

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

**EXCLUSIÓN DE LA VÍA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
ARTÍCULO 77 DEL CÓDIGO MUNICIPAL (DECRETO 12-2002 DEL CONGRESO DE
LA REPÚBLICA DE GUATEMALA), EN LOS CASOS DE LESIVIDAD DE
CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO MUNICIPAL EN GUATEMALA**

INGRID MARLENY GONZÁLEZ LEMUS

GUATEMALA, AGOSTO DE 2011

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

**EXCLUSIÓN DE LA VÍA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
ARTÍCULO 77 DEL CÓDIGO MUNICIPAL (DECRETO 12-2002 DEL CONGRESO DE
LA REPÚBLICA DE GUATEMALA), EN LOS CASOS DE LESIVIDAD DE
CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO MUNICIPAL EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Por

INGRID MARLENY GONZÁLEZ LEMUS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto de 2011

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

| | |
|-------------|--|
| DECANO: | Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana |
| VOCAL I: | Lic. César Landelino Franco López |
| VOCAL II: | Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi |
| VOCAL III: | Lic. Luis Fernando López Díaz |
| VOCAL IV: | Br. Modesto José Eduardo Salazar Diéguez |
| VOCAL V: | Br. Pablo José Calderón Galvéz |
| SECRETARIO: | Lic. Avidán Ortiz Orellana |

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

| | |
|-------------|--------------------------------------|
| Presidenta: | Licda. Gloria Melgar de Aguilar |
| Vocal: | Licda. Mayra Johana Véliz López |
| Secretaria: | Licda. Laura Consuelo Montes Mendoza |

Segunda Fase:

| | |
|-------------|---------------------------------------|
| Presidente: | Lic. José Alejandro Alvarado Sandoval |
| Vocal: | Licda. Crista Ruiz de Juárez |
| Secretario: | Lic. Jorge Eduardo Avilez Salazar |

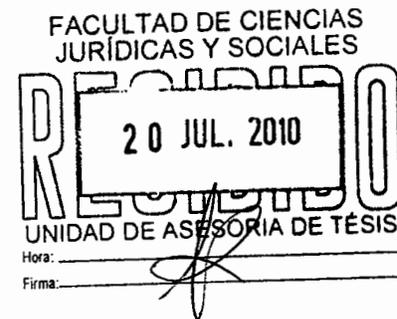
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

LIC. RICARDO ALFREDO OLIVA PERDOMO
ABOGADO Y NOTARIO
12 CALLE "A" 11-13 ZONA 1, CIUDAD
TELÉFONO: 54136598



Guatemala, 21 de junio de 2010

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Licenciado Castillo Lutín:

Saludos cordiales, deseando que todas sus actividades diarias marchen con éxito.

En cumplimiento del dictamen emanado de la Unidad de Tesis, bajo su digno cargo, de fecha 14 de mayo del año 2009, en el cual se me nombra Asesor del Trabajo de Tesis de la estudiante INGRID MARLENY GONZÁLEZ LEMUS, sobre el tema intitulado: "EXCLUSIÓN DE LA VÍA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ARTÍCULO 77 DEL CÓDIGO MUNICIPAL (DECRETO 12-2002 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA), EN LOS CASOS DE LESIVIDAD DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO MUNICIPAL EN GUATEMALA", procedo a emitir el siguiente dictamen:

El trabajo realizado, posee un excelente contenido técnico y científico, con una metodología basada en el uso del método científico, con técnicas de investigación de carácter documental y bibliográfico, con consultas a expedientes de lesividad de la Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, con una redacción clara, práctica y de fácil comprensión; y según mi punto de vista constituye una contribución científica para docentes y estudiantes, arribando a conclusiones y recomendaciones que deben ser tomadas en cuenta en el proceso de lesividad administrativa. El orden que se siguió en el desarrollo de la investigación es correcto y para su elaboración se utilizó bibliografía pertinente.

Aunado a lo expuesto se pudo establecer que el referido trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría prestada, habiéndose apreciado también el cumplimiento a los presupuestos tanto de forma como de fondo, exigidos por la reglamentación universitaria vigente, en especial lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de nuestra Universidad Rectora de la Educación Superior. En el presente dictamen se determina expresamente que el trabajo de investigación cumple satisfactoriamente con los requisitos establecidos en el Artículo treinta y dos (32) de dicho Reglamento.



Por las razones expuestas, el suscrito asesor aprueba y emite DICTAMEN FAVORABLE, en el sentido de que el trabajo de grado de la autora, amerita seguir su trámite hasta su total aprobación para ser discutido en su Examen Público de Graduación y poder optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y a los títulos de Abogada y Notaria.

Respetuosamente,

Colegiado No. 2,014

ALFREDO OLIVA PERDOMO
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.

UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, cuatro de octubre de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) VÍCTOR MANUEL SANTIZO, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante INGRID MARLENY GONZÁLEZ LEMUS, Intitulado: "EXCLUSIÓN DE LA VÍA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ARTÍCULO 77 DEL CÓDIGO MUNICIPAL (DECRETO 12-2002 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA), EN LOS CASOS DE LESIVIDAD DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO MUNICIPAL EN GUATEMALA".-

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, 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, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



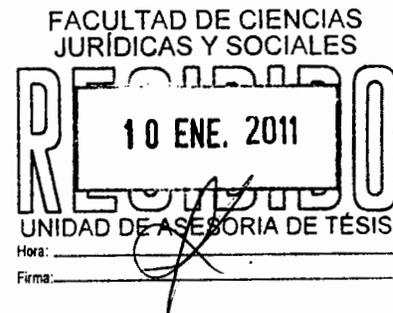
cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh.



*LIC. VÍCTOR MANUEL SANTIZO
ABOGADO Y NOTARIO
Edificio Castañeda Molina
8ª. Av. 20-22 zona 1, 5º. Nivel
Ciudad Guatemala
TELÉFONO: 49698610*

Guatemala, 29 de noviembre de 2010

**Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala**



Estimado Lic. Castillo:

De acuerdo con el nombramiento emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis bajo su cargo, en fecha 4 de octubre del año 2010, en el cual se me nombra como revisor de Tesis de la estudiante INGRID MARLENY GONZÁLEZ LEMUS, respetuosamente a usted informo: La postulante presentó el tema de investigación intitulado: "EXCLUSIÓN DE LA VÍA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ARTÍCULO 77 DEL CÓDIGO MUNICIPAL (DECRETO 12-2002 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA), EN LOS CASOS DE LESIVIDAD DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO MUNICIPAL EN GUATEMALA".

De la revisión practicada, se establece que el trabajo útil contiene contribución técnica y científica, la metodología utilizada se basa principalmente en el uso del método científico; además las técnicas de investigación utilizadas fueron de carácter documental y bibliográfico, así como consultas a expedientes de lesividad de la Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo,

La presente tesis constituye un aporte para legisladores y estudiosos del derecho, en su elaboración se cumplió con todos los requisitos exigidos por la reglamentación universitaria vigente, en especial lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, se manejó la metodología adecuada, con una redacción clara y práctica para la fácil comprensión del lector, en su elaboración se utilizó bibliografía pertinente; arribando a conclusiones y recomendaciones importantes que deben ser tomadas en cuenta en el proceso de lesividad administrativa.



Por lo expuesto, concluyo que el presente trabajo de tesis, no se limita a cumplir únicamente con los presupuestos de presentación y desarrollo, sino también a la sustentación de teorías, análisis y aportes, tanto de orden legal como académico, ello en atención a las normativas y presupuestos reglamentarios regulados para el efecto.

Por lo considerado, como revisor, apruebo y emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que el presente trabajo de tesis, de la bachiller INGRID MARLENY GONZÁLEZ LEMUS, sea aceptado para su discusión en el examen público de graduación.

Atentamente,

Lic. Victor Manuel Santiso
ABOGADO Y NOTARIO

Colegiado No. 2,218



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, doce de abril del año dos mil once.

1404

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante INGRID MARLENY GONZÁLEZ LEMUS, Titulado EXCLUSIÓN DE LA VÍA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ARTÍCULO 77 DEL CÓDIGO MUNICIPAL (DECRETO 12-2002 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA), EN LOS CASOS DE LESIVIDAD DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO MUNICIPAL EN GUATEMALA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.





DEDICATORIA

A DIOS:

Agradecimiento por haber iluminado siempre mi camino y permitir lograr esta meta.

A MIS PADRES:

Con mucho cariño, que siempre me han brindado su apoyo incondicional y guiado por el buen camino.

A MI ESPOSO:

Una persona especial, ejemplo de fidelidad y superación.

A MIS HERMANAS Y HERMANOS:

Por estar a mi lado en todo momento.

A MI ASESOR Y REVISOR:

Agradezco su valioso apoyo.

A MIS AMIGAS Y AMIGOS:

Por su cariño y apoyo.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

| | |
|---|----|
| 1. El tribunal de lo contencioso administrativo..... | 1 |
| 1.1. Antecedentes de lo contencioso administrativo..... | 2 |
| 1.2. Reseña histórica de la jurisdicción contencioso administrativa en Guatemala.. | 3 |
| 1.3. Conceptos generales..... | 6 |
| 1.3.1. Jurisdicción..... | 6 |
| 1.3.2. Contencioso administrativo..... | 8 |
| 1.3.3. Jurisdicción contencioso administrativa..... | 9 |
| 1.4. Sistemas de organización de la jurisdicción contencioso administrativa | 10 |
| 1.5. Jurisdicción contencioso administrativa en Guatemala, en el marco constitucional y leyes ordinarias..... | 11 |
| 1.6. Tribunal de lo Contencioso Administrativo..... | 14 |
| 1.7. Naturaleza jurídica y caracteres del Tribunal de lo Contencioso Administrativo..... | 14 |
| 1.7.1. Organización del tribunal de lo contencioso administrativo | 15 |
| 1.7.2. Competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo | 16 |
| 1.7.2.1. Delimitación positiva: competencia de atribución de la jurisdicción contencioso administrativa..... | 17 |
| 1.7.2.2. Delimitación negativa (materias ajenas y excluidas a la jurisdicción contencioso administrativa)..... | 18 |

CAPÍTULO II

| | |
|--|----|
| 2. Concesión de servicios públicos..... | 23 |
| 2.1. El servicio público... .. | 23 |
| 2.1.1. Antecedentes..... | 24 |
| 2.1.2. Concepto y caracteres..... | 25 |
| 2.1.3. El servicio público en el marco constitucional..... | 26 |



| | |
|---|----|
| 2.1.4. Actividad susceptible de constituir un servicio público..... | 27 |
| 2.1.5. Modos de gestión del servicio público | 27 |
| 2.2. La concesión de servicios públicos | 28 |
| 2.2.1. La concesión en el marco constitucional | 29 |
| 2.3. Naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos..... | 30 |
| 2.4. Concepto y caracteres de la concesión de servicios públicos..... | 32 |
| 2.5. Sujetos de la concesión de servicios públicos..... | 35 |
| 2.6. Procedimiento de selección del concesionario, adjudicación y suscripción del contrato..... | 35 |
| 2.7. Derechos y obligaciones de los sujetos de la concesión..... | 38 |
| 2.8. Revocación de la concesión de servicios públicos municipales..... | 42 |

CAPÍTULO III

| | |
|--|----|
| 3. La lesividad..... | 45 |
| 3.1. Antecedentes..... | 45 |
| 3.2. Breve reseña histórica de la lesividad en Guatemala..... | 46 |
| 3.3. Conceptos y generalidades | 47 |
| 3.4. Naturaleza jurídica de la lesividad administrativa, la declaración de lesividad y del proceso de lesividad..... | 51 |
| 3.5. Actividad administrativa susceptible de ser lesiva | 52 |
| 3.6. La lesividad en el marco de las leyes ordinarias nacionales | 53 |
| 3.7. Procedimiento administrativo de lesividad..... | 56 |
| 3.8. Declaración de lesividad..... | 58 |
| 3.8.1. Competencia para declarar la lesividad..... | 58 |
| 3.8.2. Forma de la declaración de lesividad | 60 |
| 3.8.3. Plazo para declarar la lesividad | 61 |
| 3.8.4. Efectos de la declaración de lesividad..... | 61 |
| 3.9. Proceso de lesividad..... | 62 |
| 3.9.1. Órgano judicial competente | 63 |
| 3.9.2. Incoación del proceso de lesividad | 64 |
| 3.9.3. Plazo para promover el proceso de lesividad | 65 |



3.10. Efectos de la exclusión establecida en el Artículo 77 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala), respecto a la vía de lo contencioso administrativo 68

CAPÍTULO IV

4. Análisis de resultados..... 77

4.1. Cuadro de cotejo..... 77

4.2. Resultados del cuadro de cotejo 84

4.3. Análisis sobre la competencia del tribunal de lo contencioso administrativo en casos de lesividad municipal..... 87

CONCLUSIONES..... 91

RECOMENDACIONES.. 93

BIBLIOGRAFÍA..... 95



INTRODUCCIÓN

El Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que toda controversia nacida de una concesión de servicios públicos debe ser sometida a la jurisdicción contencioso administrativa, mientras que el inciso a) del Artículo 77 del Código Municipal, establece que la concesión de servicio público municipal podrá ser revocada cuando el Concejo Municipal declare que es lesiva a los intereses del municipio y en su parte final, dispone que en cualesquiera de estos casos queda excluida la vía de lo contencioso administrativo.

La presente investigación tiene por objeto establecer si a pesar de la referida exclusión, las comunas elevan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo los casos de lesividad municipal; si el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, da trámite a tales casos y en su caso, el fundamento que aplican para el efecto.

La investigación en su sustentación teórica, giró en torno a cuatro unidades de análisis: la Constitución Política de la República de Guatemala, el Código Municipal, la Ley de lo Contencioso Administrativo y los expedientes de lesividad municipal existentes en la Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Se plantean los elementos de estudio: Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Concesión de Servicios Públicos y Lesividad.

La técnica de investigación utilizada fue la documental y de campo, por medio de libros, diccionarios, leyes, consultas electrónicas.

En el trabajo de campo se analizaron los dos casos de lesividad municipal en trámite en la Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo al momento de



realización de la investigación y se entrevistó a profesionales del derecho con conocimientos específicos en Derecho Administrativo, quienes respondieron las preguntas formuladas sobre este tema. Se aclara que no se incluyó en la investigación el tema del proceso contencioso administrativo, sin embargo, fue abordado el tema de la jurisdicción y competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

La presente investigación consta de cuatro capítulos, distribuidos de la manera siguiente: el capítulo I versa sobre el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, definiendo algunos términos importantes de la jurisdicción contencioso administrativo; el capítulo II, trata sobre el servicio público y la concesión; el capítulo III, trata la lesividad administrativa y el proceso de lesividad ante el tribunal de lo contencioso administrativo; en el capítulo IV, se presenta un cuadro de cotejo, elaborado con datos de dos expedientes derivados de casos de lesividad municipal, existentes en la Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En la práctica, las municipalidades elevan ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, los casos de lesividad municipal y éstos le dan trámite.

Finalmente, se puede opinar que es necesario que la exclusión de la vía de lo contencioso administrativo establecida en el Artículo 77 del Código Municipal, quede sin vigencia mediante el planteamiento de una inconstitucionalidad por vicio parcial del referido artículo, por ser nula de pleno derecho siendo que contraria al Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala, respecto a las declaraciones de lesividad municipal.



CAPÍTULO I

1. El tribunal de lo contencioso administrativo

El Derecho Administrativo surge como disciplina jurídica posteriormente a estar consumada la Revolución Francesa. Desde ese entonces, su objeto de estudio lo constituyó la organización de la administración pública, las relaciones de los órganos que la componen y finalmente la relación de los administrados con aquéllos. La administración pública “es el instrumento técnico de acción estatal”¹ y en su estudio se han desarrollado procesos e instituciones que tienen como fin la eficiencia administrativa; entendiéndose tal eficiencia como el respeto y salvaguarda de los derechos e intereses de los administrados.

