado hace uso de su personalidad jurídica, obteniendo así la capacidad legal para poder contraer derechos y obligaciones

Para el profesor Rafael Godínez Bolaños, citado por el licenciado Hugo Calderón, el contrato administrativo es: “Una declaración de voluntad del Estado, a través de sus órganos centralizados y entidades autónomas y descentralizadas, con una persona individual o colectiva, privada o pública, nacional o internacional, con el compromiso del primero de pagar honorarios o un precio por la actividad, servicio o bien, que le presta el contratante, bajo las condiciones establecidas en las leyes de orden público y sometidos en caso de conflicto o incumplimiento a la jurisdicción privativa de lo contencioso administrativo.”¹⁵

De la definición anterior se puede deducir que el contrato administrativo puede ser definido como aquellos contratos celebrados por la administración pública, que en razón de que las prestaciones a cargo del contratista, satisfacen un fin público y que su ejecución potencialmente afecta la satisfacción de una necesidad colectiva, la administración pública puede, por una parte, conferir al contratista derechos y obligaciones respecto de terceros y por otra, sujetarlos a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado que coloca al contratista en una situación de subordinación jurídica frente a la administración pública.

¹⁵ Calderón Morales, Hugo Haroldo. **Ob. Cit.** Pág. 403

2.4.2. Clases de contratos administrativos

El licenciado Hugo Calderón propone la siguiente clasificación de los contratos administrativos:

“Contrato de obra pública: Son aquellos contratos que tienen por objeto la construcción, modificación, reconstrucción o mantenimiento de un edificio o de alguna otra obra de utilidad pública, ejemplo de ello es la construcción, reconstrucción y mantenimiento de escuelas, hospitales, carreteras y puentes.

Contrato de suministros: Es aquel contrato administrativo por medio del cual el Estado se hace de bienes que son útiles para su funcionamiento, se puede mencionar como ejemplo, los contratos para la provisión de materiales de oficina, de materiales de limpieza, etc.

Concesión de servicios públicos: Es el contrato administrativo por medio del cual el Estado encomienda a particulares la prestación de servicios públicos.

Contrato de servicios al Estado: Este contrato administrativo es aquel por el que un particular presta algún servicio al Estado, por ejemplo el mantenimiento de maquinaria y equipo, este es un contrato similar al contrato de suministros.

Contrato de consultoría profesional: Por medio de éste, instituciones y empresas especializadas en consultoría, prestan al Estado un servicio técnico y profesional. Por

ejemplo, estudios de factibilidad, estudios jurídicos, etc.

Explotación y exploración de recursos no renovables: Por medio de este contrato se otorga a personas individuales o jurídicas la explotación y la exploración de hidrocarburos, que por mandato constitucional son propiedad del Estado.”¹⁶

2.5. La concesión en la administración pública

Es importante mencionar que dentro de los contratos administrativos existe una forma de tercerizar la prestación de los servicios públicos y que es mediante la concesión administrativa; la cual está regulada en el Artículo 95 de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual en su parte conducente establece “...se entiende por concesión la facultad que el Estado otorga a particulares para que por su cuenta y riesgo, construyan, produzcan, monten, instalen, adicionen, conserven, restauren y administren una obra, bien o servicio público, bajo el control de la entidad pública concedente, con o sin ocupación de bienes públicos, a cambio de una remuneración que el particular cobre a los usuarios de la obra, bien o servicio”

La concesión de servicio público es un modo de gestión indirecta en virtud del cual, la administración concede mediante un contrato administrativo, en principio, a una persona privada y excepcionalmente a otras personas públicas, la explotación de un servicio durante un tiempo determinado, que ésta asume bajo su responsabilidad y

¹⁶ Ibid. Pág. 404



riesgo, estableciéndose como remuneración una cantidad de dinero denominada tarifa,
que le pagan los usuarios

CAPÍTULO III

3. El acto administrativo

La administración pública realiza la función administrativa que le es propia a través de actos administrativos; así como los otros organismos del Estado realizan también actos administrativos, aunque su principal función sea la legislativa y la jurisdiccional.

Los actos administrativos, como declaración unilateral del órgano, son los actos típicos del derecho administrativo, puesto que es el conducto por el cual se manifiesta hacia los particulares la administración. Mientras que en el derecho privado predomina fundamentalmente el acuerdo de voluntades entre las partes; en el derecho público se impone principalmente la voluntad de la administración, declarada en forma unilateral.

La administración pública, en su concepción dinámica, implica el ejercicio de las funciones que, en general le asigna el ordenamiento jurídico, en especial la norma jurídica, para la realización de los fines que se propone el Estado. La función administrativa se va a manifestar a través de los actos administrativos que tienen diferente connotación y contenido, especialmente con los hechos administrativos.

El autor Luis Delgadillo Gutiérrez indica que: “Antes de entrar al estudio de los actos administrativos, es conveniente recordar que de acuerdo con la teoría general del derecho, los diferentes fenómenos que se producen por los hombres y la naturaleza, pueden o no estar regulados por el derecho; cuando lo están, su realización produce

efectos jurídicos, lo cual permite hacer la diferenciación entre hechos naturales o materiales y hechos jurídicos. Estos a su vez pueden ser diferenciados en razón de la manifestación de la voluntad del agente que los genera, expresada o no con el propósito de producir los efectos jurídicos en sentido estricto y de actos jurídicos. Por ello, se dice que el acto jurídico es una manifestación de voluntad en cuyo caso podemos hablar de hechos jurídicos en sentido estricto y de actos jurídicos. Por ello, se dice que el acto jurídico es una manifestación de voluntad para producir efectos jurídicos.”¹⁷

De esa cuenta, se puede identificar que la actuación de la administración pública puede ser jurídica o no jurídica, y que la misma puede exteriorizarse a través de hechos y actos no jurídicos y hechos y actos jurídicos; en donde los actos no jurídicos son declaraciones de voluntad que no producen efectos jurídicos a un sujeto de derecho, como por ejemplo una invitación, las comunicaciones generales, las simples recomendaciones, o alguna información oficial.

Los hechos no jurídicos consisten en operaciones técnicas o materiales que no producen consecuencias de derecho; como la limpieza de las oficinas o la impartición de clases en una escuela pública.

Los actos jurídicos, son las declaraciones de voluntad, de juicio o de opinión, que producen efectos jurídicos directos; estos crean modifican y extinguen derechos u

¹⁷ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto. **Compendio de derecho administrativo**. Pág. 257

obligaciones, el acto administrativo, el contrato administrativo y los reglamentos administrativos.

