

CONSIDERACIONES SOBRE LA LESIVIDAD DE LOS ACTOS O RESOLUCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CONSIDERATIONS ON THE LESIVITY OF ACTS OR RESOLUTIONS OF THE PUBLIC ADMINISTRATION

VICTOR MANUEL ALEGRÍA RODAS¹

Resumen

Usualmente, a la acción de lesividad de los actos y resoluciones de la administración pública, subjetivamente se le suele atribuir un carácter de potestad inmediata y ventajosa por parte del poder público en relación a los administrados, pero al cuestionarnos sobre los efectos reales de tal decisión, podemos concluir en que tal potestad, simple y sencillamente, constituye un requisito o etapa administrativa prejudicial para que la administración pública pueda acceder al órgano jurisdiccional constitucionalmente competente, para que de forma objetiva e imparcial, sea el que califique y decida sobre la juridicidad de tal decisión, siempre en resguardo y garantía de los intereses del Estado, pero también, de exclusión de cualquier posible arbitrariedad; por lo que al final, será el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el que a través del fallo que emita, será quien realmente calificará la pertinencia o no, de tal decisión; y por tal motivo, con ánimo académico, nos hemos dado a la tarea de indagar, tanto en el texto de las distintas decisiones de lesividad que para el efecto se han emitido, como también, en la jurisprudencia, a manera de poder establecer los verdaderos efectos jurídicos de tal decisión.

Palabras Clave

Lesividad, actos y resoluciones administrativas, juridicidad, Ley de lo Contencioso Administrativo, Estado, entidades autónomas y descentralizadas, municipalidades.

Abstract

Usually, to the action of lesivity of the acts and resolutions of the public administration, subjectively it is commonly attributed a character of immediate and advantageous power on behalf of the public authority in relation to the administered ones, but when questioning us about the real effects of such decision, we can conclude that such power, simply and straightforward, constitutes a pre-judicial administrative requirement or stage so that the public administration can access to

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad San Carlos de Guatemala, correo electrónico: vaelegria@unis.edu.gt.

the constitutionally competent court, in order to objectively and impartially, be the one that qualifies and decides on the legality of such a decision, always safeguarding and guaranteeing the interests of the State, but also excluding any possible arbitrariness. Therefore, in the end, it will be the Administrative Litigation Tribunal, which, through the judgement that it issues, will be the one who really qualify the relevance or not of such a decision; and for this reason, with an academic spirit, we have given ourselves the task of investigating, both the text of the different lesivity decisions that have been issued for this purpose, as well as the jurisprudence, in order to establish the true legal effects of such decision.

Key Words

Lesivity, administrative acts and resolutions, legality, Administrative Litigation Law, State, autonomous and decentralized entities, Municipalities.

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes y legislación. 3. Ratio est de la lesividad administrativa. 4. Autoridades facultadas para declarar la lesividad de actos y resoluciones de la administración pública. 5. Legitimación para solicitar la declaratoria de lesividad administrativa. 6. Efecto de la declaratoria de lesividad administrativa. 7. Conclusión.

1. Introducción

Indudablemente, al referimos a la Lesividad de los Actos o Resoluciones de la Administración Pública, de forma inmediata, viene a nuestra mente la idea de finalización de decisiones asumidas en el pasado por parte de un ente público, concepción que si no se indaga con mayor detalle puede llegar a considerarse como suficiente para su comprensión; ahora bien, resulta que la promulgación de una decisión de tal naturaleza puede dar lugar a una diversidad de situaciones en las que el estudioso del derecho deberá hacer uso de sus mejores destrezas, a manera de poder atender situaciones que en la realidad se suelen presentar, tales como; el momento en que empieza a surtir sus efectos; la posibilidad que solamente el Presidente de la República en Consejo de Ministros pueda declararla; si tal facultad una vez declarada puede ser derogada por la misma autoridad que la promulgó; de qué forma el administrado puede hacer valer los derechos que considere vulnerados en su contra; en sí, sobre cuál es el aspecto teleológico de tal institución.

Con el afán de hacer una breve reflexión sobre lo que podría identificarse como un arrepentimiento² del Estado sobre sus propios actos o resoluciones, me permito compartir en el presente opúsculo, algunas consideraciones cuya pertinencia pueda ser de utilidad.