Dentro del campo de estudio del Derecho Administrativo, surge la justicia administrativa; compuesta de mecanismos que protegen la legalidad administrativa y los derechos e intereses legítimos de los administrados frente a la administración.

El componente más importante de la mencionada justicia administrativa, es la jurisdicción administrativa o contenciosa administrativa, que se refiere al control de la actividad de la administración pública por órganos jurisdiccionales, dentro de un marco previamente determinado. Dicho marco no es más que el proceso administrativo, medio

¹ Vázquez Alfaro, José Luis. *Evolución y perspectiva de los órganos de jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano*. Pág. 14.



de defensa de los particulares frente a los actos de la administración pública, que tiene como efecto, tutelar derechos legítimos del ciudadano o administrado.

1.1. Antecedentes de lo contencioso administrativo

En todos los países, la génesis del contencioso administrativo ha sido influenciada por el derecho francés, debido a circunstancias históricas motivadas por la Revolución Francesa. Dicha Revolución introduce dos principios en cuanto a la administración pública:

- a. El principio de legalidad de la acción de los poderes públicos, y
- b. El principio de libertad

Además del surgimiento de los principios ya mencionados, también se suscita una separación de la administración pública y los tribunales de justicia ordinarios. La separación, imposibilitó a los jueces ordinarios para inmiscuirse en cuestiones administrativas y juzgar actos de la administración pública.

En ese orden de ideas, se hizo necesario buscar una forma de protección frente a la administración pública, la cual fue llamada por los franceses contencioso administrativo. La jurisdicción contencioso administrativa nació a la vida jurídica por primera vez en la Ley 16-24, promulgada en Francia en el año 1790.

En Francia, la creación de los tribunales contenciosos administrativos se realizó en dos etapas. En la primera etapa, la administración pública se convierte en juez de sus



propios asuntos contenciosos, ésta etapa es llamada del administrador o ministro-juez; para el efecto se instituye el Consejo de Estado, como órgano asistente del Gobierno y puramente administrativo que resuelve las dificultades que se susciten en materia administrativa. Es así como nace el primer sistema contencioso en forma de justicia retenida, porque el gobierno es quien decide sobre la propuesta del Consejo de Estado.

En el año de 1872, surge la segunda etapa y se concreta la separación entre la administración activa y la administración contenciosa; como consecuencia, se crean los tribunales administrativos competentes para juzgar los actos de la administración pública. El Consejo de Estado (que hasta entonces era solamente un órgano consultivo del gobierno) adquiere la facultad de resolver directamente sus recursos; es así como surge en Francia el sistema de jurisdicción delegada que hasta el día de hoy prevalece en ese país.

1.2. Reseña histórica de la jurisdicción contencioso administrativa en Guatemala

En Guatemala, la jurisdicción contencioso administrativa fue inspirada por el derecho español en forma directa, e indirectamente por el derecho francés; desarrollándose de la siguiente forma:

a. Constitución Política de la República de Centroamérica (Decreto del 9 de Septiembre de 1921): En Guatemala, la jurisdicción Contencioso Administrativa es introducida a la legislación por primera vez en el año de 1927, a consecuencia de



reformas a la Constitución Política de la República de Centroamérica. A través de las mismas, es modificado el Artículo 17 de la Constitución, estableciéndose que una ley debía determinar lo concerniente a la jurisdicción contencioso administrativa, los tribunales que la ejercerían y la organización, competencia y casos de procedencia.

b. Decreto 1550, (Del 28 de mayo de 1928): En cumplimiento a las reformas a la Constitución Política de Centroamérica, la Asamblea Legislativa emite el Decreto 1550 que constituye la primera “Ley de lo Contencioso Administrativo” existente en nuestro país. La ley estaba compuesta por 42 artículos, desarrollaba lo concerniente al objeto, organización del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el procedimiento a seguir ante el mismo.

c. Nuevas reformas a la Constitución Política de la República de Centroamérica: El día 11 de julio de 1935, se realizan nuevas reformas a la Constitución Política de la República de Centroamérica, estableciéndose que en los casos en que resultase contienda derivada de un negocio en que el Poder Ejecutivo fuese parte, conocería de ello el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. En la reforma se delimitó la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a partir de entonces, además de conocer en casos de contienda sobre actos o resoluciones puramente administrativas, también conocería en los casos en que el Poder Ejecutivo fuese parte de algún negocio.



d. **Decreto 1881 (Del 30 de septiembre de 1936):** En el año de 1936, el Presidente de la República emitió el Decreto 1881, “**Ley de lo Contencioso Administrativo**”, compuesta de 64 Artículos. Entre las novedades que introdujo, se encontraba el establecimiento del recurso de revocatoria y el de reposición, previos a recurrir al contencioso administrativo.

e. **Constitución de la República de Guatemala del 13 de marzo de 1945:** La Revolución de octubre de 1944 supuso el fin de la etapa liberal, introdujo la adopción de la Constitución del 13 de marzo de 1945, en vigor bajo las Presidencias de Arévalo y Arbenz; cuya vigencia terminó con el golpe de 1954. Esta Constitución introdujo grandes avances en la jurisdicción contencioso administrativa; otorgó la posibilidad de impugnar las sentencias de lo contencioso administrativo por medio del recurso extraordinario de casación; se otorgó competencia al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para conocer de inconstitucionalidades en caso concreto.

f. **Constitución de la República de Guatemala del 1 de marzo de 1956:** Una Asamblea Constituyente elaboró la Constitución del 1 de marzo de 1956, en vigor hasta el golpe de Estado militar de 1963. Esta Constitución, al igual que la anterior, normaba lo relativo a la jurisdicción contencioso administrativa; como innovación se estableció además que los miembros del Tribunal de lo Contencioso Administrativo tendrían la categoría de Magistrados de la Corte de Apelaciones.



g. Constitución Política de la República de Guatemala (31 de mayo de 1985):

Con posterioridad no surgió ningún cambio sustancial en la legislación respecto a la jurisdicción contencioso administrativa; hasta que el 31 de mayo de 1985, fue promulgada la Constitución Política de la República de Guatemala, vigente hoy en día. La Ley fundamental delimita la jurisdicción contencioso administrativa en el Artículo 221.

h. Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala: La vigente Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto 119-96 del Congreso de la República, tal como lo establece la parte considerativa, es el resultado de la necesidad de actualizar la legislación en materia de contencioso administrativo; con el objeto de estructurar un proceso que garantice los derechos de los administrados, asegure la efectiva tutela administrativa y jurisdiccional de la juridicidad de todos los actos de la administración pública, asegurando el derecho de defensa del particular frente a la administración, desarrollando los principios constitucionales y reconociendo que el control de la juridicidad de los actos administrativos no debe estar subordinado a la satisfacción de intereses particulares.

1.3. Conceptos generales

1.3.1. Jurisdicción

La palabra jurisdicción se deriva del latín iurisdictio, que significa decir el derecho.



El tratadista Manuel Ossorio la consideraba como: “La acción de administrar el derecho, no de establecerlo. Es pues, la función específica de los jueces”;² asimismo, Juan Montero Aroca y Mauro Chacón Corado, se refieren a la misma como: “...la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por jueces y tribunales independientes, de realizar el derecho en el caso concreto, juzgando de modo irrevocable y promoviendo la ejecución de los juzgados”.³ Se concluye entonces que la jurisdicción es una función estatal, que se materializa por medio de la potestad atribuida a jueces y magistrados que aplican el derecho en el caso concreto.

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece en el Artículo 203: “la función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia”; la Ley del Organismo Judicial preceptúa en el Artículo 58: “La jurisdicción es única...” y el Artículo 113 del mismo cuerpo normativo indica: “La función jurisdiccional no puede delegarse por unos jueces a otros. Los jueces deben conocer y decidir por sí los asuntos de su potestad”. De las normas precedentes se concluye que:

- a. La jurisdicción consiste en la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado.
- b. Se ejerce con exclusividad por la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales establecidos en la ley.

² Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 550.

³ Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. pág. 19.

- c. Que esta facultad es única (porque se ejerce con exclusividad absoluta) y no es delegable.
- d. Para su ejercicio se distribuye en varios órganos.

1.3.2. Contencioso administrativo

El término contencioso administrativo es un legado del Derecho Administrativo francés, introducido a nuestro ordenamiento jurídico por los juristas españoles; refiriéndose básicamente al procedimiento llevado ante un órgano jurisdiccional, con el fin de que resuelva de manera imparcial determinada controversia, nacida entre un particular y la administración pública.

Dicho término está compuesto de dos ideas: la primera lo contencioso, que se refiere a una contienda o litigio; la segunda idea se refiere a la administración, como una acción o actividad que busca servir por medio de la realización de actos. Tiene su origen en la necesidad de otorgar instrumentos legales para que el particular que se sienta lesionado por algún acto de la administración pública, pueda conseguir el resarcimiento adecuado.

El tratadista argentino Manuel Argañarás, establece que: “la materia contenciosa administrativa está constituida por el conflicto que crea el acto de la autoridad administrativa al vulnerar derechos legítimos, sean de algún particular o de otra



autoridad autárquica, por haber infringido aquélla la norma legal que regula su actividad y a la vez protege tales derechos e intereses”.⁴

El contencioso administrativo, tiene como finalidad el amparo de la legalidad de los actos de la administración pública, y la defensa de los particulares frente a la misma. Entendiendo por legalidad, el principio conforme el cual todos los actos de los servidores públicos deben apegarse a la ley.

1.3.3. Jurisdicción contencioso administrativa

Una vez examinados los conceptos de jurisdicción y contencioso administrativo, se puede explicar que la jurisdicción contencioso administrativa, es la función jurisdiccional por medio de la cual se resuelven en definitiva contiendas entre la administración pública y los administrados; cuando la contienda tiene como hecho generador un acto de la administración pública que vulnera los derechos del administrado.

De acuerdo al tratadista argentino Rafael Bielsa, la jurisdicción contenciosa administrativa es: “la potestad de conocer y decidir en las contiendas promovidas contra la administración pública, en virtud de recurso fundado en la violación de un derecho subjetivo o de un interés legítimo del administrado”.⁵ Mediante ésta jurisdicción, un órgano jurisdiccional interviene con el fin de resolver jurídicamente

⁴ Argañarás, Manuel. *Tratado de lo contencioso administrativo*. Pág. 13.

⁵ Bielsa, Rafael. *Compendio de derecho administrativo*. Pág. 226.



sobre intereses y derechos que se han sido afectados por una decisión de la administración pública.

1.4. Sistemas de organización de la jurisdicción contencioso administrativa

A lo largo de la historia han surgido varios sistemas de organización de la jurisdicción contencioso administrativa, siendo los siguientes:

- a. Sistema Civil: Consiste en remitir a tribunales ordinarios el conocimiento de los conflictos en los que es parte la administración pública, es el sistema por excelencia en los países anglosajones.
- b. Sistema de Jurisdicción Especial Administrativa: Se organiza por una jurisdicción especial que se integra por el poder ejecutivo y es servida por funcionarios públicos. Este sistema responde al modelo francés de justicia administrativa. La combinación de los sistemas anteriores, dio lugar a la creación de otros sistemas:
- c. Sistema Armónico: Consiste en unir a jueces comunes con funcionarios públicos en los mismos tribunales. Al incorporarse la jurisdicción contencioso administrativa al derecho español, surge este sistema, estableciéndose un Tribunal de lo Contencioso Administrativo integrado por el Consejo de Estado y además Tribunales Provinciales.
- d. Sistema de Reparto Competencial: Se le llama así porque existe un reparto entre la jurisdicción civil y administrativa. A la jurisdicción civil se le asignan los

conflictos que versan sobre derechos, a la jurisdicción administrativa se le asignan los conflictos sobre intereses. Es el aplicado por la legislación italiana.

- e. Sistema Judicialista: Se funda en el precepto de que la función natural del poder judicial es la del ejercicio de la jurisdicción; por tanto, la misma no debe alterarse por el hecho de que la administración pública sea una de las partes. Este sistema supone atribuir el control de la legalidad de la actuación administrativa a Tribunales de Justicia dentro del poder judicial, pero siendo especializado respecto a los otros Tribunales que resuelven las controversias de particulares. Actualmente es el sistema utilizado en España (desde que abandonó el sistema armónico), también es el sistema que responde a lo establecido en el Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que se refiere al Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

1.5. Jurisdicción contencioso administrativa en Guatemala, en el marco constitucional y leyes ordinarias

En Guatemala, la jurisdicción consiste en la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, para su ejercicio se distribuye en varios órganos; uno de estos órganos es el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, tal como lo preceptúa el Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala: "Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Su función es de 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.

Para ocurrir a este Tribunal, no será necesario ningún pago o caución previa. Sin embargo, la ley podrá establecer determinadas situaciones en las que el recurrente tenga que pagar intereses a la tasa corriente sobre los impuestos que haya discutido o impugnado y cuyo pago al Fisco se demoró en virtud del recurso. Contra las resoluciones y autos que pongan fin al proceso, puede interponerse el recurso de casación”.

Para los efectos del presente trabajo, se analizan los siguientes aspectos de la norma precedente:

a. Tribunal de lo Contencioso Administrativo: Contralor de la juridicidad de la administración pública: El término contralor se refiere a “funcionario encargado de examinar las cuentas y la legalidad de los gastos oficiales”;⁶ mientras que, el principio de juridicidad se refiere a que todos los actos administrativos se deben sujetar a las leyes. En conclusión, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es el encargado de examinar la legalidad de los actos administrativos, en el sentido que los mismos deben apegarse a la ley.

b. Contienda por actos o resoluciones de la administración, entidades descentralizadas y entidades autónomas: El término contienda se refiere a una “disputa o discusión”.⁷ En el caso concreto del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la disputa o discusión se suscita entre la administración (centralizada, descentralizada o autónoma) y un administrado.

⁶ Real Academia Española. *Diccionario de la real academia española*. www.rae.es consultado el 26 de febrero de 2009.

⁷ *Ibid.*



c. Casos de controversia derivados de contratos y concesiones administrativas: El término controversia se refiere a “discusión de opiniones contrapuestas entre dos o más personas”.⁸ En el presente caso se puede concluir que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo conoce de la discusión de opiniones suscitadas con motivo de contratos o concesiones administrativas.

La ley ordinaria específica que se refiere a la jurisdicción contencioso administrativa, es la Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala). A través de ésta ley (tal y como lo indica en su parte considerativa), se estructura un proceso que:

- Garantiza los derechos de los administrados.
- Asegura la efectiva tutela administrativa y jurisdiccional de la juridicidad de todos los actos de la administración pública, asegurando el derecho de defensa del particular frente a la administración.
- Desarrolla principios constitucionales y reconoce que el control de la juridicidad de los actos administrativos no debe estar subordinado a la satisfacción de los intereses particulares.

En conclusión, por mandato constitucional, la jurisdicción contencioso administrativa en Guatemala es aplicada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y su finalidad es lograr un equilibrio entre una efectiva acción de la administración pública y la protección de los derechos de los particulares.

⁸ Ibid.