Los hechos jurídicos constituyen conductas administrativas de carácter material o técnico, que pueden o no producir efectos jurídicos, como el desplome de un edificio que puede causar daños o no el accidente de un vehículo de la administración, etcétera.

La diferencia entre actos y hechos jurídicos, estriba en que los primeros la estricta declaración de voluntad, va dirigida a un particular; en cambio el hecho no depende de la voluntad del órgano o si depende únicamente es una actuación física, material o técnica.

Pero en general, los hechos son aquellos fenómenos, acontecimientos o situaciones que se producen independientemente de la voluntad de la administración, pero que en determinado momento pueden llegar a producir efectos jurídicos.

El profesor Carlos Delpiazzo refiere que: "Aproximarse a una noción del acto administrativo, es una manifestación fundamental de la actividad administrativa que supone señalar, en primer término, que se trata de un acto jurídico, a diferencia de un mero hecho (acontecimiento de la naturaleza o comportamiento material), ya que el acto administrativo implica una exteriorización intelectual proveniente de su autor, realizada mediante la palabra escrita, oral, u otro signo convencional o ideográfico dirigido a la mente del o de los destinatarios del acto.

Dado el segundo paso, dentro del universo de los actos jurídicos, el acto administrativo (en sentido amplio) ha sido definido por la doctrina uruguaya, a partir de Sayagués Laso, como una declaración de voluntad de la administración destinada a producir efectos jurídicos.”¹⁸

Por definición la administración pública es una acción. La administración como actividad se encamina al logro de algo y ésta se caracteriza por el cumplimiento de fines, que es el bienestar general, el que se genera a través de una actividad administrativa y en el sentido más amplio por medio del acto administrativo.

En el presente capítulo se tratará de definir al acto administrativo y a partir de las ideas anteriores, es posible esbozar una definición que reúna sus principales elementos. Determinar sus elementos y características, sus efectos y su extinción, son sin lugar a dudas lo esencial para tener clara su concepción, resulta difícil concretar la definición del acto administrativo, por cuanto de esta materia se han generado constantes discusiones.

El autor Jaime Rodríguez Arana-Muñoz, dice que el acto administrativo es: “Toda decisión unilateral sometida al derecho administrativo que ejecutivamente crea, modifica o extingue una relación jurídica subjetiva, ejercitando una potestad administrativa a través del procedimiento legalmente establecido.”¹⁹

¹⁸ Delpiazzo E. Carlos, **Los recursos administrativos y el acto institucional**. Pág. 151

¹⁹ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime. **Derecho administrativo español**. Pág. 163

El acto administrativo constituye, como lo manifiesta el autor José Canasi: "La base esencial y fundamental de la actividad jurídica del Estado, en sentido lato, y regula la función administrativa, ya sea en forma de actos jurídicos o de actos materiales, dando origen, por su complejidad, a la llamada teoría del acto administrativo, regulada por el derecho administrativo y que constituye la rama del derecho público."²⁰

Doctrinariamente se ha definido en diversas formas el acto administrativo y se ha llegado en ocasiones a confundir el acto jurídico con el acto administrativo. A mi forma de verlo podría decir que el acto jurídico es el género y el acto administrativo es la especie.

3.1. Características del acto administrativo

Para poder precisar con alguna exactitud el acto administrativo es necesario analizar las principales características del concepto, las cuales se podría decir que son las siguientes:

Presunción de legitimidad, legalidad y de juridicidad;

Ejecutoriedad - posibilidad de ejecución;

Revocabilidad;

Irretroactividad;

Unilateralidad;

La decisión administrativa;

²⁰ Canasi, José. **Derecho administrativo**, Pág. 99

Sometimiento al derecho administrativo.

Algunos otros autores agregan a las características del acto administrativo la impugnabilidad, tratado por otros autores como la revocabilidad; que en el fondo es lo mismo con la única diferencia que la revocabilidad puede hacerse hasta de oficio, siempre que el acto no esté notificado a los particulares. A continuación se analizan las características antes enunciadas:

3.1.1. La presunción de legitimidad, legalidad y juridicidad

El acto administrativo goza de la suposición que ha sido dictado con arreglo al ordenamiento jurídico. Desde el punto de vista del principio de juridicidad, se trata de una presunción relativa que encuentra su fundamento en que bajo la aplicación de este principio, cuando se resuelve en base a derecho, son aplicables los principios.

De la presunción de juridicidad el autor Carlos Delpiazzo refiere que se derivan principalmente las siguientes consecuencias:

“No es necesario que algún órgano jurisdiccional declare la legitimidad de los actos administrativos.

En razón de ella, los actos administrativos no pueden ser anulados de oficio jurisdiccionalmente.

Ante un acto administrativo que no esté afectado por vicio grave y manifiesto, es necesario alegar y probar su ilegitimidad.

Los particulares deben obedecer los actos administrativos, sin perjuicio de las impugnaciones que puedan corresponder;

Entre dos interpretaciones posibles, se debe elegir la que favorezca la validez del acto administrativo.”²¹

Para el profesor Rafael Godínez Bolaños: “La legitimidad del acto administrativo se da cuando se ha cumplido con todas las etapas del procedimiento administrativo y los requisitos de fondo y de forma que señale la ley, se produce el acto administrativo que se presume legítimo y empieza a producir efectos jurídicos luego de su notificación, salvo que sea impugnado por el afectado por medio de los recursos administrativos o en la vía judicial por medio del proceso contencioso administrativo, el amparo y la inconstitucionalidad.

La presunción de legitimidad, consiste en la suposición de que el acto fue emitido conforme al principio de juridicidad es decir, que su emisión responde a todas las prescripciones legales y a la de los principios del derecho administrativo. Esa presunción de legitimidad sólo puede hacer referencia al acto administrativo perfecto, o sea que tenga validez y eficacia. Si es un acto válido pero ineficaz sólo será ejecutorio.

²¹ Delpiazzo, Carlos E. **Ob. Cit.** Pág. 153

Esta presunción de legitimidad es iuris tantum y por lo que puede probarse que el acto administrativo no tiene la legitimidad que en él se presume.

