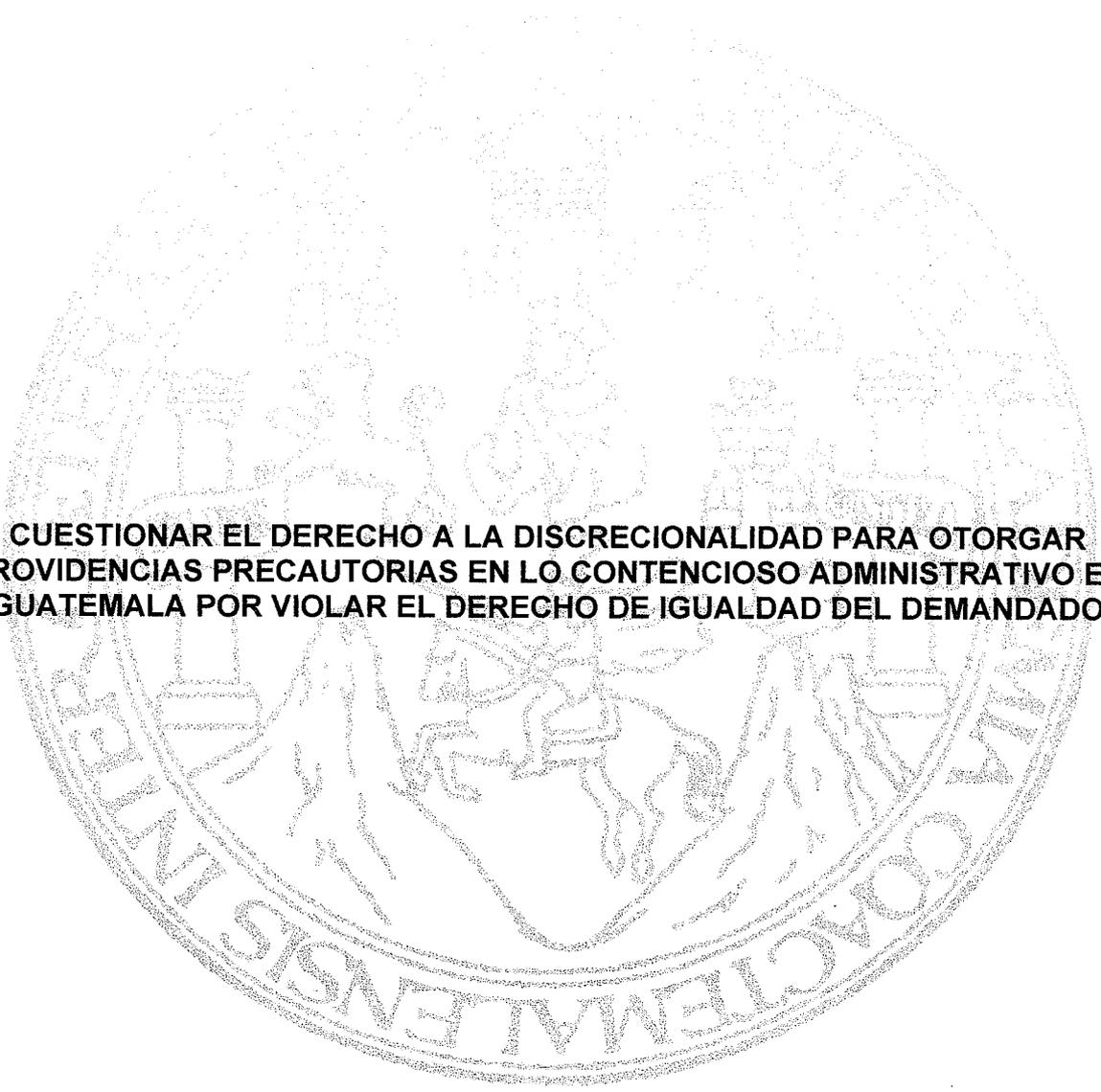


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**CUESTIONAR EL DERECHO A LA DISCRECIONALIDAD PARA OTORGAR  
PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN  
GUATEMALA POR VIOLAR EL DERECHO DE IGUALDAD DEL DEMANDADO**

**JUAN ELMER NEHEMIAS BIXCUL MENDEZ**

**GUATEMALA, JULIO DE 2023**

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

**CUESTIONAR EL DERECHO A LA DISCRECIONALIDAD PARA OTORGAR  
PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN  
GUATEMALA POR VIOLAR EL DERECHO DE IGUALDAD DEL DEMANDADO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**JUAN ELMER NEHEMIAS BIXCUL MENDEZ**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, julio de 2023

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

<b>DECANO:</b>	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
<b>VOCAL I:</b>	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
<b>VOCAL II:</b>	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
<b>VOCAL III:</b>	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
<b>VOCAL IV:</b>	Br.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
<b>VOCAL V:</b>	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
<b>SECRETARIA:</b>	Licda.	Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente:	Lic.	Aníbal López García
Secretario:	Lic.	Axel Armando Valverth Jiménez
Vocal:	Lic.	José Sermeño Larios

**Segunda Fase:**

Presidente:	Lic.	Juan Carlos Velásquez Azurdia
Secretario:	Lic.	Misael Torres Cabrera
Vocal:	Lic.	Álvaro Hugo Salguero Lemus

**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).



**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,  
 03 de mayo de 2022.

Atentamente pase al (a) Profesional, JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS  
 \_\_\_\_\_, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante  
JUAN ELMER NEHEMÍAS BIXCUL MÉNDEZ, con carné 200712025,  
 intitulado CUESTIONAR EL DERECHO A LA DISCRECIONALIDAD PARA OTORGAR PROVIDENCIAS  
PRECAUTORIAS EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN GUATEMALA POR VIOLAR EL DERECHO DE  
IGUALDAD DEL ACTOR.

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.

**CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS**  
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción 27/05/2022

Asesor(a)  
 (Firma y Sello)  
 Licenciado

Jaime Rolando Montealegre Santos  
 Abogado y Notario



**LIC. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS**  
**Abogado y Notario – Col 4713**  
**Pos grado en Derecho Constitucional Comparado**  
6ª. Ave.14-62 zona 1 Oficina 307 Comercial Esmol  
Teléfono. 54066223



Guatemala, 24 de junio de 2022

Doctor: Carlos Ebertito Herrera Recinos  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Presente.

Respetable Doctor:



De conformidad con su oficio me permito informar a usted que con el estudiante no existe relación de parentesco o enemistad, el trabajo de tesis del estudiante: **JUAN ELMER NEHEMIAS BIXCUL MENDEZ**, se titulaba: CUESTIONAR EL DERECHO A LA DISCRECIONALIDAD PARA OTORGAR PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN GUATEMALA POR VIOLAR EL DERECHO DE IGUALDAD DEL ACTOR; sin embargo, luego de leer el plan de investigación lo adecuado es que el nombre sea: **CUESTIONAR EL DERECHO A LA DISCRECIONALIDAD PARA OTORGAR PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN GUATEMALA POR VIOLAR EL DERECHO DE IGUALDAD DEL DEMANDADO.**

El estudiante **JUAN ELMER NEHEMIAS BIXCUL MENDEZ**, en su trabajo de tesis enfoca con bastante propiedad y con apoyo en el derecho positivo y vigente y la doctrina, lo referente al proceso contencioso administrativo. El tema es abordado en una forma sistemática, abarcando antecedentes, definiciones, doctrinas, como concusión discursiva, así como regulación legal en Guatemala, apoyando su exposición con fundamento en normas constitucionales y derecho comparado aplicables a nuestro derecho positivo y por ende en normas vigentes, lo que hace de este trabajo un documento de consulta y utilidad técnica y científica a quien esa clase de información necesite.

El autor aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios que lo enriquecen, los que se encuentran fundamentados, pues son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre la regulación y necesidad de reforma a nuestras leyes procesales vigentes.

a) **La metodología y técnicas de la investigación:** Para el efecto se tiene como base los métodos analítico, sintético, deductivo e inductivo. Dentro de las técnicas de investigación se encuentran inmersas en el trabajo las siguientes: la observación, como elemento fundamental de todo proceso investigativo; por lo que, apoyándose en ésta, el sustentante pudo obtener el mayor número de datos sobre la manera en que se viola el derecho de igualdad del demandado en proceso contencioso administrativo en Guatemala. La investigación bibliográfica la cual le dio datos valiosos que fue obteniendo

**LIC. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS**  
**Abogado y Notario – Col 4713**  
**Pos grado en Derecho Constitucional Comparado**  
6ª. Ave.14-62 zona 1 Oficina 307 Comercial Esmol  
Teléfono. 54066223

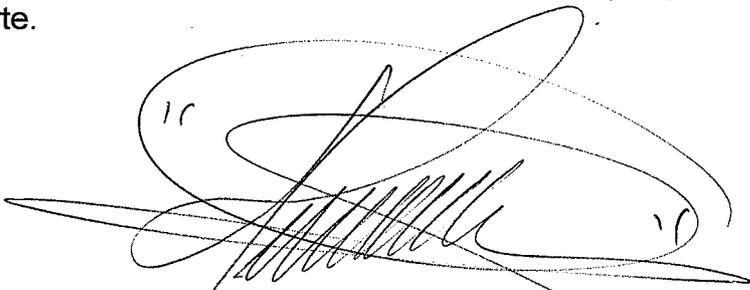


con ella un objetivo claro, definido y preciso. La bibliográfica y documental para recopilar y seleccionar adecuadamente el material de estudio, ya que a través de las cuales se estudió el fenómeno investigado y culminó con la comprobación de la hipótesis planteada estableciendo los objetivos generales y específicos con el objeto de establecer doctrinariamente y jurídicamente cómo resolver ese problema en la práctica y legal;

b) La redacción: La estructura formal de la tesis está compuesta de cuatro capítulos, se realizó en una secuencia ideal empezando con temas generales para finalizar en orden lógico con el fenómeno en particular;

c) La conclusión discursiva: Es necesario establecer que las providencias precautorias discrecionales en lo contencioso administrativo en Guatemala violan el derecho de defensa del demandado puesto que la sala de lo contencioso las decide sin darle audiencia al mismo ni el derecho a argumentar sus fundamentos para oponerse a que se dicten esas providencias, lo cual determina una grave violación al principio de defensa del demandado porque las salas de lo contencioso administrativo no están por encima de la ley e, incluso, los congresistas que promulgaron la Ley de lo Contencioso Administrativo violaron la jerarquía normativa, pues al regular que la sala puede establecer providencias precautorias de manera discrecional actuó quebrantando el derecho de defensa establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala.

En conclusión y atendiendo a lo indicado en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, informo a usted, que APRUEBO, ampliamente la investigación realizada, por lo que, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, ya que considero el tema un importante aporte.



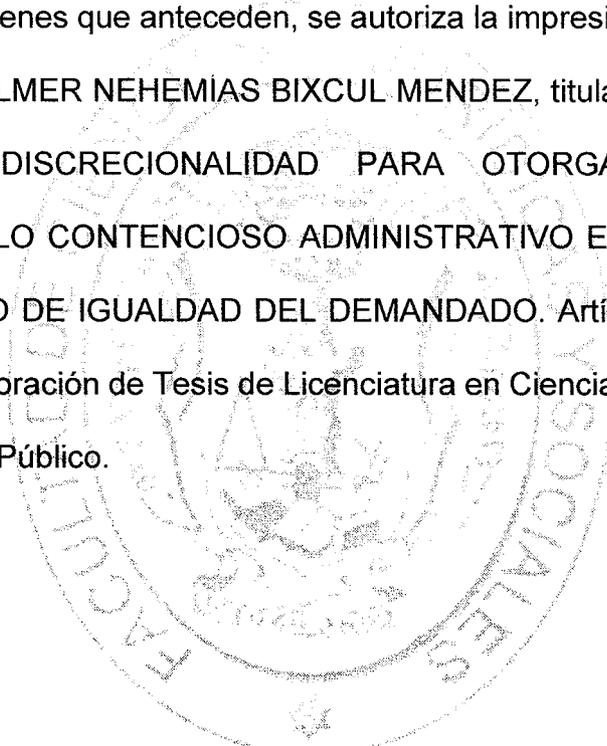
**LIC. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS**  
**Abogado y Notario – Col 4713**

Licenciado  
Jaime Rolando Montealegre Santos  
Abogado y Notario

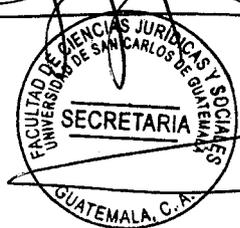


Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, cinco de junio de dos mil veintitrés.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JUAN ELMER NEHEMIAS BIXCUL MENDEZ, titulado CUESTIONAR EL DERECHO A LA DISCRECIONALIDAD PARA OTORGAR PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN GUATEMALA POR VIOLAR EL DERECHO DE IGUALDAD DEL DEMANDADO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



CEHR/SAQO





## DEDICATORIA

### **A DIOS:**

Porque a pesar de todos mis errores has sido incondicional y no dudo que seguirá siendo así por tu amor. Amén.

### **A MIS PADRES:**

Los amo y con profundo agradecimiento, por la educación plasmada en mi persona, les dedico mi recompensa con este triunfo anhelado, con mis esfuerzos y sacrificios, mil gracias por esperar pacientes este momento y que Dios los bendiga.

### **A MIS HERMANOS:**

Gracias por el apoyo y amor brindado durante todo este tiempo, los amo y cada uno sabe cuán importante es este momento de mi vida.

### **A MIS AMIGOS:**

Porque muchas veces su amistad y consejos me hicieron seguir adelante gracias por su sincera amistad.