1.6. Tribunal de lo Contencioso Administrativo

El tratadista mexicano José Luis Vásquez Alfaro, citando a Agustín Gordillo, considera al Tribunal Administrativo o Tribunal de lo Contencioso Administrativo como: “Todo organismo que, al margen de su adscripción formal dentro de la administración o del poder judicial, está dotado de autonomía y por tanto, puede resolver en forma imparcial y supra partes, una controversia o litigio de carácter administrativo”.⁹

Los tribunales de lo contencioso administrativo están encargados de dirimir controversias administrativas a través de un proceso y dictando finalmente una sentencia. El proceso administrativo comprende una serie de actos a través de los cuales se realiza la función jurisdiccional administrativa, que de acuerdo a los tratadistas argentinos Roberto Dromi y Jorge Sarmiento, tiene como finalidad: “satisfacer las pretensiones deducidas por los administrados afectados en sus derechos subjetivos, y requiere de la intervención de un órgano judicial...”.¹⁰

1.7. Naturaleza jurídica y caracteres del Tribunal de lo Contencioso Administrativo

De acuerdo a su composición, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo puede ser un órgano unipersonal (está a cargo de un único funcionario), o un órgano colegiado (integrado por varios Magistrados). En Guatemala el Tribunal de lo Contencioso

⁹ Vásquez Alfaro. José Luis. **Ob. Cit.** Pág. 28.

¹⁰ Dromi, Roberto y Jorge Sarmiento García. **Proceso administrativo, jurisprudencia argentina.** Pág. 29

Administrativo tiene naturaleza jurídica de órgano colegiado o pluripersonal. Dentro de los caracteres esenciales del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, destaca que: es un órgano jurisdiccional (ejerce función jurisdiccional del Estado), posee jurisdicción exclusiva (para conocer de contiendas que se derivan de actuaciones de la administración), y finalmente tiene una potestad específica de controlar la juridicidad de la administración pública.

1.7.1. Organización del Tribunal de lo Contencioso Administrativo

La jurisdicción contencioso administrativa, integrada en el poder judicial, constituye un orden jurisdiccional propio con órganos singularizados, siendo cinco Salas las que operan en Guatemala:

- a. Sala Primera de lo Contencioso Administrativo
- b. Sala Segunda de lo Contencioso Administrativo
- c. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo
- d. Sala Cuarta de lo Contencioso Administrativo
- e. Sala Quinta de lo Contencioso Administrativo

En Guatemala, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es un órgano colegiado distribuido por razón de la materia. La Sala Primera y la Quinta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, conocen en caso de contienda por actos y resoluciones de la administración pública que no sean de materia tributaria.

Las Salas Segunda, Tercera y Cuarta, conocen en caso de contienda por actos y resoluciones de la administración pública relacionadas con materia tributaria.



Las Salas Cuarta y Quinta son de reciente creación, por medio del Acuerdo número 32-2007 de la Corte Suprema de Justicia, publicado en el Diario de Centro América, el día 25 de septiembre de 2007.

La Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala), omiten establecer la integración del Tribunal de lo Contencioso Administrativo; como consecuencia, fue organizado de conformidad con lo establecido en la Ley del Organismo Judicial y el Reglamento de Tribunales. Cada una de las Salas se estructura por un Magistrado Presidente y dos Magistrados Vocales, un Secretario, Oficiales, Notificadores y Comisario. Además de los Magistrados Titulares (Presidente y dos Vocales), el Tribunal de lo Contencioso Administrativo cuenta con Magistrados Suplentes. Los Magistrados son electos por el Congreso de la República de Guatemala, de conformidad con lo establecido en el Artículo 217 de la Constitución Política de la República de Guatemala, su período de funciones es de cinco años pudiendo ser reelectos.

1.7.2. Competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo

La competencia generalmente es concebida como el límite de la jurisdicción.

La jurisdicción es el todo, la competencia es la parte: "un fragmento de la jurisdicción".¹¹

Es uno de los requisitos procesales que deben concurrir para que el órgano pueda

¹¹ Calderón Morales, Hugo H. *Derecho procesal administrativo*. Pág. 266.

examinar el fondo de una pretensión. A continuación se examinará la delimitación positiva y negativa de la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

1.7.2.1. Delimitación positiva: competencia de atribución de la jurisdicción contencioso administrativa.

El Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala, delimita el ámbito normal de desenvolvimiento de la jurisdicción contencioso administrativa; es decir, su competencia de derecho común. Los Artículos 19 y 20 de la Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala), desarrollan específicamente los supuestos de competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, siendo los siguientes:

a. Caso de contienda por actos y resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado: Este supuesto de procedencia, más que eso (un supuesto), define la competencia general del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Asimismo, el enunciado se refiere al acto y a la resolución; no obstante la doctrina establece que la resolución no es más que un acto de declaración de un ente de la administración pública.

b. Casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas: Además de que el Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece específicamente que: “el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene atribuciones para conocer en casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas”; el Artículo 19 de la Ley de lo Contencioso



Administrativo (Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala) ratifica expresamente tal supuesto.

c. Acto o resolución declarada lesiva para los intereses del Estado: la declaración de lesividad solo apareja el efecto de iniciar el cómputo del plazo para incoar el proceso de lesividad ante la vía contencioso administrativa. Es en la vía de lo contencioso administrativo donde se resuelve en definitiva la procedencia o no de la lesividad previamente declarada.

Es necesario entonces, que toda declaración de lesividad (sea de un acto o resolución), emitida por el Presidente de la República en Consejo de Ministros o emanada de un Concejo Municipal, sea llevada ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a efecto de obtener una sentencia que resuelva en definitiva la procedencia o no procedencia de la declaración de lesividad.

1.7.2.2. Delimitación negativa (materias ajenas y excluidas a la jurisdicción contencioso administrativa)

Una vez analizado el ámbito normal de competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, es necesario indicar los límites concretos a la misma; es decir, las materias ajenas y excluidas a su conocimiento.

Las materias ajenas son aquellas que por su propia naturaleza no pueden ser del conocimiento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo; las materias excluidas son aquellas que aún siendo propiamente administrativas, se apartan expresamente del



conocimiento de los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa, por razones diversas.

El Artículo 21 de la Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala) establece la delimitación negativa del Tribunal de lo Contencioso Administrativo: “Improcedencia. El Contencioso Administrativo es improcedente: 1°. En los asuntos referentes al orden público, militar o de defensa, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan; 2°. En los asuntos referentes a disposiciones de carácter general sobre salud e higiene públicas, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan; 3°. En los asuntos que sea competencia de otros tribunales; 4°. En los asuntos originados por denegatorias de concesiones de toda especie, salvo lo dispuesto en contrario por leyes especiales; y, 5°. En los asuntos en que una ley excluya la posibilidad de ser planteados en la vía contencioso administrativa.”

Los primeros cuatro numerales del Artículo 21 de la Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala), se refieren a los casos ajenos a la jurisdicción contencioso administrativa, es decir, que son ajenas a la misma por su propia naturaleza. El último de los supuestos se refiere a la exclusión simplemente refiriendo al caso en que otras leyes lo establezcan. El artículo hace referencia al término improcedencia, entendiéndose en el sentido de que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo está imposibilitado para oír, juzgar o dirimir la controversias derivadas de los supuestos ahí contemplados.

A continuación se analizan los supuestos por los cuales no procede el contencioso administrativo:

- a. Asuntos referentes al orden político, militar o de defensa, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan:** Se justifica éste caso de improcedencia, fundamentándose en la idea de que los actos emanados de órganos políticos o de gobierno, giran en el ámbito de la función de gobernar y no de administrar. Respecto a los asuntos de orden militar o de defensa, por ser de seguridad nacional, no son de la competencia contencioso administrativa.
- b. Asuntos referentes a disposiciones de carácter general sobre salud e higiene públicas, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan:** En este caso, la improcedencia es solamente respecto a disposiciones de carácter general, porque al referirse a la salud e higiene, tienen alcances sobre el desarrollo de toda la población. Es necesario que instituciones específicas en materia de salud e higiene públicas, sean las encargadas de su promoción y planificación.
- c. En los asuntos que sean competencia de otros tribunales:** El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, es competente para conocer solamente de los asuntos que la ley le atribuye.
- d. En los asuntos originados por denegatorias de concesiones de toda especie, salvo lo dispuesto en contrario por leyes especiales:** Esta disposición se funda en el hecho de que los actos de concesión conllevan casi siempre una potestad discrecional de la administración pública, inspirada en razones de interés público y conveniencia colectiva. Es importante resaltar que este caso de improcedencia debe

ser invocado solamente ante la denegatoria de concesión, es decir, que todavía no existe una adjudicación que produzca vínculos jurídicos entre las partes.

e. En los asuntos en que una ley excluya la posibilidad de ser planteados en la vía contencioso administrativa: Determinadas leyes excluyen expresamente la posibilidad de que ciertos asuntos puedan ser planteados en la vía de lo contencioso administrativo. Sin embargo, todas las exclusiones tienen un límite: el Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece: Para que una exclusión se encuadre en el campo de lo legal, no debe excluir los casos de procedencia que enuncia el Artículo constitucional. Dicho en otros términos, ninguna disposición de carácter ordinario, podrá contravenir lo establecido en la Carta Magna; de conformidad con el principio de Jerarquía Constitucional, contenido en el Artículo 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

De acuerdo a lo expuesto, el caso de exclusión que específicamente interesa para los efectos de la investigación, es el establecido en el Artículo 77 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala), que preceptúa: “Causas para revocar la concesión. La concesión de servicio público municipal podrá ser revocada por cualquiera de las siguientes causas:

- a) Cuando el Concejo Municipal declare que es lesiva a los intereses del municipio.
- b) Por violación de disposiciones relativas al orden público y al interés social.
- c) Por incumplimiento de disposiciones de carácter general o local, relativas a la salud e higiene públicas y protección al medio ambiente.



- d) Cuando las deficiencias del servicio no sean subsanables por el procedimiento previsto en el artículo anterior.

En cualesquiera de estos casos queda excluida la vía de lo contencioso administrativo.”

Los supuestos contenidos en las literales b), c) y d), son coherentes con:

- El Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el principio del derecho que establece que la acción de la administración debe presentar siempre el máximo de coherencia con los intereses públicos.
- El Artículo 21 de la Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala), que se refiere a los casos de improcedencia del proceso contencioso administrativo.

En conclusión, la exclusión de la vía de lo contencioso administrativo que contiene el Artículo 77 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala), es legal cuando se aplica a los supuestos contenidos en las literales b), c) y d) de dicha norma. Ahora bien, el supuesto contenido en la literal a) del Artículo 77 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala), debe ser analizado de forma aislada a los demás supuestos, porque implica que previo a la revocación de la concesión debe existir una declaración de lesividad municipal.

Previo a tratar el tema de la lesividad, se hace necesario abordar lo relacionado con la concesión de servicios públicos, contenida en el capítulo siguiente.



CAPÍTULO II

2. Concesión de servicios públicos

2.1. El servicio público

De conformidad con el preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala, el Estado es responsable de la promoción del bien común, siendo éste considerado como su fin supremo. A efecto de poder cumplir de manera efectiva con la promoción de este fin, se hace necesario que el Estado preste servicios públicos de distinta índole, pudiendo los mismos ser procurados por entidades del sector público o bien por particulares (personas físicas o jurídicas).

En conclusión, el Estado necesita de la colaboración de sujetos públicos o privados para poder satisfacer su cometido, lo que hace necesario crear vínculos jurídicos con dichos sujetos a efecto de materializar la prestación de servicios públicos que requiere la administración (centralizada, descentralizada o autónoma) para cumplir con los cometidos estatales.

El Artículo 67 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala) armoniza la idea del servicio público con la promoción del bien común porque establece que: "El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias puede promover toda clase de actividades económicas, sociales,

culturales, ambientales, y prestar cuantos servicios contribuyan a mejorar la calidad de vida, a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la población del municipio.”

2.1.1. Antecedentes

Se puede establecer que la noción de servicio público constituye el trasfondo del Derecho Administrativo. En la segunda mitad del siglo XIX, surge en Francia la denominada Escuela de Burdeos o Escuela del Servicio Público, quienes adoptan la premisa que el Derecho Administrativo es el derecho de los servicios públicos. Para ellos, el Estado es en realidad una federación de servicios públicos que son controlados por los gobernantes.

Posteriormente, en las primeras décadas del siglo XX, se crea una política de Intervencionismo Económico impulsada por el presidente Roosevelt en los Estados Unidos de América; consistente en la cobertura por parte del Estado, de las necesidades y riesgos sociales que son deficientemente atendidos por la iniciativa privada o instituciones sociales, creándose toda una nueva gama de servicios públicos.

Luego de las dos guerras mundiales, y a la segunda mitad del siglo XX, surge la crisis del servicio público; porque la administración pública no puede satisfacer de manera efectiva todos los servicios y se ve en la necesidad de otorgar concesiones; declinando la gestión y conservando solamente su titularidad.



Algunos autores continúan definiendo el servicio público como el pilar del Derecho Administrativo, otros consideran el servicio público como un sector de las actividades estatales y por último otros abandonan la posibilidad de conceptualizar el servicio público, indicando que el concepto debe atender a la circunstancia de cada caso. Cada autor aplica un concepto según su criterio personal; para usos prácticos del presente trabajo, se expondrá un concepto de servicio público, acorde a los objetivos de la investigación.

2.1.2. Concepto y caracteres

El servicio público se puede conceptualizar como: “Una actividad prestada directa o indirectamente por la administración pública, que ostenta su titularidad, para satisfacer una necesidad general y que está regulada por el Derecho Público. Esta actividad, además, no debe suponer limitación de la esfera de actuación de los particulares ni tampoco una incentivación de sus actos”.¹²

La palabra servicio, en el Derecho Administrativo se refiere a la actividad de prestación, asumida directa o indirectamente por la administración pública, destinada a aportar alguna utilidad general, pública o colectiva; la palabra público implica la gestión en nombre de la colectividad, en principio por parte del Estado. Los caracteres principales que individualizan al servicio público son los siguientes:

¹² Ballbé, Manuel y Marta Franch (directores). **Manual de derecho administrativo: una perspectiva desde los ordenamientos jurídicos de Guatemala y España**. Pág. 350.



- a. Prestación de manera continua, garantizando que el servicio público se preste ininterrumpida y permanentemente.
- b. Prestación de modo regular, es decir, una prestación eficiente y correcta.
- c. Prestación en condiciones de igualdad y uniformidad a todos los usuarios, que pueden exigirlo en similares condiciones.

2.1.3. El servicio público en el marco constitucional

El Artículo 253 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece: “Autonomía Municipal. Los municipios de la República de Guatemala, son instituciones autónomas. Entre otras funciones les corresponde: ...c) Atender los servicios públicos locales, el ordenamiento territorial de su jurisdicción y el cumplimiento de sus fines propios...”.

El Artículo precedente no debe entenderse en el sentido estricto que el servicio público deba ser prestado de forma exclusiva por las municipalidades; más bien, puede ser procurado por la administración pública en general, aunque para los efectos de ésta investigación se hace énfasis en los servicios públicos prestados por las comunas.

En el ámbito de las leyes ordinarias, el Artículo 35 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala) se refiere al servicio público en el sentido que: “...Le compete al Concejo Municipal: ...e) El establecimiento, planificación, reglamentación, programación, control y evaluación de los servicios públicos



municipales teniendo siempre en cuenta la preeminencia de los intereses públicos”, complementando entonces lo preceptuado en la norma constitucional anteriormente indicada, porque establece como competencia específica del Concejo Municipal la de atender los servicios públicos.

2.1.4. Actividad susceptible de constituir un servicio público

Para lograr establecer qué tipo de actividad puede constituirse como un servicio público, solamente se debe determinar si la misma tiende a satisfacer necesidades de interés general. En conclusión, cualquier asunto puede llegar a constituir un servicio público, si la administración así lo decide, en virtud que satisface una necesidad de interés general.

El Artículo 68 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala) enumera ciertos servicios públicos municipales, tales como: abastecimiento de agua potable, alcantarillado, alumbrado público, mercados, administración de cementerios, entre otros.