Así, la presunción iuris tantum de validez es coadyuvante implícita en la ontología de la doctrina de la discrecionalidad y en la teoría de la irrecurribilidad del acto confirmatorio y definitivo. Quien pretenda la ilegitimidad o nulidad de un acto administrativo debe alegar y probar que el acto no cumplió con los principios, y la acción sólo puede darse a los interesados o administrados a quienes la ley permita ejercer tal poder; es claro que la ilegitimidad no puede declararse de oficio ni la legitimidad presumida debe ser declarada por el tribunal contencioso administrativo.

Consecuentemente la presunción de juridicidad, denominada también presunción de validez, consiste en una suposición legal que el acto administrativo fue emitido conforme a derecho.

Esta presunción implica que el acto fue realizado de acuerdo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico administrativo, y es válido en cuanto a los efectos que produce; tiene como fundamento el hecho de que las garantías subjetivas y objetivas de los administrados, que preceden a la formulación del acto administrativo, han sido respetadas en cuanto a que previamente los órganos administrativos han instruido un procedimiento en el cual se contienen los hechos, circunstancias y demás elementos materiales y jurídicos que debe reunir todo acto de la administración.

Con base en estos principios es que la administración pública logra la ejecución de sus actos administrativos, por ella misma; por tal motivo, la existencia de los principios de legalidad y de juridicidad son de suma importancia para el cumplimiento de las finalidades estatales, ya que de no existir, toda actividad administrativa quedaría supeditada a la verificación del cumplimiento de los requisitos que para su formación establece la ley, lo que provocaría el retardo administrativo en su debido ejercicio y se pierde la finalidad.”²²

La validez de un acto administrativo deriva de una presunción legal o humana, que la ley establece a favor de los actos administrativos de órgano y que subsiste mientras no se demuestre su invalidez. Consecuentemente, la presunción de legitimidad, legalidad o juridicidad no es absoluta, sino relativa (juris tantum), lo que significa que admite prueba en contrario.

3.1.2. La ejecutoriedad

La ejecutividad del acto administrativo, consiste en que produce todos sus efectos jurídicos e inmediatos y, por lo tanto, debe ser cumplido aun en contra de la voluntad de los administrados a que va dirigido; es decir, es la cualidad de producir sus efectos sin necesidad de una declaración posterior.

²² Godínez Bolaños, Rafael. **Los actos administrativos**. Pág. 8

Mientras tanto, la ejecutoriedad del acto administrativo consiste en la posibilidad que el órgano administrativo, por sí mismo, haga efectivos los efectos jurídicos sin necesidad de recurrir a una autoridad jurisdiccional.

Sobre estos dos conceptos se encuentra falta de unanimidad en el término usado por los tratadistas. Algunos autores hablan de ejecutoriedad y otros de ejecutividad. Pero todo se reduce a determinar la fuerza ejecutiva, la cualidad de ejecución con que nacen los actos administrativos, diferenciándose dentro de esa fuerza o cualidad, la posibilidad inmediata de ejecución (ejecutividad) y el hecho de que es la propia administración quien pueda llevar a cabo el contenido del acto ejecutoriedad. De tal manera que este carácter podría denominarse de posibilidad de ejecución que sería el hecho de poder o deber llevar a la práctica la fuerza ejecutiva con que se supone nace el acto administrativo. A su vez, esa posibilidad de ejecución se desdoblaría en dos aspectos: la ejecutividad y la ejecutoriedad, de acuerdo con las definiciones que se han dado antes.

La ejecutividad sería la fuerza inmediata de ejecución, el hecho de que pudiera o debiera exigirse y cumplirse la ejecución; mientras que la ejecutoriedad, sería la posibilidad que tuviera la administración de hacerlo cumplir por sí misma. Aunque este carácter sea denominado ejecutividad o ejecutoriedad, casi todos los autores están de acuerdo en que ambos términos tienen significados distintos.

Para otros autores la ejecutoriedad es la fuerza ejecutiva del acto, la cual consiste en una particular vista jurídica propia del acto administrativo. Es uno de los privilegios de la

administración pública y también un requisito para promover recurso contra el acto, pues solamente la decisión ejecutoria puede atacarse con el proceso contencioso administrativo, la ejecutoriedad puede ser propia o impropia. Propia cuando no sólo la decisión sino también la ejecución directa es de competencia de la autoridad administrativa, salvo casos especiales. Es impropia cuando la ejecución del acto administrativo es ordenada o previamente aprobada la decisión por autoridad de otro poder (en general la autoridad jurisdiccional).

En Guatemala, por ejemplo, la autoridad administrativa mediante resolución administrativa puede imponer multas, pero la ejecución de la medida es judicial, a través del órgano jurisdiccional. El órgano administrativo no puede decretar medidas para el cumplimiento, como embargo, arraigo, entre otras.

Derivado de lo expuesto es necesario analizar a la ejecutividad y ejecutoriedad como términos de distinto significado; y hablar sólo de ejecutoriedad diciendo que es la fuerza ejecutiva del acto. Pero como se ha explicado, esos vocablos tienen significado propio, por lo que es preferible seguir conservando ambos, catalogándolos como aspectos de la fuerza de ejecución o posibilidad de ejecución del acto administrativo. En conclusión, se puede decir que no es conveniente dar al término ejecutoriedad más alcance del que realmente tiene.

La doctrina ha considerado que los órganos administrativos pueden valerse de algunos medios de ejecución del acto administrativo como: a) La coacción directa, b) la coacción indirecta y c) la ejecución subsidiaria.

Para el profesor Rafael Godínez Bolaños, la ejecutoriedad implica: “Cuando el acto administrativo llena los requisitos de fondo y de forma que exige la ley, debe cumplirse luego de notificado. La ejecución puede ser:

Ejecución directa: Cuando los propios órganos centralizados o las entidades autónomas o descentralizadas del Estado, se encargan de ejecutarlo, pues el particular voluntariamente lo acepta en su totalidad y empieza a cumplirlo. (Por ejemplo, se notifica al particular una notificación por ajuste de impuestos y la multa la paga en la caja fiscal); y

Ejecución indirecta: Que se produce cuando debe pedirse la intervención de un órgano jurisdiccional especial o privativo (económico-coactivo) o común (penal), para que coactivamente proceda a la ejecución del acto. (Por ejemplo, si el particular al que se le impone una multa no la paga, el Estado lo demanda en la vía económico-coactivo. En otros casos, la falta de pago de una multa administrativa provoca la intervención a través de un juicio penal).