### **A:**

Los profesionales, en especial a mi asesor de tesis gracias por su colaboración y paciencia. Y a todos los buenos catedráticos que con lealtad, fidelidad y honorabilidad nos impartieron día a día cada asignatura a cursar.

### **A**

Usted especialmente, porque me ha acompañado en el proceso y ahora en mi etapa profesional, gracias por estar aquí.

### **A:**

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Tricentennial University of San Carlos de Guatemala. Por brindarme los conocimientos que hoy me convierten en un profesional y donde me fue dado el pan del saber.

**A:**

Universidad de San Carlos de Guatemala  
alma máter que albergó durante todo este  
tiempo mis sueños de estudiante y  
superación gracias por haberme permitido  
el honor de forjarme en sus gloriosas aulas.





## PRESENTACIÓN

Este estudio jurídico fue realizado desde el derecho procesal administrativo, por lo que es de carácter cualitativo al establecer que las providencias precautorias discrecionales en lo contencioso administrativo en Guatemala violan el derecho de defensa del demandado puesto que la sala de lo contencioso las decide sin darle audiencia al mismo ni el derecho a argumentar sus fundamentos para oponerse a que se dicten esas providencias.

El estudio fue realizado en el municipio de Guatemala; siendo el sujeto principal son los demandados en el proceso contencioso administrativo; la investigación se realizó conforme lo establecido entre los años de 2016 a 2021.

El objeto de estudio fue establecer la manera en que las providencias precautorias discrecionales en lo contencioso administrativo en Guatemala violan el derecho de defensa del demandado, mientras que los sujetos fueron el demandante y el demandado en el juicio contencioso administrativo.

El aporte realizado fue plantear la importancia de la reforma del Artículo 34 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, para que las salas respectivas notifiquen al demandado las solicitudes de medidas precautorias planteadas por el actor, con la finalidad de garantizar el derecho de defensa del demandado y el principio constitucional del debido proceso en todo el sistema de justicia guatemalteco.



## HIPÓTESIS

Las providencias precautorias discrecionales en lo contencioso administrativo en Guatemala violan el derecho de defensa del demandado puesto que la sala de lo contencioso las decide sin darle audiencia al mismo ni el derecho a argumentar sus fundamentos para oponerse a que se dicten esas providencias, por lo que el Estado de Guatemala debe reformar el Artículo de la Ley de lo Contencioso Administrativo para que se respete el derecho de defensa del demandado.



## COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Para poder someter a prueba la hipótesis planteada se utilizaron distintos mecanismos como técnicas de investigación y se logró establecer y comprobó que se viola el derecho de defensa del demandado, por las providencias precautorias discrecionales en lo contencioso administrativo en Guatemala, puesto que la sala de lo contencioso las decide sin darle audiencia al mismo ni el derecho a argumentar sus fundamentos para oponerse a que se dicten esas providencias, lo cual determina una grave violación al principio de defensa del demandado, por lo que la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales debe modificar el Artículo 34 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, para que se le notifique al demandado las solicitudes de providencias cautelares planteadas por el actor, con la finalidad de garantizarle al demandado su derecho de defensa.



## ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

### CAPÍTULO I

1. La administración pública.....	1
1.1. La administración pública autónoma.....	2
1.2. Administración pública centralizada.....	3
1.3. Administración pública descentralizada.....	4
1.4. Elementos de la administración en las entidades gubernamentales.	5

### CAPÍTULO II

2. El procedimiento administrativo.....	15
2.1. Definición de procedimiento administrativo.....	16
2.2. Principios generales del procedimiento administrativo.....	18
2.3. El principio de defensa como criterio de eficacia administrativa.....	22
2.4. El principio de procedimiento administrativo leal y justo.....	24
2.5. Elementos de la garantía de la defensa.....	25
2.6. Etapas del procedimiento administrativo.....	27

### CAPÍTULO III

3. El proceso contencioso administrativo.....	33
3.1. Definición de contencioso administrativo .....	33
3.2. Naturaleza del contencioso administrativo.....	36
3.3. El contencioso administrativo como un sistema de justicia administrativa.....	39
3.4. La actuación administrativa y la garantía de la tutela judicial efectiva..	43



## CAPÍTULO IV

4. Otorgamiento de providencias precautorias en lo contencioso administrativo en Guatemala y el derecho de igualdad del actor.....	51
4.1. El proceso contencioso administrativo en Guatemala.....	51
4.2. Principio de igualdad en la adquisición de las pruebas.....	54
4.3. El derecho a la discrecionalidad para otorgar providencias precautorias en lo contencioso administrativo viola el derecho de igualdad del actor.....	61
<b>CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....</b>	<b>65</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>67</b>



## INTRODUCCIÓN

El tema de tesis se escogió a partir de encontrar que las providencias precautorias discrecionales en lo contencioso administrativo en Guatemala violan el derecho de defensa de la parte demandada, puesto que la sala de lo contencioso las decide sin darle audiencia a la misma ni el derecho a argumentar sus fundamentos para oponerse a que se dicten esas providencias, lo cual determina una grave violación al principio de defensa.

El objetivo general relacionado con la incertidumbre jurídica de los objetivos de la ley del mercado de valores y mercancías frente al tratado de libre comercio celebrado entre México y Centroamérica se comprobó a partir de establecer que la misma se resuelve aplicando la ley posterior, que en este caso es el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y México, cuando la Ley del Mercado de Valores y Mercancías no regula estos actos o hechos vinculados con el comercio de valores y mercancías a partir de tener en cuenta que la ley posterior deroga la anterior o a partir de la integración de ambas normas se resuelven los conflictos jurídicos que permitan garantizar el libre comercio de valores y mercancías.

Ante esa problemática se planteó como hipótesis, que se viola el derecho de defensa del demandado, por las providencias precautorias discrecionales en lo contencioso administrativo en Guatemala, puesto que la sala de lo contencioso las decide sin darle audiencia al mismo ni el derecho a argumentar sus fundamentos para oponerse a que se dicten esas providencias, lo cual determina una grave violación al principio de defensa del demandado, por lo que la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales debe modificar el Artículo 34 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, para que se le notifique al demandado las solicitudes de providencias cautelares planteadas por el actor, con la finalidad de garantizarle al demandado su derecho de defensa.

Los métodos utilizados fueron el deductivo, el comparativo, el analítico y el sintético, mientras que se utilizaron las técnicas de investigación bibliográfica, documental y la



entrevista, con lo cual se obtuvo la información necesaria orientada a tener los elementos teóricos y doctrinarios, de las normas legales vigentes y aspectos empíricos para alcanzar los objetivos, someter a prueba la hipótesis, elaborar los capítulos del informe final y redactar la conclusión discursiva.

El contenido capitular del presente informe final de tesis es de cuatro capítulos, siendo el primero orientado a explicar la globalización y sus características; el segundo fue elaborado en función del significado e importancia jurídica del libre comercio, tanto como realidad como necesidad de los países para promover el desarrollo económico; el tercero se orienta a fundamentar doctrinaria y jurídicamente los tratados de libre comercio; mientras que en el cuarto se expusieron los fundamentos jurídicos sobre la prevalencia del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y México frente a la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, ante casos posteriores al año 2013 o cuando esa ley no contemplara aspectos que si están regulados en ese tratado a partir del principio de que la norma superior deroga la anterior, aunque en este caso se complementan, prevaleciendo en su defecto el Tratado en mención.

Para evitar que se continúe violando el derecho de la parte demandada a partir de la discrecionalidad que tienen las salas de lo contencioso administrativo de dictar providencias cautelares urgentes o indispensables solicitadas por el actor, el Congreso de la República, a través de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales debe promover la reforma del Artículo 34 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, para que se notifique a la parte demandada de la solicitud de providencias cautelares por parte del actor, para que se pronuncie sobre ellas y luego decida si las otorga o no.



## CAPÍTULO I

### 1. La administración pública

La administración se caracteriza por ser la actividad que desarrolla el conjunto de órganos administrativos 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 o bien común, regulada en su estructura y funcionamiento, normalmente por el derecho administrativo; para una mejor comprensión, debe entenderse que, desde su origen la administración cuenta con terminologías para su entendimiento, así como diferentes definiciones dadas por varios autores, pero que al final es la misma idea.

Para definir la administración se debe de iniciar con el conocimiento sobre de donde proviene etimológicamente, que en este caso es del latín Ad y del verbo Ministro-as-are, que significa servir, ejecutar, administrar; es decir, la administración es todo proceso que el ser humano utiliza para organizar y planificar actividades, para alcanzar determinados fines humanos, lo cual se convierte en administración pública cuando estos elementos son aplicados para las actividades gubernamentales.

Existen tres tipos de administración pública las cuales son la autónoma, la centralizada y la semicentralizada, cada una con distintas funciones y características; por ejemplo, la administración autónoma es la forma de organización en donde el Estado, por disposición de la ley transfiere



determinadas facultades y atribuciones a un órgano administrativo, otorgando personalidad jurídica y patrimonio propio para la realización de esas actividades actuando con independencia funcional y autofinanciamiento, lo que se conoce como autarquía.

### **1.1. Administración pública autónoma**

La administración pública autónoma, se caracteriza principalmente porque las entidades autónomas no dependen del Organismo Ejecutivo, para la toma de decisiones ni el nombramiento de sus autoridades; es decir que este, no ejerce ninguna clase de control político o financiero, pues no manejan fondos públicos sino privados; por lo que, como órganos autónomos, pueden designar a sus propias autoridades, teniendo su propio representante legal; asimismo, se rigen por sus propias leyes y reglamentos.

“Generalmente la autonomía es reconocida por la ley constitucional. Están dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio, por lo que sin perder su calidad de estatal constituyen una persona jurídica de carácter público distinta del Estado. Cuentan con capacidad para tomar sus propias decisiones y gestionar sus asuntos por sí mismos, por lo que la autarquía les permite el autofinanciamiento, lo cual significa tener sus propios ingresos y no depender del presupuesto estatal.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Calderón, Hugo. **Derecho administrativo**. Pág. 27.



En la práctica administrativa de la mayoría de los estados no existe una verdadera autonomía, ya que las entidades denominadas autónomas carecen de suficientes ingresos propios, por lo que se encuentran presupuestadas, lo cual los hace depender financieramente del Estado, por lo que al captar fondos públicos son fiscalizadas por mandato constitucional por la entidad denominada Contraloría General de Cuentas.

Si no se producen estas prácticas de obtención de ingresos propios, cualquier órgano que tenga la intención de ejercer o busca ejercer control sobre las dependencias autónomas y en algunos casos dependen del nombramiento de funcionarios por parte organismo del Organismo Ejecutivo, no puede lograr tomar decisiones libremente, por eso es que, desde esta realidad, se hable de una semiautonomía o autonomía limitada.

## **1.2. Administración pública centralizada**

Se denomina administración centralizada a aquella forma de organización administrativa que tiene lugar cuando los órganos de la administración tienen una relación de dependencia y subordinación directa e inmediata con el órgano superior de la misma, a partir de que no existe autonomía alguna.

Se caracteriza principalmente por dos circunstancias, siendo la primera la establecida para todas las funciones estatales que se concentran en un órgano



superior, ejerciendo todas las facultades públicas de decisión, revisión, mando, vigilancia, disciplina y nombramiento que permitan establecer la existencia de jerarquía normativa; la segunda, es la existencia de una relación de jerarquía entre los órganos inferiores con el superior, lo que permite tener establecidos los rangos o grados en la administración pública, en relación a los cargos públicos.

### **1.3. Administración pública descentralizada**

Esta representación de organización administrativa tiene lugar cuando el Estado otorga facultades y atribuciones determinadas a un órgano administrativo, quien actúa con independencia funcional al contar con personalidad jurídica y patrimonio propio, a efecto de prestar ciertos servicios públicos a la colectividad.

Esta se caracteriza porque el órgano descentralizado goza de independencia administrativa, realiza todas sus funciones sin depender directamente del gobierno central, sin perjuicio a que en ciertos casos se ejerza determinado control o vigilancia.

Se trata de que, el Estado, a través de la ley ordinaria otorga personalidad jurídica y patrimonio propio a una entidad gubernativa específica, para que puedan ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismo, a partir de lo cual, se crea una nueva persona jurídica de carácter público con administración propia, pero como parte de la estructura estatal.



Se rigen por una ley orgánica, la cual regula su personalidad, su patrimonio, denominación, su objeto y su actividad, puesto que se transfieren del órgano central poderes de decisión y de mando, manejando su presupuesto con el objeto de que puedan administrar sus recursos y realicen sus actividades económicas por sí mismos y se les permite emitir sus propias normas reglamentarias, pero sin violar la ley orgánica que las creó ni la Constitución Política de la República.

Respecto a la independencia financiera es relativa, pues deben hacerlo conforme a su ley orgánica, Ley Orgánica del Presupuesto, el Presupuesto General del Estado, la Ley de Contrataciones del Estado y reglamentos propios, siendo su actividad presupuestaria revisada por la Contraloría General de Cuentas.

#### **1.4. Elementos de la administración en las entidades gubernamentales**

La administración en las dependencias públicas se orienta hacia el desempeño de las actividades de los subordinados para asegurar que los objetivos y planes de la entidad realizados para conseguirlos, se están llevando a cabo, siendo los elementos de la administración, planeación, organización, integración, dirección y control que en su conjunto forman el proceso administrativo, el cual representa las funciones o actividades primarias en que participan los administradores.