2.1.5. Modos de gestión del servicio público

El concepto de servicio público previamente citado, establece que la administración pública puede prestar un servicio público de modo directo o indirecto. El modo directo se refiere a la gestión del servicio de parte de la propia administración, con sus propios



medios, sin participación de un particular en ella; en el caso del modo indirecto, la administración confiere a un particular la organización y prestación del servicio o le da participación en su gestión, conservando solamente su titularidad.

Respecto a este último modo de gestión (indirecto) el Artículo 3 de la Ley del Organismo Ejecutivo (Decreto 114-97 del Congreso de la República de Guatemala), establece que: "Las funciones de gestión administrativa y de ejecución y supervisión de obra y servicios públicos podrá delegarse a terceras personas..."; deduciéndose que por medio de dicha norma, la legislación efectivamente faculta el modo de gestión indirecto de la administración pública.

El ejemplo de un modo de gestión indirecto de servicios públicos es la concesión de servicios públicos. A éste respecto, el Artículo 73 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala), indica que los servicios públicos municipales pueden ser prestados y administrados por concesiones otorgadas de conformidad con las normas contenidas en ese Código, en la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala) y en los reglamentos municipales.

2.2. La concesión de servicios públicos

La palabra concesión, ordinariamente se refiere a la acción de "dar u otorgar una cosa", jurídicamente es una de las primeras formas que se conocieron de concentración de



esfuerzos del sector público y privado para gestionar actividades de interés general.

La causa que justifica la existencia de ésta figura de Derecho Público, es la convicción de que la administración pública no puede por sí sola prestar todos los servicios o llevar a cabo todas las actividades que son necesarias para satisfacer el interés de la colectividad, lo que justifica la necesidad de encomendar su prestación o gestión a terceras personas. La concesión es una figura comúnmente utilizada en los países de tradición jurídica latina y es uno de los más antiguos contratos de la administración pública.

2.2.1. La concesión en el marco constitucional

La Constitución Política de la República de Guatemala se refiere a la concesión en dos de sus artículos. La literal k) del Artículo 183 establece como función del Presidente de la República: "...Someter a consideración del Congreso para su aprobación y antes de su ratificación, los tratados y convenios de carácter internacional y los contratos y concesiones sobre servicios públicos...". Como se explicará en el apartado respectivo, es necesaria la consideración del Congreso de la República respecto a las concesiones sobre servicios públicos, debido a las consecuencias, efectos y vínculos jurídicos que éstas implican.

El segundo de los artículos constitucionales que se refiere a la concesión, es el Artículo 221, que establece como atribución del Tribunal de lo Contencioso Administrativo

conocer: "...los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas...".

El primero de los artículos citados hace alusión a concesiones sobre servicios públicos, mientras que el segundo se refiere a las concesiones administrativas; a este respecto es importante mencionar que las concesiones en general son llamadas concesiones administrativas y dentro de los distintos tipos se ubica a la concesión de servicios públicos.

Las leyes ordinarias en el marco normativo guatemalteco que se refieren a las concesiones son:

- a. Ley de Contrataciones del Estado (Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala).
- b. Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Acuerdo Gubernativo 1056-1992).
- c. Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala).

2.3. Naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos

Existen opiniones divididas en cuanto a la naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos, siendo las teorías más aceptadas las siguientes:



a. Teoría del acto unilateral de la administración pública: este criterio establece que la concesión de servicios públicos no es más que un acto unilateral de la administración pública, del cual emanan derechos y obligaciones de que es titular el concesionario. Se está entonces ante un acto de poder soberano del Estado, del cual el concesionario no puede tener verdaderos derechos frente a la administración concedente. Esta teoría ha sido abandonada actualmente porque se considera que para el perfeccionamiento de una concesión de servicios públicos, es necesario un consentimiento de ambas partes, y no solamente un acto unilateral de la administración pública.

b. Teoría del contrato administrativo: es la teoría predominante en la actualidad, toma en consideración que la concesión de servicios públicos tiene elementos y características de un contrato administrativo de Derecho Público.

Dentro del ordenamiento jurídico nacional, a la concesión se le otorga la naturaleza jurídica de facultad, de acuerdo a lo que establece el Artículo 95 de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala), preceptuando que la concesión es: “La facultad que el Estado otorga a particulares, para que por su cuenta y riesgo construyan, produzcan, monten, instalen, mejoren, adicionen, conserven, restauren y administren una obra, bien o servicio público, bajo el control de la entidad pública concedente, con o sin ocupación de bienes públicos, a cambio de una remuneración que el particular cobre a los usuarios de la obra, bien o servicio”.

La definición legal anterior califica a la concesión como una facultad; calificativo que no encuadra con las teorías aceptadas por la doctrina en general, que la conciben como un acto o un contrato administrativo.

2.4. Concepto y caracteres de la concesión de servicios públicos

En la actualidad predomina la teoría que otorga a la concesión de servicios públicos naturaleza jurídica de contrato administrativo; para tal efecto, se expone el siguiente concepto: “El contrato de la administración, sometido a un régimen predominante de derecho público, mediante el cual la entidad pública que debe en principio asegurar la prestación de un servicio, acuerda con un tercero que la actividad será ejercida temporalmente por éste, con los poderes jurídicos, por su cuenta y riesgo, bajo la vigilancia y control de la administración concedente y percibiendo como retribución el precio que pagarán los usuarios del servicio”.¹³

Dentro de las características de la concesión de servicios públicos se encuentran las siguientes:

a. El titular de la concesión o concedente es la municipalidad, reservándose el control del servicio: La municipalidad concedente mantiene poder de vigilancia y control en todo momento sobre la gestión que realiza el concesionario. Un ejemplo es la posibilidad de intervención temporal de los servicios públicos municipales concesionados, a que se refiere el Artículo 76 del Código Municipal (Decreto 12-2002

¹³ Silva Cencio, Jorge. **Contratos administrativos**. Pág. 136.



del Congreso de la República de Guatemala), en caso el servicio público se administre y preste deficientemente o deje de prestarse sin autorización, entre otros.

b. La concesión de servicios públicos municipales solo se admite en aquellos servicios que no son prestados exclusivamente por la comuna. El Artículo 74 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala) establece que la municipalidad tiene la facultad de otorgar a personas individuales o jurídicas la concesión de la prestación de servicios públicos municipales.

c. El concesionario asume la responsabilidad y riesgos económicos. Al concesionario pertenecen las ganancias percibidas por la ejecución del servicio público, pero además debe soportar las pérdidas económicas por la fluctuación de la economía dentro de un rango económico normal. Sobre este aspecto, el numeral 3.4 del Artículo 97 de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala), obliga a que el contrato de concesión establezca que el concesionario debe responder por los daños y perjuicios que ocasione al Estado o a terceros con motivo de la explotación de la concesión. Asimismo, el concesionario debe constituir garantía a favor del Estado, tal como lo establece el Artículo 70 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Acuerdo Gubernativo 1056-92): "Para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones y funcionamiento eficiente del objeto de la concesión, el concesionario constituirá a favor del Estado las garantías que se fijen en el contrato..."; constituyéndose tal garantía como una herramienta del Estado, para amortizar cualquier riesgo económico que pudiese devenir de la concesión.

d. El concesionario del servicio público municipal percibe una retribución, mediante una tarifa por la explotación del servicio que es pagada por los usuarios. Ésta es una de las



características de la concesión de servicios públicos, porque el precio no está a cargo de la administración concedente, sino del usuario, quien paga la tarifa establecida por la administración.

e. La concesión es temporal: La concesión siempre debe ser un contrato a plazo, la doctrina moderna hace inadmisibles que sea perpetua. La Ley de Contrataciones del Estado (Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala) en el Artículo 97 y el Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala) en el Artículo 74 establecen que el plazo de duración de la concesión no podrá ser superior a 25 años; es decir que la legislación guatemalteca, al igual que la doctrina, impide que la concesión sea de carácter perpetuo.

f. El concesionario está dotado de poderes jurídicos en ciertas áreas: Se refiere a que muchas veces dependiendo de la naturaleza del servicio público, el concesionario deberá hacer uso de bienes dominio del Estado o sus entidades autónomas y descentralizadas, siempre y cuando se encaminen al cumplimiento del objeto del contrato; para lo cual estará dotado de poderes jurídicos. Un ejemplo es el Artículo 587 del Código Civil (Decreto Ley 106) que establece que los concesionarios de pertenencias mineras: "tienen la propiedad de las aguas halladas en sus labores, mientras conserven la concesión de sus minas respectivas...".

En conclusión, la concesión de servicios públicos es el contrato administrativo por medio del cual la administración pública otorga a un tercero (persona privada individual o jurídica) la facultad de prestar temporalmente un servicio público, bajo responsabilidad de éste (concesionario) y vigilancia de la administración pública



concedente; recibiendo el concesionario como retribución el precio pagado por los particulares usuarios del servicio público concesionado.

2.5. Sujetos de la concesión de servicios públicos

En la concesión de servicios públicos municipales, lo son:

- a. Municipalidad que actúa en calidad de concedente
- b. Concesionario (persona privada individual o jurídica)

Legislaciones como la española, consideran necesario que el concesionario sea un particular; sobre éste aspecto el Artículo 95 de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala) preceptúa que: "...se entiende por concesión la facultad que el Estado otorga a particulares..."; deduciéndose entonces que en nuestro país también es necesario que el otorgamiento de una concesión se haga a un particular y no a otro ente de derecho público.

2.6. Procedimiento de selección del concesionario, adjudicación y suscripción del contrato

De acuerdo a lo establecido en el Artículo 73 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala), las concesiones de servicios públicos municipales se otorgarán de conformidad con las normas establecidas en ese código,



la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala) y reglamentos municipales.

El primer paso a seguir para el otorgamiento de una concesión, es el procedimiento de selección del concesionario. Dicho procedimiento es el de licitación, de conformidad con el Artículo 96 de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala); es un procedimiento mediante el cual la administración pública convoca a eventuales interesados para que formulen propuestas de conformidad con un pliego y bases de condiciones, para que la administración acepte la que considere más conveniente.

Seguidamente, es necesario un acto administrativo por medio del cual se toma la decisión de contratar a un determinado oferente (persona particular individual o jurídica que presenta una oferta). A partir de esta etapa, el oferente se convierte en adjudicatario. La adjudicación perfecciona el acuerdo de voluntades con la administración, debiendo ser aprobada por la autoridad superior de la entidad autónoma o descentralizada u Organismo del Estado, siendo el Concejo Municipal en el caso de las comunas.

Una vez adjudicada la concesión, es el momento de suscribir un contrato de Derecho Público. El contrato será celebrado ante el titular del Ministerio o la autoridad máxima de la entidad que corresponda y el concesionario de conformidad con el Artículo 96 de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto 57- 92 del Congreso de la República de

Guatemala). En el caso de las municipalidades, es atribución del Alcalde la de contratar obras y servicios con arreglo al procedimiento legalmente establecido.

El otorgamiento de la concesión de un servicio público, trae como consecuencia la transferencia de poderes administrativos al concesionario, por lo que es necesaria la intervención del órgano legislativo a efecto de regular con carácter general el otorgamiento de la concesión; al respecto el Artículo 63 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala) establece específicamente que el contrato que contenga concesión sobre servicios públicos, será sometido por conducto del Ejecutivo a consideración y eventual aprobación del Congreso de la República.

La importancia y complejidad de las concesiones de servicios públicos ha hecho necesaria la creación de un contrato de forma escrita. Sobre éste aspecto el Artículo 74 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala) establece que el contrato de concesión de servicios públicos municipales debe documentarse mediante contrato de Derecho Público. El Artículo 97 de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala) y el Artículo 75 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala), enumeran varias cláusulas obligatorias que debe contener todo contrato de concesión; pero en general debe referirse a lo siguiente:

- a. Reproducción de los pasajes esenciales de la resolución inicial y del procedimiento de licitación.



- b. El hecho de la prestación del servicio por parte del particular incluyendo los términos, plazo y condiciones en que se contrata al concesionario.
- c. La ecuación económico financiera de la concesión. Deberá incluirse el mecanismo para la determinación de la tarifa del servicio que será prestado y mecanismo para el ajuste de las mismas si fuera el caso.
- d. Los aspectos que se refieran a la organización y funcionamiento del servicio público, fijado en reglas emitidas por la administración. A este respecto el Artículo 97 de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala) y el Artículo 75 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala) establecen que el reglamento para la prestación del servicio, forma parte del contrato de concesión.
- e. Las sanciones en que incurre el concesionario en caso de incumplimiento de las condiciones de la concesión y la fijación de garantía que respalde el cumplimiento de sus obligaciones y funcionamiento del servicio.
- f. En el contrato se debe indicar las condiciones que debe cumplir el concesionario para que se le conceda una eventual prórroga del mismo.

2.7. Derechos y obligaciones de los sujetos de la concesión

La concesión trae como consecuencia el sometimiento de ambas partes al cumplimiento de derechos y obligaciones, siendo principalmente los siguientes:

Derechos del concesionario

- Derecho a la explotación del servicio. Organizar internamente su empresa en la forma que estime adecuada para lograr un eficaz aprovechamiento de recursos humanos y materiales.
- Mantenimiento de la ecuación económico financiera de la concesión. Esta ecuación se refiere a la relación entre los gastos y el producto de la explotación.
- Derecho a uso exclusivo de ciertos bienes propiedad del Estado o sus entidades autónomas y descentralizadas, que le han sido otorgados en la concesión.

Derechos del concedente

- Disponer de poderes amplios de dirección y control.
- En caso de incumplimiento de obligaciones por parte del concesionario, puede imponer sanciones. Si el incumplimiento afecta el desarrollo normal del servicio, el concedente puede tomar posesión de la empresa por medio de la intervención temporal, a costa del concesionario, de conformidad con el Artículo 76 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala).
- La administración pública puede modificar de forma unilateral los aspectos de funcionamiento y organización del servicio, pero no puede modificar las cláusulas del contrato que se refieran al contenido económico de la explotación.
- Derecho a la reversión, lo que significa que al vencimiento de la concesión, todas las construcciones e instalaciones pasen a propiedad del Estado o de la entidad autónoma o descentralizada de que se trate sin que tenga que reembolsar, compensar o pagar suma alguna de dinero, de conformidad con el Artículo 97 de la

Ley de Contrataciones del Estado (Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala).

- A que el concesionario le pague un porcentaje que será determinado en la resolución que otorgue la concesión.

Obligaciones del concesionario

- Su obligación principal es el cumplimiento eficiente del servicio público en los plazos previstos, en forma continua, de forma regular y con igualdad de condiciones para los usuarios.
- Ajustarse a lo establecido en las cláusulas de la concesión. Llevar la contabilidad de conformidad con la ley, según lo establece el Artículo 66 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Acuerdo Gubernativo 1056-1992).

Obligaciones del concedente

- Su obligación principal es exigir el cumplimiento del servicio.

El Artículo 95 de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala) establece además como obligaciones mínimas del Estado las siguientes: obtener los derechos de los servicios concesionados; rescatar los servicios por causa de utilidad pública, tales como: servicio deficiente, aumento desmedido de precios, fuerza mayor o caso fortuito; revisar las tarifas y velar porque sean éstas las que se cobren; supervisar la ejecución de la concesión hasta su vencimiento.