² "IUS PAENITENDI Derecho de arrepentimiento. La potestad de cambiar de parecer y de exigir la resolución de un convenio que se esté ejecutando, sin incurrir en las penas previstas para su inobservancia", Cabanellas de Torres, Guillermo. Repertorio Jurídico - 4ª ed. Buenos Aires, Argentina, Heliasta. 2003. Pág. 306.

2. Antecedentes y legislación

En virtud que, la fuente formal que le confiere sustento jurídico a la Lesividad administrativa la encontramos en la Ley de lo Contencioso Administrativo, resulta meritorio recordar que, los textos normativos de tal naturaleza en los países hispanoamericanos han devenido de la legislación española, específicamente para la regulación a la que nos referimos, del Real Decreto de Hacienda del 21 de mayo de 1853, a través del cual se le confieren facultades al gobierno para que al considerarse perjudicados los derechos del Estado se pueda acudir a la vía contenciosa para los efectos de hacer valer el resguardo de sus derechos³.

Ahora bien, en el caso específico de Guatemala, se cuenta con que, durante el gobierno del Presidente General Lázaro Chacón González, con fecha 5 de junio de 1928 se emitió el Decreto 1550 de la Asamblea Legislativa, a través del cual se promulga la primera Ley de lo Contencioso Administrativo. Posteriormente, durante el gobierno del Presidente General Jorge Ubico Castañeda, con fecha 28 de septiembre de 1936 se emitió una segunda Ley de lo Contencioso Administrativo, la que quedó contenida en el Decreto número 1881. Y, finalmente, durante el gobierno del Presidente Álvaro Enrique Arzú Irigoyen, con fecha 21 de noviembre de 1996 se emitió una tercer Ley de lo Contencioso Administrativo, que es la que actualmente se encuentra vigente y que se encuentra contenida en el Decreto 119-96 del Congreso de la República.

Refiriéndonos propiamente a la Lesividad objeto de la presente monografía, resulta ser, que es muy escueto lo que nuestra legislación contempla, y para ello basta decir, que solamente a manera de referencia el Legislador hace alusión a la misma, al regular sobre las características que debe contener la resolución administrativa objeto de proceso Contencioso Administrativo, así como al referirse a la temporalidad de planteamiento de tal proceso, y de esa cuenta, los artículos 20 y 23 de la referida Ley, en su parte conducente, regulan lo siguiente:

“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”.

“Artículo 23. PLAZO. 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 declaro lesivo el acto o resolución en su caso.”

³ Guaita, Aurelio, “El proceso administrativo de lesividad”, España, Casa Editorial Bosch, 1953. Pág. 29.

A su vez, la Ley del Organismo Ejecutivo en su artículo 17, al contemplar lo concerniente a las funciones que se le confieren al Consejo de Ministros, establece dentro de ellas, en la literal b) la 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. ...".

Por otra parte, el artículo 77 del Código Municipal, al regular las causas para revocar la concesión de un servicio público municipal, en su literal a), establece que esto puede suceder, entre otras circunstancias: "...a) Cuando el Concejo Municipal declare que es lesiva a los intereses del municipio...".

Es así como podemos afirmar que, en nuestra legislación, las cuatro normas jurídicas anteriormente señaladas, constituyen las únicas disposiciones que en forma expresa y directa se refieren a la Lesividad de los actos y resoluciones de la administración pública, por lo que la interpretación de sus causas, efectos, aplicación y requisitos inexorablemente ameritará la integración de una normativa muy diversa que contribuya a sustentar la legalidad de tal circunstancia administrativa.

3. *Ratio est de la lesividad administrativa*

Se considera pertinente traer a colación aquel aforismo que nos dice: "**La preferencia del interés general respecto al privado no ha de causar lesión a este**"⁴, puesto que resume de una forma muy atinada el hecho que, la declaratoria de Lesividad administrativa tiene como propósito que la Administración Pública, luego de tomar una decisión a través de la cual se retracta de algo que previamente ha consentido, someta a evaluación la juridicidad de su propia acción a un Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para llegar a establecer que tal decisión administrativa no reviste características de arbitrariedad.