La planificación es el proceso de decidir sobre los objetivos de la organización, sobre los recursos usados para lograr estos objetivos y sobre las políticas que gobiernan



la adquisición, uso y disposición de estos recursos; es decir, se trata de la escogencia entre futuras alternativas de curso de acción para la empresa en su conjunto y para cada departamento de ella.

En otras palabras, la planeación consiste en la determinación del curso concreto de acción que se habrá de seguir, fijando los principios que lo habrán de presidir y orientar, la consecuencia de operaciones necesarias para alcanzarlo y la fijación de tiempos, unidades necesarias para su realización.

La planificación engloba las políticas, procedimientos y programas que deben establecerse como orientadores de la actividad administrativa, siendo las políticas los principios para orientar la acción, o sea, reglas o normas generales que sirven de guía al pensamiento y acción de los subordinados; mientras que los procedimientos, son secuencia de operaciones o métodos, planes más concretos que norman el criterio y la acción que debe seguirse apoyada en los objetivos y políticas, indicando cómo y cuándo se han de ejecutar las actividades.

Los programas son planes complejos que se apoyan en los objetivos, las políticas y los procedimientos, pero determinan con mayor precisión el desarrollo de las actividades en función de dos elementos esenciales: tiempo y dinero, por lo que la planeación es importante para la administración pública, ya que a través de ella se definen los resultados esperados en la entidad pública que se trate, por lo que se puede señalar que sin planeación no funciona la administración gubernamental.

Entre los principios de la planificación se encuentra el de flexibilidad, a partir de que al elaborar un plan, es conveniente establecer márgenes de holgura que permitan afrontar situaciones imprevistas y que proporcionen nuevos cursos de acción que se ajusten fácilmente a las condiciones; también está el de unidad, en el sentido de que todos los planes específicos de la administración pública deben integrarse a un plan general, y dirigirse al logro de los objetivos generales de tal manera que sean considerados en cuanto a su enfoque, y armonía en cuanto al equilibrio e intercalación que debe existir entre ellos.

Asimismo, se puede encontrar que también se hace uso de la precisión en la planificación, a partir de que, cuando se planifica, es necesario basarse en datos reales, razonamientos precisos y exactos, y nunca opiniones subjetivas, especulaciones o cálculos arbitrarios.

“El principio de precisión establece la necesidad de utilizar datos objetivos tales como: estadísticas, estudios de mercado, estudios de factibilidad, cálculo probabilístico, modelos matemáticos. La planificación será más confiable en tanto que pueda ser cuantificada, expresada en tiempo, dinero cantidades; esto facilita la ejecución y evaluación del progreso de los planes.”<sup>2</sup>

Asimismo, se encuentra que existen elementos de la planeación, entre los que se encuentra la visión, la misión, las políticas, las estrategias y las normas que

---

<sup>2</sup> **Ibíd.** Pág. 28.



contribuyen a establecer una planificación sobre administrativa lo más objetiva posible, con la finalidad de que la orientación que se le dé a la dependencia pública, sea adecuada a la realidad del país, así como a los recursos que le serán asignados, puesto que esos dos elementos son condicionantes que no puede ser modificados por los planificadores, sino que en base a ello deben planificar.

La visión es un sueño y es capaz de imaginar la situación de la dependencia estatal en un tiempo indefinido hacia el futuro, pero con la claridad de lo que se espera que sea en el sector donde lleva a cabo sus funciones y atribuciones establecidas por la ley de la materia. La misma debe ser apoyada por las altas autoridades, elaborada por líderes, amplia, detallada, compartida y alentadora.

“La misión debe indicar con claridad no solo el fin de la entidad gubernamental, sino que debe estar redactada en tal forma que permita la expansión de las actividades de la entidad hacia determinadas oportunidades de incidencia política y, al mismo tiempo, que le dé dirección a la entidad hacia algo definido. La entidad pública, al contar con una misión escrita tiene claro que es, a que se dedica y hacia dónde va, lo que equivale a enunciar su razón de existir”.<sup>3</sup>

Las políticas son guías para orientar la acción; son criterios, lineamientos generales a observar en la toma de decisiones, sobre problemas que se repiten una y otra vez dentro de una organización; mientras que las estrategias son cursos de acción

---

<sup>3</sup> Robbins, Stephen. **Administración**. Pág. 238



general o alternativas que muestran la dirección y el empleo general de los recursos y esfuerzos, dirigidos a los objetivos en las condiciones más ventajosas.

También se encuentra como uno de los elementos de la administración pública, la organización, la cual sirve para determinar las actividades a realizar, quién las llevará a cabo, cómo deben agruparse éstas, quién informa a quién y dónde se tomarán las decisiones; es decir, se refiere a la estructuración técnica de las relaciones, que se deben dar entre las jerarquías, funciones y obligaciones individuales necesarias en una dependencia estatal para su mayor eficiencia.

Entre los principios de la organización se encuentra la especialización, a partir de que, cuanto más se divide el trabajo, dedicando a cada empleado una actividad más limitada y concreta, se obtiene mayor eficiencia, precisión y destreza, para lo cual se requiere unidad de mando, en el sentido de que, para cada función, debe existir un solo jefe, cada subordinado no debe de recibir órdenes sobre una misma materia de dos personas distintas.

Esta unidad de mando conlleva al equilibrio de autoridad y responsabilidad, porque debe precisarse el grado de responsabilidad que corresponde al jefe de cada nivel jerárquico, estableciéndose al mismo tiempo la autoridad correspondiente a ella; es decir, debe haber jerarquías, que no es más que fijar la autoridad y responsabilidad correspondientes a cada nivel, porque cada uno tiene obligaciones en concreto, porque cada trabajo es susceptible de ser desempeñada por una persona.



De igual manera, la organización requiere definir funciones, lo cual significa la determinación de la manera en que deben dividirse las grandes actividades especializadas, necesarias para lograr el fin general, lo cual requiere del equilibrio entre la dirección y el control, pues a cada grado de delegación debe corresponder el establecimiento de los controles adecuados, para asegurar la unidad de mando.

“La organización requiere de la descripción de funciones, actividades y obligaciones, lo cual consiste en la recopilación ordenada y clasificada de todos los factores y actividades necesarios para llevar a cabo, de la mejor manera, un trabajo; la descripción de funciones se realiza, primordialmente, a través de las técnicas de análisis de puestos y de la carta de distribución del trabajo o cuadro de distribución de actividades.”<sup>4</sup>

Entre los elementos de la organización, se encuentra la determinación de la manera en que deben dividirse y asignarse las grandes actividades especializadas, necesarias para lograr el fin general, con la definición de la autoridad y responsabilidad correspondiente a cada nivel existente dentro de una organización, debido a que las obligaciones y requisitos que tiene en concreto cada unidad de trabajo susceptible de ser desempeñada por una persona.

Asimismo, debe haber un organigrama, que es la representación gráfica de la estructura orgánica de una institución o de una de sus áreas y de las relaciones que

---

<sup>4</sup> Munch Galindo, Lourdes. **Fundamentos de Administración**. Pág. 123.



guardan entre sí los órganos que la integran, por lo que contiene los agrupamientos de las actividades básicas de los departamentos y otras unidades, así como también las principales líneas de autoridad y responsabilidad que existen entre dichas unidades administrativas.

Los organigramas pueden ser verticales, funcionales o nominales; son verticales cuando se establece a partir de comenzar con el órgano de mayor jerarquía, el cual está colocado en la parte superior por lo que los distintos niveles jerárquicos en la organización se ubican en renglones y las líneas que representan las relaciones entre las unidades, se describen y disponen verticalmente.

En el caso de los organigramas funcionales, los mismos indican en el cuerpo de la gráfica, además de las unidades y sus interrelaciones, las funciones principales que realizan los órganos representados y que se pueden así mismo transcribir con arreglo a su orden de importancia o al lugar que ocupan dentro de un proceso; mientras que los organigramas nominales señalan dentro del marco de cada unidad administrativa, los distintos puestos establecidos para la ejecución de las funciones, así como el número de plazas existentes y en su caso, los nombres de las personas que los ocupan.

En la organización de las dependencias públicas, también debe haber manuales administrativos, los cuales son documentos que contienen en forma ordenada y sistemática, información e instrucciones sobre la historia, organización, políticas y



procedimientos de la dependencia, las cuales se consideran necesarias para la mejor ejecución del trabajo de la entidad gubernamental; es decir, un conjunto de referencias de organización usados frecuentemente por los directores, por lo que los manuales tienen mucha utilidad como instrumentos administrativos para ayudar a realizar el trabajo con mayor eficacia.

Junto con los manuales organizativos o de organización, se establece la relación con la integración de personal, relativo a la adecuación de personal y funciones; es decir, la persona adecuada para el puesto adecuado, lo cual significa que cada individuo que ha de desempeñar cualquier puesto dentro de una dependencia estatal debe reunir los requisitos mínimos para desempeñarlo adecuadamente.

Entre los elementos o etapas de la integración de personas, se encuentra el reclutamiento, lo cual se refiere al proceso de localizar, identificar y atraer solicitantes capaces, luego se debe seleccionar, a partir de un proceso de filtrar a los solicitantes para asegurarse de que se contratan los candidatos más idóneos, posteriormente debe llevarse a cabo la inducción, para articular o armonizar adecuadamente al nuevo elemento con los objetivos de la dependencia gubernamental y con el ambiente organizacional.

Todas estas actividades deben ser determinadas por la dirección de la entidad estatal, pues es la obligada a impulsar, coordinar y vigilar las acciones de cada miembro y grupo de dependencia pública, con el fin de que el conjunto de todos

ellos realice, del modo más eficaz, los planes señalados, para lograr la realización efectiva de todo lo planeado, por medio de la autoridad del administrador ejercida a base de decisiones, ya sea tomadas directamente o delegando dicha autoridad, vigilando simultáneamente que se cumpla adecuadamente las órdenes emitidas.

“Para lograr que la dirección de la dependencia pública sea eficiente y eficaz, se requiere don de mando o autoridad, lo cual es un principio del que se deriva toda la administración y, por lo mismo, su elemento principal, que es la dirección y la manera en que esta lleva a cabo la comunicación, la cual es el sistema nervioso de una dependencia gubernamental, pues la misma lleva todos los elementos que deben conocer cada oficina de la dependencia pública, sobre las ordenes de acción a implementar, debidamente coordinadas”.<sup>5</sup>

Como principios de la dirección administrativa se encuentra el de la coordinación de intereses para el logro del fin común, el cual se hará más fácil, cuando mejor se logre coordinar los intereses de grupo y los individuales, de quienes participan en la búsqueda de aquel; por lo que, el gran reto del administrador radica, en lograr que todos persigan el interés común, viendo que de esa manera obtienen mejor sus fines de la entidad gubernamental.

Para lograr esta dirección administrativa de manera adecuada, la autoridad en una dependencia pública debe ejercerse, más como productos de una necesidad de todo

---

<sup>5</sup> Terry, George Robert. **Principios de administración**. Pág. 375.



el organismo social, que como resultado exclusivo de la voluntad del que manda por ello, cuando más se despersonalice la orden, presentándola como una exigencia que la situación concreta impone por igual a quien manda, para exigir y a quien obedece para cumplir, dicha orden será mejor obedecida.

Asimismo, se encuentran como elementos de la dirección, la motivación, relativa a la necesidad o impulso interno de un individuo que lo mueve hacia una acción orientada a un objetivo; el liderazgo, el cual debe entenderse como un proceso de dirigir e influir en las actividades laborales de los miembros de un grupo, porque el administrador logra que todas las actividades se realicen con eficiencia influye en la conducta de los subordinados o seguidores, asegurándose con ello que el trabajo se efectúe de forma satisfactoria.



## CAPÍTULO II

### 2. El procedimiento administrativo

El estudio del procedimiento administrativo en que se desenvuelve la función administrativa se refiere a la serie o secuencia de actos a través de los cuales se desenvuelve la actividad principalmente de los organismos administrativos; es decir, toda actividad estatal de tipo administrativo se manifestará a través del procedimiento administrativo y por ello existe una coincidencia entre el concepto de función administrativa y el de procedimiento administrativo.

“La función administrativa es básicamente toda la actividad que realizan los órganos administrativos y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccional, excluidos respectivamente los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales; los órganos administrativos no realizan sino función administrativa, siendo impropio y antijurídico pretender reconocerles función jurisdiccional o legislativa; se sigue de ello que los procedimientos de los órganos administrativos constituyen procedimientos administrativos, sea que se trate de órganos de la administración central, o de organismos descentralizados del Estado”.<sup>6</sup>

De esto se advierte que existen procedimientos administrativos no sólo dentro del ámbito de actuación de los órganos administrativos centralizados o descentralizados,

---

<sup>6</sup> Ballbé, Manuel. **La función administrativa**. Pág. 5.



autónomos o semiautónomos del Estado, sino también de los órganos jurisdiccionales y legislativos; en estos dos últimos casos, se trata en general de todo lo que se refiere a la organización interna y, medios materiales y personales de los respectivos organismos.

## **2.1. Definición de procedimiento administrativo**

El procedimiento administrativo es el conjunto de actos preparatorios concatenados según un orden cronológico y funcional, para verificar la existencia de la necesidad pública a satisfacer y de los hechos que lo crean, así como para oír a los posibles afectados y voceros de intereses conexos, tanto públicos como privados, especialmente estos últimos, con el fin de conformar la decisión en la forma que mejor los armonice con el fin público a cumplir.

Así, en la Justicia y el Congreso, todo lo referente al personal administrativo y sus relaciones entre sí y con sus superiores, nombramiento, remoción, deber de obediencia, sanciones disciplinarias, recursos y otros, lo referente a las contrataciones efectuadas y en general a la disposición de los respectivos fondos públicos, pertenece al ejercicio de funciones administrativas y se desenvuelve por lo tanto a través de procedimientos administrativos, terminando en el dictado de actos administrativos.