La concesión de servicios públicos, puede concluir por cualquiera de los medios comunes de conclusión de contratos administrativos. El párrafo final del Artículo 95 de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala), determina concretamente que la concesión finaliza por:

a. Cumplimiento del plazo. Es la forma normal, regular y prevista de extinción o conclusión de la concesión de servicios públicos, es resultado de la expiración del término de duración pre establecido.

b. Rescisión en los casos que se establezca en el contrato respectivo. La extinción del contrato de concesión de servicios públicos por rescisión, puede atribuirse a causas no imputables al concesionario cuando la razón sea de fuerza mayor y esta haga imposible la ejecución de la concesión; también puede ser resultado del incumplimiento por parte de la administración pública concedente. Cualquiera que sea la situación, es requisito que la causa para invocar la rescisión se encuentre contenida en el texto del contrato, lo que se traduce en que está consentida por las partes, y además debe estar fundada en la ley.

c. Revocación por conducto del Ejecutivo a consideración y eventual aprobación del Congreso de la República. La revocación de la concesión equivale a su eliminación o derogación fundada, siempre por motivos de oportunidad o de conveniencia administrativa. El contrato administrativo puede ser perfectamente legal, pero no acomodarse a los intereses públicos, razón por la cual la administración pública decide dejarlo sin efecto.

La revocación se fundamenta en el principio de que la acción de la administración debe presentar siempre el máximo de coherencia con los intereses públicos y no sólo cuando la concesión nace, sino a lo largo de todo su término.

2.8. Revocación de la concesión de servicios públicos municipales

El Artículo 77 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala) se refiere específicamente a las causas de revocación de la concesión de servicios públicos municipales, de la siguiente forma: “La concesión de servicio público municipal podrá ser revocada por cualquiera de las siguientes causas: a) Cuando el Concejo Municipal declare que es lesiva a los intereses del municipio. b) Por violación de disposiciones relativas al orden público y al interés social. c) Por incumplimiento de disposiciones de carácter general o local, relativas a la salud e higiene públicas y protección del medio ambiente. d) Cuando las deficiencias del servicio no sean subsanables por el procedimiento previsto en el artículo anterior.

En cualesquiera de estos casos queda excluida la vía de lo contencioso administrativo”. Las causas de revocación establecidas en las literales b), c) y d) del Artículo anteriormente citado, son lógicas en virtud que se fundan en el principio de que la acción de la administración debe presentar siempre el máximo de coherencia con los intereses públicos. Respecto a la causal establecida en la literal a) del artículo citado, se indica que previo a ser revocada la concesión del servicio público se hace necesaria una declaración de lesividad. Se hace alusión a tal declaración como un simple



requisito previo a la revocación de la concesión, sin tomar en consideración que ésta conlleva un procedimiento administrativo previo a ser emitida.

El Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala) no recoge en su articulado el procedimiento administrativo a seguir previo a que el Concejo Municipal emita la declaración de lesividad. Asimismo, excluye expresamente el posterior proceso de lesividad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, al establecer en el referido Artículo 77 que: "...En cualesquiera de estos casos queda excluida la vía de lo contencioso administrativo".

Jurisdicción competente. La concesión de servicios públicos da lugar a tres tipos de relaciones:

- a. Entre la administración concedente y el concesionario,
- b. Entre el concesionario y los usuarios del servicio,
- c. Entre el concesionario y los empleados que utiliza.

En el desarrollo de cualquiera de las tres relaciones puede surgir un conflicto o una controversia; el Artículo 102 de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala) establece que: "Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Salvo lo dispuesto en el Artículo 3 de esta ley, toda controversia relativa al incumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los actos o resoluciones de las entidades a que se refiere el Artículo 1 de la presente ley, así como en los casos de controversias derivadas de contratos administrativos, después de



agotada la vía administrativa y conciliatoria, se someterán a la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo”. Tal como se indicó, la concesión de servicios públicos es un contrato administrativo, por lo que le es totalmente aplicable el precepto legal precedente, en caso se suscitare un conflicto o controversia derivado de la misma. Se excluye la aplicación del artículo anterior en los casos de conflicto o controversia entre el concesionario y los empleados que utiliza en su empresa; debiendo ventilarse los mismos ante la jurisdicción laboral.



CAPÍTULO III

3. La lesividad

Dentro de los principios generales del derecho se establece que nadie puede ir en contra de sus propios actos; sin embargo, en el ordenamiento administrativo, la administración pública puede ir en contra de sus propias actuaciones firmes, en caso éstas resulten perjudiciales a los intereses del Estado. La idea anterior no se debe entender en el sentido estricto que la administración pueda unilateralmente eliminar una actuación, al reputar que resulta perjudicial a los intereses públicos; previamente, debe instar un procedimiento administrativo que culmina con una declaración de lesividad, para posteriormente incoar un proceso de revisión jurisdiccional ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y obtener la revocación de la actuación. La lesividad es una figura jurídica que nace en el seno del Derecho Administrativo, y que lamentablemente nuestra legislación contempla de forma insuficiente e imprecisa, dando lugar a vacíos jurídicos.

3.1. Antecedentes

La figura de la lesividad, tal como es conocida actualmente, difiere de la institución que configuró su génesis histórica procedente del derecho español. En España, entre octubre de 1845 y diciembre de 1846, surgen dos importantes reglamentos de carácter administrativo, que regulaban un recurso contencioso interpuesto por la propia



administración. El referido recurso procedía solamente en caso de que algún acto del Ministro lesionara los intereses económicos de la administración; éste se considera como el origen de la lesividad.

En el año de 1881, surge en España una Ley que faculta a que la administración pueda promover un proceso, no solo en los casos derivados de una lesión económica, sino además en los casos fundados en vicios de legalidad. Finalmente en el año 1888, con la promulgación de la Ley de Santamaría de Paredes, la lesividad se configura como se conoce actualmente (conformada por un procedimiento, una declaración y un recurso) siendo ejemplo inspirador de varios países en América Latina, entre los que se encuentra Guatemala

3.2. Breve reseña histórica de la lesividad en Guatemala

El 28 de mayo de 1928, el Congreso de la República de Guatemala emite el Decreto Legislativo 1550, la primera Ley de lo Contencioso Administrativo de nuestro país. Dicha ley, establecía en el Artículo 3, la posibilidad de que la propia administración pública pudiese interponer el recurso de lo contencioso administrativo con respecto a providencias y resoluciones que por acuerdo gubernativo se declararan lesivos a los intereses del Estado. Asimismo contemplaba en el Artículo 5, como jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, todas las cuestiones relativas a los contratos sobre obras y servicios públicos. Puede establecerse entonces que la figura de la



lesividad data en el derecho guatemalteco, desde la primera Ley de lo Contencioso Administrativo existente.

El referido Decreto Legislativo fue derogado por el Decreto 1881 del Presidente de la República, publicado el 30 de septiembre de 1936. Este Decreto, al igual que el anterior, establecía en el Artículo 10, la facultad de que la administración pública pudiera interponer el recurso contencioso administrativo, respecto a providencias y resoluciones declaradas lesivas a los intereses del Estado. En general, este Decreto no introdujo innovación alguna respecto a la figura de la lesividad en el ámbito de lo contencioso administrativo.

Por último, la Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala), vigente actualmente en Guatemala, se refiere a la lesividad en los Artículos 20 y 23, en cuanto a requisitos y plazo para promoverla. Al igual que en los Decretos anteriores, la lesividad no es abordada de una forma profunda, simplemente se hace referencia a ésta como un caso de procedencia de la vía de lo contencioso administrativo.

3.3. Conceptos y generalidades

El Diccionario de la Real Academia Española no establece significado alguno para la palabra lesividad, siendo entonces lo más próximo a ella el término lesivo, que se

refiere a algo que: “causa o puede causar lesión, daño o perjuicio”.¹⁴ Dicho término proviene del vocablo lesio que se deriva del latín *laesus* que significa dañar u ofender.

La lesividad, es una figura que nace a la luz del Derecho Administrativo en defensa de los intereses públicos. Tanto la doctrina como la ley, la conciben como: una declaración, un procedimiento o un proceso, entre otros; tales acepciones hacen necesario diferenciar cada una de las concepciones, a modo de tener una idea general y clara de la figura.

a. La lesividad concebida como una declaración

En cuanto a considerar la lesividad como una declaración, el tratadista José Garberí Llobregat, citado por Luis Contreras, establece que: “Constituye una manifestación expresa y formal emanada de un órgano de la administración, por la cual se viene a reconocer que uno de sus propios actos resulta lesivo para los intereses públicos, declarándolo así en función de posibilitar su posterior revisión jurisdiccional, y siempre y cuando la administración no pueda por si misma anularlo”.¹⁵

Respecto a tal declaración, la Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala) la refiere en el Artículo 20: “...Esta declaración sólo podrá hacerse dentro de los tres años siguientes a la fecha de la resolución o acto que la origina”. Asimismo, la literal b) del Artículo 17 de la Ley del

¹⁴ Real Academia Española. Ob. Cit. www.rae.es consultado el 26 de febrero de 2009.

¹⁵ Contreras, Luis Martín. *El Procedimiento Ordinario en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, estudio práctico, jurisprudencia y formularios*. Pág. 9



Organismo Ejecutivo (Decreto 114-97 del Congreso de la República de Guatemala) regula como función del Consejo de Ministros: “Concurrir con el Presidente de la República a declarar o no la lesividad de los actos o contratos administrativos, para los efectos de la interposición del recurso de lo contencioso administrativo...”.

Del análisis del concepto transcrito con anterioridad y de las normas citadas, se concluye que la lesividad como declaración, se refiere al momento preciso en que el Presidente de la República en Consejo de Ministros, adopta la decisión de que determinado acto o contrato administrativo daña los intereses públicos, emitiendo el Acuerdo Gubernativo respectivo.

b. La lesividad concebida como un procedimiento

No obstante, no debe encuadrarse la figura de la lesividad en una simple declaración, porque la decisión tomada por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, simplemente finaliza una etapa que se denomina procedimiento administrativo de lesividad.

El procedimiento administrativo de lesividad, es el primer elemento de la lesividad administrativa, y debe iniciarlo el órgano administrativo autor del acto o contrato que se reputa lesivo a los intereses del Estado. Éste procedimiento inicia con un dictamen o estudio jurídico que determine el aspecto lesivo del contrato o acto y posteriormente su



remisión a la Procuraduría General de la Nación, para su homologación y remisión a la Secretaría General de la Presidencia de la República.

c. La lesividad concebida como un proceso

Posteriormente a ser emitida la declaración de lesividad, se hace necesaria una revisión jurisdiccional; es ahí donde entra en juego el concepto de proceso de lesividad. El tratadista, José Garberí Llobregat ya referido, citado por Contreras, concibe el proceso de lesividad como aquel: "donde se produce la revisión jurisdiccional instada por la administración contra alguno de sus propios actos, y en el que ésta puede obtener la anulación de los mismos".¹⁶

Al relacionar la declaración de lesividad con el proceso de lesividad, se concluye que no puede existir un proceso de lesividad sin tener previamente una declaración de lesividad. A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, mediante Sentencia de fecha 26 de junio de 1984 de la Sala Cuarta, establece que la declaración de lesividad es: "...un trámite previo para interponer un recurso contencioso administrativo constituyendo una facultad discrecional que no envuelve una resolución definitiva". La declaración de lesividad es un requisito previo y necesario para recurrir ante el órgano jurisdiccional. La omisión de la declaración de lesividad previa a promover el proceso jurisdiccional provocaría la inadmisibilidad del mismo. Lo esencial del proceso de lesividad, es que en el desarrollo del mismo se obtiene una resolución definitiva en cuanto a la lesividad o no del acto o contrato impugnado.

¹⁶ Contreras, Luis Martín. Ob. Cit. Pág. 9-10.



Se concluye entonces que, la lesividad es una institución creada por el Derecho Administrativo con el objeto de salvaguardar los intereses de la administración pública de cualquier tipo de lesión. Se compone de un procedimiento administrativo, una declaración y un proceso jurisdiccional; estando concatenados los tres elementos con el fin de lograr una resolución judicial definitiva respecto a la lesión de determinado acto o contrato administrativo. Se aplicará de aquí en adelante dentro de la investigación el término lesividad administrativa, para referirse a lo anteriormente indicado.

3.4. Naturaleza jurídica de la lesividad administrativa, la declaración de lesividad y del proceso de lesividad

La naturaleza jurídica de la lesividad administrativa es la de ser un “acto con características administrativas y jurisdiccionales”¹⁷ porque inicia en el seno de la propia administración pública y culmina con una resolución del órgano jurisdiccional. Además de la propia naturaleza jurídica de la lesividad administrativa, cada uno de sus elementos posee una naturaleza jurídica particular.

La naturaleza jurídica de la declaración de lesividad, es la de ser un acto administrativo de carácter necesario porque por medio de ésta, la administración pública tiene la posibilidad de recurrir posteriormente al órgano jurisdiccional competente a incoar el proceso de lesividad.

En cuanto a la naturaleza jurídica del proceso de lesividad, éste tiene la naturaleza de proceso necesario en virtud de que la administración pública que pretenda eliminar

¹⁷ Contreras, Luis Martín. *Ob. Cit.* Pág. 9.

actos o contratos que no puede anular o revocar por si misma o, a instancia del administrado, deberá de acudir necesariamente ante un órgano jurisdiccional a ventilar el proceso.

3.5. Actividad administrativa susceptible de ser lesiva

No toda la actividad administrativa puede ser declarada lesiva. La administración pública solamente puede declarar lesivos los actos declarativos de derechos (son los que reconocen o niegan derechos a los administrados) que atenten a los intereses públicos y no pueda anular o revocar por si misma. A este respecto, el Tribunal Supremo de España, en las Sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de España del 9 de diciembre de 1980, 8 de noviembre de 1983 y 23 de abril de 1985, opina: "quedan fuera del régimen jurídico de la lesividad los simples actos de organización o cumplimiento que carezcan de eficacia exterior generadora de derechos en los administrados".

Es importante indicar, que la administración pública es quien decide lo que se considera de interés público. En un Estado de Derecho como Guatemala, la administración pública no ostenta intereses propios distintos a los de la sociedad que sirve, siendo estos los intereses públicos.

El acto declarativo de derechos, susceptible de ser declarado lesivo, se reputa perfecto, válido y eficaz, una vez no exista una sentencia proferida por un órgano jurisdiccional competente que se manifieste sobre la declaración lesividad.

3.6. La lesividad en el marco de las leyes ordinarias nacionales

Son limitadas las normas que se refieren a la lesividad en el marco de las leyes ordinarias nacionales, no obstante la lesividad administrativa tiene relevante trascendencia, por su función protectora de los intereses del Estado. Se analiza a continuación tal regulación legal:

A. Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala)

Establece el Artículo 20: "...Si el proceso es planteado por la administración por sus actos o resoluciones, no será necesario que concurren los requisitos indicados siempre que el acto o resolución haya sido declarado lesivo para los intereses del Estado, en Acuerdo Gubernativo emitido por el Presidente de la República en Consejo de Ministros. Esta declaración sólo podrá hacerse dentro de los tres años siguientes a la fecha de la resolución o acto que la origina".

De la norma precedente se extraen las siguientes conclusiones:

- Previamente a recurrir al procedimiento (contencioso administrativo), se hace necesaria una declaración de lesividad.
- Tal declaración la debe emitir el Presidente de la República en Consejo de Ministros.
- La declaración de lesividad debe tener la forma de un Acuerdo Gubernativo.



- Debe hacerse dentro de los tres años siguientes a la fecha de la resolución o acto que la origina.

El Artículo 23 del mismo cuerpo normativo, regula que: “El plazo para el planteamiento del proceso contencioso administrativo es de tres meses contados a partir de 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 de publicación del Acuerdo Gubernativo que declaró lesivo el acto o resolución en su caso”.

De la lectura del Artículo 23 se concluye:

- El Acuerdo Gubernativo que contiene la declaración de lesividad debe ser publicado en el Diario Oficial.
- Posteriormente, se tienen tres meses para el planteamiento del proceso contencioso administrativo.