La ejecución subsidiaria: Que se trata de una ejecución efectuada directamente por el propio órgano de la administración o encomendada por aquél a un tercero, con cargo al obligado a cumplir el acto. Esta tiene lugar tratándose de obligaciones que no son personalísimas y que impliquen una actividad material y fungible y, por lo tanto, puede realizarla una persona distinta del obligado, pero siempre a nombre y por cuenta de éste, como por ejemplo la obligación de demolición de una construcción que represente peligrosidad para los vecinos de un municipio, construcción de bardas de seguridad,



aceras, si el administrado no las cumple.”²³

Por último, hay que señalar que si bien todos los actos de la administración tienen el carácter de ejecutividad, existen algunos que no son ejecutorios, puesto que para que se de esta característica es necesario que sea factible física y jurídicamente su ejecución. No pueden ser ejecutoriados los actos en los que se haya que cumplir una condición especial, que se haya suspendido su ejecución por orden judicial, que estén sujetos a un plazo o alguna otra condicionante.

3.1.3. La irretroactividad

Toda norma de cualquier naturaleza impone este principio, según el cual la ley no tiene efecto retroactivo salvo en materia penal en lo que favorezca al reo; preceptuado en el Artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

El acto administrativo es irretroactivo, por regla general, pero puede y aun debiera en ciertas circunstancias, gozar de retroactividad en varias situaciones, especialmente cuando satisfaga las grandes necesidades públicas o los fines del Estado a costa del interés particular. El acto administrativo emitido en esas circunstancias, nunca podría ser atacado de ilegítimo.

²³ **Ibid.** Pág. 10

Se cree que aun por interés público no se puede aplicar la retroactividad de los actos administrativos, pues como ya se expreso al principio, solamente en el caso de la ley penal se puede dar y únicamente en lo que favorezca al reo. La irretroactividad implica que el acto administrativo, en primer lugar, puede ser dictado posterior al otorgamiento legal de una competencia administrativa del órgano; en segundo lugar, debe surtir efectos a partir de la notificación o publicación, a la persona a quien se dirige y nunca antes. De lo contrario, en cualquiera de los casos se produce la violación constitucional.

3.1.4. La unilateralidad

El acto administrativo es unilateral, pues siendo éste una declaración unilateral y concreta, se establece que, para que la administración tome una decisión no se requiere la voluntad del particular.

Algunos autores no aceptan la unilateralidad del acto, puesto que dentro de la misma pueden existir actos que se emiten por varios órganos, y manifiestan que en este caso deja de existir la unilateralidad. Desde este punto de vista, en el presente caso no existen varias voluntades, sino la confluencia de varias competencias para tomar una decisión administrativa.

Otros autores analizan los actos desde el punto de vista del acto administrativo de contratación. Aunque el contrato es administrativo, no se puede tomar como un acto, pues en este caso, sí es bilateral y lo más importante es que se pone de manifiesto la voluntad de las partes para poder suscribirlo.

La nota de unilateralidad implica que los actos administrativos son válidos por la mera voluntad de la administración pública. Con esto es posible excluir del mismo la actuación bilateral, la que supone la integración de la voluntad de más de un sujeto. Las decisiones administrativas corresponden con exclusividad al Estado a través de sus órganos administrativos.

Sin duda, el Estado puede también entablar relaciones bilaterales y el ejemplo más claro es el contrato administrativo, en la que la administración y una persona individual o jurídica se ponen de acuerdo sobre un negocio jurídico, en la que se adquieren derechos y obligaciones de ambos lados y esto es lo que lo hace bilateral, el tercero no puede ser obligado a suscribir un contrato ni el Estado puede obligar a suscribirlo. Las partes (Estado y terceros) tienen que someterse al libre consenso de voluntades para perfeccionar el contrato. Esto es lo que distingue al acto administrativo, puesto que éste si es unilateral, depende únicamente de la voluntad del Estado y es de derecho público mientras que la contratación es de derecho privado.

3.1.5. La revocabilidad

La revocabilidad del acto administrativo, significa la posibilidad que un determinado acto pueda ser dejado sin efecto por la administración pública o por impugnación, razón por la que se puede analizar desde dos puntos de vista, de manera oficiosa o a petición del interesado a través de los recursos administrativos:

Revocación de oficio: Que se manifiesta cuando el superior jerárquico del órgano administrativo, revoca la decisión tomada por el subordinado o el propio órgano que toma la decisión la revoca. En este caso se encuentran plasmadas dentro de la ley las razones por las cuales se puede revocar de oficio una resolución ya consentida por los interesados (el caso contemplado en la Ley de lo Contencioso Administrativo, cuando hay error de cálculo o de hecho). El otro caso es cuando el superior, a través de los poderes que otorga la jerarquía revoca un acto emitido por el subordinado, pero en este caso hay que tomar en cuenta que la resolución o acto administrativo, no ha sido notificado y no ha producido efectos jurídicos, para el particular, el acto no está perfecto.

La revocación a petición de parte: Este caso se da cuando la resolución administrativa ha sido notificada legalmente al particular y éste hace uso de los medios que la ley le otorga para oponerse a las resoluciones o actos administrativos, por afectarle sus derechos e intereses. En este caso se trata de los recursos administrativos o en la vía judicial.

Para algunos autores ésta es otra de las características del acto administrativo, a la que le denominan la impugnabilidad de los actos administrativos, pero se da como la revocabilidad a petición de parte.

3.1.6. Sometimiento al derecho administrativo

“Con esta característica se tienen que excluir de manera definitiva del concepto de acto administrativo, todas aquellas actuaciones de los órganos administrativos sujetas al derecho laboral, civil o mercantil. Pero lo que es más importante, permite incluir en el concepto las actuaciones de personas o entes que, aun no formando parte del complejo orgánico que es la administración pública (personas privadas a las que se les encomienda la gestión de un servicio público) y los actos administrativos de ciertos órganos del Estado no están integrados en la administración.”²⁴

En virtud de esta característica de los actos administrativos, se determina la necesidad de distinguir, por una parte de entre todos los actos de la administración, aquellos que por no ser actos administrativos no están sujetos al control contencioso administrativo sino a otras jurisdicciones (civil, laboral). Con esto se quiere subrayar que los actos de la administración en que está sujeta otra jurisdicción que no sea administrativa propiamente, no son actos administrativos aunque estos sean actos de la administración.