Lo antes expuesto muy bien puede corroborarse al apreciar la forma en que nuestro máximo tribunal constitucional desarrolla este tema en el tercer considerando de la Sentencia de fecha diez de septiembre de dos mil diez (Corte de Constitucionalidad. Expedientes Acumulados 2224-2009, 2228-2009 y 2236-2009), en el que se expresa:

"... Al explicar el carácter preliminar del procedimiento administrativo, José Roberto Dromi asevera que "La jurisdicción es revisora de la Administración, lo que no significa que la Administración no deba, también, controlar la legalidad de sus actos. De todos modos, además de la sustancialidad que el procedimiento administrativo significa en sí mismo, actúa desde un punto de vista procesal como presupuesto de

⁴ Cabanellas de Torres, Guillermo. Op. Cit., Pag 249.

la acción judicial. [Manual de Derecho Administrativo. Tomo II. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1987.]. Esta afirmación **se ve especialmente reflejada en la institución administrativa de la declaración de lesividad, pues por su medio la Administración Pública tiene al alcance la posibilidad de fiscalizar motu proprio su actividad, no sólo a fin de ajustarla al marco de la legalidad, sino para asegurar la coherencia de la misma con la teleología que le es propia – intereses del Estado–**, que en el caso de Guatemala aparece recogida expresamente en los artículos 1 [“Protección a La Persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.”] y 2 Expedientes Acumulados 2224-2009, 2228-2009 y 2236-2009 9 [“Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarles a los habitantes de la república la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.”] de la Ley Fundamental. Empero, **es preciso puntualizar que no obstante tener origen en una apreciación discrecional y unilateral de la administración, para trascender al punto de desvanecer la eficacia jurídica de los actos estimados lesivos, aquélla ha de ser corroborada por un órgano jurisdiccional especializado, en una instancia heterocompositiva que permita a todas las partes que tengan interés intervenir y hacer valer sus posturas; esto es, un proceso que tenga como objetivo final que dicho tribunal determine, con imparcialidad e independencia, si efectivamente existe lesividad que amerite la anulación de los actos en cuestión. Esta intervención judicial es crucial para asegurar que la referida facultad de autocontrol no implique exponer la seguridad jurídica de los actos de la administración pública al solo arbitrio de ésta...”**.

De lo antes expuesto podemos concluir que, la declaración de Lesividad de los actos y resoluciones administrativas, más que ser una facultad del Estado, de sus entidades autónomas y descentralizadas, o bien, de las Municipalidades, constituye una garantía para el administrado, en cuanto a que los derechos que pudiera haber adquirido no deben de correr peligro o daño, salvo que un Tribunal de lo Contencioso Administrativo convalide las circunstancias en que se sustenta la Lesividad que la administración pública haya invocado.

Sobre tal decisión, amerita tener presente que, la declaratoria de Lesividad también puede darse en forma parcial, en aquellos casos en los que la autoridad que lo decide únicamente suprime parte del acto o resolución retractada⁵.

⁵ **Acta No. 07-2010 Punto CUARTO, MUNICIPALIDAD DE CUNEN, DEL DEPARTAMENTO DE EL QUICHE, en el que el Consejo Municipal resolvió:** “... resulta lesivo a los intereses de la municipalidad de Santa María Cunén del departamento de El Quiché, por unanimidad se DECLARA: I) LESIVO PARCIALMENTE el contrato de obra número cinco guion dos mil nueve de fecha veinte de enero de dos mil nueve, solo en lo relativo a que se obvió consignar en dicho contrato la mano de obra no calificada por el Consejo Comunitario de Desarrollo COCODE del Barrio San Francisco, municipio de Cunen. No obstante esto la comunidad aportó la mano de obra no calificada por la cantidad estipulada en el convenio que en un principio se obligaron a realizar la mano de obra no calificada y porque el Ingeniero Cesar Hamilton Farahon Chum Sánchez, lo sabe previamente. II)...”, Cfr. Leyes, Infile, lesividad, Guatemala, 2010, https://leyes.infile.com/index.php?id=145&pagina_publicaciones=0&tipo_documento=&texto_buscador=lesividad, consulta realizada el 21 de junio de 2021.

También es importante tomar en cuenta que, hay actos y resoluciones de la administración pública que únicamente son susceptibles de ser discutidos en Tribunales de Trabajo y Previsión Social, al tenor de lo que establece el artículo 203 de la Constitución Política de la República; y, 283 y 292 del Código de Trabajo, circunstancia por la que, a la declaratoria de Lesividad de Contratos de Trabajo de empleados y/o funcionarios públicos, no le será aplicable lo previsto en el artículo 20 y 23 de la Ley de lo Contencioso Administrativo⁶.