B. Ley del Organismo Ejecutivo (Decreto 114-97 del Congreso de la República de Guatemala)

Refiere el Artículo 17, como función del Consejo de Ministros: “...b) Concurrir con el Presidente de la República a declarar o no la lesividad de los actos o contratos administrativos, para los efectos de la interposición del recurso de lo contencioso administrativo...”.



De la lectura del Artículo precedente se puede concluir que:

- Esta disposición es coherente con lo establecido en el Artículo 20 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, en cuanto a la concurrencia del Presidente de la República, juntamente con el Consejo de Ministros para declarar la lesividad.
- El Artículo 20 de la Ley de lo Contencioso Administrativo solamente se refiere a: acto que la origina, mientras que, el presente Artículo hace alusión a: actos o contratos administrativos.
- El Artículo 17 de la Ley del Organismo Ejecutivo contempla expresamente que, el efecto de la declaración de lesividad, es la posibilidad de interposición del recurso contencioso administrativo.

C. Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala)

Establece el Artículo 77: "La concesión de servicio público municipal podrá ser revocada por cualquiera de las siguientes causas:

- a) Cuando el Consejo Municipal declare que es lesiva a los intereses del municipio.
- b) Por violación de disposiciones relativas al orden público y al interés social.
- c) Por incumplimiento de disposiciones de carácter general o local, relativas a la salud e higiene públicas y protección del medio ambiente.
- d) Cuando las deficiencias del servicio no sean subsanables por el procedimiento previsto en el artículo anterior.

En cualesquiera de estos casos queda excluida la vía de lo contencioso administrativo"



Se concluye de la lectura de la norma que:

- El Concejo Municipal tiene facultad para emitir declaraciones de lesividad de concesión de servicios públicos municipales.
- La declaración de lesividad debe estar fundada en causas que tengan como objetivo la protección de los intereses del municipio.
- En los casos de declaración de lesividad, proferidos por el Concejo Municipal, queda excluida la vía de lo contencioso administrativo.

Como se puede concluir, en Guatemala no existen normas específicas que regulen de manera general o uniforme la lesividad administrativa, es decir, se hace necesaria la interpretación y conjugación de los artículos anteriormente citados, para poder hacer una interpretación del procedimiento. Sin lugar a duda, los legisladores han restado importancia a este tema, que por su objetivo y los derechos que busca proteger, merece ser ahondado a profundidad. Es necesaria entonces la creación de normas específicas que contemplen la lesividad administrativa desde su inicio con el procedimiento administrativo, hasta su conclusión ante la vía de lo contencioso administrativo.

3.7. Procedimiento administrativo de lesividad

El procedimiento administrativo de lesividad, es el primer elemento de la lesividad administrativa, y debe iniciarlo el órgano administrativo autor del acto o contrato que se reputa lesivo a los intereses públicos; aunque también podría iniciarlo el órgano que



supervisa o tiene funciones de revisor de dicho órgano. Al inicio se debe emitir un dictamen o estudio jurídico, que concluya sobre la lesividad del acto o contrato, que puede ser total o parcial.

Posteriormente, el órgano administrativo remite el expediente a la Procuraduría General de la Nación para que emita dictamen. En caso concluya (la Procuraduría General de la Nación) que el acto o contrato administrativo se reputa lesivo a los intereses públicos, elabora un proyecto de redacción de Acuerdo Gubernativo. El referido proyecto también puede ser elaborado por el órgano administrativo autor del acto o contrato; siendo éste el caso, la Procuraduría General de la Nación, una vez emitido el dictamen le envía el expediente al órgano administrativo correspondiente.

Redactado el proyecto de Acuerdo Gubernativo, por quien corresponda, se remite el expediente a la Secretaría General de la Presidencia de la República, órgano responsable de tramitar los asuntos de gobierno del Despacho del Presidente de la República, así como revisar los expedientes que se someten a su conocimiento y aprobación.

La Secretaría General de la Presidencia de la República, traslada el expediente al Cuerpo Consultivo de la Presidencia, unidad técnica de asesoría jurídica, que aprueba o no la procedencia del Acuerdo Gubernativo, pudiendo modificarlo o no si fuera necesario. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en la literal b) del Artículo 9 de la Ley del Organismo Ejecutivo (Decreto 114-97 del Congreso de la República de



Guatemala) y el Artículo 1 y 10 del Reglamento Orgánico Interno de la Secretaría General de la Presidencia de la República.

Finalmente, el expediente es remitido a la Presidencia de la República, siendo la etapa que concluye el procedimiento administrativo de lesividad, para dar paso a la declaración de lesividad.

3.8. Declaración de lesividad

Tal como se estableció en apartados anteriores, la declaración de lesividad es un acto que constituye un trámite previo para la interposición del proceso de lesividad ante la jurisdicción contencioso administrativa; debe llenar determinados requisitos en cuanto a la competencia para declararla, la forma, el plazo y los efectos que conlleva.

3.8.1. Competencia para declarar la lesividad

Además de la doctrina, legislaciones como la española, sostienen que resulta competente para emitir la declaración de lesividad, el propio órgano de la administración autor del acto o contrato estimado lesivo a los intereses públicos. Difiriendo de éste precepto doctrinario, nuestro ordenamiento jurídico brinda tal competencia al Presidente de la República en Consejo de Ministros (Artículo 17, literal b. de la Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto 114-97 del Congreso de la República de Guatemala).



Sin embargo, existe una norma vigente en Guatemala que otorga competencia para emitir declaraciones de lesividad a un órgano administrativo específico: el Concejo Municipal, de conformidad con la literal a) del Artículo 77 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala) que indica: “La concesión de servicio público municipal podrá ser revocada por cualquiera de las siguientes causas:
a) Cuando el Concejo Municipal declare que es lesiva a los intereses del municipio...”.

Sobre este aspecto, “cuando se trata de entidades descentralizadas y autónomas como las municipalidades, esta declaratoria debe hacerse mediante el órgano de mayor jerarquía administrativa dentro de ésta clase de órganos. Si esto no fuera así habría una violación a la autonomía y por ende a la Constitución Política de la República de Guatemala.”¹⁸

En ese orden de ideas, el Licenciado Juan Carlos Estrada Flores, en su tesis de la Universidad Francisco Marroquín, denominada La Autonomía Municipal y la Lesividad Administrativa, concluye: “...debido a que las municipalidades por ser entidades autónomas y por el sólo hecho de poseer personalidad jurídica propia y ejercer su competencia de conformidad con sus propias leyes orgánicas, tienen la facultad para tomar sus propias decisiones, entre ellas la de declarar la lesividad de sus mismos actos o resoluciones. La declaratoria hecha por el Presidente en Acuerdo de Ministros es para el caso de actos lesivos administrativos que provengan de la administración pública centralizada...”.¹⁹ Si bien es cierto, este trabajo de investigación no tiene como

¹⁸ Calderón Morales, Hugo H. *Ob. Cit.* Pág. 427.

¹⁹ Estrada Flores, Juan Carlos. *La autonomía municipal y la lesividad administrativa.* Pág. 114.

objetivo establecer si es o no es competencia del Concejo Municipal, declarar la lesividad de la concesión de servicios públicos municipales, es importante hacer la observación de tal aspecto, siendo que existen estudios sobre el tema en el seno del derecho guatemalteco.

3.8.2. Forma de la declaración de lesividad

De acuerdo al párrafo final del Artículo 20 de la Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala), la declaración de lesividad debe revestir la forma de Acuerdo Gubernativo, emitido por el Presidente de la República en Consejo de Ministros. El Acuerdo Gubernativo debe contener:

- a. En su primer Artículo, debe declarar la lesividad del acto o contrato administrativo e identificarlo.
- b. En el segundo Artículo, debe ordenar a la Procuraduría General de la Nación la promoción del proceso contencioso administrativo.
- c. En el tercer Artículo, se debe establecer que el acuerdo empieza a regir desde el día de su publicación en el Diario Oficial.

Es hasta el momento de la publicación del Acuerdo Gubernativo en el Diario Oficial, que cualquier interesado (particular o persona que ostente un interés legítimo) tiene conocimiento de la declaración de lesividad.

Por último, el expediente es enviado al órgano administrativo autor del acto o contrato declarado lesivo, para que sea éste quien lo remita a la Procuraduría General de la



Nación, acompañando certificación del Acuerdo Gubernativo, para que la Procuraduría pueda promover el proceso contencioso administrativo correspondiente.

3.8.3. Plazo para declarar la lesividad

De acuerdo al último párrafo del Artículo 20 de la Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala), la declaración solo podrá hacerse dentro de los tres años siguientes a la fecha de la resolución o acto que la origina.

3.8.4. Efectos de la declaración de lesividad

El único efecto que apareja la declaración de lesividad, es el de poder iniciar el cómputo del plazo para incoar el proceso de lesividad, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo; no importando si la declaración de lesividad fue proferida por el Presidente de la República en Consejo de Ministros o por el Concejo Municipal.

Tal acepción, además de ser reconocida por legislaciones como la española, está contemplada en el Artículo 17 de la Ley del Organismo Ejecutivo (Decreto 114-97 del Congreso de la República de Guatemala), que atribuye al Consejo de Ministros la función de: "...b) Concurrir con el Presidente de la República a declarar o no la lesividad de los actos o contratos administrativos, para los efectos de la interposición del recurso de lo contencioso administrativo...".

Como se ha indicado en repetidas ocasiones dentro de la presente investigación, el Artículo 77 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala), excluye expresamente la posibilidad de que las declaraciones de lesividad municipales puedan ser recurridas en la vía de lo contencioso administrativo; tal exclusión apareja los siguientes efectos jurídicos:

- a. Impide que se completen las tres etapas que conlleva la lesividad administrativa (procedimiento de lesividad, declaración de lesividad y proceso de lesividad).
- b. Queda mermado el único efecto que apareja la declaración de lesividad: la posibilidad de recurrir a la vía contencioso administrativo.
- c. Es importante mencionar, como efecto indirecto, el estado de indefensión al que puede verse sometido el administrado que ostenta interés legítimo en la concesión municipal declarada lesiva, por quedar impedido de ejercitar su derecho de defensa. La persona que ostenta interés legítimo en el asunto, en virtud de la exclusión establecida en el Artículo 77 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala), no puede ventilar sus pretensiones o alegatos respecto a la declaración de lesividad, ante la vía de lo contencioso administrativo.

3.9. Proceso de lesividad

El proceso de lesividad, es el medio que tiene la administración pública para conseguir la revocación o anulación de sus actos declarativos de derechos, que causan daño o lesión a los intereses del Estado. Por este medio, se pretende dotar a todos los actos de la administración pública de garantía y estabilidad jurídica.

Las escuelas de Derecho Administrativo de mediados del siglo XX, referían el proceso de lesividad como un proceso especial tramitado ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en virtud de que la administración pública actúa como parte demandada. El Derecho Administrativo contemporáneo, deja atrás tal percepción, y concluye que el proceso de lesividad no es un proceso especial porque el trámite a seguir es similar al de un proceso contencioso administrativo ordinario.

En Guatemala, el proceso de lesividad se rige por el proceso establecido en la Ley de lo Contencioso Administrativo.

3.9.1. Órgano judicial competente

El órgano judicial competente para conocer del proceso de lesividad es el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. El Artículo 20 de la Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala), preceptúa: "...Si el proceso es planteado por la administración por sus actos o resoluciones, no será necesario que concurren los requisitos indicados, siempre que el acto o resolución haya sido declarado lesivo para los intereses del Estado...".

Asimismo, el Artículo 23 de la misma norma indica: "El plazo para el planteamiento del proceso contencioso administrativo es de tres meses contados a partir de 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



de publicación del Acuerdo Gubernativo que declaró lesivo el acto o resolución en su caso”.

Ninguno de los artículos establece expresamente que la lesividad sea un caso de procedencia del proceso contencioso administrativo. Se hace necesario hacer una interpretación, resultado de la lectura de ambos artículos, para concluir que ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo se debe promover proceso de lesividad, en el plazo previsto.

3.9.2. Incoación del proceso de lesividad

El proceso debe promoverlo la Procuraduría General de la Nación, en representación del Estado y en cumplimiento con lo ordenado en el Acuerdo Gubernativo que contiene la declaración de lesividad, emanada del Presidente de la República en Consejo de Ministros. El escrito inicial debe llenar los requisitos establecidos en el Artículo 28 de la Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala), además debe acompañarse la certificación del Acuerdo Gubernativo en que se plasmó la declaración de lesividad y el expediente administrativo que sirve de cobertura a la misma.

Además de la Procuraduría General de la Nación, las municipalidades o incluso el particular que ostente interés legítimo en el acto declarado lesivo, pueden promover el proceso; éste último, amparado por el Artículo 28 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que se refiere al Derecho de Petición.



3.9.3. Plazo para promover el proceso de lesividad

De conformidad con el Artículo 23 de la Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala), el plazo para el planteamiento del proceso es de tres meses, contados a partir de la fecha de publicación del Acuerdo Gubernativo que declaró lesivo el acto o resolución. La Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala) no establece que sucede en caso la administración pública no promueva el proceso durante el plazo establecido. Por seguridad jurídica, una vez vencido el plazo sin promoción del proceso por parte de la administración pública, el acto, resolución o contrato que se reputaba lesivo, no podría ser revocado o anulado por otro medio.

En el proceso de lesividad surge una inversión de las posiciones procesales, porque la propia administración pública promueve el proceso por sus propios actos o resoluciones.

Por otra parte, en la substanciación del proceso deben emplazarse a aquellas personas o entidades que se pudieran ver afectadas por la declaración de lesividad en sus derechos o intereses legítimos. Las partes emplazadas de conformidad con el Artículo 35 de la Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala) deben ser:

- a. El órgano administrativo autor del acto, contrato o resolución que se impugna.
- b. Las personas que aparezcan con interés en el expediente.

- c. Si se tratare de un asunto de hacienda pública debe ser emplazada la Contraloría General de Cuentas.
- d. La Procuraduría General de la Nación, por ser el ente que promueve el proceso, ostenta la legitimación activa y no es emplazada. En caso no lo promueva, debe ser emplazada.

Objeto litigioso del proceso de lesividad. Dentro del proceso de lesividad solamente pueden surgir pretensiones constitutivas de revocación o anulación, encaminadas a extinguir una situación jurídica preexistente; es decir, el acto, contrato o resolución declarado lesivo. La administración debe acreditar en el curso del proceso, que el acto, contrato o resolución cuya revocación o anulación se pretende, implica una lesión jurídica y económica a la administración pública.

La sentencia del proceso de lesividad y sus efectos jurídicos. La sentencia que pone fin al proceso de lesividad es constitutiva y producirá efectos ex nunc (produce efectos desde que se origina o se dicta, y no antes). El Artículo 45 de la Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala) establece que: “La sentencia examinará en su totalidad la juridicidad del acto o resolución cuestionada, pudiéndola revocar, confirmar o modificar”. Sobre este aspecto se discute si el proceso de lesividad tiene por objeto obtener la revocación o más bien la anulación del acto que previamente fue declarado lesivo. Es importante indicar que la revocación se refiere a dejar sin efecto un acto administrativo que reúne todos los requisitos de legalidad y validez.



La anulación se refiere a retirar del ámbito jurídico, un acto que no llena los requisitos de legalidad y validez. En ambos casos, el acto debe resultar lesivo para los intereses del Estado. La Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala) solamente se refiere al término revocar, por lo que se concluye que el acto lesivo debe ser revocado.