“Desde luego, tanto el poder Judicial como el Congreso de la República tienen separación respecto al poder Ejecutivo en todo lo que respecta a sus propias actividades administrativas y algunas de ellas son confiadas a órganos especiales; si bien puede



haber ciertos puntos de contacto, en general se trata de jerarquías diferenciadas. En consecuencia, los decretos del poder Ejecutivo reglamentando el procedimiento administrativo no son aplicables sino al procedimiento de los órganos de él dependientes, pero no a los que dependen exclusivamente de los otros poderes”.<sup>7</sup>

Con todo, los principios fundamentales a aplicarse son iguales y en ausencia de normas específicas para el procedimiento administrativo de los órganos judiciales y legislativos, le son de aplicación analógica las existentes para el procedimiento administrativo de los órganos dependientes del poder Ejecutivo, el cual es parte del procedimiento administrativo a cargo de estudiar las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa.

El procedimiento administrativo se orienta hacia la participación y defensa de los interesados de un particular, un funcionario o una autoridad pública o una persona jurídica, en todas las etapas de la preparación de la voluntad administrativa; en este último caso es específicamente el procedimiento de audiencia pública el que debe también seguirse, sin perjuicio del trámite administrativo corriente y desde luego, cómo debe ser la tramitación administrativa en todo lo que se refiere a la defensa, participación e intervención de dichos interesados”.<sup>8</sup>

El procedimiento administrativo, en particular, se refiere a la defensa de los interesados y como lógica consecuencia de ello, la impugnación de los actos y procedimientos

---

<sup>7</sup> Gordillo, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Pág. 458.

<sup>8</sup> **Ibíd.** Pág. 459.



administrativos por parte de éstos; se ocupa pues de los recursos, reclamaciones y denuncias administrativas; sus condiciones formales de procedencia, el trámite que debe dárseles, los problemas que su tramitación puede originar y cómo y por quién deben ser resueltos; pero no estudia cómo deben ser resueltos todos los problemas de fondo que dichos recursos puedan plantear, salvo que estén ligados a un problema procedimental.

## **2.2. Principios generales del procedimiento administrativo**

Los grandes principios formadores del procedimiento administrativo son el debido proceso, informalismo, contradicción e imparcialidad, los cuales son de carácter constitucional, de justicia natural y de derecho supranacional, para lo cual garantizan tanto la defensa de los derechos civiles y humanos en general del individuo y de las asociaciones en el procedimiento singular, como la indispensable participación de la sociedad y la defensa de los derechos de incidencia colectiva en la previa elaboración y debate no solamente individual sino específicamente público, de normas generales y grandes proyectos que afectan a la colectividad y al medio ambiente.

A ellos se agrega el principio del informalismo a favor del administrado, tanto en su actuación individual como colectiva, donde el criterio del informalismo debe a su turno estar informado por el principio de contradicción de intereses contrapuestos y la indispensable imparcialidad que debe guiar el procedimiento; estos últimos principios tienden no sólo a proteger al particular contra la administración, sino también a la administración contra sus propios funcionarios.

De igual manera, también existe el principio de la legalidad objetiva o principio supremo de razonabilidad y justicia, el principio de la juridicidad, en donde el de legalidad objetiva no es otra cosa que la aplicación razonada y jerárquica de los grandes principios jurídicos, tales como el de razonabilidad o justicia natural, ambos de nivel constitucional y supraconstitucional, por encima de los frecuentes desvaríos de la norma reglamentaria o del acto o comportamiento administrativo; por lo que, quien no comprenda el exacto alcance del principio de legalidad objetiva así entendido, estará destinado a manejar el procedimiento siempre en forma contraria al derecho, aunque conforme al reglamento.

El principio de legalidad se subsume dentro del principio de razonabilidad o debido proceso sustantivo. Obsérvese que no se está refiriendo al clásico principio de legalidad de la actuación administrativa, tema que merece otras reflexiones. Por ello parece atinado llamarlo principio de juridicidad.

“Existen además otros principios importantes del procedimiento, de rango si se quiere menor, similares al proceso penal, que destacan su carácter oficial e instructorio, donde priman la impulsión de oficio y la verdad material. Aquí pueden también incluirse algunas características externas del procedimiento, como la usencia de costas, carácter escrito, no obligatoriedad de contar con patrocinio letrado, gratuidad, entre otros”.<sup>9</sup>

El principio de la defensa en juicio o debido proceso, es un principio general del derecho, de carácter universal en los países que tienen Estado de derecho, es por lo tanto

---

<sup>9</sup> **Ibíd.** Pág. 460.

aplicable también, desde luego, en el procedimiento administrativo y con criterio amplio no restrictivo, ese reconocimiento a nivel de derecho subjetivo individual se torna derecho colectivo con la introducción de los derechos de incidencia colectiva, pues ellos requieren también una previa audiencia, en este caso pública.

“La regla que exige una audiencia es de validez casi universal. Puede ser planteada sin incompatibilidad desde su nativo suelo judicial a cualquier parte del campo de la administración, esta regla abarca toda la noción de procedimiento leal o debido proceso y es apta de gran elaboración en detalle. Dicho carácter universal, sin necesidad de norma que lo consagre, es de aplicación por imperio de una norma superior de jerarquía constitucional, por los principios generales del derecho público, por la justicia natural, por la vigencia misma del Estado de derecho”.<sup>10</sup>

El principio de debido proceso se aplica no solamente a la audiencia del individuo o la persona jurídica concreta en un caso singular, particular o concreto; también se ha de aplicar como principio constitucional y de justicia natural, con mayor razón, al indispensable procedimiento de audiencia pública antes de que se adopten normas generales que afectarán a un universo de usuarios, vecinos, consumidores o administrados.

Es de tener en cuenta que, incluso aunque normas reglamentarias expresamente nieguen este derecho o pretendan cercenarlo, de todas maneras debe cumplirse el

---

<sup>10</sup> Ortiz, Eduardo. **El procedimiento administrativo**. Pág. 38.



principio de vista, audiencia y prueba, aplicando así la norma de jerarquía superior, claro está, es una larga y perenne lucha la que se libra entre los funcionarios de inferior jerarquía administrativa, que ignoran la norma constitucional y los particulares que deben bregar porque se respeten los verdaderos principios del procedimiento administrativo, con la secuela de recursos y reclamos que a veces es necesario interponer para obtener su cumplimiento por parte de los servidores públicos.

“El orden de los procedimientos sería el siguiente: sumario, defensa, prueba, si hay hechos controvertidos, decisión y contra esa decisión, recurso de apelación o jerárquico. En el caso de los actos que afectan derechos de incidencia colectiva, *mutatis mutandis* el procedimiento ha de ser el mismo: la audiencia pública, pues este principio de audiencia previa tiene tanta antigüedad como el hombre, pues junto con el de la justicia natural eran de aplicación indispensable en materia de procedimiento administrativo, siendo el segundo de tales principios aquél que imponía no condenar sin oír a la parte”.<sup>11</sup>

La necesidad del respeto al principio de la defensa individual o colectiva, previo a las decisiones que se adopten, implica que, una sanción en contra de una persona, sin darle audiencia para formular sus descargos y otorgarle una razonable oportunidad para producir la prueba que eventualmente pudiera ofrecer, conlleva la violación del principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio que debe ser respetado estrictamente porque si no, se deja al sancionado en un estado de indefensión total, tornando la decisión arbitraria e ilegal, por lo que se puede atacar por vía de recurso de amparo.

---

<sup>11</sup>Ibíd. Pág. 39.



### 2.3. El principio de defensa como criterio de eficacia administrativa

El principio cardinal del procedimiento administrativo, como de cualquier otro procedimiento a través del cual se haya de ejercer poder sobre un individuo o grupo de individuos es el del debido proceso o procedimiento leal y justo, esto se aplica no solamente a la actuación de los órganos del Estado y a los que ejercen poder económico sino también en relaciones entre simples particulares.

“Tanto de la sustancia de la justicia reposa en un justo procedimiento. Este principio es obvio en cualquier procedimiento ante un tribunal de justicia; debiera ser igualmente evidente en un procedimiento administrativo, pero de hecho no siempre lo es en realidad. Cualquier estudiante de derecho o de administración estará de acuerdo en que el derecho a ser oído cuando se va a tomar una decisión que afecta los derechos de una persona es tanto una regla de buena administración como de buena decisión judicial, por lo que no se debe concebir una decisión administrativa sea tomada de otra manera”.<sup>12</sup>

El principio de oír al interesado y al público antes de decidir algo que los va a afectar no es solamente un principio de justicia es también un importante criterio de eficacia política y administrativa, hasta de buenas relaciones públicas y buenas maneras e incluso un deber ético, pues un gobierno que se preocupe por su imagen en la opinión pública y por sus electores, haría bien en no maltratarlos privándoles de la audiencia previa a la decisión; además, ayuda a una mejor administración y a una decisión más justa.

---

<sup>12</sup> *Ibíd.* Pág. 40.



El principio de defensa se mantiene incluso cuando los hechos sobre los cuales debe decidirse parecen absolutamente claros y la prueba existente sea contundente y unívoca, porque si la administración tiene en cuenta no solamente razones o motivos de legitimidad, sino también motivos de oportunidad, mérito o conveniencia e interés público como suma de intereses individuales coincidentes, incluso en el más claro de los casos, aporta siempre más elementos de juicio a tener en cuenta para el juzgamiento del mérito u oportunidad del acto y su grado de satisfacción del interés público comprometido.

“El principio de la defensa es frecuentemente olvidado en el ámbito administrativo, también, por qué no decirlo, en el judicial, donde hay jueces y salas que rechazan acciones *in limine litis*, justamente donde nunca debe serlo, precisamente porque la decisión administrativa, a diferencia de la judicial, no sólo debe tener en cuenta la solución normativa del caso, sino también los criterios ya mencionados de oportunidad, conveniencia, interés público, entre otros”.<sup>13</sup>

Si en el ámbito judicial, donde solamente se juzgan los hechos y su encuadre normativo, no se concibe una decisión tomada sin oír a los interesados, mucho menos se puede concebir una decisión tomada de esa manera cuando además de la legitimidad del acto ha de evaluarse, indispensablemente, su mérito y conformidad al interés público.

Si el Estado adopta como una de sus finalidades fundamentales la satisfacción del interés público, a veces la realización del bienestar de los ciudadanos no es coherente

---

<sup>13</sup> Arguedas, Ana Cecilia. **El procedimiento administrativo**. Pág. 48.



que en la resolución de los casos concretos pretenda olvidar esos postulados de interés público y decidir en cambio según la pura letra de la norma legal o reglamentaria, con olvido de los principios superiores de orden constitucional.

Se trata de exponer que no puede dejar de tener en cuenta, positiva o negativamente, lo que cada individuo y asociación o grupo de individuos tenga que decir y probar, no sólo sobre sus derechos e intereses o derechos de incidencia colectiva desde el punto de vista legal, sino también, si así lo desean, sobre las razones oportunidad, humanidad, justicia o lo que a su entender sea pertinente sobre el caso, por lo que el cumplimiento del principio de la audiencia por parte de la administración le es casi más imperativo a ella, pues sirve para legitimar sus actuaciones.

#### **2.4. El principio de procedimiento administrativo leal y justo**

Un procedimiento leal y justo en el que se respete integralmente el derecho de los individuos y grupos a ser oídos y a producir prueba, así como controlar la producida por la administración, sirve también a un criterio de eficacia política y de legitimidad de ejercicio del poder, puesto que ninguna clase de gente se beneficia más a la larga de una justa administración que los administrados mismos.

En efecto, es bien evidente que una gran parte del descontento de un pueblo con su gobierno, cualquiera que éste sea, nace no solamente de las grandes líneas o acciones políticas que él emprenda, sino también de las pequeñas pero numerosas injusticias que



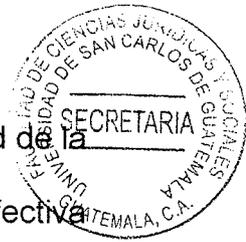
a diario se cometen a través del aparato administrativo, por acción u omisión, por que el descontento por el trato descortés, por el procedimiento injusto, originado en una tramitación por el control del servicio eléctrico, telefónico, de aguas, de transportes o por la modificación de la tarifa o las condiciones del servicio sin audiencia pública, se torna fácil y rápidamente en descontento contra el gobierno, cualquiera sea su signo.

Un gobierno que pudiera operar con un aparato administrativo que no cometiera estas innecesarias injusticias de trato, que asegurara un procedimiento leal y respetuoso, que garantizara en todo momento un efectivo derecho a ser oído, a discutir los actos administrativos en todo nivel, a tratar de probar lo contrario de lo sostenido por el funcionario o el concesionario y que eliminara así esta enorme cuota de fricciones e insatisfacción, seguramente vería que la aprobación de los gobernados se le brinda con mucha mayor facilidad y le permite en último análisis cumplir con mayor eficacia los objetivos que se haya trazado.

Un gobierno que se gana el descontento con esas pequeñeces, por no corregirlas, es un gobierno signado por el destino común de sufrir al mediano plazo la frialdad y la oposición de los gobernados.