3.2. Elementos del acto administrativo

Los elementos más importantes del acto administrativo, se pueden clasificar de la siguiente forma:

²⁴ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime. *Ob. Cit.* Pág. 16

3.2.1. Elementos de fondo

Dentro de los elementos de fondo de los actos administrativos, se pueden señalar los siguientes:

Un órgano competente: La competencia administrativa, es la facultad legal que tienen los órganos administrativos para poder actuar; un órgano sin competencia hace incurrir a los funcionarios públicos en responsabilidad de todo tipo al resolver en ausencia de ella. Por tal razón, uno de los elementos más importantes es que el órgano ejerza legalmente la competencia conferida por el ordenamiento jurídico administrativo.

La voluntad administrativa legalmente manifestada: La voluntad del órgano legalmente manifestada, consiste en el contenido natural o necesario de una resolución administrativa que debe hacerse saber al administrado, a través de una notificación, por los medios que normalmente utiliza el propio órgano administrativo (citación por telegrama para notificarle o mediante notificador).

En sentido estricto, el contenido de un acto administrativo se identifica con su objeto. La declaración unilateral del órgano administrativo que crea, modifica o extingue una relación jurídica subjetiva; como puede ser una autorización o licencia, una multa, el nombramiento de un funcionario.

La doctrina distingue tres partes del contenido de un acto administrativo: El contenido natural o necesario (los motivos del acto), el contenido implícito (su objeto) y el

contenido eventual (la finalidad del acto).

Los motivos del acto: Las resoluciones de la administración deben ser motivadas, esto lo establece la Ley de lo Contencioso Administrativo; la motivación implica argumentar legal y administrativamente cual es el fundamento del acto administrativo que se está declarando en la resolución notificada.

Su objeto: El objeto del acto va dirigido a manifestar la voluntad del Estado y significa lo que el órgano administrativo le está declarando al particular; le otorga una licencia de construcción, la deniega o le impone una multa por construcción inadecuada.

La finalidad: Al configurar una potestad, la norma le asigna un fin específico, que debe ser catalogado como un fin público; el acto administrativo en cuanto es ejercicio de una potestad, debe servir necesariamente al fin previsto en la norma y cuando se habla de fin público debe tomarse en cuenta el bienestar general. Si el acto administrativo se desvía del fin, el funcionario incurre en un vicio de desviación de poder, que puede determinar la anulabilidad del acto administrativo. El contralor de la juridicidad (tribunal de lo contencioso administrativo) así lo puede declarar.

3.2.2. Elementos de forma

Los elementos de forma de los actos administrativos se clasifican de la siguiente manera:

La forma: La forma escrita es la manera normal de manifestación de los actos de la administración; realmente el hecho que sea por escrito da garantía de seriedad de la administración y la seguridad jurídica para todos.

La excepción será entonces la forma verbal, pues existen actos verbales que son decisiones que surgen de la administración de manera unilateral con características de inmediatez; se trata de órdenes muy simples que son emitidas para que cumplan una serie indeterminada de personas, por ejemplo el ordenamiento del tráfico que hacen en las ciudades los agentes de las policías de tránsito.

Fuera de estas particularidades, los actos administrativos no tienen que ajustarse a una forma determinada; únicamente tienen que contener los requisitos que la ley exige para poder emitirlos y en la forma que la misma les atribuye.

El procedimiento: Ya se estableció que la competencia es una facultad otorgada por la ley, también que el procedimiento es una facultad reglamentaria. El reglamento marca el procedimiento que se debe emplear en el ejercicio de la función administrativa. El procedimiento son los pasos que se tienen que seguir en el expediente administrativo.

Como tema conexo del derecho procesal administrativo, es de suma importancia abordar una definición de procedimiento administrativo, puesto que de estos deviene, como finalidad principal el acto o resolución administrativa; que al final es lo que va a producir los efectos jurídicos hacia los particulares y en la medida que la administración tiene fijadas una serie de tareas a cumplir y fines a perseguir, los órganos

administrativos deben seguir un determinado cause o lineamiento para hacerlo, es lo que se denomina procedimiento administrativo.

En adelante se llegará a una definición de este concepto, se inicia el tema estableciendo lo que significa, lo que a mi criterio es el procedimiento administrativo; aunque es prematuro dar una definición, hay que analizar algunos elementos, principios y características, para llegar a comprenderlo.

De acuerdo con las doctrinas modernas hay dos elementos que devienen fundamentales: La fijación de un supuesto de hecho, la participación de un sujeto interesado o interesados y los órganos administrativos. Supone también un orden determinado en intervenciones diversas en el que todos los hechos, trámites, audiencias, dictámenes deben ser cumplidos hasta la decisión final, con la que concluye el procedimiento.

El procedimiento administrativo tiene que estar desarrollado por una serie de formalidades esenciales, que van desde lo legal hasta lo reglamentario; que dan seguridad jurídica y una garantía para los particulares, con las que se evita la arbitrariedad del órgano administrativo y con la finalidad de obtener un resultado determinado, asegurando el interés general. El procedimiento es una sólida garantía de los diversos intereses, tanto de la administración como de los particulares. La administración debe garantizar el interés general, que desde luego prevalece sobre el interés particular, por eso queda obligada a cumplir las etapas señaladas en el ordenamiento jurídico.

En lo que se refiere a los procesos técnicos se deben distinguir, dice el maestro Serra Rojas: “Cuando el procedimiento es ordenado por una ley administrativa y cuando dicho procedimiento queda a la libre determinación de la propia administración”²⁵.

Cabe señalar que, aun y cuando el procedimiento quede a criterio de la administración, la ley establece cuales son los lineamientos que se deben seguir dentro del procedimiento. Para ello el Artículo 1 de la Ley de lo Contencioso Administrativo establece en su segundo párrafo: “...El órgano administrativo que reciba la petición, al darle trámite deberá señalar las diligencias que se realizarán para la formación del expediente. Al realizarse la última de ellas, las actuaciones estarán en estado de resolver para el efecto de lo ordenado en el párrafo precedente. Los órganos administrativos deberán elaborar y mantener un listado de requisitos que los particulares deberán cumplir en las solicitudes que les formulen...” Con esta norma se le garantiza al administrado que se realizarán únicamente las formalidades o trámites que están establecidos en las leyes y reglamentos; o en caso que el procedimiento quede a la libre determinación de la propia administración y los que se señalen en la resolución de trámite.