4. Autoridades facultadas para declarar la lesividad de actos y resoluciones de la administración pública

Tal como ya se señaló al inicio de la presente exposición, en nuestra legislación se hace alusión a esta institución de Derecho Administrativo únicamente en cuatro artículos de los que, en dos de ellos (20 de la Ley de lo Contencioso Administrativo y 17 literal b) de la Ley del Organismo Ejecutivo), se deja claro que tal decisión debe ser emanada, en forma colegiada, por el Presidente de la República en Consejo de Ministros⁷. Ahora bien, debemos tener presente que, por atributo conferido en el artículo 134 de la Constitución Política de la República, el municipio y las entidades autónomas y descentralizadas actúan por delegación del Estado, lo que equivale a afirmar que, el Organismo Ejecutivo carece de potestad para declarar la lesividad de la totalidad de los actos o resoluciones que emanan de la administración pública, ya que en caso de afectarse los intereses de los entes públicos que gocen de la referida autonomía, tal decisión deberá ser asumida por sus propias autoridades superiores^{8 9 10}.

⁶ CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Guatemala, Sentencia dictada dentro del expediente no. 129-2017, de fecha, 3 de julio de 2017.

⁷ CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Guatemala, Sentencia dictada dentro del expediente no. 1263-2013 de fecha, 14 de agosto de 2013: "... Consecuentemente, la autoridad a quien compete decidir respecto a una solicitud de declaración de lesividad de un acto o resolución administrativa es un órgano colegiado, precisamente, el Consejo de Ministros".

⁸ En virtud de las razones anteriormente consideradas, esta Corte concluye que el Presidente de la República al declarar lesivo para los intereses del Estado el multicitado contrato, violó con ello los artículos 2 y 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que establece que es deber del Estado garantizar a los habitantes de la República, entre otros, la seguridad de la persona y que el Ministerio Público es una institución con funciones autónomas.

⁹ **JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO DE FOMENTO MUNICIPAL -INFOM-**: Acta número veintitrés de fecha catorce de junio de dos mil once en la cual consta la sesión celebrada por la Junta Directiva del Instituto de Fomento Municipal -INFOM-, en la que en su punto octavo (8º), emitió la resolución número ciento trece (113) de fecha catorce de junio de dos mil once mediante la cual se declara lesivo a los intereses del Instituto de Fomento Municipal, el contrato administrativo No. 2-2008; la que textualmente dice: "... RESUELVE: I. Declarar lesivo a los intereses del Instituto de Fomento Municipal, el Contrato administrativo número dos guión dos mil ocho, Casos de Excepción, Consultaría, para elaborar el Estudio de Planificación de Agua Potable, Drenaje Sanitario y Pluvial en el municipio de Palín, Departamento de Escuintla, celebrado el tres de septiembre de dos mil ocho entre ...". Cfr. Leyes, Infile, Lesividad, Guatemala, 2011, https://leyes.infile.com/index.php?id=145&pagina_publicaciones=0&tipo_documento=&texto_buscador=lesividad, consulta realizada el 23 de junio de 2021.

¹⁰ **ACUERDO NÚMERO TREINTA Y DOS - DOS MIL VEINTE (32-2020)**, diecisiete de septiembre de dos mil veinte, **LA FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA Y JEFA DEL MINISTERIO PÚBLICO** "... La Secretaria General de la Presidencia de la República por medio del oficio No DSGP-No. 1039-2020/jm de fecha 07 de

En el caso particular de los entes públicos revestidos de autonomía, en los que el poder ejecutivo haya declarado su Intervención, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 120 de la Constitución Política de la República se crea cierta confusión con respecto a qué autoridad es a la que corresponde declarar la Lesividad; ya sea el Interventor, el Presidente de la República en Consejo de Ministros, o bien, a la autoridad superior del ente autónomo; lo que desde nuestra perspectiva amerita tener presente que, ante la ausencia de una Ley formal que regule la actividad de la Intervención, la misma se ha de sustentar en lo que para el efecto establezca el propio Acuerdo Gubernativo en que se haya decretado, teniendo presente que, en todo caso, tal Acuerdo Gubernativo debe de circunscribirse a la administración, y no a la toma de decisiones que la Ley Ordinaria confiera a la máxima autoridad del ente autónomo que corresponda, circunstancia por la que consideramos que tal potestad de decisión continúa siendo del órgano rector del ente autónomo, por lo que nos inclinamos a aceptar que ante tal situación, carecería de validez que la Lesividad fuera declarada, ya sea por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, y menos aún, por el propio Interventor.