## **2.5. Elementos de la garantía de la defensa**

La defensa es sustancial e inexcusable, por lo que debe practicarse de oficio, aunque el interesado no lo solicite o alegue, aunque no ha de transformarse en una mera ritualidad,



rutinaria y externa o en una apariencia formal de defensa ni en la mera formalidad de la citación de los litigantes, pues la misma consiste en la posibilidad de su efectiva participación útil en el procedimiento; estas advertencias señalan la existencia de una resistencia al cumplimiento efectivo de la garantía, sea violando el deber de citación y audiencia, sea dando los pasos formales que se le requieren, pero prestando oídos sordos a lo alegado y probado.

“El derecho a ser oído es un derecho transitivo, que requiere alguien que quiera escuchar para poder ser real y efectivo: Tener presente esta última gran dificultad para la plena vigencia de esta garantía ha de hacernos extremar el cuidado para que se cumplimenten todas y cada una de sus etapas y aspectos. Además, podrá observarse que, en cada uno de los aspectos de esta garantía, desde el tener acceso a las actuaciones, presentar sus alegaciones, producir prueba, entre otros, se insiste en que ellos deben ser respetados desde antes de tomarse la decisión que puede afectar los derechos del individuo o grupos de individuos”.<sup>14</sup>

Este derecho a ser escuchado tiene significativa importancia no sólo para una más eficaz defensa de los interesados, sino también como un modo de poner mayor énfasis en los controles preventivos que en los represivos, lo cual confiere mayor eficacia y economía procesal a todo el procedimiento administrativo, en donde el derecho de los interesados al debido proceso adjetivo comprende la posibilidad de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la resolución final sobre los actos demandados.

---

<sup>14</sup> **Ibíd.** Pág. 49.



## 2.6. Etapas del procedimiento administrativo

Desde la óptica del administrado, la suspensión de los efectos del acto administrativo encuentra su reconocimiento normativo en la ley, por lo que se considera como primer acto inicial de un procedimiento administrativo la imposición de medidas cautelares con la finalidad de proteger el estado en que queda la actividad administrativa impugnada, aunque estas medidas que puede adoptar la administración pública dentro de un procedimiento administrativo son relativamente nuevas, supone una necesidad y, consecuentemente, un fin.

En el caso concreto de la administración pública el fin que persigue el procedimiento administrativo es la búsqueda de la verdad real y si para alcanzar tal objetivo se requiere modificar, temporalmente, alguna o algunas situaciones jurídicas de las partes de aquel procedimiento, ello se revela como una necesidad atinente al fin; pero, para evitar que se convierta en una medida de sanción anticipada o que no sea, en la realidad, una decisión que tienda efectivamente a resguardar el objeto del procedimiento, se le reviste de una serie de requisitos al momento de su adopción.

Posteriormente de asegurar la actividad administrativa para que no se modifique su situación, viene la investigación preliminar, la cual se lleva previo al inicio del procedimiento administrativo, con la finalidad de recopilar documentos o se preparen informes, con el objetivo básico de establecer la procedencia de iniciar el respectivo procedimiento, o bien para identificar a las partes a partir de determinados hechos.



La realización de esta etapa de investigación preliminar puede permitir a la administración pública tomar una decisión mejor fundamentada en torno a si inicia o no un procedimiento administrativo y de ahí su importancia; eso sí, si del resultado de la investigación se ordena la apertura del procedimiento es necesario que el resultado de ese trabajo se ponga en conocimiento dentro del procedimiento administrativo como parte de la evidencia que los interesados podrán entonces examinar y valorar.

“En este sentido, los informes de auditoría se revelan como ejemplos típicos de esta fase preliminar. Dicha investigación constituye una fase preliminar que servirá como base del procedimiento ordinario; su inicio constituye una facultad del órgano administrativo competente, a fin de determinar si existe mérito o no para iniciar un proceso que tienda a averiguar la verdad real de los hechos objeto de investigación”.<sup>15</sup>

Dicho resumidamente, la indagación previa es correcta y pertinente, en tanto necesaria para reunir los elementos de juicio apropiados para descartar o confirmar la necesidad del procedimiento formal o bien para permitir su correcta sustanciación; por ejemplo, cuando se deba identificar a quienes figurarán como accionados en el proceso, o recabar la prueba pertinente para la formulación de cargos que se deberán intimar.

En el procedimiento administrativo, después de la investigación previa se toma la decisión comenzar el mismo con motivo de la denuncia o petición de un particular o como producto de una decisión oficiosa de la administración pública; no obstante, dependerá

---

<sup>15</sup> García, Francisco. **Instituciones del derecho administrativo**. Pág. 41.



del procedimiento de que se trate y de la concreta situación jurídica en que se encuentre el administrado respecto a su eventual objeto y finalidad.; asimismo, es preciso, que el órgano competente para dictar el acto final proceda a tomar la decisión de iniciar el procedimiento y designar al órgano director encargado de tramitar el desarrollo del mismo, invistiéndolo de manera formal de las facultades necesarias para que posea la competencia y capacidad jurídica requeridas para dar validez a sus actuaciones.

“Interesa diferenciar entre la decisión de inicio y el inicio del procedimiento, ya que éste último se produce, no con la designación del órgano instructor, porque éste es un acto interno sin efectos en la esfera de los administrados, sino cuando el órgano designado así lo decreta, convocando a las partes a una comparecencia oral y privada enumerando brevemente y poniendo a disposición la documentación que obre en su poder, previniéndoles que aporten toda la prueba antes o durante la comparecencia”.<sup>16</sup>

Posterior al inicio del procedimiento administrativo, se produce la etapa de audiencia oral y prueba, puesto que la audiencia tiene como finalidad la evacuación de las pruebas, tales como declaración de testigos tanto del administrado como de la administración pública y, por tanto, el administrado y su abogado, si considera pertinente contar con patrocinio letrado, pueden realizar las alegaciones de hecho y de derecho que consideren oportunas; incluso, pueden aportar un escrito solicitando se tenga por incorporado a ese acto, así como la posibilidad de aportar la prueba que respalde sus afirmaciones y la de combatir los argumentos y pruebas de cargo.

---

<sup>16</sup> **Ibíd.** Pág. 42.



La citada audiencia da al interesado la posibilidad de aportar al expediente su versión de los hechos, tanto en la versión fáctica y jurídica que, como elemento de juicio más, resulta en todo caso indispensable para que la autoridad resuelva conociendo los datos o argumentos que legalmente pueda aportar el administrado con la finalidad de contrarrestar una prueba o posición presuntiva que sea adversa.

Por último, ocurre el acto final, el cual sucede luego de finalizada la etapa de la comparecencia, porque el asunto quedará listo para que el órgano decisor dicte el acto final, el cual debe estar debidamente motivado dentro del plazo de ley; dicho acto final deberá ser comunicado al administrado, a fin de que si no está de acuerdo con la decisión tomada, ejerza su derecho de defensa a través de los recursos ordinarios de revocatoria o reposición y el de apelación o el extraordinario de revisión; es importante indicar, que no basta comunicar sólo la parte resolutive del acto final dictado, sino que es preciso comunicar íntegramente su contenido.

Si el procedimiento administrativo se realiza a petición de un particular, el inicio del mismo se cuenta a partir de esa petición y si la decisión de realizar el procedimiento administrativo es de oficio, el plazo se cuenta a partir del momento del dictado de la resolución administrativa por el órgano director que establece el inicio del procedimiento.

No obstante la existencia de plazos legales para llevarse a cabo el procedimiento administrativo, previendo el órgano sancionador que en muchas ocasiones se deben llevar a cabo una serie de actos o actuaciones que se hacen materialmente imposibles

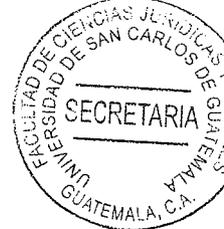


de cumplir suspensión del plazo por fuerza mayor dentro de los plazos que al efecto estipula la ley, podrá prorrogarse por un plazo igual mediante una resolución razonada que debe ser comunicada formalmente al superior y a las partes, antes de que venza el plazo inicial, en esta resolución el órgano director debe describir los motivos por los que no ha podido realizar los actos previstos en el plazo señalado.

Es de hacer notar que existe un deber de la administración pública de resolver dentro de los plazos previstos en la ley, tratando de lograr un máximo de celeridad y eficiencia con respeto al ordenamiento y a los derechos e intereses del administrado. Si ha mediado culpa del servidor en el retardo, cabrá sanción disciplinaria en su contra y, si la culpa es grave, responsabilidad civil ante el administrado y la administración pública.

Tanto en la fase de instrucción, aunque de manera tasada, como con la emisión del acto final, la parte cuenta con una serie de recursos para que la administración pueda revisar lo actuado, como una instancia previa a acudir a los tribunales de la jurisdicción contenciosa administrativa; se trata de un derecho, en el sentido de que siempre debe haber un recurso en sede administrativa para que se revise la decisión que perjudica al administrado; lo que sí debe entenderse es que siempre debe quedar abierta expedita la vía jurisdiccional contra el acto administrativo que pone fin al procedimiento.





## CAPÍTULO III

### 3. El proceso contencioso administrativo

Al hablar de derecho procesal se hace referencia únicamente a las ramas de la ciencia del derecho que estudian las normas que rigen los distintos procesos judiciales, tales como el civil, mercantil, penal o administrativo; respecto al último, es de destacar que modernamente se ha simplificado la denominación y en lugar de hablarse de proceso contencioso administrativo; o sea, contiendas ante la justicia de un particular contra la administración o viceversa, se prefiere designarlo simplemente como proceso administrativo, el cual será estudiado entonces por el derecho procesal administrativo.

#### 3.1. Definición de contencioso administrativo

Etimológicamente, la palabra jurisdicción se forma de *jus* y de *dicere*, aplicar o declarar el derecho, por lo que se dice, *jurisdictio* o *jure dicendo* que significa decir o declarar un derecho; generalmente se habla de jurisdicción al hacer alusión al poder que tiene el Estado de impartir justicia por medio de sus órganos.

“Se puede decir que la jurisdicción es la potestad o poder que otorga el Estado a un órgano jurisdiccional para administrar justicia, en este caso, como lo establece la propia Constitución Política, al tribunal de lo contencioso administrativo con el objeto de impartir justicia en los casos de las contiendas que especifica la ley, puesto que



contencioso es un término que viene de contender que implica pelear, batallar, disputar, debatir. En la jurisdicción contenciosa es esencial que haya contención de parte, que exista controversia, disputa o discusión entre intereses opuestos y que un tercero imparcial e independiente determine el derecho de las partes”.<sup>17</sup>

Este tipo de jurisdicción termina regularmente con un fallo que decide sobre el litigio, controversia o disputa que viene desde el procedimiento administrativo, al emitirse actos que deciden sobre un asunto, esto pueden afectar los derechos e intereses del administrado, quien puede impugnarlos tanto en la esfera administrativa como en la judicial.

Se trata de exponer que mediante la jurisdicción contenciosa administrativa unos órganos jurisdiccionales intervienen para resolver jurídicamente sobre los derechos e intereses que fueron afectados por una decisión de la administración, la cual no fue resuelta favorablemente para el administrado o para el ente administrador, por lo que acuden ante el órgano jurisdiccional para que conozca el asunto y se pronuncie en derecho sobre lo que procede.

“El proceso contencioso administrativo se puede definir como el conjunto de actos procesales coordinados, los cuales poseen sus ritualidades propias, que se adelantan ante la jurisdicción de lo contenciosa con el objeto de controlar el comportamiento de la administración pública en procura de que este busque materializar el interés general,

---

<sup>17</sup> Cabanellas, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**. Pág 469.

restablecer los derechos subjetivos de las personas y salvaguardar el orden jurídico general. Obviamente el proceso contencioso administrativo se surte a través de diferentes tipos de procedimiento de conformidad a su naturaleza”.<sup>18</sup>

El proceso contencioso administrativo se encuentra conceptualizado como un medio de control privativo que los particulares tienen una vez agotada la vía administrativa, para oponerse a los actos de la administración pública cuando las resoluciones ya causaron estado, es decir que se ha agotado la vía administrativa, cuya función es de ser contralor de la juridicidad de la administración pública; es decir, el mismo como consecuencia del nacimiento del derecho administrativo y la necesidad de el particular para que cuente con un medio de control o de defensa para sus derechos, a efecto de impugnar las resoluciones y decisiones de la administración pública.

“Constituye lo contencioso administrativo el conjunto de reglas referentes a la organización de los litigios suscitados por la actividad de la administración pública, porque es de interés público, pues su fin último es la legalidad y moralidad del quehacer administrativo, antes que el derecho subjetivo avasallado o el interés legítimo lesionado del particular que promueve el juicio”.<sup>19</sup>

La necesidad de una jurisdicción contenciosa administrativa eficaz trasciende de la órbita de lo individual y alcanza al ámbito colectivo, porque las infracciones administrativas se muestran realmente no tan sólo como una lesión de las

---

<sup>18</sup> Fernández, Iván. **Derecho procesal administrativo**. Pág. 125.

<sup>19</sup> Acosta Romero, Miguel. **Teoría general del proceso administrativo**. Pág. 68.



situaciones de los administrados, sino como entorpecimiento a la buena y recta administración, de ahí la certeza del aserto de que cuando la jurisdicción contenciosa administrativa anula los actos ilegítimos de la administración pública, no menoscaba su prestigio y eficacia, sino que coopera al mejor desenvolvimiento de las funciones administrativas, afirmando la autoridad pública.

El proceso contencioso administrativo es un verdadero proceso de conocimiento en una instancia cuya función es de ser contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas; la naturaleza jurídica del contencioso administrativo es entonces la de un proceso de conocimiento de única instancia.