Como primera cuestión al definir al procedimiento administrativo, hay que precisar que la elaboración del acto administrativo, debe estar sujeto a una forma establecida por las normas legales y reglamentarias y que se le designa como la última expresión del procedimiento administrativo. Esto significa que el acto administrativo no puede ser

²⁵ Serra Rojas, Andrés. **Derecho administrativo**. Pág. 277

producido de cualquier manera a voluntad del titular del órgano administrativo, que ejerce la competencia del mismo; por el contrario, tiene que seguir el procedimiento determinado, cuidando cumplir con los principios, especialmente el de defensa, audiencia previa y el derecho del particular de ser oído.

El procedimiento administrativo a mi criterio se puede definir como el conjunto de etapas ordenadas contenidas en una ley específica y especializada en materia administrativa, que tiene como finalidad resolver una solicitud planteada por un administrado o bien por la misma administración cuando un acto o contrato administrativo sea contrario a los intereses generales de la nación

3.3. Vicios del acto administrativo

Como se indicó, para que el acto administrativo sea válido es necesario que concurren una serie de elementos que hacen al acto administrativo perfecto; la falta total o parcial de cualesquiera de los elementos de forma o de fondo, da lugar a calificarlos como actos viciados, lo que puede motivar el control directo o recursos administrativos en contra de estos actos.

El sometimiento de la actuación administrativa a los principios de legalidad y de juridicidad, quiere decir que los actos administrativos quedan necesariamente inmersos en la ley; y el derecho es una afirmación esencial en un estado de derecho, en especial si se toma en cuenta el privilegio de la decisión ejecutoria de los actos administrativos y la presunción de validez de la actuación administrativa.

Los vicios de los actos administrativos se pueden clasificar de la siguiente forma:

3.3.1. Actos jurídicamente inexistentes

Los actos jurídicamente inexistentes, como su nombre lo indica no tienen una existencia jurídica, pues los mismos carecen de los requisitos esenciales de fondo y de forma y son manifiestamente ilegales; carecen de legalidad o juridicidad y el administrado o particular afectado, puede inmediatamente impugnarlos, por los mecanismos establecidos en la ley.

3.3.2. Actos anulables

Son anulables todos aquellos actos que tienen una apariencia de ser legales, pero carecen de algunos de los elementos de forma o de fondo. Esta clase de actos producen efectos jurídicos, siempre y cuando el particular o afectado los impugne. Se puede impugnar en la vía administrativa y si el acto es confirmado en resolución del recurso, el particular puede acudir a la vía judicial a través del proceso contencioso administrativo. Los actos anulables se dividen a su vez en la siguiente forma:

Actos viciados de nulidad absoluta: La nulidad absoluta significa que el acto administrativo no cumplió con elementos de fondo que no pueden ser subsanados; por ejemplo, cuando un funcionario público emite una resolución ejerciendo una competencia que no le corresponde.



Actos viciados de nulidad relativa: Cuando el acto administrativo adolece de elementos de forma y que puede quedar perfecto si se subsana el error.²⁶

3.4. Actos administrativos lesivos

Sólo los actos administrativos declarativos de derecho pueden ser objeto de la declaración de lesividad. De este modo quedan fuera del régimen jurídico de la declaración de lesividad los actos de administración que como ya se explicó, son actos que no son de materia propiamente administrativa, y que se limitan a ser simples actos de organización o cumplimiento que carecen de eficacia exterior generadora de derecho administrativo.

Sobre este punto existe un grave problema, que consiste en determinar qué actos administrativos pueden ser anulados por la administración pública, y cuáles de ellos necesitan que se lleve a cabo el proceso de lesividad para ser eliminados. Sin embargo, en Guatemala como manifiesta el autor Jorge Mario Castillo: “A consecuencia de que no existe reglamentación precisa y completa, en Guatemala la lesividad se considera como una acción y se conoce por costumbre.”²⁷

De lo expuesto es evidente la necesidad de que la declaración de lesividad del acto administrativo, se traduzca en un adecuado procedimiento para facultar a la administración pública para declarar lesivos los actos y contratos contrarios a los

²⁶ Godínez Bolaños, Rafael. **Ob. Cit.** Pág. 12

²⁷ Castillo González, Jorge Mario. **Ob. Cit.** Pág. 56.



intereses públicos, siempre que estos atenten contra una norma legal o constitucional y más importante cuando atenten contra el bienestar general de la población.

CAPÍTULO IV

4. La lesividad

4.1. Concepto de lesividad

Según el autor Guillermo Cabanellas, lesividad: “Es la cualidad que hace anulable, por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, un acto de la administración que lesiona los intereses públicos, de orden económico o de otra naturaleza.”²⁸

4.2. Acepciones de la palabra lesividad

Los sentidos o significados de la palabra lesividad pueden ser: daño, detrimento, lesión, destrucción, pérdida, perjuicio y quebranto.

4.3. Declaración de lesividad

Antes de entrar en vigencia la actual Ley de lo Contencioso Administrativo, en la administración pública de Guatemala se le conocía como acción de lesividad, pues así le denominaba uno de los tres artículos que escasa o vagamente la regulaba.

²⁸ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Tomo V. Pág. 130

La declaración de lesividad consiste en un procedimiento, en parte administrativo y en parte contencioso administrativo; el cual la administración pública debe seguir para obtener la revocación de una resolución administrativa que causa daños y perjuicios al Estado, sus entidades o dependencias.

La declaración de lesividad, debe tenerse como el derecho de petición que ejercita la propia administración pública por sus actos o resoluciones; con el objeto de revocar una resolución administrativa que lesiona los intereses del Estado y no puede revocarse de oficio por haberse agotado la vía gubernativa, o simplemente porque es una resolución firme.

Considerando el principio de respeto a las resoluciones definitivas notificadas favorablemente al particular, el camino para lograr la declaración de lesividad se hace largo de recorrer y relativamente difícil, debido a que el trámite debe ser serio a efecto de desalentar a la administración pública.

4.4. Regulación legal

No obstante la importancia que reviste la lesividad, en Guatemala se encuentra normada de manera escasa y el procedimiento para declarar la lesividad no está regulado por la ley, ni reglamentado. La Ley de lo Contencioso Administrativo vigente, en su normativa relativa a lesividad establece en lo conducente lo siguiente:

- Si el proceso (contencioso administrativo) es planteado por la administración por sus actos o resoluciones, no será necesario que concurren los requisitos indicados, siempre que el acto o resolución haya sido declarado lesivo para los intereses del Estado, en Acuerdo Gubernativo emitido por el Presidente de la República en Consejo de Ministros. Esta declaración sólo podrá hacerse dentro de los tres años siguientes a la fecha de la resolución o acto que la origina (Artículo 20).
- El plazo para el planteamiento del proceso contencioso administrativo es de tres meses contados a partir de la fecha de publicación del Acuerdo Gubernativo que declaró lesivo el acto o resolución, en su caso (Artículo. 23).
- La sentencia (contenciosa administrativa) examinará en su totalidad la juridicidad del acto o resolución cuestionada, pudiéndola revocar, confirmar o modificar (Artículo. 45).