Otra situación que amerita especial atención se da con respecto a la posibilidad en cuanto a que una vez declarada la Lesividad del acto o resolución administrativa, tal decisión pueda a su vez ser dejada sin efecto por la propia administración que ya la declaró; situación que aún y cuando pudiera dar lugar a la reclamación de ciertos agravios, resulta ser que, formalmente sí es posible, puesto que para el Organismo Ejecutivo, tanto el Acuerdo Gubernativo que declara la Lesividad como el que la deja sin efecto se sustentan en el artículo 183 de la Constitución Política de la República; consideración que en condiciones análogas a sus sendas normativas deberá tenerse presente para el caso particular de las Municipalidades y de las entidades autónomas y descentralizadas. Ahora bien, si al momento de dejar sin efecto la declaratoria de Lesividad, ésta ya se hubiera puesto en conocimiento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo por parte de la Administración Pública deberá de hacer de conocimiento del órgano jurisdiccional que tal planteamiento no constituye desistimiento o transacción, dejando a salvo el derecho de plantear las reclamaciones que pudieran corresponder¹¹.

septiembre de 2020, indicó que "...no es competencia ni atribución del Presidente de la República de Guatemala declarar la lesividad de los actos o resoluciones de las entidades que por mandato constitucional son autónomas como lo es el Ministerio Público...". Asimismo, la Corte de Constitucionalidad en Sentencia de Amparo en Única Instancia, de fecha 27 de octubre de 2004, dictada dentro del expediente 3832003 la Corte de Constitucionalidad estableció: "...Como puede apreciarse, el Organismo Ejecutivo, no tiene facultades para declarar lesivos todos los actos o resoluciones que emanen del Organismo Ejecutivo, ...". Cfr. Leyes, Infile, Lesividad, Guatemala, 2020, https://leyes.infile.com/index.php?id=145&pagina_publicaciones=0&tipo_documento=&texto_buscador=lesividad, consulta realizada el 24 de junio de 2021.

¹¹ CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Guatemala, Sentencia dictada dentro del expediente no. 1579-2003, de fecha 15 de marzo de 2007.

5. Legitimación para solicitar la declaratoria de lesividad administrativa

Tomando en cuenta que, el artículo 20 de la Ley de lo Contencioso Administrativo destaca que: "... el acto o resolución haya sido declarado lesivo para los **intereses** del Estado, ...", concepción que en principio descarta la consideración en cuanto a que el móvil de tal declaración sea la vulneración de una norma jurídica, ya que de ser así, estaríamos hablando de nulidades absolutas o relativas;¹² entonces solo nos queda comprender que tales intereses deberán ser de índole económica o social, puesto que ese tipo de intereses son objetivos, medibles y demostrables, cosa que no sucede con los intereses políticos, que también podrían incidir, pero a diferencia de los anteriores, la valoración de su juridicidad fácil podría dar un revés a la administración pública por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Hecha la aclaración anterior, entendemos que en primer lugar, la solicitud para llevar a cabo la declaratoria de Lesividad de un acto o resolución de la administración pública ha de partir de la propia entidad u órgano, que por razón de sus funciones esté obligado a velar por los intereses del Estado; a manera que si se trata de un órgano de la administración pública centralizada, sea el Procurador General de la Nación quien gestione tal lesividad; en tanto que, en el caso de las Municipalidades deberá ser el Alcalde a quien compete formularlo ante su propio Concejo Municipal; y para el caso de las entidades autónomas y descentralizadas, tal planteamiento debe corresponder al Gerente General, Secretario Ejecutivo, o como sea que se le denomine, a la máxima autoridad administrativa de la entidad pública que corresponda.