### **3.2. Naturaleza del contencioso administrativo**

La correcta calificación de la naturaleza jurídica del proceso contencioso administrativo establecida por la Ley de lo Contencioso Administrativo, obliga a realizar una serie de precisiones, porque en las anteriores leyes se identificó esta acción, no como un proceso, sino como un recurso, por lo que para establecer la naturaleza jurídica es necesario determinar cuál es la esencia del contencioso administrativo, si constituye una figura autónoma, si tiene características propias que lo hacen diferente de un recurso y, a la vez diferente de los procesos que se siguen ante los restantes órdenes jurisdiccionales.



“Con el objeto de dilucidar si la facultad oficiosa que tiene el juez para practicar pruebas de oficio debe obedecer a ciertos límites o, por el contrario, debe ser ilimitada en procura de obtener la verdad, es necesario en primer lugar indagar qué se entiende por esta última. Dice la doctrina que la verdad como propiedad de ser verdadero, no puede predicarse directamente de objetos o de hechos, sino de enunciados descriptivos o de creencias. La verdad es una propiedad de enunciados o de creencias, que tienen como función transmitir información acerca de la realidad”.<sup>20</sup>

Siguiendo con este orden de ideas, la verdad, entonces, dentro de la dinámica judicial, no es la correspondencia de los hechos con lo que realmente sucedió sino la correspondencia de los hechos con lo que se describe por parte del demandante o del demandado; tal situación pone al juez en un interregno que no lo puede desequilibrar; es decir, él debe abordar la versión de los hechos con absoluta imparcialidad, en caso contrario, si da por sentada una de las dos verdades planteadas, sencillamente su dirección del proceso irá dirigida a sacar a flote dicha verdad.

A pesar de lo explicado, es menester señalar que la capacidad oficiosa que tiene el juez para decretar pruebas en el contencioso administrativo, solo opera para dilucidar puntos oscuros o dudosos cuya presencia puede generar sentencias inhibitorias o nulidades procesales; por tanto, por ningún motivo se pueden decretar pruebas que desequilibren la balanza entre demandante y demandado porque se desnaturalizaría el equilibrio de la contienda y el administrador de justicia, operaría violentando el debido proceso de la

---

<sup>20</sup> **Ibíd.** Pág. 69.



parte vencida en juicio gracias a la ayuda probatoria que le brindó al vencedor, con lo cual se viola la imparcialidad del juzgador.

En procesos contenciosos administrativos, el juez no puede adoptar decisiones que no estén fundadas en las pruebas debidamente allegadas al proceso, ni le corresponde descargar a las partes de sus deberes probatorios; así también, se estarían vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del interviniente que resulte afectado al no cumplirse con la imparcialidad del juez.

Si bien es cierto que el juez debe cumplir un papel activo dentro del trámite procesal, pues a este le corresponde dirigir el proceso, no es menos cierto que debe actuar de conformidad con los límites y procedimientos señalados en la ley; otro caso es decretar medios de convicción para desvirtuar las excepciones presentadas en la contestación de la demanda, pruebas que en la práctica deben ser pedidas en el escrito de alegatos dado que en materia contencioso administrativo no existe traslado de excepciones y, por ende, la contradicción de las excepciones se materializa en la etapa para alegar.

Al interior del proceso contencioso administrativo, las partes se ubican en un plano de igualdad y aunque se trate de la acción de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, donde está en juego la presunción de legalidad de los actos administrativos, tal presunción solo invierte la carga de la prueba, la cual queda en cabeza del particular, empero, la administración deberá defender su legalidad, sin tener ninguna atribución o prerrogativa especial de carácter procesal.



“El juez de lo contencioso administrativo debe tener en cuenta que las fallas procedimentales que no impliquen vulneración al debido proceso de las partes deberán subsanarse a través de los mecanismos jurídicos del caso; por ejemplo, no se deben rechazar demandas por indebida acumulación de pretensiones, simplemente se inadmiten y se da el término de ley para que se corrijan o se acumulen conforme a las reglas procesales. De igual manera, los autos manifiestamente ilegales no atan al juez, toda vez que en virtud del mismo se puede dejar sin efectos providencias judiciales que contrarían de manera ostensible el ordenamiento jurídico<sup>21</sup>.”

Teniendo en cuenta los elementos citados, se entiende que el tribunal de lo contencioso administrativo pertenece a la jurisdicción privativa, porque a la jurisdicción contenciosa se le caracteriza primordialmente por la existencia del contradictorio; o sea, la disputa sobre partes sobre determinando asunto, cuya resolución se persigue mediante la actividad de órganos estatales, por lo que la jurisdicción es privativa en cuanto sustancia un proceso especial. Debe aclararse que, aunque se expongan diferentes clases de jurisdicción, esta es una, como una es la función jurisdiccional del Estado, por lo que también es de naturaleza pública.

### **3.3. El contencioso administrativo como un sistema de justicia administrativa**

Una de las tendencias generales del desarrollo de la justicia administrativa ha sido la de su progresiva transformación; de estar a cargo de una jurisdicción concebida,

---

<sup>21</sup> Arboleda, Enrique. **Proceso contencioso administrativo**. Pág. 20.

inicialmente, solo para juzgar la legalidad de los actos administrativos, a ser una jurisdicción universal resultado de la universalidad de la jurisdicción, que tiene a su cargo asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos e intereses legítimos o colectivos de las personas frente a cualquier comportamiento ilícito en las actuaciones de la administración pública, en procesos judiciales que dejaron de ser objetivos y están caracterizados por su subjetividad.

Es por eso que ya no se considera que el proceso tenga por objeto exclusivo, como ocurría conforme al dogma revisor, el examen de la legalidad objetiva de esa actividad jurídica previa o acto o disposición administrativa, sino que se convierte en un mecanismo de tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos, lo cual implica que constituye un mecanismo de defensa de esos derechos e intereses y no, solo un simple mecanismo de la revisión del acto o disposición, sino que opera ya no sólo contra una actividad jurídica previa dictada en el marco de un procedimiento, sino contra toda actuación administrativa capaz de lesionar esos derechos e intereses”.<sup>22</sup>

En esta forma puede decirse que, en relación con los particulares y los ciudadanos, la regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa, al facilitar el control judicial de la actividad administrativa y en particular de los actos administrativos, viene a ser una manifestación específica del derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses frente a la Administración, siendo la consecuencia, es que la jurisdicción contencioso-administrativa se configura constitucional y legalmente

---

<sup>22</sup> Sendin, Miguel Ángel. **La jurisdicción contencioso-administrativa**. Pág. 36.



como un instrumento procesal para la protección de los administrados frente a la administración pública y no como un mecanismo de protección de esta.

Esta instrumentación procesal atribuya a los órganos de la jurisdicción administrativa, competencia para conocer de las demandas que pueda intentar la administración pública contra particulares o de las demandas entre personas de derecho público, lo que convierte a la jurisdicción, en cierta forma, como el fuero de la administración estatal; sin embargo, en el primer aspecto, del control de la administración pública a instancia de los administrados, tratándose de una manifestación de un derecho fundamental a dicho control, en la relación entre privilegios estatales, por una parte, y derechos y libertades ciudadanas, por la otra, este último elemento es el que debe prevalecer.

“Esta ampliación de la jurisdicción administrativa le asigna al juez de lo contencioso-administrativo de amplísimos poderes de tutela, no sólo de la legalidad objetiva que debe siempre ser respetada por la administración pública, sino de las diversas situaciones jurídicas subjetivas que pueden tener los particulares en relación con la administración pública. De allí que el contencioso-administrativo, no sea solamente un proceso a los actos administrativos, sino que está concebido como un sistema de justicia para la tutela de los derechos subjetivos y de los intereses de los administrados”.<sup>23</sup>

Por tanto, no se concibe el contencioso-administrativo solo como un proceso de protección a la legalidad objetiva, sino de tutela de los derechos e intereses de los

---

<sup>23</sup> **Ibíd.** Pág. 37.



recurrentes frente a la administración pública; por ello, el juez contencioso-administrativo de acuerdo a los propios términos legales tiene competencia no solo para anular los actos administrativos contrarios a derecho, sino para condenar a la administración pública al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la misma y para disponer el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la autoridad administrativa

En la expresión situaciones jurídicas subjetivas no solo se encuentra el clásico derecho subjetivo, sino los derechos constitucionales y los propios intereses legítimos, personales y directos de los ciudadanos, así como los reclamos derivados de la prestación de servicios públicos y todo ello sin que el elemento esencial que caracteriza a la jurisdicción contencioso administrativa, de ser el medio por excelencia para asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los particulares frente a la administración, pueda verse relegado por las demandas que la administración pública puede intentar contra los particulares o de las demandas intergubernamentales.

Los procesos contencioso administrativos regulados son básicamente el de anulación de actos administrativos; el denominado de plena jurisdicción, contra actos de efectos particulares; el de las demandas de plena jurisdicción e indemnización directa; el de impugnación de actos administrativos dictados en función jurisdiccional en vía gubernativa; el de protección de los derechos humanos; el de interpretación; el de apreciación de validez de los actos administrativos y el contencioso por la prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos.



“La tradicional idea de que el interés personal, legítimo y directo era solo una situación jurídica procesal para impugnar actos administrativos y de que la pretensión de condena solo correspondía a los titulares de derechos subjetivos, puede decirse que con estas previsiones ha quedado superada, resultando por tanto que dentro de las situaciones jurídicas subjetivas sustantivas, además del tradicional derecho subjetivo, también cabe ubicar los intereses legítimos, y éstos, al igual que aquéllos, pueden dar lugar a pretensiones de condena por responsabilidad y a su resarcimiento”.<sup>24</sup>

Todas estas previsiones, por lo demás, han tenido particular repercusión en cuanto a la legitimación activa para intentar las demandas contencioso-administrativas, pudiendo hacerlo no sólo el titular de un derecho subjetivo sino el titular de un interés legítimo, siendo la lesión a éste igualmente resarcible o indemnizable.

#### **3.4. La actuación administrativa y la garantía de la tutela judicial efectiva**

Otra tendencia en el contencioso administrativo como instrumento para garantizar la tutela judicial efectiva en la protección de los derechos e intereses de las personas, ha sido la ampliación del concepto de la administración pública, a los efectos de abarcar no solo las actuaciones de la clásica de la misma integrada en el poder Ejecutivo, sino las emanadas de la administración que se ubica en otras ramas del poder público, tal como el legislativo y el judicial e, incluso, las emanadas de particulares que en alguna forma ejerzan potestades administrativas.

---

<sup>24</sup> **Ibíd.** Pág. 38.



En el presente se define a la administración pública, como la que ejerce el Estado por medio de los órganos de la administración gubernamental del poder Ejecutivo, de acuerdo con sus propias normativas; las instituciones gubernamentales autónomas o descentralizadas y las desconcentradas; las instituciones de creación constitucional y, en general, todas aquéllas que de acuerdo con sus normas reguladoras realicen actividades regidas por el ordenamiento jurídico administrativo y la doctrina jurídica y, en todo caso, cuando ejercieren potestades administrativas.

Además, en el ámbito de lo contencioso administrativo se incluye expresamente a los reclamos que los administrados formulen en contra de las actuaciones de la administración pública concedente, relativos a la fiscalización y control de las actividades de los concesionarios de los servicios públicos, siempre que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a ellos, así como en contra de las actuaciones de los propios concesionarios en cuanto implicaren el ejercicio de potestades administrativas delegadas.

“Están sujetos al control de la jurisdicción contenciosa administrativa, los órganos que componen la administración pública; los órganos que ejercen el poder público, en sus diferentes manifestaciones, en cualquier ámbito territorial o institucional; los institutos autónomos, corporaciones, fundaciones, sociedades, empresas, asociaciones y otras formas orgánicas o asociativas de derecho público o privado donde el Estado tenga participación decisiva”.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Ivanega, Miriam. **Control judicial de la administración pública**. Pág. 18.

Como se aprecia, en la definición de lo que se entenderá por administración pública se incluye a las entidades prestadoras de servicios públicos en su actividad prestacional y cualquier sujeto que dicte actos de autoridad o actúe en función administrativa, por lo que con estas previsiones queda, definitivamente, fuera de toda duda que están sujetos a control contencioso administrativo las actuaciones y los actos administrativos emanados de órganos y entes que no forman parte de la administración pública y descentralizada, y que integran los otros poderes públicos.

En el proceso de ampliación del ámbito de la jurisdicción contenciosa administrativa para asegurar la tutela judicial efectiva frente a la administración pública, se debe destacar que se ha venido incorporando en diferentes jurisprudencias, la competencia de los tribunales de la misma para controlar también las actuaciones realizadas por los particulares, como lo indica la Ley Orgánica de Venezuela, cuando “dicten actos de autoridad o actúe en función administrativa”

“Así, también, por ejemplo, la ley peruana sujeta a control contencioso administrativo, a las personas jurídicas bajo el régimen de derecho privado que presten servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado. En Costa Rica, la ley de la jurisdicción dispone que la jurisdicción contencioso-administrativa y civil también conocerá de las conductas o relaciones regidas por el derecho público, aunque provengan de personas privadas o sean estas sus partes concesionarias de la administración pública”.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> **Ibíd.** Pág. 19.



El desarrollo y garantía que en los últimos años ha tenido el derecho constitucional de acceso a la justicia, consagrado en la mayoría de las constituciones democráticas ha tenido importantes repercusiones en el ámbito contencioso administrativo, que han terminado conduciendo al abandono o flexibilización progresivos de las tradicionales condiciones de admisibilidad de las acciones contencioso-administrativas; en particular, las desarrolladas legislativamente en los casos de las acciones de nulidad contra los actos administrativos, y respecto de la legitimación activa y el agotamiento de la vía administrativa para hacer uso de la jurisdicción contenciosa.