Haciendo un análisis de dicha normativa se puede establecer que el Estado de Guatemala, cuenta con tres años para declarar la lesividad por medio de un Acuerdo Gubernativo del Presidente de la República en Consejo de Ministros, cuando se trata de órganos centralizados.

Corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros, declarar o no la lesividad de los actos o contratos administrativos, para los efectos de la interposición del proceso de lo contencioso administrativo. El Consejo de Ministros es un órgano administrativo que se integra por el Presidente de la República en forma conjunta con el



Vicepresidente y la totalidad de los Ministros de Estado, de conformidad con el Artículo 195 de la Constitución Política de la República de Guatemala, para que este órgano se encuentre conformado es necesaria la presencia de la totalidad de los funcionarios, con uno de los funcionarios que no se encuentren en sesión no puede quedar constituido el Consejo de Ministros; por esta razón se puede establecer que la declaración de lesividad en tal sentido, se constituye como una decisión de carácter político.

Este consejo de ministros se integra con la finalidad de conocer, analizar y tomar resoluciones sobre todos los asuntos que puedan ser considerados de importancia nacional. La calificación de los asuntos o negocios recae en el Presidente de la República en los casos en que la ley no obliga expresamente a que ciertas decisiones se adopten en Consejo de Ministros, o sea que no puede adoptarse individualmente ni por separado sino formalmente en sesión de ministros; para lo cual previamente el Presidente de la República debe convocar y presidir dichas sesiones.

La Ley del Organismo Ejecutivo en el Artículo 17 establece: "Funciones del Consejo de Ministros. Además de las que le asigna la Constitución Política y la ley, el Consejo de Ministros tiene las funciones siguientes... b) Concurrir con el Presidente de la República a declarar o no la lesividad de los actos o contratos administrativos, para los efectos de la interposición del recurso de lo contencioso administrativo".

La declaratoria de lesividad debe ser publicada en el Diario Oficial y a partir de la misma, se cuenta con el plazo de tres meses para plantear el proceso contencioso administrativo, por medio de la Procuraduría General de la Nación a quien le

corresponde promoverlo.

Finalmente, con fundamento en la resolución del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la administración procede a revocar la resolución declarada judicialmente lesiva para los intereses del Estado. Cuando la administración pública autora de un acto administrativo quiera anularlo, es preciso que demande dicha anulación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pero previamente a interponer la demanda, debe declararlo lesivo a los intereses públicos; para que proceda esta declaración de lesividad debe tratarse de actos que no sean nulos de pleno derecho, pues en este caso, la administración puede declarar dicha nulidad en cualquier momento; también pueden ser anulados de oficio por la propia administración sin que sea necesaria la previa declaración de lesividad, cuando se trate de actos que infrinjan manifiestamente la ley.

4.5. Actividad administrativa susceptible de ser declarada lesiva

Explica el autor Hugo H. Calderón Morales: "La administración pública puede también plantear el contencioso administrativo en aquellos casos en que una resolución administrativa lesione los intereses del Estado."²⁹ Pero es de tomar en cuenta que el Estado puede plantear procesos contencioso-administrativos no sólo aquellos casos en que una entidad estatal dicte resolución en contra de la misma administración pública, verbigracia un ministerio en contra de una municipalidad o a la inversa una

²⁹ Calderón Morales, Hugo Haroldo. **Ob. Cit.** Pág. 164

municipalidad en contra de algún ministerio; sino también para la declaratoria de lesividad.

La regulación legal de la potestad administrativa de revocatoria de oficio determina que, en principio, no toda la actividad de la administración pueda ser declarada lesiva. Este concepto se puede analizar como los requisitos establecidos en el proceso contencioso administrativo de orden común (cuando se resuelven los recursos ordinarios de revocatoria y reposición) y en único caso cuando el proceso contencioso administrativo es iniciado por un acto o resolución que haya sido declarado lesivo para los intereses del Estado por medio de Acuerdo Gubernativo emanado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros; y esta acción la debe iniciar la Procuraduría General de la Nación, por ser el representante el Estado. En caso que un Concejo Municipal quiera declarar la lesividad para los intereses del municipio, la acción puede ser iniciada por la propia municipalidad.

En concreto, de los preceptos aplicables se desprende que la administración puede declarar lesivos los actos declarativos de derecho que atenten contra los intereses públicos y que no puedan revocarse por sí mismos.

4.6. Actos administrativos lesivos a los intereses públicos

En el caso de los actos administrativos lesivos a los intereses públicos, los órganos administrativos deben hacer la declaración; pero dentro de la legislación guatemalteca no existe el procedimiento adecuado para que dichos órganos realicen un debido

control sobre los actos y contratos que sean lesivos a los intereses públicos; ya que en cualquier caso, la última palabra la tienen los tribunales especialmente las Salas de lo Contencioso Administrativo que conocen en materia no tributaria; quienes en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, habrán de apreciar o no la pretendida lesión a los intereses públicos. Ello no obstante y habida cuenta de que los órganos judiciales no pueden atender a criterios de oportunidad administrativa sino que sus decisiones han de estar sujetas a la más estricta legalidad; resulta concluyente la necesidad de que la declaración de lesividad del acto se traduzca en una infracción legal.

Dicho en otras palabras, si el acto declarado lesivo a los intereses públicos no atentó contra ninguna norma legal o constitucional, los tribunales no podrán anularlo; con eventuales lesiones a dichos intereses pero sin infracción legal no podrá ser estimada la pretensión deducida en el proceso de lesividad.