En el caso que, la vulneración de los intereses del Estado se determinen como consecuencia de investigaciones o enjuiciamientos llevados a cabo, de las conductas antijurídicas, típicas y culposas de parte de los funcionarios y empleados públicos, en el ejercicio de sus cargos, de igual manera, el Ministerio Público cuenta con legitimación para solicitar la declaratoria de Lesividad ante las autoridades administrativas correspondientes, tal como en el pasado ya ha sucedido, con ocasión de la emisión del Acuerdo Gubernativo No. 319-2003, emitido el 19 de mayo de 2003 por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, en el que en su segundo Considerando se expresa lo siguiente: "Que tomando como fundamento el requerimiento efectuado por el Ministerio Público, el que ha determinado que en el Contrato de ampliación, modificación y adhesión al fideicomiso antes relacionado y los contratos subsiguientes relacionados en el considerando anterior, existen

¹² **Concejo Municipal del Municipio de Puerto Barrios, seis de mayo de dos mil diez, Acta No. 014-2010** Punto TERCERO en el que se **ACUERDA**: "... I. Declarar lesivo y Nulo a los intereses del municipio de Puerto Barrios, el contrato de Concesión del Servicio Público de Suministro de Agua Potable y Saneamiento del Municipio de Puerto Barrios, departamento de Izabal, contenido en Escrituras Pública número nueve, faccionada por el Notario ...". Cfr. Leyes, Infile, Lesividad, Guatemala, 2010, https://leyes.infile.com/index.php?id=145&pagina_publicaciones=0&tipo_documento=&texto_buscador=lesivid_ad, consulta realizada el 29 de junio de 2021.

diversos hechos que los hacen perjudiciales a los intereses del Estado, toda vez que:...”.

Ahora bien, en el caso de concurrencia de afectación de intereses económicos, la Contraloría General de Cuentas se encuentra debidamente legitimada para solicitar la declaratoria de Lesividad del órgano o entidad que sea auditada, tal como nos lo demuestra el caso suscitado en la Municipalidad de La Unión del Departamento de Zacapa, en la que en el Punto CUARTO del Acta No. 026-2016, de fecha 24 de junio del año 2016, se aprecia lo siguiente: “. CONSIDERANDO: Que se tiene a la vista, el Informe de Auditoría Financiera y Presupuestaria, periodo del uno de enero al treinta y uno de diciembre del dos mil quince, de la Contraloría General de Cuentas, enviado a La Municipalidad de La Unión, del Departamento de Zacapa, el veintitrés de mayo del año dos mil dieciséis, y que en el hallazgo número seis (6), donde se establece Incumplimiento a normas y disposiciones legales en compra de luminarias de alumbrado público; dice...”.

Para el caso de actos o resoluciones administrativas emitidas por funcionarios públicos que vulneren los intereses sociales o difusos del Estado, indudablemente, el Procurador de los Derechos Humanos cuenta con titularidad para hacer valer su petición de Lesividad ante las autoridades administrativas competentes, con sustento en los artículos 274 y 275 de la Constitución Política de la República.

Finalmente, en el ejercicio de sus legítimos derechos civiles y ciudadanos, cualquier persona haciendo valer la garantía constitucional de “Derecho de Petición” que le asiste, puede hacer tal planteamiento a la autoridad correspondiente, pero a diferencia de los funcionarios públicos anteriormente mencionados, esa facultad se ejerce como un derecho, y nunca, como una obligación.

6. Efecto de la declaratoria de lesividad administrativa

Una vez ya nos hemos referido a la facultad de declarar la Lesividad administrativa por parte de la autoridad competente, así como sobre los motivos y a quienes corresponde solicitarla, ahora resulta oportuno precisar exactamente, sobre cuál es el efecto de tal declaratoria, y para ello, se ha de responder que, realmente su único propósito es el de habilitar a la administración pública, para que ejerza su derecho de acción, en un plazo que no exceda de tres meses contados a partir de la fecha de publicación del Acuerdo Gubernativo o de la notificación de la resolución (para el caso de Municipalidades y de las entidades autónomas y descentralizadas) que declaró lesivo el acto o resolución en su caso.

Lo antes expuesto significa que, hasta ese momento, tal declaratoria puede ser considerada aún, como un acto jurídico imperfecto, puesto que todavía no suspende, ni restringe los efectos jurídicos de los actos y resoluciones declarados lesivos, ya que eso solo se logrará hasta que un Tribunal de lo Contencioso

Administrativo dicte Sentencia en la que, una vez confirmada la juridicidad de tal decisión, se declare con lugar la demanda.