La sentencia produce los siguientes efectos:

a. Efectos jurídico materiales. Si la sentencia desestima la pretensión, (se considera que el acto previamente declarado lesivo no lesiona los intereses del Estado), el efecto jurídico material es confirmar el acto declarativo de derechos y como consecuencia el reconocimiento de la validez del mismo. Si la sentencia es estimatoria del proceso, la misma será constitutiva que, al revocar el acto declarativo de derechos, producirá extinción de relaciones jurídicas derivadas del acto. Los efectos operan desde el momento en que la sentencia se pronuncia por la revocación.

b. Efectos jurídico procesales. El efecto jurídico procesal declarativo, es producir estatus de cosa juzgada. El Artículo 155 de la Ley del Organismo Judicial (Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala) establece: "Hay cosa juzgada cuando la sentencia es ejecutoriada, siempre que hayan identidad de personas, cosas, pretensión y causa o razón de pedir".



3.10. Efectos de la exclusión establecida en el Artículo 77 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala), respecto a la vía de lo contencioso administrativo

Previamente a indicar cuáles son tales efectos, es necesario puntualizar las conclusiones principales de este capítulo:

a. La lesividad administrativa se compone de tres etapas continuas y concatenadas, siendo:

El procedimiento administrativo de lesividad: Constituye la primera etapa de la lesividad administrativa, debe iniciarlo el órgano administrativo autor del acto o contrato que se reputa lesivo o su supervisor. Finaliza cuando el expediente llega a manos del Presidente de la República, en Consejo de Ministros, reunidos para adoptar la decisión sobre la declaración de lesividad.

La declaración de lesividad: su único efecto es habilitar la posibilidad de recurrir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

El proceso de lesividad (proceso contencioso administrativo): Ésta etapa es donde realmente se producen efectos jurídico materiales y procesales respecto a la lesividad administrativa. Se produce una revisión jurisdiccional del acto declarativo de derechos que se reputa lesivo y se obtiene una resolución definitiva en cuanto a la lesividad o no lesividad del acto o contrato.



b. La doctrina y el derecho comparado, establecen puntualmente que la lesividad administrativa debe conformarse de éstas tres etapas; no siendo admisible la posibilidad de excluir alguna.

Si confrontamos lo preceptuado por el Artículo 77 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala), que excluye la vía de lo contencioso administrativo en los casos de lesividad municipal, con la figura de la lesividad administrativa, se hace evidente el hecho de que la norma no es compatible con la figura de la lesividad administrativa, al omitir el proceso de lesividad en la vía de lo contencioso administrativo. El único efecto jurídico que resulta de una declaración de lesividad es: habilitar la posibilidad de recurrir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En ese orden de ideas, si el Concejo Municipal emite una declaración de lesividad, y la misma no se eleva a la vía de lo contencioso administrativo, entonces la declaración de lesividad no cumple con su único efecto jurídico: la posibilidad de recurrir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Se puede sintetizar entonces, que la jurisdicción contencioso administrativa, es la jurisdicción administrativa por naturaleza. De tal manera que la misma debe conocer de las pretensiones fundamentadas en derecho administrativo, salvo que, aunque se relacionen con los actos administrativos, se atribuyan por una ley a jurisdicción distinta a la administrativa.



Aparte del ámbito propio y específico como jurisdicción administrativa, la ley le atribuye esta jurisdicción al Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la misión muy importante de contralor de la juridicidad de los actos de la administración pública y sus entidades descentralizadas y autónomas, establecido en el Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Por supuesto que al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, no se le atribuye el control de la constitucionalidad de las leyes, éste pertenece por antonomasia a la Corte de Constitucionalidad. Las leyes escapan de la fiscalización de la jurisdicción contencioso administrativa. El tribunal, ha de limitarse a conocer las pretensiones que se deduzcan en relación con las disposiciones del derecho administrativo. Especialmente se trata de una jurisdicción que nace como medio de control para que los administrados se defiendan en contra de los actos y resoluciones de la administración, y excepcionalmente para que la administración pueda dejar sin efectos sus propias resoluciones, a través de la declaratoria de lesividad de sus propios actos.

De conformidad con el criterio que dentro de esta investigación se ha sostenido, se desarrolla a continuación la fase administrativa que dentro del ente autónomo se debe de realizar, para declarar por medio de la autoridad jerárquica superior (Consejo Municipal) la lesividad de alguna resolución que perjudique sus propios intereses, y que con dicha resolución se acuda al Tribunal de lo Contencioso Administrativo (fase jurisdiccional) y se resuelva en definitiva si procede o no dicha declaratoria de lesividad,

acordada por el Consejo, es a todo este trámite al que designamos con el vocablo de lesividad administrativa municipal.

Dentro de la fase administrativa de la lesividad, existe un período en el que la municipalidad evidencia que existe un acto o resolución que le es perjudicial, por lo que decide declararlo lesivo por provocarle un daño o perjuicio; a continuación las etapas de dicho procedimiento:

a. Inicio: La administración, es la que por iniciativa propia y sin que haya mediado petición de un particular; la que se puede presentar en dos formas:

1. Por escrito: Cuando las peticiones se hacen por escrito, se realiza solicitando al administrador, mediante la presentación de memoriales o simples solicitudes que no requieren de mayores formalismos.

2. Petición verbal: En la Administración municipal, es muy común que las peticiones se formulen en forma verbal, ya que el Alcalde Municipal y los otros órganos administrativos de la comuna están en contacto permanente con los ciudadanos, y especialmente en el caso de la lesividad, es muy probable que dentro de la propia institución de manera verbal se dé a conocer al Alcalde o Concejo, la resolución que le perjudica a la municipalidad, y de esta cuenta se lleven los trámites posteriores para que se declare lesiva dicha resolución.

La petición verbal es posible, pero el problema que presenta es la falta de un

procedimiento que permita la constancia de la petición y su discusión en un amparo por falta de resolución.

Se puede afirmar, que cuando la administración municipal tenga dicha vicisitud la agilización de expedientes normalmente se hace en forma verbal, pero el expediente por escrito se hace de manera conjunta, por lo que la constancia por escrito de dicha tramitación queda documentada.

b. Diligencias: Dentro de los procedimientos administrativos, se pueden realizar una serie de diligencias antes de la resolución final.

El diligenciamiento consiste, en que una vez dada a conocer la lesividad de la resolución e iniciado el procedimiento, comienza la colaboración material de los órganos encargados de la recepción de las pruebas y su incorporación material al expediente.

Hay que aclarar, que dentro del procedimiento administrativo no siempre existe una cantidad exagerada de pruebas, y por la naturaleza del procedimiento no se requiere que el diligenciamiento se realice con rigurosos formalismos, por la naturaleza antiformal de que debe ser provisto el procedimiento administrativo.

c. Resolución de fondo o resolución originaria. La resolución de fondo o resolución originaria es la finalidad del Procedimiento Administrativo Municipal, es el acto por el



cual el órgano administrativo correspondiente manifiesta su voluntad en relación con el caso planteado.

La resolución, debe contener los dos elementos importantes que son el cumplimiento de las formalidades requeridas y también los aspectos del fondo del asunto. Posteriormente, después de hacer el estudio correspondiente por parte de la administración municipal, de los casos concretos planteados, se debe entonces emitir una resolución, quién, para el caso del tema que nos ocupa, es el propio Alcalde Municipal, quién, por razón de sus funciones ejecuta las decisiones del Concejo.

Con la modificación que se propuso al Artículo 20 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, se tiene así el fundamento legal para que la Municipalidad debido a su autonomía, haga la declaración de lesividad; la modificación de dicho artículo es la siguiente, en su parte conducente: Si el proceso es planteado por la administración por sus actos o resoluciones, no será necesario que concurren los requisitos indicados, siempre que el acto o resolución haya sido declarado lesivo para los intereses del Estado, en Acuerdo Gubernativo emitido por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, a excepción de las municipalidades quienes declararán lesivos sus propios actos y resoluciones. Esta declaración sólo podrá hacerse dentro de los tres años siguientes a la fecha de la resolución o acto que la origina.

El trámite del procedimiento administrativo que aquí se sugiere no da intervención de terceros, debido a que si se diera audiencia a terceras personas, éstas en caso de



inconformidad con lo resuelto, podrían acudir a los distintos recursos que faculta la ley desviando toda la tramitación de la lesividad administrativa municipal, convirtiéndola en un trámite engorroso, que lejos de producir efectos positivos, conllevaría a un perjuicio mayor para la administración. Por lo que el trámite que anteriormente se sugiere, es por la celeridad que de la misma resulta debido a ese periculum in mora.

En todo caso, la etapa procesal oportuna para hacer valer cualquier derecho en que los terceros o particulares puedan pretender, es ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la fase del proceso administrativo municipal, al cual denominamos en este estudio como la segunda fase o fase jurisdiccional, siendo en esta instancia donde los terceros podrán hacer valer sus derechos, pero no en la fase administrativa municipal, donde surge la declaratoria, ya que es en esa declaratoria donde tanto la parte pidiendo y la parte que resuelve, se unifica en la propia administración. Es por ello que en esta investigación se estableció, que ésta es una tramitación especial, en la que no se realizan los trámites comunes o regulares, razón por la cual se recomienda su codificación parcial en apartados sistematizados para regular la lesividad administrativa, debido precisamente al carácter de especial que posee.

Para que se declare la lesividad del acto administrativo, debe ser alegada y probada en juicio, substanciado ante la Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo competente, de lo contrario la declaratoria se quedaría en una simple publicación, sin ninguna consecuencia jurídica para el Estado y para los administrados.



El Proceso Contencioso Administrativo, se ha estimado como un medio a disposición del administrado que se considera perjudicado por una resolución administrativa que no puede ser revocada por la Administración, en virtud de encontrarse firme o por haberse agotado la vía gubernativa.

Para la Administración también sucede lo mismo, ya que ella podrá acudir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, cuando el acto o resolución no pueda revocarse de oficio, para que así jurisdiccionalmente se resuelva si procede o no dejar sin efecto el acto o resolución lesiva.

Los puntos más sobresalientes en la tramitación de la fase jurisdiccional se describen a continuación:

a) Una vez hecha la declaración de lesividad por parte del Alcalde resuelta en Concejo, ésta se hace llegar al Procurador General de la Nación, en representación legal del Estado, para plantear el proceso contencioso administrativo contra el acto declarado lesivo, de conformidad con el Artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

b) Con el referido proceso, se pretende que jurisdiccionalmente sea dejado sin efecto el acto considerado lesivo, es decir que será la Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo la que finalmente declare con lugar el proceso y ordene la revocación o anulación, según corresponda, del acto administrativo. Así mismo, el fallo jurisdiccional



también debe pronunciarse acerca de los efectos o consecuencias jurídicas que deben producirse como consecuencia de la lesividad.

c) La lesividad debe ser declarada dentro de los tres años siguientes a la fecha del acto que la origina, si es posterior a ese tiempo sería improcedente (Artículo 20 de la Ley de lo Contencioso Administrativo).

De conformidad con todo lo anteriormente expuesto, la lesividad administrativa municipal tiene una tramitación distinta a la lesividad propiamente dicha, ya que la lesividad como en la actualidad se encuentra regulada, se refiere a los entes centralizados, en donde el Presidente declara la lesividad de dicha resolución que afecta al Organismo Ejecutivo. Esto se debe a que en la fecha en que se dio origen a la figura jurídica de lesividad, solamente existía el centralismo administrativo, y como se ha hecho mención, la declaratoria es realizada por el Presidente de la República en Acuerdo Gubernativo, que si fuera así para el caso de la lesividad administrativa municipal, sería una intromisión inconstitucional, ya que las comunas por razón de su autonomía, pueden declarar lesivos todos los actos o resoluciones que afecten sus intereses, para lo cual es necesario que existan modificaciones legales a este respecto, cuya tramitación culmina con el proceso contencioso administrativo, resolviéndose en definitiva la procedencia o improcedencia de dicha declaración.



CAPÍTULO IV

4. Análisis de resultados

4.1. Cuadro de cotejo

Para establecer si el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene competencia para conocer los casos de lesividad municipal, se realizaron entrevistas a profesionales expertos en Derecho Administrativo; así como un cuadro de cotejo, que versa sobre expedientes relacionados con la lesividad municipal. A continuación se analizan los resultados de tal instrumento y finalmente se realiza la discusión final del presente trabajo de investigación.

Como parte del trabajo de campo se visitó la Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, con el objeto de investigar expedientes de lesividad municipal; a partir del mes de mayo de 2002 (mes en que entra en vigencia el Código Municipal, Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala) al mes de diciembre de 2007. Solamente se lograron ubicar dos expedientes, que constituyen las unidades de análisis del cuadro.



| Identificación del Expediente: | Expediente 97-2004 | Expediente 185-2004 |
|--------------------------------|--|---|
| Oficial: | 3° | 1° |
| Actor: | Municipalidad de Antigua Guatemala, a través de su representante legal. | Municipalidad de Santa Lucía Cotzumalguapa, departamento de Escuintla, a través del Alcalde Municipal. |
| Demandado: | Propietaria de la empresa individual denominada "Bugambilia" | Soluciones Cartográficas, S.A. |
| Objeto: | Promover proceso contencioso administrativo a efecto se declare la lesividad y en consecuencia la nulidad absoluta del negocio jurídico suscrito por el ex Alcalde Municipal de la ciudad de Antigua Guatemala, con la propietaria de la empresa individual denominada Bugambilia. | Promover proceso contencioso administrativo a efecto se declare la nulidad ipso jure y lesividad del contrato administrativo celebrado por el ex Alcalde Municipal de Santa Lucía Cotzumalguapa y la entidad Soluciones Cartográficas, S.A. |