En efecto, respecto de la legitimación activa en materia de acciones de nulidad contra los actos administrativos, desde hace unos lustros, ya se encontraba una distinción en materia de acceso a la jurisdicción administrativa según el objeto del recurso de nulidad; si se trataba de actos de efectos generales, disposiciones administrativas generales o reglamentos, la legitimación era la propia del simple interés a la legalidad.

Se trataba, en definitiva, de una acción popular abierta a cualquier interesado para velar por la legalidad o constitucionalidad de los actos de efectos generales; es el caso de otorgar legitimación a cualquier persona, donde la acción de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales se configura como una típica acción popular que puede intentarse por cualquier persona con el simple interés en la legalidad.

Es por eso que en el presente es aceptable que toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de



carácter general, porque no puede confundirse la legitimación por simple interés legítimo que exige la Constitución Política con la denominada acción popular; en esta última, en los casos en que la ley la acuerde, al particular deberá admitírsele la interposición del recurso con independencia de que pueda ostentar un derecho o interés lesionado, porque el fundamento de la acción popular es la voluntad del legislador, por lo que sólo procede en los casos en que éste la admita.

En cuanto a la impugnación de los actos administrativos individuales o de efectos particulares, el principio general en la mayoría de las legislaciones democráticas es que el impugnante debe tener un derecho subjetivo o interés personal, legítimo y directo para demandar la nulidad, lo cual comenzó a nivel jurisprudencial, considerando que dicha condición resultaba incompatible con los principios de acceso a la justicia, al menos por lo que respecta a la exigencia de que el interés legitimador fuera personal y directo, por lo que debe considerarse suficiente con que el interés alegado sea legítimo.

Ahora bien, en cuanto a las demandas contencioso-administrativas con contenido patrimonial, la situación es otra ya que en esta materia sí se establece como causal de inadmisibilidad de las mismas, los casos en los cuales se produzca el incumplimiento del procedimiento administrativo previo a las demandas contra el Estado o contra los órganos o entes del poder público a los cuales la ley les atribuye tal prerrogativa; en esos casos, aplica el procedimiento administrativo previo a las demandas patrimoniales, por lo que los funcionarios judiciales deben declarar inadmisibles las acciones, sin que se acredite el cumplimiento de las formalidades del procedimiento administrativo previo.



Conforme a este procedimiento, quienes pretendan instaurar demandas de contenido patrimonial deben manifestarlo previamente por escrito al órgano al cual corresponda el asunto y exponer concretamente sus pretensiones en el caso; teniendo el órgano respectivo la obligación de formar el expediente correspondiente, el cual debe remitir al órgano que actúa en representación del Estado, para que el mismo formule y remita su opinión jurídica, que debe carácter vinculante, sobre la procedencia o no de la reclamación presentada por los particulares.

Una vez que la decisión de la administración pública se comunica al administrado éste debe manifestar ante la misma si acoge o no la decisión notificada, y solo en caso de desacuerdo, es que entonces queda facultado para acudir a la vía judicial contencioso administrativa; igualmente, al interesado puede acudir a esa vía, en caso de ausencia de oportuna respuesta, por parte de la administración, dentro del plazo legal establecido, puesto que la finalidad del contencioso administrativo es garantizar la legalidad de los actos de la administración pública.

Como se aprecia, toda la doctrina del contencioso administrativo tradicional ha sido estructurada como parte del derecho administrativo tradicional y como tal adolece de sus mismos vicios clásicos, tales como la desmedida atribución de facultades a la administración, limitación extrema de la revisión jurisdiccional de sus actos, autoritarismo, entre otros, lo que manifiesta en una larga serie de principios y teorías de la más diversa naturaleza, pero de igual filiación, tal el caso de la teoría de los actos de gobierno, de los actos discrecionales y de la discrecionalidad técnica, entre otras.



Todos estos conceptos teñidos de autoritarismo y de negación de la división de los poderes y por lo tanto en último análisis de negación de la libertad humana, están hoy en día para gran parte de la doctrina consciente del trasfondo político del tema, en crisis; así como se habla, en los temas particulares, de crisis de la noción de poder de policía, de la supresión de la teoría de los actos de gobierno, de la eliminación de la discrecionalidad técnica, de la negación de las facultades jurisdiccionales de la administración, todo en frontal oposición a las doctrinas antiguas; también ha llegado a plantearse, como era necesario, la crisis del contencioso-administrativo.

Sin embargo, siempre ha sido más lenta y difícil la lucha por conseguir las libertades que el proceso de perderlas y así es como el que la doctrina señale la crisis actual del contencioso-administrativo y destaque que ni siquiera cabe emplear tal denominación, sino de derecho procesal administrativo, no ha sido suficiente para que se abandone completamente la orientación antigua y se tome la presente.

Ahora se reconoce como derecho procesal administrativo, parte del derecho procesal que se refiere a contiendas de derecho administrativo, pero derecho procesal al fin, no alcanza a tener la fuerza de principios y convicciones propias, puesto que tributario mental del derecho administrativo antes que del derecho procesal, busca las soluciones a sus dudas en el viejo contencioso administrativo y no en el derecho procesal y por ello se va estructurando insensiblemente sobre los mismos moldes clásicos de aquél; uno de los más perjudiciales errores en que se puede incurrir en esta materia es no advertir que toda la teoría del contencioso-administrativo debe ser actualizada constantemente.



En particular, debe advertirse que, si bien existe la acción ordinaria contra la administración pública y algunos recursos especiales contra ciertos actos administrativos, ambos se asemejan en todo en el orden nacional equivalente alguno al recurso de ilegitimidad o de anulación; lo importante del error es que por no advertirlo pueden a veces aplicarse, al procedimiento que existe, semejante en todo caso al de plena jurisdicción, principios del que no existe ninguna relación con el proceso contencioso administrativo, el cual no es un recurso sino un proceso judicial.



## CAPÍTULO IV

### **4. Otorgamiento de providencias precautorias en lo contencioso administrativo en Guatemala y el derecho de igualdad del actor**

La Constitución Política de la República de Guatemala, garantiza a todas las personas que habitan Guatemala, sin importar su credo, raza, color, etnia o estatus social o nacionalidad el acceso al aparato judicial del país, garantizándole así su derecho de defensa y su derecho de acción.

Dicho acceso a la justicia es un derecho humano básico, garantizado y encuadrado como garantía constitucional e individual de las personas, siendo el Estado el que tiene el deber de velar porque este derecho de acceso a la justicia se cumpla a la mayor amplitud posible dentro de sus recursos propios, garantizando a toda la población que sean atendidos y encontrar una solución a sus problemas jurídicos.

#### **4.1. El proceso contencioso administrativo en Guatemala**

El proceso contencioso administrativo se encuentra regulado en el Decreto 119-96 del Congreso de la República, Ley de lo Contencioso Administrativo, en donde se plantea que el plazo para el planteamiento de la demanda contenciosa administrativa, es de tres meses improrrogables, contados a partir del día siguiente en que se realizó la última notificación de la resolución que concluyó el procedimiento administrativo, del



vencimiento del plazo en que la administración debió resolver en definitiva o de la fecha del Acuerdo Gubernativo que declaró lesivo el acto o resolución, por lo que a partir de que se vence el plazo se habilita el contencioso administrativo.

Es de hacer saber que en la práctica administrativa, la dependencia cuestionada guarda el expediente durante esos tres meses, en espera de que se interponga el recurso contencioso administrativo, cuando lo procedente es pasar a ejecutar la resolución, hasta que el juez ordena la suspensión de la ejecución, como consecuencia del mismo contencioso administrativo, porque de lo contrario se afecta la continuidad administrativa.

Los sujetos del proceso contencioso administrativo, para que se pueda intervenir en un proceso, se necesita que sean capaces para ser parte de una litis; que dicha persona sea capaz procesalmente de actuar en nombre propio o a través de su representante legal y que la persona se encuentre respecto al objeto de la controversia, en una determinada relación que asegure la eficacia de la decisión del tribunal que se pretenda, por lo que de conformidad con la ley son parte dentro del proceso contencioso administrativo el demandante, el órgano administrativo impugnado, la Procuraduría General de la Nación y terceros interesados.

La parte activa o demandante, es quien promueve el proceso, la cual puede ser un particular cuando se crea afectado por un acto administrativo o excepcionalmente pueden ser las instituciones del Estado, a través de la declaratoria de lesividad;



mientras que el demandado, es el órgano centralizado o la institución descentralizada de la administración pública que haya conocido en el asunto objeto del proceso; la Procuraduría General de la Nación, que de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, tiene a su cargo la función de asesoría y consultaría de las entidades estatales y representar al Estado.

Los terceros que aparecieran como interesados dentro del proceso, los cuales son personas distintas del demandante o actor y el demandando, siendo el fundamento para su intervención en el proceso, que el legislador estimó que deben salvaguardarse y protegerse los derechos de estas personas, lo cuales pueden verse afectados por las sentencias del tribunal de lo contencioso administrativo; además de que, con su intervención, provee al ente jurisdiccional de más elementos de juicio para dictar una sentencia justa, siendo aplicable lo relativo a las tercerías en lo contencioso administrativo, lo regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil.

La Contraloría General de Cuentas también interviene en el contencioso administrativo cuando el proceso se refiera al control o fiscalización de la hacienda pública, a partir que la misma es una institución técnica descentralizada, con funciones fiscalizadora de los ingresos, egresos y en general de todo interés hacendario de los organismos del Estado, los municipios, entidades descentralizadas y autónomas, así como de cualquier persona que reciba fondos del Estado o que haga colectas públicas, por lo que le corresponde además la fiscalización de contratistas de obras públicas y cualquier otra persona.

## 4.2. Principio de igualdad en la adquisición de las pruebas

Aunque en el proceso contencioso administrativo no se regula la figura de la adquisición procesal, se debe señalar que se trata de un elemento que se halla presente en la práctica de los tribunales, de modo que se ha acabado convirtiendo en uno más de los principios inspiradores del proceso; no obstante, no lo ha hecho en la plenitud que una parte de la doctrina viene reclamando desde hace tiempo.

Al respecto, es necesario empezar precisando que se puede entender el principio de adquisición procesal según se le dé una mayor o una menor dimensión; en el primer caso, se configura como aquél que obliga a valorar todas las pruebas practicadas, ya a favor, ya en contra de cualquiera de las partes, con independencia incluso de la voluntad o interés de la parte cuando las aportó.

Es así de que, los resultados de la actividad procesal son comunes para las partes y se consiguen para el proceso, por lo que las pruebas practicadas son del proceso y están destinadas al juez, que puede utilizarlas, prescindiendo de quién las haya producido o aportado, pudiendo valerse de ellas cualquiera de las partes y habilitando al juez para fundar su decisión en la actividad probatoria desenvuelta en su conjunto.

También se puede entender que toda la prueba que ha sido simplemente propuesta, aun sin haber sido todavía practicada, pasa a formar parte ya del proceso, por lo que debería dejar de pertenecer a la esfera dispositiva de las partes y convertirse así en un elemento



más de dicho proceso, entendiendo que el tribunal debe valorar la totalidad de las pruebas practicadas y basarse en todas ellas para dictar sentencia, con independencia del efecto que cada prueba conlleve, en sentido positivo o negativo, beneficioso o perjudicial, para las pretensiones de la parte que en su caso la haya propuesto.

Es más, es perfectamente posible, incluso, que el convencimiento del juzgador acerca de las alegaciones de una de las partes se alcance mediante una prueba propuesta por la otra, ello porque las pruebas aportadas al proceso se desvisten de su procedencia y se incorporan a éste; se trata de una cuestión sobre la que, además, existe consenso en la doctrina; se ha planteado en algún momento si esto debía ser así o si, por el contrario, las pretensiones de cada parte deberían analizarse en relación a sus propias pruebas.

Este planteamiento supondría una extensión extralimitada de la idea inspiradora de la carga de la prueba, aunque, si bien es cierto que cada parte viene obligada a probar sus hechos y alegaciones, correspondiendo de modo general al actor acreditar los hechos constitutivos de su pretensión y al demandante los extintivos, impeditivos o excluyentes, no es menos cierto que, por pura lógica, la acreditación de unos conllevará generalmente el rechazo de los otros; la carga de la prueba para las partes no puede convertirse en una carga de restricción interpretativa para el tribunal que deba valorarla, por cuanto es conocida la necesidad de que la sentencia se dicte valorando la prueba conjuntamente.

Asimismo, la igualdad en la adquisición probatoria, en virtud del cual la prueba preconstituida aportada inicialmente al proceso, la que se está practicando sin haber



concluido su realización y la simplemente admitida sin haber empezado su práctica, puede tener relevancia procesal, esto es, practicarse y/o valorarse, al margen de la renuncia que de la misma efectúe la parte que la propuso.

El principio de aportación de pruebas se basa en la plena libertad de las partes para la proposición y gestión de la prueba, incluyendo lógicamente el derecho a renunciar a su práctica, pero el principio adquisitivo persigue precisamente limitar esa libertad de las partes al pretender que no quepa la libre renuncia a cualquier prueba que haya sido, cuando menos, admitida.

Habiendo dejado suficientemente sentado que el principio de adquisición procesal proyecta plenos efectos sobre la prueba ya practicada e, incluso, sobre la que está en fase de práctica, es evidente que el problema planteado se ciñe a la prueba sólo admitida pero que no ha empezado todavía a practicarse; por ello, las soluciones a adoptar tienen que ver únicamente con dicha prueba, por lo que se puede decir, al respecto, que puede darse la adhesión a los medios de prueba propuestos por la parte adversa.