La anterior afirmación tiene su excepción, en el caso que la parte actora, en su escrito de demanda solicite la suspensión inmediata de las consecuencias jurídicas que se sustentan en la resolución o acto administrativo revestido de lesividad, y esta petición provisionalmente sea concedida, en virtud que el órgano jurisdiccional competente, luego de su correspondiente análisis y valoración lo considere indispensable, previendo que de no hacerlo se pueda causar daños irreparables a las partes, en cuyo caso, en forma excepcional, en la resolución de trámite de la demanda, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo muy bien puede decretar en forma provisional, la suspensión de los efectos jurídicos que se derivan del acto o resolución administrativa que previamente se haya declarado lesiva, con fundamento en el artículo 18 de la Ley de lo Contencioso Administrativo.

Tal situación reviste particular relevancia, ya que indudablemente es al Estado, las Municipalidades o a las entidades autónomas y descentralizadas, según sea el caso, a las que compete, y que en resguardo de los intereses de la administración pública, están obligadas a promover el Proceso Contencioso Administrativo, con el propósito que pueda surtir sus efectos materiales la decisión asumida,¹³ ya que en tanto eso no suceda, jurídicamente todo continua vigente, sin mayor alteración.¹⁴

Aquí debemos de destacar dos cosas; la primera de ellas es que, ordinariamente, el hecho que aparentemente solo el Estado pueda accionar para plantear el proceso Contencioso Administrativo, equivale a afirmar, que el administrado solamente le queda esperar pasivamente a que el Estado actúe, en el entendido que en caso de no hacerlo dentro del plazo legalmente establecido, al poder público le prescribe o caduca tal derecho, con las obvias y consecuentes responsabilidades para los funcionarios responsables de tal omisión procesal,¹⁵ tal limitación para el administrado, en este caso en particular obedece a que, el Acuerdo Gubernativo no puede impugnarse a través del recurso administrativo de Reposición, por impedimento contenido en el artículo 9º. de la Ley de lo Contencioso Administrativo, el que en su parte conducente, establece: “Artículo 9. Recurso de Reposición. ... No cabe este recurso contra las resoluciones del Presidente y Vicepresidente de la República ...”. Y, una vez aceptado lo anterior, destaca vital importancia nuestra segunda observación, que consiste en que tal situación da lugar a que, extraordinariamente, por no ser emitidas por el Presidente de la República, las resoluciones de Lesividad dictadas por los Concejos Municipales, o bien, por las máximas autoridades de las entidades autónomas y descentralizadas, las mismas

¹³ CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Guatemala, Sentencia dictada dentro del expediente no. 210-91, de fecha 15 octubre 1991.

¹⁴ CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Guatemala, Sentencia dictada dentro del expediente no. 175-93, de fecha 22 de septiembre de 1993.

¹⁵ CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Guatemala, Sentencia dictada dentro del expediente no. 1222-2009, de fecha 12 de enero de 2010.

si son susceptibles de planteamiento del recurso administrativo de Reposición, como mecanismo para agotar la fase administrativa, con lo que el administrado si puede obtener su legitimación para acudir posteriormente a promover el proceso Contencioso Administrativo, en este caso, ya no como parte demandada, sino más bien, como parte actora¹⁶. Desde esta última perspectiva, refiriéndonos propiamente al Derecho de Acción del particular o administrado que se considere afectado por la declaratoria de Lesividad de un acto o resolución administrativa, y específicamente, en el caso de haber sido emitida tal disposición, ya sea por un Concejo Municipal, o bien, por una entidad autónoma y descentralizada, el particular o administrado cuenta con legitimación activa para interponer el Recurso de Reposición, con el propósito que luego de ser revisada la disposición de lesividad emitida por parte de la propia autoridad superior que la hubiera decretado, se pueda revertir tal decisión, pero si aun así esto no fuera posible, entonces el particular legitimado tendrá por agotada la vía administrativa, circunstancia que le faculta a acudir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo a reclamar su derecho, esto con fundamento en el artículo 22 de la Ley de lo Contencioso Administrativo.

7. Conclusión

Como consecuencia de la investigación llevada a cabo de las publicaciones del Diario Oficial, se ha podido advertir que del año de 1991 al 2020 se han publicado alrededor de veintiocho declaraciones de Lesividad, presumiendo que, en la realidad nacional se habrán emitido muchas más, pero que por no derivar de Acuerdos Gubernativos, salvo contadas excepciones, se carece de su publicidad, tal como sucede con las decisiones que al respecto se han emitido a través de resoluciones, por parte de las Municipalidades, y también, de las entidades autónomas y descentralizadas.