Manifiestan los autores Marta Franch y Manuel Ballbé que: “El Tribunal de lo Contencioso Administrativo es incompetente respecto de asuntos que no estén específicamente señalados en la Ley o los que no se haya sido asignado el conocimiento de los mismos por parte de la Corte Suprema de Justicia.”³⁰

Derivado de este aspecto, la Corte Suprema de Justicia por mandato constitucional es la encargada de ejercer con exclusividad absoluta la función jurisdiccional y por supuesto de los demás tribunales que la ley establezca; esto se encuentra contemplado

³⁰ Ballbé, Manuel y Marta Franch, **Ob. Cit.** Pág. 277

en el Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el segundo párrafo del Artículo 48 de la Ley de lo Contencioso Administrativo que establece: "...La sentencia es ejecutable en la vía de apremio ante los tribunales competentes del ramo civil o ante la competencia económico coactiva según sea el caso." O sea que, de acuerdo con estas normas citadas, la Corte Suprema de Justicia es la encargada de administrar justicia y delimitar que órganos jurisdiccionales son los que tienen competencia para conocer de asuntos específicos.

4.7. Efectos de la falta de la declaratoria de lesividad

La administración pública, no está obligada legalmente a impugnar ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, aquellos actos que, siendo ilegales y declaratorios de derechos, causen grave perjuicio a los intereses públicos. No hay precepto alguno en el ordenamiento jurídico guatemalteco que regule tal obligación, a excepción de la lesividad debidamente comprobada que obliga a plantear la demanda contencioso administrativa. Tampoco el administrado, puede forzar a la administración a declarar lesivo uno de sus actos.

Pero lo que sí exige, es que si la administración pretende demandar judicialmente dicho acto, debe con carácter previo declararlo lesivo a los intereses públicos. Dicha declaración es, además de previa, necesaria e imprescindible y su omisión, aparte de no legitimar a la administración para ser actora en el procedimiento, determinaría la inadmisibilidad del proceso contencioso-administrativo de lesividad de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 21 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, por haber sido

planteado el proceso por persona no legitimada, siempre que, por tratarse de una diligencia preliminar del proceso, no hubiese sido subsanado dicho trámite dentro del plazo, al efecto establecido por el Artículo 20 de la Ley de lo Contencioso Administrativo vigente.

4.8. La declaración de lesividad de los contratos de concesión de servicios públicos como una forma de control de la administración pública

El Estado, es una persona jurídica, tal como lo establece el Artículo 15 del Código Civil numeral 1º. y por lo tanto puede ejercitar todos los derechos y contraer las obligaciones que sean necesarios para realizar su fin supremo que es la realización del bien común (Artículo. 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala). Es así como el Estado puede contraer obligaciones con otras personas, sean individuales o jurídicas.

En el presente caso se analiza la declaratoria de lesividad por parte del Estado cuando ha contratado con los particulares la prestación de un servicio público, como una forma de control de la administración pública frente a estos particulares beneficiados con prestar dicho servicio y los efectos que esta declaratoria produce.

Es primordial establecer, que los contratos administrativos por el sólo hecho que el Estado comparece como parte, van a tener características especiales, diferentes a los contratos entre particulares, y esto se debe a que el objeto de los contratos administrativos es un fin público y trae como consecuencia una protección especial ya que será de beneficio social, tal como establece el Artículo 44 de la Constitución



Política de la República de Guatemala en su segundo párrafo: “El interés social prevalece sobre el interés particular”.

Es elemental distinguir que cuando el Presidente de la República en Consejo de Ministros declara lesivo para los intereses del Estado un contrato, no está anulando dicho contrato, ya que esta declaratoria constituye únicamente un acto preparatorio para iniciar el proceso contencioso administrativo en el tribunal correspondiente.

Derivado de lo anterior, resulta evidente que los órganos de la administración pública no cuentan con adecuados procedimientos administrativos para declarar la lesividad cuando los contratos sean contrarios a los intereses generales de la nación; y es por esto que la declaración unilateral de lesividad por parte de los órganos de la administración pública representaría una forma de control adecuada, ya que los particulares que prestan los servicios públicos se ven en la obligación de cumplir a cabalidad con lo pactado en los contratos administrativos de concesión, ya que de lo contrario dichos contratos quedarán sin efecto, perdiendo así estos su inversión para prestar los servicios encomendados.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El Estado de Guatemala, en la actualidad carece en su estructura jurídica de una legislación amplia, clara y concisa que permita a los órganos administrativos declarar la lesividad de un contrato administrativo de concesión para la prestación de servicios públicos.

En virtud de esto la legislación guatemalteca en materia de concesión para la prestación de un servicio público, ha permitido a los gobiernos de turno la utilización de normas incongruentes y alejadas de la normativa específica del sistema de concesión de bienes del Estado y servicios públicos en forma inadecuada; con el único objeto de favorecer intereses o cumplimiento de compromisos políticos.

Por lo expuesto y analizado, el Estado de Guatemala debe implementar un procedimiento administrativo de observancia general, para lo cual se debe crear un código de procedimientos para la administración pública guatemalteca, esto con la finalidad de que los órganos que forman la administración pública puedan declarar la lesividad de los contratos administrativos de concesión; ya que estos por su gran importancia merecen una regulación desarrollada y adecuada; además todos los órganos que forman parte de la administración pública así como las instituciones descentralizadas y autónomas estarían obligadas a cumplir con el debido control sobre las personas individuales o jurídicas que se vean beneficiadas con la concesión para la prestación de un servicio público.





BIBLIOGRAFÍA

BALLBÉ, Manuel y Marta Franch. **Manual de derecho administrativo**. Girona, Cataluña, España: Ed. Marqués Talleres Gráficos, 2002.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Tomo V. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L, 2008.

CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. **Derecho procesal administrativo**. Guatemala: Ed. Llerena, 2001.

CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo II**. 4ª. ed. Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2003.

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo, derecho procesal administrativo**. 12ª. ed. Guatemala: Ed. Impresiones Gráficas, 2001.

CANASI, José. **Derecho administrativo**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1974.

Consultor Magno, **Diccionario jurídico**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Cultural Internacional, 2010.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto. **Compendio de derecho administrativo**. México: Ed. Porrúa, 2002.

DELPIAZZO, Carlos E. **Los recursos administrativos y el acto institucional**. México: Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1979.

Espasa. **Diccionario jurídico**. España: Ed. Espasa, 2010.



GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **Los actos administrativos**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1992.

Instituto Nacional de Administración Pública. **Derecho administrativo**. Guatemala: (S.C.), 2003.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 36ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L, 2008.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **La contratación pública**. México: Ed. Porrúa, 2005.

SERRA ROJAS, Andrés. **Derecho administrativo**. México: Ed. Porrúa, 1980.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Ley del Organismo Ejecutivo. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 114- 97, 1997.

Ley de lo Contencioso-Administrativo. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 119-96, 1996.

Ley de Contrataciones del Estado. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 57-92, 1992.