De igual manera, para la adquisición procesal de la prueba, puede darse una interpretación extensiva, por parte de los tribunales, del principio adquisitivo, así como la modificación de la legislación procesal para permitir a las partes e incluso al tribunal, hacer suyas las pruebas propuestas por la adversa cuando ésta renuncie a su práctica, pues se trata que si la prueba propuesta resulta ser importante para argumentar o decidir sobre el conflicto planteado, no debe haber oposición legal a que las partes la utilicen.



Se trata de establecer que, además de la prueba propuesta por una de las partes, la adhesión a las pruebas propuestas por la contraparte, actuación debe llevarla a cabo el litigante en el momento de la proposición de su propia prueba; esto es, en el acto de la audiencia previa del juicio contencioso administrativo o, en el caso del verbal, en el momento de proposición de pruebas dentro de la vista.

No se trata tanto de actuar sobre la prueba propuesta por el contrario como, preventivamente, proponer como prueba propia aquélla que la adversa proponga; se tratará de una adhesión preventiva a la que, obviamente, la parte adherida podrá renunciar del mismo modo en que a la parte proponente le está permitida la renuncia; por lo que parece evidente que si ambas partes, proponente y adherida, renuncian a la práctica de una prueba, dicha renuncia se deberá al carácter inútil que se le habrá atribuido a la misma con carácter sobrevenido, el resto de la prueba practicada habrá evidenciado que no existe ya necesidad alguna de dicha práctica.

La renuncia a la prueba obedecerá a la lógica con que se entiende que fue concebida originariamente; por lo que no cabe pensar, por puro sentido común, que ambas partes renuncien maliciosamente a la práctica de la misma prueba, por cuanto resulta imposible, o cuando menos sumamente extraño, que dicha renuncia perjudique y beneficie, a la vez y por igual, las posturas de ambas partes; por lo tanto, la renuncia que se produzca en estos casos estará libre de toda sospecha, cabrá entenderla como el carácter innecesario de su práctica, por la distinta situación en que actora y demandada se encuentran frente a la adhesión a la prueba propuesta de contrario.

Evidentemente, la demandada tendrá mucho más fácil adherirse a aquella prueba que, habiendo sido ya propuesta, le pueda parecer relevante; por el contrario, la actora deberá adherirse a una prueba que la demandada no ha propuesto todavía y que, por tanto, no conoce; la actuación es ciertamente extraña, pero es una solución a priori válida. Al fin y al cabo, el carácter extraño de la solución revela la necesidad de evitar el problema *ab initio* y por otra vía, siendo la mejor, sin duda, la modificación legislativa.

“Debe advertirse, con todo, que la solución plantea algunos problemas. En primer lugar, hay voces contrarias a admitir como solución válida esta adhesión preventiva, lo cual redundaría en la necesidad de buscar soluciones más contundentes, la mejor recomendación es que se solicite, como prueba propia, toda aquella que se considere relevante, aunque ello conlleve por ejemplo la duplicidad de testigos; es que las fórmulas genéricas, la coletilla que permita la adhesión preventiva”.<sup>27</sup>

Evidentemente, solicitar la adhesión preventiva sobre la prueba presentada por la otra parte, es una situación más grave para la parte actora, que debería adherirse a pruebas que desconoce que serán propuestas y no a la demandada, que podría identificarlas de forma exacta, siguiendo lo que la actora hubiera manifestado en su acto de proposición.

La adhesión sistemática a las pruebas propuestas de contrario puede plantear dudas en algunas cuestiones que, aun siendo de menor calado, pueden tener también sus efectos en la práctica de los tribunales; por ejemplo, establecer si cabría que la indemnización

---

<sup>27</sup> Valmaña, Antonio. **El principio de adquisición procesal**, Pág. 85.



de los testigos, en estos casos, debiera correr por cuenta de las dos partes, teniendo en cuenta que la práctica procesal es que, cuando varias partes propusieran a un mismo testigo, el importe de la indemnización se prorratearía entre las mismas.

De igual manera, es importante establecer si la parte que inicialmente hubiera renunciado a la práctica de la prueba tiene derecho a repreguntar en caso de que la actora propone la declaración de un testigo y, llegado el momento de su práctica, renuncia a la misma; como la demandada se había adherido a dicha prueba, empieza a formularle las preguntas que estima oportunas.

Es de tener en cuenta que no se trata del turno del llamado interrogatorio cruzado en el interrogatorio de partes o de la repregunta en la declaración de testigos, sino que la parte no inicialmente proponente preguntaría en este caso porque habría hecho suyo a ese testigo, previamente, con su adhesión; por lo tanto, cabría una réplica para la actora en tanto que proponente inicial pero renunciante a la vez, parte adversa respecto a la parte adherida y practicante de la prueba.

Como esta actuación tendría como efecto alterar el orden lógico y previsible de la práctica de la prueba, se podría situar nuevamente ante una posible deslealtad procesal, si bien con un importante elemento que no cabe desmerecer como es que la parte proponente habrá renunciado a la prueba sin saber qué hará posteriormente la otra; por lo tanto, cabría la posibilidad de la doble renuncia y, con ello, la pretendidamente hábil estrategia de en su contra, al quedarse sin posibilidad de practicar la prueba; ponderando todos



estos elementos, lo cierto es que parece poco probable que se asumiera un riesgo tan grande para obtener un beneficio tan incierto.

El principio de adquisición procesal tenía un límite claro, como es el de la prueba practicada, que no podía rebasar; es decir, no se extiende a la sustitución de la legitimación de la parte que la propuso por la contraria a efectos de pedir su práctica en segunda instancia, en los casos permitidos, pues hay que respetar el derecho a la renuncia de la propia prueba, aunque la renuncia sea implícita o tácita.

Permitir que la parte no proponente de la prueba la hiciera suya constituiría posibilitar a un litigante valerse de la prueba que el otro ha introducido al procedimiento; la mayor amenaza que ello supondría sería, en todo caso, contravenir el principio dispositivo, en el sentido de que la renuncia de la parte proponente no tendría el efecto absoluto que el actual marco legislativo le concede, por lo que se debe insistir, sin embargo, en que esa contravención es meramente aparente, porque la extensión del principio adquisitivo a la prueba sólo admitida no supone impedir a la parte proponente que renuncie a su prueba, sino darle a la otra la posibilidad, si lo estima oportuno, de practicar esa prueba.

Mayores problemas plantearía pretender extender esa capacidad de instar la práctica de la prueba por parte del juzgador, siendo evidente que el sistema procesal contencioso administrativo sitúa en la esfera de los litigantes la carga y la posibilidad de la prueba, restringiendo al máximo la capacidad de actuación de oficio por parte del juez, no tiene sentido que pudiera éste tomar la iniciativa de instar la práctica de esa prueba.



#### **4.3. El derecho a la discrecionalidad para otorgar providencias precautorias en el proceso contencioso administrativo viola el derecho de igualdad del actor**

La relación de instrumentalidad que liga la providencia cautelar a la providencia principal puede asumir diversas formas, cuya esquemática reseña puede contribuir a facilitar un criterio para la clasificación sistemática de estas providencias, siendo que puede estar constituido por todas aquellas providencias instruccionales anticipadas, con las cuales, en vista de un posible futuro proceso de cognición, se trata de fijar y de conservar ciertas resultancias probatorias, positivas o negativas, que podrán ser utilizadas después en aquel proceso en el momento oportuno.

Normalmente tales providencias precautorias se adoptan en el curso del proceso ordinario y forman parte del mismo; pero cuando, antes de que el proceso se inicie, existe motivo para temer que, si esa providencia tardase, sus resultados podrían ser menos eficaces, ésta puede ser provocada inmediatamente a través de un procedimiento autónomo, que trata de prevenir el *periculum in mora* inherente al procedimiento contencioso administrativo.

Las providencias cautelares encaminadas a fijar las pruebas que facilitarán la formación de una futura providencia de cognición, se pueden clasificar en un segundo grupo las providencias que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que puedan ser objeto de la misma; por eso tales providencias no son nunca fines en sí mismas, pues dado que su única finalidad



es la de fijar un anticipo y la de tener en reserva para el porvenir, como materiales brutos destinados a una construcción todavía en proyecto, elementos destinados a la formación de una providencia de cognición, futura y eventual.

A partir de esta formación futura, la utilidad práctica de las providencias cautelares se manifestará solamente cuando surja la controversia que haga necesaria tal cognición; a falta de la cual, estas providencias quedarán inutilizadas, como todas las precauciones adoptadas en vista de un peligro al cual no sigue el evento temido; es por eso que el carácter puramente instrumental de las providencias instructorias anticipadas, sobre el que hasta ahora se ha discurrido, no tiene necesidad de comentario amplio.

Estas providencias, al determinar preventivamente la adquisición de un dato probatorio, positivo o negativo, que podrá ser utilizado como premisa lógica de una futura providencia de cognición, contribuyen al mejor éxito práctico de ésta, en cuanto el exacto y completo conocimiento de los hechos de la causa que sirven para lograr un buen juicio.

El carácter instrumental de estas providencias, en cuanto sirven de aseguramiento de la futura ejecución forzada, aparece también en el derecho en forma tanto más evidente en cuanto los varios tipos de medidas cautelares comprendidos en este grupo corresponden con preciso paralelismo a otros tantos tipos de procedimiento ejecutivo, de los que la providencia cautelar constituye, por así decir, el anuncio y la vanguardia; por lo que el interesado en proponer la demanda en lo contencioso administrativo, podría esperar el proceso ordinario para hacerlas valer, en vía incidental, durante el curso del proceso.



En el Artículo 34 de la Ley de lo Contencioso administrativo se regulan las providencias precautorias, planteando que el actor podrá solicitar providencias precautorias urgentes o indispensables, ante lo cual el tribunal resolverá discrecionalmente sobre las mismas en la resolución que admita para su trámite la demanda; en la resolución de trámite de esta se emplazará al órgano administrativo o institución descentralizada demandado, a la Procuraduría General de la Nación, a las personas que aparezcan con interés en el expediente y, cuando el proceso se refiera al control y fiscalización de la hacienda pública, también a la Contraloría General de Cuentas.

Las providencias precautorias pueden llevarse a cabo como actos prejudiciales; es decir actos efectuados antes de iniciar el juicio respectivo o como actos ejecutados iniciado el juicio respectivo; también es conveniente resaltar que si se presenta la providencia luego de haberse iniciado el juicio, ésta deberá sustanciarse por cuerda separada y conocerá de ella el juez que conozca del negocio principal.

Para conocer de las providencias precautorias, son competentes los jueces que lo sean para conocer del negocio en lo principal, excepto en casos de urgencia, en los cuales puede considerarse competente también el juez del lugar donde se encuentre el demandado o la cosa que deba asegurarse; asimismo, para los actos prejudiciales, es competente el juez que lo fuere para el negocio principal; si se tratare de providencia precautoria lo será también, en caso de urgencia, el juez del lugar en donde se hallen el demandado o la cosa que debe ser asegurada, con la finalidad de garantizar que exista protección judicial de quien puede ser afectado en el juicio.





## CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Las providencias precautorias discrecionales en lo contencioso administrativo en Guatemala violan el derecho de defensa de la parte demandada, puesto que la sala de lo contencioso las decide sin darle audiencia a la misma ni el derecho a argumentar sus fundamentos para oponerse a que se dicten esas providencias, lo cual determina una grave violación al principio de defensa.

Para evitar que se continúe violando el derecho de la parte demandada a partir de la discrecionalidad que tienen las salas de lo contencioso administrativo de dictar providencias cautelares urgentes o indispensables solicitadas por el actor, el Congreso de la República, a través de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales debe promover la reforma del Artículo 34 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, para que se notifique a la parte demandada de la solicitud de providencias cautelares por parte del actor, para que se pronuncie sobre ellas y luego decida si las otorga o no.





## BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel. **Teoría general del proceso administrativo**. Argentina: Ed. Ediar, 1991.
- ARBOLEDA, Enrique. **Proceso contencioso administrativo**. Argentina: Ed. Ediar, 1961.
- ARGUEDAS, Ana Cecilia. **El procedimiento administrativo**. Argentina: Ed. Cono Sur, 2005.
- BALLBÉ, Manuel. **La función administrativa**. Argentina, 2000.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. 14<sup>ba</sup> ed; Argentina: Ed. Heliasta, 1987.
- CALDERÓN MORALES, Hugo. **Derecho administrativo**. Guatemala: F&G Editores, 1999.
- FERNÁNDEZ, Iván. **Derecho procesal administrativo**. Argentina: Ed. Depalma, 2004.
- GARCÍA, Francisco. **Instituciones del derecho administrativo**. Argentina: Ed. Tecnos, S.A., 2012.
- GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. México: Ed. UNAM, 2010.
- IVANEGA, Miriam. **Control judicial de la administración pública**. España: Ed. Civitas, 2005.
- MUNCH GALINDO, Lourdes. **Fundamentos de Administración**. España: Ed. Tirant lo de Blanc, 1990.
- ORTIZ, Eduardo. **El procedimiento administrativo**. Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 2001.
- ROBBINS, Stephen. **Administración**. Argentina, Ed; Heliasta S.R.L., 1981.
- SENDIN, Miguel Ángel. **La jurisdicción contencioso-administrativa**. Argentina: Ed. Rubinzal –Culzoni, 1998.
- TERRY, George Robert. **Principios de administración**. España: Ed. Mediterránea, 2006.
- VALMAÑA, Antonio. **El principio de adquisición procesal**. Uruguay: Ed. Martín Bianchi, 1974.



**Legislación:**

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

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