Por otra parte, los casos sometidos a conocimiento de los órganos jurisdiccionales, tanto en procesos Contencioso Administrativos, como en acciones de Amparo por incidencias en particular derivadas de tales decisiones, se puede advertir que, el tema de la Lesividad si se ha abordado desde muchas perspectivas, mismas de las que se ha nutrido la presente investigación para sustentar los criterios aquí expuestos.

¹⁶ CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Guatemala, Sentencia dictada dentro del expediente no. 380-2005, de fecha 5 de septiembre de 2005: "... Esta Corte discrepa con ese criterio, en virtud de que del examen de la disposición citada se colige claramente que la posibilidad de plantear el proceso contencioso administrativo sin el previo agotamiento de los recursos administrativos se circunscribe al supuesto de que sea intentado por la misma administración pública, que evidentemente no es el caso que motiva la discusión. Contrario sensu, éste sí encuadra en el supuesto descrito por el artículo 157 del Código Municipal: "ARTICULO 157. Recurso de reposición. Contra las resoluciones originarias del Concejo Municipal procede el recurso de reposición."; de tal suerte, la postulante sí esgrimió el recurso legal apropiado para atacar la declaración de lesividad que le afecta. - III -...".

Referencias Bibliográficas

Arteaga Nava, Elisur. Derecho Constitucional - Volumen 2. México, OXFORD UNIVERSITY PRESS - HARLA MÉXICO, S.A. de C.V. 1988.

Cabanellas de Torres, Guillermo. Repertorio Jurídico - 4ª ed. Buenos Aires, Argentina, Heliasta. 2003. Pags. 383.

Castillo González, Jorge Mario. Derecho Administrativo. Guatemala, Servicios Castillo. 2019. Pags. 643.

Fraga, Gabino. Derecho Administrativo - 31ª ed. México, EDITORIAL PORRÚA, S.A. 1992.

Guaita, Aurelio, "El proceso administrativo de lesividad", España, Casa Editorial Boech, 1953.

Haroldo Calderón M, Hugo. Derecho Procesal Administrativo Guatemalteco - Tomo III. Guatemala, litografía MR. 2012.

Martínez Morales, Rafael. Derecho Burocrático - Volumen 5 México, OXFORD UNIVERSITY PRESS - HARLA MÉXICO, S.A. de C.V. 1988.

Martínez Morales, Rafael. Derecho Administrativo - Volumen 3 México, OXFORD UNIVERSITY PRESS - HARLA MÉXICO, S.A. de C.V. 1988.

Porrúa Pérez, Francisco. Teoría Del Estado, México, EDITORIAL PORRÚA, S.A. 1992.

Electrónicas

Leyes, Infile, LESIVIDAD, Guatemala, https://leyes.infile.com/index.php?id=145&pagina_publicaciones=0&tipo_documento=&texto_buscador=lesividad, consultas realizadas del 21 al 29 de junio de 2021.

Normativas

Asamblea Nacional Constituyente, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Guatemala, 1985.

El Congreso de la República de Guatemala, LEY DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Decreto Número 119-96, Guatemala, 1997.

El Congreso de la República de Guatemala, LEY DEL ORGANISMO EJECUTIVO, Decreto Número 114-97, Guatemala, 1997.

El Congreso de la República de Guatemala, CÓDIGO MUNICIPAL, Decreto Número 12-2002, Guatemala, 2002.

El Congreso de la República de Guatemala, CÓDIGO DE TRABAJO, Decreto Número 1441, Guatemala, 1991.

Fiscal General de la República y Jefa del Ministerio Público, ACUERDO 32-2020, Guatemala, 2020.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Guatemala, Sentencia dictada dentro del expediente no. 210-91, de fecha 15 octubre 1991.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Guatemala, Sentencia dictada dentro del expediente no. 175-93, de fecha 22 de septiembre de 1993.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Guatemala, Sentencia dictada dentro del expediente no. 380-2005, de fecha 5 de septiembre de 2005.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Guatemala, Sentencia dictada dentro del expediente no. 1579-2003, de fecha 15 de marzo de 2007.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Guatemala, Sentencia dictada dentro del expediente no. 1222-2009, de fecha 12 de enero de 2010.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Guatemala, Sentencia dictada dentro del expediente no. 1263-2013 de fecha 14 de agosto de 2013.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Guatemala, Sentencia dictada dentro del expediente no. 129-2017, de fecha 3 de julio de 2017.