Sobre el Contrato declarado lesivo

| | | |
|---|---|--|
| Municipalidad: Concedente: | Municipalidad de Antigua Guatemala | Municipalidad de Santa Lucía Cotzumalguapa |
| Concesionario: | Propietaria de la empresa individual denominada "Bugambilia" | Soluciones Cartográficas, S.A. |
| Denominación del Contrato: | Contrato de administración, mantenimiento, limpieza, jardinería y vigilancia. | Contrato administrativo de arrendamiento de equipo de cómputo y sus aplicaciones y los servicios técnicos para la gestión del cobro del IUSI. |
| Fecha de suscripción e instrumento que lo contiene: | Suscrito ante los oficios de un Notario, el día 13 de enero de 2004, constando en escritura pública. | Contrato Administrativo 01-2004, suscrito el 28 de febrero de 2004 en la Municipalidad. |
| ¿Establece el contrato las causas de rescisión o revocación del mismo? | Solamente se refiere a la rescisión estableciendo que será acordada de mutuo acuerdo. | El contrato enumera los motivos que pueden invocarse para rescindir el contrato. |

| | | |
|---|--|---|
| <p>¿Dentro de su contenido establece algo referente a la vía de lo contencioso administrativo?</p> | <p>Si. En el apartado denominado “controversias”, se establece que toda controversia debe de solucionarse de conformidad con la Ley de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con el Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala.</p> | <p>Si. Establece que las controversias derivadas del mismo se deben solventar de conformidad con lo que establece el Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala.</p> |
| <p>Sobre la Declaración de Lesividad</p> | | |
| <p>Autoridad que la declaró:</p> | <p>Concejo Municipal de la Municipalidad de Antigua Guatemala</p> | <p>Concejo Municipal de la Municipalidad de Santa Lucía Cotzumalguapa</p> |
| <p>Instrumento que la contiene:</p> | <p>Acta número 20-2004</p> | <p>Acuerdo de Lesividad</p> |
| <p>Fecha de publicación en el Diario Oficial:</p> | <p>Nunca fue publicado, ni notificado a los interesados, previamente al planteamiento del proceso contencioso administrativo</p> | <p>Publicaciones de fecha 06 y 09 de agosto de 2004 en el Diario Oficial y otro de mayor circulación. Asimismo la comuna le notificó personalmente a la entidad Soluciones</p> |

| | | |
|---|--|---|
| | | Cartográficas, S.A. |
| Motivo que fundamenta la declaración de lesividad: | Inexistencia de acuerdo del Concejo Municipal para suscribir el contrato, por existir prohibición legal expresa para tal negocio jurídico. | Inexistencia de acuerdo del Concejo Municipal para aprobación del contrato y vicios en el procedimiento de licitación. |
| De la vía de lo contencioso administrativo | | |
| Fecha de presentación: | 25 de mayo de 2004 | 19 de agosto de 2004 |
| Emplazados: | a. Propietaria de la empresa individual denominada "Bugambilia" b. Procuraduría General de la Nación | a. Entidad Soluciones Cartográficas, S.A. b. Procuraduría General de la Nación |
| ¿Se fundamentan en el Artículo 77 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala) o | Si. La municipalidad cita el Artículo 77 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala), a efecto de establecer que el Concejo Municipal tiene competencia para emitir declaración de lesividad. Sin embargo, se omite totalmente la | Si. Para declarar la lesividad se fundamentaron en el Artículo 77 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala), si bien es cierto no se |



| | | |
|---|---|--|
| <p>hacen referencia alguna al mismo en el memorial donde se promueve el proceso?</p> | <p>exclusión de la vía de lo contencioso administrativo, establecida en el ya referido Artículo.</p> | <p>trataba de un contrato de concesión, el Concejo Municipal aplicó supletoriamente el Artículo. Asimismo omitió la exclusión de la vía de lo contencioso administrativo, que el referido Artículo contiene.</p> |
| <p>Resolución de trámite:</p> | <p>De fecha 28 de mayo de 2004</p> | <p>De fecha 27 de octubre de 2004</p> |
| <p>Incidencias:</p> | <p>Ninguna que se refiera a la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para conocer de las declaraciones de lesividad emanadas del Concejo Municipal</p> | <p>La entidad Soluciones Cartográficas, S.A. interpuso una excepción de incompetencia fundamentada en que es función del Presidente de la República en Consejo de Ministros, emitir las declaraciones de lesividad; asimismo manifestó que el contrato que fue declarado lesivo, no era de</p> |



| | | |
|---|---|--|
| | | <p>concesión sino de arrendamiento.</p> <p>El Tribunal declaró sin lugar la excepción y se manifestó en el sentido siguiente:</p> <p>“En este caso, siendo que la declaratoria de lesividad se refiere a un contrato administrativo, es claro que es a esta Sala a quien compete conocer de las divergencias que surjan en relación al mismo. En consecuencia, la excepción de incompetencia no puede prosperar”</p> |
| Estado al mes de diciembre del año 2006. | Resolución donde se manda abrir a prueba el proceso | Dictado el auto que resuelve excepciones previas |



4.2. Resultados del cuadro de cotejo

A continuación, se exponen las conclusiones principales, obtenidas de la confrontación de las dos variables que conformaron el cuadro de cotejo, como parte del trabajo de campo de la presente tesis.

| | |
|---|---|
| Identificación del Expediente: | Ambos expedientes son del año dos mil cuatro |
| Actor: | En ambos expedientes, la municipalidad figura como parte que promueve el proceso contencioso administrativo. |
| Demandado: | En ambos expedientes aparece como parte demandada, el concesionario o administrado con quien se suscribió el contrato. |
| Objeto: | En los dos expedientes el objeto de la pretensión era obtener la declaración de nulidad del contrato declarado lesivo. |
| Sobre el Contrato declarado lesivo | |
| Municipalidad concedente | Para los efectos de la investigación, se estudiaron solamente expedientes derivados de casos de lesividad municipal. En ambos casos la parte que promovió el proceso |



| | |
|--|--|
| | contencioso administrativo fue la comuna. |
| Denominación del Contrato | Ambos instrumentos declarados lesivos eran contratos administrativos. |
| ¿Establece el contrato las causas de rescisión o revocación del mismo? | Solamente en el segundo caso, el contrato establece las causas que pueden motivar la rescisión del contrato. |
| ¿Dentro de su contenido establece algo referente a la vía de lo contencioso administrativo? | Si. En ambos expedientes se hace referencia al Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala, como medio de solución para resolver controversias derivadas del contrato administrativo. |
| Sobre la Declaración de Lesividad | |
| Autoridad que la declaró: | En ambos expedientes, la lesividad fue declarada por el Concejo Municipal, con fundamento en la facultad que les confiere el Artículo 77 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala). |
| Instrumento que la contiene: | En un expediente fue un acta del Concejo Municipal, en otro expediente fue un Acuerdo de Lesividad del Concejo Municipal. |
| Incidencias: | De las incidencias suscitadas en el proceso, ninguna tenía como objeto, discutir la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, respecto al |



| | |
|--|--|
| | <p>conocimiento de los casos de lesividad municipal. Es decir, ninguna de las defensas procesales utilizó la exclusión establecida en el Artículo 77 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala).</p> |
| <p>Motivo que fundamenta la declaración de lesividad:</p> | <p>Ambos expedientes coinciden en el motivo, en cuanto a la inexistencia de acuerdo del Concejo Municipal.</p> |
| <p>De la vía de lo contencioso administrativo</p> | |
| <p>¿Se fundamentan en el Artículo 77 del Código Municipal o hacen referencia alguna al mismo en el memorial donde se promueve el proceso?</p> | <p>Si. En ambos expedientes las comunas se fundamentan en el Artículo 77 del Código Municipal para acreditar que están facultadas para emitir declaraciones de lesividad. En ambos casos excluyen u omiten la aplicación de lo preceptuado en el párrafo final del referido Artículo 77, en el sentido que no toman en cuenta la exclusión de la vía de lo contencioso administrativo.</p> |
| <p>Fecha de la resolución de trámite:</p> | <p>En cuanto a la resolución de trámite, lo importante es resaltar que en ambos casos el Tribunal de lo Contencioso Administrativo si dio trámite al proceso, es decir, tácitamente reconoce su competencia para conocer de los casos de lesividad municipal.</p> |



4.3. Análisis sobre la competencia del tribunal de lo contencioso administrativo en casos de lesividad municipal

Una vez concluida la investigación respecto a la doctrina, legislación y trabajo de campo realizado, se logró comprobar que efectivamente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene competencia para conocer en los casos de lesividad municipal, en virtud de los aspectos que a continuación se desarrollan.

El punto de partida de la investigación fue el contrato administrativo de concesión de servicios públicos. Toda controversia nacida de una concesión de servicios públicos debe ser sometida a la jurisdicción contencioso administrativa, de conformidad con Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el Artículo 102 de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala).

El Artículo 77 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala), excluye la posibilidad de que las declaraciones de lesividad de los contratos de concesión de servicios públicos, sean conocidas en la vía de lo contencioso administrativo. Las concesiones a las que se refiere el Artículo 77 del Código Municipal, (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala) son también concesiones administrativas, plasmadas en contratos administrativos; por lo tanto deben ser sometidas a la jurisdicción contencioso administrativa de conformidad con el Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala.



Con el trabajo de campo se logró establecer que las municipalidades acuden a la jurisdicción contencioso administrativa a dirimir las controversias derivadas de las concesiones y contratos administrativos que suscriben con particulares. Asimismo, es opinión de los expertos, que efectivamente tales controversias deben de ser objeto de revisión jurisdiccional por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Posteriormente, la investigación giró en torno a la figura de la lesividad administrativa. Se logró establecer fundamentalmente que: A consecuencia de la escasa regulación legal existente respecto a la lesividad, existen vacíos y lagunas jurídicas que complican el efectivo funcionamiento y desarrollo de la figura.

Asimismo, se comprobó que el único efecto que apareja la declaración de lesividad, es la posibilidad de recurrir a la jurisdicción contencioso administrativa; donde se resolverá en definitiva sobre la procedencia o no de la misma. La exclusión de la vía de lo contencioso administrativo, plasmada en el Artículo 77 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala), contraviene la figura de la lesividad administrativa, en el sentido que omite la etapa más importante de la misma, es decir, el proceso contencioso administrativo.

El trabajo de campo logró demostrar que las municipalidades omiten la aplicación de tal exclusión, elevando a conocimiento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo los casos de lesividad municipal. Asimismo, la opinión de los expertos, refleja que la



exclusión establecida en el Artículo 77 del Código Municipal, contraviene la figura de lesividad administrativa.

Aunado a lo anterior, se pudo establecer que es competencia del referido Tribunal, el conocimiento de todas las declaraciones de lesividad, porque la propia Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala) lo establece y por su calidad de contralor de la juridicidad de la administración pública, atribuida por la Constitución Política de la República de Guatemala. Es decir, que toda declaración de lesividad (emanada del Presidente de la República en Consejo de Ministros o de un Concejo Municipal), debe estar sujeta a control jurisdiccional por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Con el trabajo se logró demostrar que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, tiene competencia para conocer de los casos de lesividad municipal, sobre todo con lo establecido dentro del expediente 185-2004 (analizado dentro del cuadro de cotejo), donde el propio Tribunal manifiesta que: "En este caso, siendo que la declaratoria de lesividad se refiere a un contrato administrativo, es claro que es a esta Sala a quien compete conocer de las divergencias que surjan en relación al mismo".

A través de esta resolución, el propio Tribunal está reconociendo su competencia para conocer en los casos de lesividad municipal. Asimismo, en ambos expedientes, existe una resolución que da trámite al proceso; lo que se traduce en una manifestación del reconocimiento de su competencia.



En conclusión, se logró demostrar que efectivamente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene competencia para conocer de los casos de lesividad municipal, fundamentándose básicamente en las siguientes premisas:

- a. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por mandato constitucional, es contralor de la juridicidad de la administración pública, lo que incluye a las municipalidades.
- b. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por mandato constitucional, tiene competencia para conocer de todas las controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas; lo que incluye a las controversias derivadas de la declaración de lesividad de concesión de servicios públicos municipales.
- c. La propia Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala), establece como competencia de este Tribunal, el conocimiento de las declaraciones de lesividad, sin hacer exclusión a las declaraciones de lesividad emanadas de un Concejo Municipal.
- d. Para que una declaración de lesividad surta efectos jurídicos materiales y procesales definitivos, es necesaria una declaración judicial al respecto. El único Tribunal competente para emitir tal resolución, es el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.



CONCLUSIONES

1. La lesividad administrativa es una institución creada por el Derecho Administrativo, con el objeto de salvaguardar los intereses de la administración pública de cualquier tipo de lesión. Se compone de un procedimiento administrativo, una declaración y un proceso jurisdiccional; estando concatenados los tres componentes con el fin de lograr una resolución judicial definitiva respecto a la lesión o no lesión de determinado acto o contrato administrativo.
2. En Guatemala no existen normas específicas que regulen de manera general o uniforme la lesividad administrativa, siendo necesaria la interpretación extensiva y conjugación de los cuatro Artículos existentes, para poder tener una visión del procedimiento. Sin lugar a dudas los legisladores han restado importancia a la figura de la lesividad administrativa, que por su objetivo y los derechos que busca proteger, merece ser ahondado a profundidad.
3. La exclusión establecida en el Artículo 77 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala), es contraria a lo establecido en el Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala, cuando se aplica a las lesividades municipales y además es inconstitucional de conformidad con el principio de Jerarquía Constitucional, plasmado en el Artículo 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala.



4. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por mandato constitucional, es contralor de la juridicidad de la administración pública, lo que incluye a las municipalidades; de conformidad con el Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala, todas las controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas, son competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

5. Dentro del ordenamiento jurídico nacional, a la concesión se le otorga la naturaleza de facultad, de acuerdo a lo que establece el Artículo 95 de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala); calificativo que no se encuadra con las teorías aceptadas por la doctrina en general y el derecho comparado, que la conciben como un contrato administrativo.



RECOMENDACIONES

1. El Organismo Judicial a través de la Unidad de Capacitación, debe impartir de forma periódica, cursos especializados en el tema de la lesividad administrativa, al personal auxiliar del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.
2. Que el Congreso de la República de Guatemala, establezca normas dentro de la legislación nacional, en materia administrativa, que regulen específicamente el procedimiento, proceso y efectos que la lesividad administrativa conlleva.
3. Por ser nula de pleno derecho la exclusión de la vía de lo contencioso administrativo establecida en el Artículo 77 del Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala); los sujetos legitimados, pueden plantear una inconstitucionalidad por vicio parcial del referido artículo, ante la Corte de Constitucionalidad, a efecto que dicha exclusión quede sin vigencia.
4. El Congreso de la República de Guatemala, debe emitir la reforma del Artículo 19 de la Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala), en el sentido que se agregue específicamente como caso de procedencia del proceso contencioso administrativo, las declaraciones de lesividad recaídas sobre cualquier acto o contrato de la administración pública, centralizada, descentralizada o autónoma.



5. Que al impartirse el curso de Derecho Administrativo en las distintas facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales del país, el programa del curso profundice en el estudio de la figura de la lesividad administrativa y de la concesión de servicios públicos, debido a la discrepancia existente en cuanto a la naturaleza de la concesión, a efecto de tener un conocimiento más amplio y establecer criterios.



BIBLIOGRAFÍA

- ARGAÑARÁS, Manuel. **Tratado de lo contencioso administrativo**. Buenos Aires, Argentina: Ed. TEA, 1965.
- BALLBÉ, Manuel y Marta Franch (directores). **Manual de derecho administrativo, una perspectiva desde los ordenamientos jurídicos de Guatemala y España**. Barcelona, España: Universidad Autónoma de Barcelona, Agencia Española de Cooperación Internacional: Ed. Barcelona, 2002.
- BIELSA, Rafael. **Compendio de derecho administrativo**. 2a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Roque Depalma, 1957.
- CALDERÓN MORALES, Hugo H. **Derecho procesal administrativo**. 5a. ed.; Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2004.
- CONTRERAS, Luis Martín. **El procedimiento ordinario en la jurisdicción contencioso-administrativa, estudio práctico, jurisprudencia y formularios**. Granada, España: Ed. Comares, 1999.
- DROMI, Roberto y Jorge Sarmiento García. **Proceso administrativo, jurisprudencia argentina**. Número 4772, Buenos Aires Argentina: 1975.
- ESTRADA FLORES, Juan Carlos. **La autonomía municipal y la lesividad administrativa**. Guatemala, Tesis Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Francisco Marroquín. 2004.
- Expediente número 97-2004** a cargo del Oficial 3°. de la Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.
- Expediente número 185-2004**, a cargo del Oficial 10 de la Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.
- MONTERO AROCA, Juan y Mauro Chacón Corado. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**, 1vol.; Guatemala: Ed. Magna Terra Editores, 1999.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 27a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2000.
- Sentencia de la Sala 4 del Tribunal Supremo de España del 9 de diciembre de 1980.
- Sentencia de la Sala 4 del Tribunal Supremo de España del 8 de noviembre de 1983.
- Sentencia de la Sala 4 del Tribunal Supremo de España, del 26 de junio de 1984.



Sentencia de la Sala 4 del Tribunal Supremo de España del 23 de abril de 1985.

SILVA CENCIO, Jorge. **Contratos administrativos**, 2t.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1982.

VÁSQUEZ ALFARO, José Luis. **Evolución y perspectiva de los órganos de jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 1991.

Legislación:

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

Código Municipal. Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

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

Ley de lo Contencioso Administrativo. Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley 29-1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. España, 13 de julio de 1998.

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

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Acuerdo Gubernativo 1056-1992. Guatemala.

Reglamento Orgánico Interno de la Secretaría General de la Presidencia de la República. Guatemala.

Acuerdo 32-2007 de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala.