

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA



ESCUELA DE POST GRADO

TÍTULO

***Actos Administrativos y los Procesos Arbitrales.
Municipalidad Distrital de Ilabaya / 2010 - 2013.***

Tesis Elaborado por:

Br. CARLOS MARIACA MAMANI.

**Para obtener el Grado Académico de: Magister en
Gestión y Políticas Públicas.**

TACNA - 2015

Agradecimiento:

Quiero dejar constancia de mi reconocimiento a la Universidad Privada de Tacna Alma Mater, y en especial a la Escuela de Postgrado a sus autoridades Profesores y Compañeros que me apoyaron a lo largo de mi carrera universitaria. Además expresar mi Especial gratitud por el gran conocimiento y apoyo incondicional al Dr. Víctor Colque Valladares y al Dr. Pelayo Delgado Tello, (Académicos del Tutorial de Tesis Gestión y Política Públicas).

Dedicatoria:

Con inmenso amor y gratitud a mis padres que con esfuerzo apoyo y comprensión, Me enseñaron a luchar por mis sueños; Asimismo no es fácil mencionar a todas aquellas Personas que de alguna manera han colaborado e influido en desarrollo de la presente Investigación; Por último no puedo dejar de agradecer a mi esposa Melissa y a mi hija Valeria Ximena, por haberme apoyado constantemente en el desarrollo de este nuevo Desafío, por la paciencia que han tenido durante toda la investigación y por todo El tiempo resignado permitiéndome estudiar en un ambiente cálido y tranquilo, sin Su apoyo la concreción de esta investigación no hubiera sido posible.

ÍNDICE

Resumen	01
Abstract	02
Introducción	03

CAPÍTULO I

1. EL PROBLEMA

1.1. Planteamiento del Problema	06
1.2. Formulación del Problema	08
1.3. Fundamentación de la Investigación	09
1.4. Objetivos de la Investigación	13
1.5. Conceptos Básicos	13
1.6. Antecedentes de la Investigación	22

CAPÍTULO II

2. FUNDAMENTO TEÓRICO CIENTÍFICO

2.1. Actos Administrativos	25
2.2.1. Elementos del acto administrativo	25

2.2.2. Clases de actos administrativos	29
2.2. Actos de Administración	32
2.3. Proceso contencioso administrativo	35
2.5. Administración Pública	47
2.6. Nulidad de Oficio de los Actos Administrativos	49
2.7. Procesos Arbitrales	65
2.7.1. El Arbitraje	65
2.7.1.1. Teoría Jurisdiccionalista	69
2.7.1.2. Teoría Contractualista	71
2.7.1.2. Teoría Intermedia o Ecléctica	73
2.7.1.3. Teoría Autónoma	75

CAPÍTULO III

3. MARCO METODOLÓGICO

3.1 Hipótesis General	87
3.1.1 Hipótesis Específica	87
3.2 Variable Independiente	87
3.2.1 Indicadores	87
3.3 Variable Dependiente	88

3.3.1 Indicadores	88
3.4 Diseño de Investigación	89
3.4 Población y Muestra	89
3.5 Técnica e Instrumentos	91

CAPÍTULO IV

4. LOS RESULTADOS

4.1 Descripción del Trabajo de Campo	92
4.2 Diseño de la Presentación de los Resultados	93
4.3 Presentación de los Resultados	94
4.4 Comprobación de Hipótesis	104

CAPÍTULO V

5.1 Conclusiones	108
5.2 Sugerencias	109
5.3 Bibliografía	111

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura N° 01: -----	48
Estado y administración pública	
Figura N° 02: -----	55
Procedimiento de declaración	
Figura N° 03: -----	59
Procedimiento de nulidad de actos administrativos	
Figura N° 04: -----	86
Flujograma de proceso arbitral Ad Hoc	
Figura N° 05: -----	94
Cumplimiento de deberes funcionales	
Figura N° 06: -----	95
Procedimiento administrativo	
Figura N° 07: -----	96
Capacitación en Contrataciones con el Estado a funcionarios Públicos de la Entidad.	
Figura N° 08: -----	97
Ampliación del plazo solicitado por las empresas contratistas	
Figura N° 09: -----	98
Apercibimiento de resolver contratos y actos inadecuados En la Entidad.	
Figura N° 10: -----	99
Convenio arbitral en los contratos de ejecuciones de obras	

Figura N° 11: -----	100
Desarrollo de procesos arbitrales	
Figura N° 12: -----	101
Cantidad de procesos arbitrales	
Figura N° 13: -----	102
Monto económico en controversia	
Figura N° 14: -----	103
Laudos arbitrales	

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla N° 01: -----	90
Distribución de la Población de Procesos Arbitrales.	
Tabla N° 02: -----	107
Correlación Ordinal de Spearman.	

RESUMEN

En cuanto a los materiales y métodos, el presente trabajo corresponde a una investigación de tipo documental cuyo nivel es relacional. La información se obtuvo a través de una aplicación de instrumento de medición Ficha de Observación aplicada en técnica de Observación, utilizándose una escala nominal para las Variables Actos Administrativos y Procesos Arbitrales.

El objetivo de la investigación fue determinar la influencia de los actos administrativos en los procesos arbitrales, Municipalidad Distrital de Ilabaya. Estableciéndose la siguiente hipótesis; Si, la administración está orientada a satisfacer el bien común. Entonces en la Municipalidad Distrital de Ilabaya los actos administrativos influyen significativamente en los procesos arbitrales.

En ese contexto, el presente trabajo tuvo como excusa justamente analizar las influencias de los actos administrativos que generaron procesos arbitrales en un supuesto específico, pretexto que nos permitió estudiar el desarrollo de los procedimientos arbitrales en la Municipalidad Distrital de Ilabaya, los cuales se realizaron en su mayoría ante Tribunales Arbitrales.

Los resultado determinaron que en la Municipalidad Distrital de Ilabaya, los actos administrativos que generaron procesos arbitrales son inadecuados, cuyos puntajes obtenidos en la variable independiente y la variable dependiente indican que es menor al 50% por ciento del promedio total obtenido, luego se concluye que no hay correlación imperativa que satisfaga el bien común.

Por lo tanto, llegamos a la conclusión que los actos administrativos influyen desfavorablemente en la generación de procesos arbitrales, lo que ocasiona la no conclusión de diversas obras y Laudos adversos que generan graves perjuicios económicos al Estado representado por la Municipalidad Distrital de Ilabaya.

ABSTRACT

In terms of materials and methods, this study corresponds to a documentary research whose level is relational. The information was obtained through a measuring instrument application sheet Observation Observation techniques applied, using a nominal scale for Variables and Processes Arbitration Administrative Acts.

The aim of the research was to determine the influence of administrative acts in the arbitration proceedings, District Municipality of Ilabaya. Established the following hypothesis; If the administration is aimed at satisfying the common good. Then in the District Municipality of Ilabaya administrative actions significantly influence the arbitration proceedings.

In this context, the present study was to analyze the influences just excuse of administrative actions that led to arbitration proceedings in a specific course pretext that allowed us to study the development of the arbitration proceedings in the District Municipality of Ilabaya, which were held in mostly before arbitration tribunals.

The results found that in the District Municipality of Ilabaya, administrative acts that generated arbitration proceedings are inadequate, whose scores on the independent variable and the dependent variable indicate that less than 50% percent of the total average obtained, then it is concluded that no There imperative correlation to the public weal.

Therefore, we conclude that administrative acts adversely affecting the generation of arbitration proceedings, resulting in non-completion of various works and awards that generate severe adverse economic the State represented by the District Municipality Ilabaya damages.

INTRODUCCION

El arbitraje ha estado, pues, presente en nuestro país desde el siglo XIX. Sin embargo, recién a partir de la última década del siglo XX con la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 25935 Ley General de Arbitraje del año 1992, y la ley que se encuentra vigente D.L. N° 1071 Ley que norma el arbitraje del año 2008, donde se le ha otorgado un tratamiento orgánico y diferenciado.

El desarrollo económico de nuestro país ha venido en aumento significativo, principalmente en donde existe explotación minera lo que ha originado que determinados lugares puedan recibir considerables sumas de dinero por canon sobre canon y regalías mineras, como es el caso del Distrito de Ilabaya, cantidades de dinero que ha permitido realizar diversos proyectos de infraestructura entre otros, los cuales en su mayoría se realizaron a través de terceros (empresas contratistas).

Consortios contratistas, que durante el proceso de ejecuciones de obra públicas, se suscitaron múltiples controversias y/o conflictos de intereses los cuales deben ser sometidos por ley a una conciliación o arbitraje sea institucional o Ad Hoc, según la cláusula arbitral pactada entre las partes.

A manera de ejemplo: durante el periodo de mayor bonanza económica en los últimos años es decir 2008 – 2010, la Municipalidad Distrital de Ilabaya realizó millonarios contratos por ejecuciones de obra, bajo la modalidad de CONCURSO OFERTA¹, es decir una misma Empresa Contratista elabora el expediente técnico y ejecuta la obra, en el que existe determinados plazos de cumplimiento por etapas, sin embargo durante la ejecución de obras las empresas contratistas no cumplieron los plazos establecidos por ambas partes y de mutuo acuerdo en los contratos, originándose así solicitudes de ampliaciones del plazo lo que ocasiona naturalmente mayores gastos presupuestales para la Entidad contratante, hechos que son admitidos por la Ley de Contrataciones y

¹ Modalidad de Ejecución Contractual, “Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado”, aprobado, mediante D.S. 184-2008-EF, Art. 41° Inc. 2°, Pub. En el Diario Oficial el Peruano el 10 de Diciembre del 2008.

Adquisiciones del Estado², sin embargo para ello las empresas contratistas deben cumplir determinados requisitos, y posterior a ello la Entidad debe pronunciarse motivadamente a través de actos administrativos denegando o aceptando lo solicitado y dentro de los plazos establecidos conforme a Ley de Contrataciones con el Estado su Reglamento y la Ley de Procedimiento Administrativo General³.

En ese contexto, se analiza las influencias de los actos administrativos que generaron procesos arbitrales en un supuesto específico Entidad Pública, pretexto que nos permite estudiar el desarrollo de los procedimientos arbitrales en la Municipalidad Distrital de Ilabaya y determinar, si los actos administrativos influyen desfavorablemente en la generación de procesos arbitrales lo que ocasiona la no conclusión de obras en su momento y la existencia de Laudos adversos que generan graves perjuicios económicos al Estado.

Para lograr su finalidad, se ha dividido esta Tesis en cuatro capítulos compuesto por cuadros estadísticos y un análisis correspondiente por cada uno, y el último capítulo contiene las conclusiones y sugerencias derivados de la investigación realizada.

De esta manera desarrollamos los seis aspectos fundamentales que requieren ser resaltados para entender a cabalidad las implicancias de las labores que realizaron los funcionarios y servidores públicos de las diversas gerencias que laboraron en la Entidad del Estado en este caso Municipalidad Distrital de Ilabaya, su importancia y su misión que deben cumplir respecto a sus funciones al interior de la Entidad, siendo así están obligados a observar permanentemente la Ley de Contrataciones del Estado, los cuales está compuesto por su Reglamento y las diversas Opiniones que emiten el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado que tienen calidad de vinculante durante su vigencia, en concordancia con lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo General.

² Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017, Pub. En el diario oficial el Peruano el 10 de diciembre, 2008.

³ Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444, Art. 1°, 3°,4° y 6°, Pub. En el Diario Oficial el Peruano, 2001.

A continuación en el capítulo segundo abordamos el contenido, respecto a los fundamentos teóricos científicos, como los actos administrativos, elementos, clases, definiciones de administración pública, materia arbitral, teorías fundamentales entre otros.

Ahora bien la estructura de nuestro capítulo tercero en relación a nuestro marco metodológico es la siguiente, en primer lugar nuestra hipótesis general e hipótesis específica, luego se determina nuestra variables dependientes e independientes con sus respectivos indicadores, para luego demostrar el diseño de investigación, y la población determinada con sus respectivas técnicas e instrumentos utilizados con la finalidad de definir los actos administrativos que generaron procesos arbitrales en la Municipalidad Distrital de Ilabaya.

El capítulo cuarto, está compuesto por resultados donde se realiza trabajos de campo, los cuales se definen a través de la presentación de resultados, comprobación de nuestras hipótesis llegando a la conclusión de existencias de actos administrativos que influyeron desfavorablemente en la generación de procesos arbitrales.

Debo indicar que nuestra tesis se vale, fundamentalmente, de los métodos científico, dogmático y exegético para abordar todos los puntos propuestos. Asimismo, resulta fundamental no perder de vista que los Actos Administrativos deben actuar en armonía con la Ley de Procedimiento Administrativo General y normas pertinentes de la administración pública.

En el capítulo quinto el lector podrá observar las conclusiones y sugerencias a las que hemos arribado, las cuales contienen los juicios de valor, positivos y negativos, de los temas analizados en los cinco Capítulos que comprende este trabajo.

Finalmente la presente Tesis pretende abordar aspectos relacionados y ofrecer elementos de juicio que permitan comprender y en algunos casos mejorar los actos administrativos emitidos por funcionarios y servidores públicos de la Municipalidad Distrital de Ilabaya.

CAPÍTULO I

1. EL PROBLEMA

1.1. Planteamiento del Problema:

Es justo reconocer que, la conducta humana se ajusta normalmente al derecho, el cual por otra parte recoge como norma la regla social, esto es lo que habitualmente se cumple, pues en la Municipalidad Distrital de Ilabaya existen diversos tipos de conflictos y/o controversias, muchos de ellos se resuelven por la vía pacífica, no obstante y para los casos de excepción el Estado debe establecer su tutela jurídica es decir la prestación de apoyo y el establecimiento de formas para que se respeten las situaciones jurídicas legítimas y se cumpla con el derecho.

La primera forma de resolver conflictos se orienta a un sistema adversarial, porque generalmente se piensa que los conflictos son destructivos y se plantea como única forma de perder o ganar. El proceso judicial es una clara muestra de esta forma de solución, por lo que debe encontrarse otras figuras de menor encuentro conflictivo.

Donde la técnica de resolución y debate se concierne voluntariamente y sin que ninguno de los litigantes se encuentre obligado a recurrir al servicio que se ofrece.

Siendo los procesos judiciales en el cual el Estado ejerce su potestad jurisdiccional es un caso típico de resolución de un conflicto basado como se tiene dicho en el sistema adversarial, y con la aparición del Estado moderno en la actualidad es el dueño de la facultad sancionadora.

No siempre esta función jurisdiccional (solucionar conflictos mediante la aplicación del derecho pertinente), ha sido sometida a los órganos jurisdiccionales, ni pueden afirmarse hoy que la asumen con absoluta exclusividad pues coexisten con otros métodos o formas de resolver un conflicto.

Además, al individuo se le prohíbe la justicia por mano propia es decir se le pide renunciar a su libertad, a cambio de esta restricción, se les brinda a los ciudadanos un sistema de tutela jurídica organizado y costoso que consiste en Tribunales y Jueces, y se regula los instrumentos para brindar tutela jurídica, esto es propiamente el proceso.

Esa ha sido la forma tradicional de resolución de conflictos en el mundo, por el contrario hoy en día se pretende mirar hacia otra forma de enfrentar el conflicto, se busca asumir el conocimiento del conflicto en todos sus aspectos y dimensiones revirtiendo la actitud del abogado que estudia el caso para someterlo a proceso, el Abogado debe abandonar los conceptos adversariales y someterse a esta nueva concepción de encarar los conflictos; Nos dice sobre lo mismo LEDESMA NÁRVAEZ *“el mensaje que pretende brindar es que el proceso judicial no sea la única opción que se valore en la solución del conflicto, sino que debe privilegiarse otras alternativas como la conciliación, atendiendo a las circunstancias y naturaleza de cada conflicto a operar⁴”*.

Surgen así los denominados “Medios Alternativos de Resolución de Conflictos”, en inglés ADR (Alternative Dispute Resolution), pero siendo honestos dogmáticamente el principal medio sigue siendo el proceso.

No obstante el ambiente favorable al arbitraje contrasta con un desacertado enfoque jurisdiccionalista de la institución arbitral, situación que implica una equivocada labor de vinculación, comparación o referencia del arbitraje respecto a los procesos judiciales llevados a cabo ante los Juzgados y Salas que conforman el Poder Judicial y que ejercer función jurisdiccional; Sumado a esto se aprecia un desconocimiento de las diversas instituciones que conforman el derecho de arbitraje, como en el caso del denominado *Procesos Arbitrales Institucionales*, situación que dificulta aún más la efectiva formación de una verdadera cultura arbitral en la Municipalidad Distrital de Ilabaya.

⁴LEDESMA NARVAES. Marianella, “Un conflicto conciliado, una visión jurídica de los elementos sustantivos”, Dirección de Biblioteca del colegio de abogados de Lima Pg. 80: www.cal.org.pe.

El presente trabajo, pretende abordar los aspectos específicos que relacionan las variables de Actos Administrativos y Procesos Arbitrales y ofrecer mayores elementos de certeza que permitan comprender, y en algunos casos mejorar, las causas de los actos administrativos que influyeron desfavorablemente en la generación de procesos arbitrales lo que ocasionan la no conclusión de obras en su momento y laudos arbitrales adversos que generan graves perjuicios económicos al Estado, entonces se debe tener presente la importante labor que deben cumplir los funcionarios y servidores públicos en la Municipalidad Distrital de Ilabaya.

En ese contexto, se tiene como interrogante el porqué del desacertado enfoque y desconocimiento de la administración pública que fundamentalmente está orientada a satisfacer el interés público, pretexto que nos permite analizar las influencias de los actos administrativos que generaron procesos arbitrales en un supuesto específico que se presenta en el desarrollo de un procedimiento arbitral, el cual consiste en la solicitud que da inicio al proceso arbitral tradicional ad hoc, los cuales se puede tramitar ante un Tribunal Arbitral o Árbitro Único según la complejidad y monto controvertido.

Entonces, la importancia o utilidad de los actos administrativos realizados por los funcionarios y servidores públicos es una declaración de la Entidad (Municipalidad Distrital de Ilabaya) y deben estar dentro del marco de las normas del derecho público, los cuales están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

1.2. FORMULACION DEL PROBLEMA

¿Cuál es la influencia de los actos administrativos en los procesos arbitrales. Municipalidad Distrital de Ilabaya?

1.2.1. Problemas Secundarios

- a) ¿Cuáles son los actos administrativos en la Municipalidad Distrital de Ilabaya?
- b) ¿Cómo son los procesos arbitrales en la Municipalidad Distrital de Ilabaya?

1.3. FUNDAMENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Analizando los actos administrativos de una Entidad del Estado, en este caso la Municipalidad Distrital de Ilabaya, el nivel de importancia de determinados actos administrativos que realizaron los funcionarios y servidores públicos que laboraron en las Gerencias y/o Unidades pertinentes de la indicada Entidad.

Cuando una persona natural o jurídica realiza una determinada pretensión a la Entidad, el cual debe ser resuelto a través de un acto administrativo resolutivo pronunciándose sobre el mismo negándola o aceptándola con la debida motivación y en estricto cumplimiento del debido procedimiento que la misma Ley y su Reglamento preceptúa.

A manera de ejemplo manifestamos: Que, cuando una empresa contratista ejecuta una obra determinada a Suma Alzada⁵ – Concurso Oferta⁶ (elabora el expediente técnico y ejecuta la obra), por un monto total definido; Solicita tres ampliaciones del plazo por una causal que no está tipificada como tal en la Ley, y “que la Entidad resolvió favorablemente a favor de la empresa contratista”; Es decir no existe la causal de “retraso en el pago de valorizaciones por parte de la Entidad”⁷.

⁵**Decreto Supremo N° 184-2008-EF** “Reglamento de Contrataciones del Estado”; Ver, Art. 40° Sistemas de Contratación.

⁶“Modalidades de Ejecución Contractual”, Art. 41° Inc. 2° - Concurso Oferta, “... solo podrá aplicarse en la ejecución en la ejecución de obras que se convoquen bajo el sistemas de suma alzada...”.

⁷ “**Causales de Ampliación del Plazo**”, Art. 200°, **1).** Atraso y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista, **2).** Atraso en el Cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad, **3).** Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado, **4).** Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado: www.osce.gob.pe.

Máxime si existe Opinión Técnico Normativo del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE⁸, en el que determina que la causal de retraso en el pago de valorizaciones solicitadas por la empresa contratista NO ES CAUSAL DE AMPLIACION DEL PLAZO y que dado los hechos por retraso en el pago de valorizaciones, solo genera intereses legales a favor de la empresa contratista.

Los actos administrativos de las Entidades en el marco de las normas del derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta⁹.

Entonces, conforme a las ampliaciones otorgadas a favor de la empresa contratista por parte de la Entidad, la Ley determina que *“toda ampliación del plazo otorgado por la Entidad generan Gastos Generales por cada día a favor de la empresa contratista”*¹⁰.

Los cuales se calculan utilizando una Fórmula Polinómica por el monto total contractual firmado entre ambas partes; Posterior a ello, luego de haber transcurrido un prolongado periodo mediante otro acto resolutive la Entidad desconoce los derechos que con antelación le otorgó a favor de la empresa contratista.

Pues de manera natural la empresa contratista al momento de presentar su liquidación de obra solicita además que la Entidad le pague los montos adicionales que generaron Gastos Generales por las ampliaciones del plazo otorgados con anterioridad a su favor; Y la Entidad a través de otro acto resolutive desconoce tales montos solicitados por parte de la empresa contratista, y presenta su propia liquidación con montos inferiores.

⁸ OPINION N° 104-2009/TDN, “No es Causal de Ampliación del Plazo”, Concluye: “... el retraso en el pago efectivo de valorizaciones por parte de la Entidad contratante no constituye por sí misma, una causal de ampliación del plazo, sin perjuicio del reconocimiento de los intereses que se generen a favor del contratista...”, SET2009: www.osce.gob.pe.

⁹ ZANOBINI, Guido, Pg. 243, Definición de Actos Administrativos, “Cualquier manifestación en la actividad de la administración genera efectos jurídicos, frente a los administrados”. Publicado en la Revista de Ciencia Jurídica N° 125 (117-144), Mayo – Agosto 2011.

¹⁰ REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO aprobado mediante D.S. N° 184-2008-EF, Art. 204° - Pago de Gastos Generales.

En ese orden de ideas decimos que los actos administrativos han generado derechos a los administrados (empresas contratistas), que originaron que la empresa contratista haya solicitado y/o sometido diversas pretensiones y sean resueltos en sede arbitral.

Ante estos hechos la Oficina de Procuraduría Pública Municipal de la Entidad, cumpliendo sus funciones de acuerdo a Ley conforme al Decreto Legislativo N° 1068 Ley de defensa judicial del Estado, asume la defensa ante diversos Tribunales Arbitrales.

Posterior a ello el Tribunal Arbitral habría Laudado a favor de la empresa contratista en el que el tribunal reconoce en todos sus extremos los derechos otorgados a través de los actos administrativos realizados por la Entidad y que tendrían efectos jurídicos legítimos.

Ante ello existe una última vía adicional, que la Oficina de Procuraduría debe cumplir conforme a sus funciones encomendadas, “solicitar la anulación del Laudo Arbitral ante el Poder Judicial, solo por aspectos formales como el debido proceso – causales expresamente tipificados en la Ley que norma el Arbitraje”¹¹, **y la misma ley prohíbe al juez pronunciarse sobre los asuntos de fondo de la controversia.**

En consecuencia en derecho se denomina solo como una vía dilatoria, porque los tribunales subsanando el error formal si la hubiere vuelven a Laudar en el mismo sentido.

Entonces llegamos a la conclusión, que los actos administrativos influyen desfavorablemente en la generación de procesos arbitrales y que posterior a ello a la existencia de Laudos Arbitrales adversos que generaron graves perjuicios económicos al Estado representado por la Municipalidad Distrital de Ilabaya.

Finalmente se determina que los funcionarios y/o servidores públicos responsables, que en su momento aplicaron la norma de manera incorrecta y/o omitieron aplicar la Ley, cautelando los intereses de Entidad.

¹¹ DECRETO LEGISLATIVO N° 1071, Ley que Norma el Arbitraje, “Art. 63° Causales de Anulación del Laudo”: www.osce.gob.pe.

La Contraloría General de la República conforme a sus funciones a través de diversos exámenes de control y de auditorías gubernamentales determinará y definirá las responsabilidades de los funcionarios y/o servidores públicos competentes que actuaron u omitieron actuar en la toma de decisiones en los momentos oportunos y que se hayan realizado de acuerdo a Ley, *Contrario Sensu* a través de la vía civil (demandas) serán requeridos al pago por los daños y perjuicios causados a la Entidad.

Actualidad

Esta investigación es actual, en razón a que en los últimos años se observa un incremento de casos relacionados a Procesos Arbitrales en la Municipalidad Distrital de Ilabaya básicamente con las variables del problema, así se tiene que en el periodo del 2010 al 2013 la entidad tiene diversos procesos arbitrales por montos exorbitantes, derivado por controversias en la ejecución de obras públicas “en beneficio de la población”.

Originalidad

El presente proyecto de investigación, (Influencia de los actos administrativos en los procesos arbitrales. Municipalidad Distrital de Ilabaya 2010 – 2013), posee una originalidad específica por que enfatiza la situación existente en un ámbito diferente como la realidad del distrito y tiene un enfoque singular la influencia de los actos administrativos.

Viabilidad

Es una investigación viable porque se cuenta con la información y recursos necesarios para el desarrollo de la presente tesis, respecto a su ejecución es imperativa teniendo en consideración que se ha logrado obtener los documentos necesarios de determinados actos administrativos, los cuales permitieron su análisis y evaluación integral de acuerdo a las normas de la administración pública.

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION

1.4.1 Objetivo General

Determinar la influencia de los actos administrativos en los procesos arbitrales. Municipalidad Distrital de Ilabaya.

1.4.2 Objetivos Específicos

- a) Analizar los actos administrativos en la Municipalidad Distrital de Ilabaya.
- b) Determinar los procesos arbitrales en la Municipalidad Distrital de Ilabaya.

1.5. CONCEPTOS BÁSICOS

1.5.1. Acto Administrativo

Reiteramos que la función administrativa se expresa por medio de actos jurídicos y de operaciones materiales; El acto administrativo es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos.

1.5.2. Naturaleza Jurídica del Acto Administrativo

El acto administrativo es uno de los medios jurídicos por los cuales se expresa la voluntad estatal en el marco de normas de derecho público; Las declaraciones y decisiones que tome la Administración no deben materializarse a través de simples operaciones técnicas sino también mediante una declaración formal de Voluntad, de acuerdo con el procedimiento señalado por el orden jurídico.

Por lo tanto, se excluye del concepto de Acto Administrativo a la actividad no jurídica y aquella que no produce efectos jurídicos en ciertas formas y condiciones. Debe tratarse, pues, de efectos jurídicos directos y no de cualquier efecto jurídico.

Además son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

1.5.3. Función Pública

La función pública tiene por finalidad satisfacer el interés general y el bien común mediante la prestación de servicios públicos a los ciudadanos, dentro del marco de la Constitución y la ley; Así la función pública se desarrolla como manifestación de la voluntad y el ejercicio del poder estatal¹².

1.5.4. Finalidad Pública

Es el interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor; comprende toda la actividad administrativa de modo mediato o inmediato, directo o indirecto, debe tender a realizar o satisfacer un interés general (propio del servicio público) hacia el cual esa actividad se orienta como finalidad objetivamente determinada por la esencia de la administración pública. Fundamentalmente la finalidad buscada por el acto concreto debe concordar con el interés público que inspiró al legislador habilitar o atribuir la competencia para emitir esa clase de actos administrativos.

1.5.5. Motivación

La motivación¹³ es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que han inducido a la emisión del acto; Está contenida dentro de lo que usualmente se denominan "Considerandos", La constituyen por tanto los "presupuestos" o "razones" del acto, es la fundamentación fáctica y jurídica del Acto Administrativo, con que la Administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión, la

¹² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO “Capítulo IV de la Función Pública”.

¹³ LEY DE PROCESO ADMINISTRATIVO GENERAL “LEY 27444 Art. 6º Motivación del Acto Administrativo”, Pub. En el diario oficial el Peruano el 10 de abril, 2001.

motivación del acto, es decir las razones de hecho y de derecho que dan origen a su emisión, aclaran y facilitan la recta interpretación de su sentido y alcance.

1.5.6. Administración Pública

Es usual que el término Administración Pública se acepte sin mayor reflexión para asuntos sin mayor trascendencia, sin embargo cuando se pretende hacer un estudio serio sobre la materia, presenta desde un primer momento, grandes dificultades para delimitar el campo correspondiente a su competencia, y en especial cuando su enfoque es sincrético.

Es decir la Administración Pública es la parte más dinámica de la estructura estatal, actúa en forma permanente sin descanso y sin horario y acompaña al hombre desde su nacimiento hasta su desaparición de la vida terrestre.

Entonces la administración pública es aquella función del Estado que consiste en una actividad concreta, continua y práctica y espontánea de carácter subordinado a los poderes del Estado, y que tiene por objeto satisfacer en forma directa e inmediata las necesidades colectivas al logro de los fines del Estado dentro del orden jurídico establecido.

1.5.7. Procedimiento Administrativo

El procedimiento administrativo¹⁴, es el cause formal de la serie de actos en el que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin, el cual se configura como una garantía que tiene todo ciudadano, de que la administración no va actuar de un modo arbitrario y discrecional, sino siguiendo las pautas del procedimiento administrativo el cual permite que el administrado pueda conocer y que por tanto no va generar indefensión.

¹⁴ Ley de Procedimiento Administrativo General, “Art. 75° deberes de las autoridades en los procedimientos administrativos, y sus partícipes”, Pub. En el diario oficial el Peruano el 10 de abril, del 2001.

1.5.8. Servidor Público

Es el ciudadano que presta su trabajo al servicio de la nación¹⁵, puede ser elegido o designado para desempeñar diversas funciones o cargos públicos asignados por Ley, remuneradas dentro de una relación de subordinación jerárquica, para alcanzar los fines del estado.

1.5.9. Funcionario Público

Es el ciudadano elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar funciones-cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía, las funciones cargos políticos y de confianza son los determinados por Ley.

1.5.10. Tipo de capacitación

El objetivo principal de la capacitación en la administración pública, es mejorar la prestación de los servicios a cargo del estado para el bien estar general, así como garantizar la cierta y duradera de competencias y capacidades específicas en los empleados públicos que conforman las Entidades públicas, en concordancia con los principios que rigen la función pública.

1.5.11. Proceso Arbitral

En cualquier etapa del proceso arbitral¹⁶, los jueces y las autoridades administrativas se abstendrán de oficio o a petición de parte, de conocer las controversias derivadas de la validez, invalidez, rescisión, resolución, nulidad, ejecución o interpretación de los contratos y en general, cualquier controversia que surja desde la celebración de los mismos, sometidos al arbitraje conforme al Reglamento de la ley de contrataciones, debiendo declarar nulo todo lo actuado y el archivamiento en el Estado en que éste se encuentre.

¹⁵ Ley de Procedimiento Administrativo General, “Art. IV del Título Preliminar”, Pub. En el diario oficial el Peruano el 10 de abril, 2001.

¹⁶ Ley de Arbitraje, “Decreto Legislativo N° 1071”, Pub. En el diario oficial el Peruano el 10 de diciembre, 2008.

Durante el desarrollo del arbitraje, los árbitros deberán tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas plena oportunidad para ejercer su derecho de defensa, siendo cualquier actitud contrario a ella causal de recusación el cual se podrá plantear ante el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE, el cual dictará una decisión como única y última instancia.

1.5.12. Convenio arbitral

Es el acuerdo voluntario entre las partes para solucionar sus diferencias que surgen de una relación contractual o no contractual, las partes deciden someter a un arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza¹⁷.

La ley de arbitraje considera este principio en materia de convenio arbitral, exigiendo la forma escrita, bajo sanción de nulidad. En la forma de una cláusula inserta en el texto del contrato, o bajo la forma de un acuerdo independiente.

El objeto del convenio arbitral debe ser lícito y posible, la ley de arbitraje ha regulado las materias susceptibles de someterse a arbitraje, como son las materias determinadas o determinables sobre la que las partes tengan la libre disposición.

En el convenio arbitral las partes pueden encomendar la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral, a cuyo efecto el convenio arbitral tipo puede ser incorporado el contrato, el OSCE publicará en su portal institucional una relación de convenios arbitrales tipo aprobados periódicamente¹⁸.

¹⁷ Convenio Arbitral. Título II – Art. 13°, D. L. N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, Pub. En el Diario Oficial el Peruano, 01 de setiembre, 2008.

¹⁸ Convenio Arbitral. Art. 216°, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Pub. En el diario oficial el Peruano el 10 de diciembre, 2008.

Si el convenio arbitral incluido en el Contrato, no se precisa que el arbitraje es institucional, la controversia se resolverá mediante arbitraje ad hoc; El arbitraje ad hoc será regulado por las directivas sobre la materia emitidos por el OSCE.

1.5.13. **Lugar de proceso arbitral**

La elección de la sede supone consecuencias cruciales para el desarrollo del arbitraje y para la propia viabilidad del propio laudo arbitral, no es casual que las empresas contratistas quisieran conducir sus posibles controversias en la sede donde más les convenga. Entonces la elección de la sede del proceso arbitral resalta su importancia cuando se elabora la cláusula arbitral, el cual puede estar definido dentro de un mismo contrato suscrito por las partes, resultando que más conveniente para el Estado que resuelva sus controversias dentro la jurisdicción donde ejecutan las obras o servicios diversos.

1.5.14. **Tipos de Arbitraje**

a) **Arbitraje institucional.-** en este arbitraje intermedia entre los árbitros una entidad especializada que administra y organiza el trámite y presta servicios útiles para resolver la controversia.

Se rige por una reglamentación al que se someten las partes, sin embargo se valen de instrumentos cada vez más ágiles, de modo de adecuar las reglas de las necesidades de los usuarios surgiendo reglamentos de arbitraje común, u otras variantes como arbitraje acelerado, para optimizar la duración del proceso de gran importancia para el tiempo como factor fundamental.

b) **Arbitraje libre o Ad Hoc.-** no existe ninguna institución que administre el sistema; son las propias partes las que suministran las normas sobre las que den actuar y todo lo necesario para que el arbitraje proceda.

Así les proveen de los mecanismos de elección de los árbitros, indican el lugar, el idioma, los procedimientos a aplicar, métodos de coerción en caso de incumplimiento, plazo para laudo y los recursos pertinentes que cabrían contra el laudo.

La desventaja en este tipo de arbitraje es que no habiendo intervenido una entidad que preste el servicio administre el sistema e intermedie entre las partes, cualquier diferencia que surja entre ellas será resuelta por el órgano Supervisor de Contrataciones del Estado OSCE; Entonces, si una vez designados los dos árbitros conforme al procedimiento dispuesto por Ley, los árbitros de ambas partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del tercer árbitro dentro del plazo de 10 días hábiles de recibida la aceptación del último árbitro, cualquiera de las partes podrá solicitar al OSCE la designación del tercer árbitro, quien presidirá el Tribunal.

Las designaciones efectuadas en estos supuestos por el Órgano Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE, se realizará de su registro de árbitros y son definitivas e inimpugnables¹⁹.

1.5.15. **Árbitros**

El árbitro es la persona elegida por las partes para resolver una controversia²⁰, es por ello la parte esencial del arbitraje mismo, todo el sistema gira en torno a él desde que en su integridad moral y buen criterio descansa la confiabilidad y la eficacia del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos.

El árbitro debe reunir cualidades de idoneidad y experiencia, aplicando su criterio personal y buen juicio, manteniendo la imparcialidad e independencia frente a las partes.

¹⁹ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, “Decreto Supremo N° 184-2008-EF, designación”, Art. 222° Inc. 3°. Último párrafo.

²⁰ Guerinoni Romero, Herrera Guerra. “Solución de Controversias – Subdirección de capacitación del OSCE”, pub. www.osce.gob.pe.

1.5.16. **Conciliación en Sede Arbitral**

La ley ha previsto como paso procesal ineludible²¹, la convocatoria a una audiencia de conciliación entre las partes en la cual los árbitros promueven un acuerdo que ponga fin al litigio o aminore las cuestiones controvertidas a ser resueltas por los árbitros; Esto demuestra que los árbitros deben procurar acercar a las partes para armónicamente resolver el problema que los separa.

Sin embargo es el árbitro quien está en capacidad de considerar la oportunidad de una conciliación, con lo que se demuestra la libertad del árbitro para citar o no a las partes a una audiencia de conciliación, y el modo más conveniente para realizarla.

1.5.17. **Recurso de Anulación**

Tiende a invalidar el pronunciamiento arbitral, por carecer de los requisitos que impone la legislación, por ello los medios de impugnación no resultan disponibles por las partes al sustentarse en cuestiones de orden público.

No se revisa el fondo de lo decidido, por los árbitros sino se controla el cumplimiento de los recaudos legales, sin analizar el acierto o desacierto de la decisión adoptada en el laudo; se tramita ante el Poder Judicial, y se resuelve sobre la validez o nulidad del laudo, estando prohibido el juez revisar el fondo de la controversia.

1.5.18. **Instalación**

Salvo que las partes se hayan sometido a un arbitraje institucional, tratándose de un arbitraje ad hoc una vez que los árbitros hayan aceptados sus cargos, cualquiera de las partes deberá solicitar al OSCE, la instalación²² del árbitro único o del tribunal arbitral, dentro de los cinco (5) días siguientes a la aceptación de estos, según corresponda.

²¹ Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, “Art. 48 procedimiento arbitral”, Pub. En el Diario Oficial el Peruano el 01 de setiembre, 2008.

²² Reglamento de la Ley de Contrataciones del estado, “Art. 227º Instalación”.

La instalación del árbitro único o tribunal arbitral suspende el procedimiento administrativo sancionador que se haya iniciado por la materia controvertida; Dicha suspensión continuará durante el desarrollo del proceso arbitral y únicamente podrá ser levantada cuando dicho proceso concluya y quede debidamente consentido o sea declarado archivado el proceso arbitral por el árbitro o tribunal arbitral.

1.5.19. Acumulación

Cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia relativa al mismo contrato, tratándose de arbitraje ad hoc, cualquiera de las partes puede pedir a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho arbitraje dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley, siempre que no se haya procedido a declarar la conclusión de la etapa probatoria²³.

1.5.20. Gastos arbitrales

Los árbitros pueden exigir a las partes los anticipos de honorarios²⁴ y gastos que estimen necesarios para el desarrollo del arbitraje.

El OSCE aprobará mediante directiva una tabla de gastos arbitrales, la que será de aplicación a los arbitrajes que el SNA-OSCE organice y administre conforme a su Reglamento.

En los casos de arbitraje ad hoc, los gastos arbitrales no podrán exceder a lo establecido a la tabla que se refiere el párrafo precedente, no pudiéndose pactar en contrario, en estos casos la parte que se encuentra en desacuerdo con la liquidación o re liquidación de los gastos arbitrales, podrá solicitar al OSCE emitir un pronunciamiento final al respecto. El trámite de dicha solicitud no suspenderá el respectivo proceso arbitral, la decisión que emita el OSCE al respecto será definitiva e inimpugnable.

²³ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro, Arbitraje AD HOC En las Contrataciones del Estado, Capítulo IV. Acumulación de Pretensiones, 2010, Pg. 161. Ss.

²⁴ Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, “Art. 70 Costos arbitrales”.

1.5.21. Laudo arbitral

El laudo arbitral es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia; la decisión que emiten el árbitro y/o tribunal arbitral para finalizar un litigio, a diferencia del juez de jurisdicción, que al provenir de la estructura orgánica del estado tiene carácter permanente y genérica, con delimitaciones, propias en materia territorial y funcional, y su labor no culmina con la emisión de una sentencia definitiva.

El juez tiene la potestad para hacer cumplir su sentencia disponiendo las medidas pertinentes para ello; Los árbitros en cambio nacen de una fuente convencional y por lo tanto limitada al caso de la resolución de una situación concreta, así una vez finalizado el conflicto desaparecen sus facultades²⁵.

1.6. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

- 1.6.1. **FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2012); En el sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de ACTOS ADMINISTRATIVOS o protección de derechos; Dice,** este trabajo realiza un análisis del sistema de justicia administrativo chileno, partir de los modelos objetivos y subjetivos formulados por la doctrina. Así, luego de un estudio de las características principales de los dos modelos de referencia, hace un análisis de las posiciones jurídicas subjetivas tuteladas en los modelos subjetivos en el derecho comparado. Esto le permite hacer un estudio comparativo con el sistema chileno, el cual se construye a partir de las normas vigentes, las que permiten concluir que en nuestro derecho existe un modelo subjetivo de justicia administrativa, en la medida que la centralidad está puesta en la tutela de posiciones jurídicas subjetivas y no en los *actos administrativos*. Ahora bien, estas posiciones jurídicas se identifican, en nuestro ordenamiento con los derechos subjetivos,

²⁵ ÁLVAREZ PEDROZA. Alejandro, “Arbitraje AD HOC En las Contrataciones del Estado”, Capítulo VI. Naturaleza del Laudo Arbitral, 2010, Pg. 191. Ss.

aunque también se aceptan los "intereses legítimos", pero en una concepción muy limitada, lo que prácticamente los reconducen aquellos²⁶.

- 1.6.2. **SILVA IRARRAZAVAL**, Luis Alejandro (2006); **El control de constitucionalidad de los ACTOS ADMINISTRATIVOS en Francia y el control indirecto de constitucionalidad de la ley: Dice**, la Constitución no está excluida de las normas de referencia de que se valen los jueces para ejercer el control de los *actos de la administración*. Sin embargo, en Francia, el control de la constitucionalidad de los actos administrativos está condicionado a la existencia de la ley que, eventualmente, puede interponerse entre dichos actos y la Constitución.

Como una "pantalla" que impide anular aquellos actos que, siendo conformes a la ley, son contrarios a la Constitución.

Esta doctrina es cuestionada porque resta eficacia a la protección de los derechos fundamentales y la irrupción del Derecho Comunitario europeo en el Derecho interno francés ha reforzado este cuestionamiento²⁷.

- 1.6.3. **MEDINA CASAS**, Héctor Mauricio (2008); **Las Partes en el ARBITRAJE de Centro Internacional de Arreglo de Diferencias – CIADI: Dice**, el presente artículo aborda el estudio de las partes intervinientes en los arbitrajes CIADI, en primer lugar, los inversionistas y los estados como partes contendientes en los arbitrajes sobre inversión y en segundo lugar, los denominados *amicuscuriae*, quienes actúan como terceros dentro de estos procedimientos, el autor analiza las condiciones que debe reunir cada uno de estos sujetos para acceder a la jurisdicción del CIADI y mediante la revisión de las decisiones arbitrales sobre la materia, que

²⁶ FERRADA BORQUEZ. Juan Carlos, Legalidad de Actos Administrativos, Revista de Derecho (Valdivia), 2012, ver: <http://www.scielo.cl>.

²⁷ SILVA IRARRAZAVAL. Luis Alejandro, Control Constitucional de los Actos Administrativos, Revista de Derecho (Valdivia), 2006 ver: <http://www.scielo.cl>.

no siempre son coincidentes ni uniformes, identifica las principales tendencias que siguen los tribunales en la actualidad²⁸.

- 1.6.4. **CORDERO ARCE, Gonzalo (2007); Cláusulas ARBITRALES en Contratos Internacionales - Aspectos Prácticos: Dice**, el presente artículo trata los principales aspectos que deben considerarse en la redacción de cláusulas arbitrales en contratos internacionales, incluyendo algunas recomendaciones que conviene tener en cuenta en el caso de contratos o negocios que tienen ciertas características especiales, como la plurilateralidad de las partes o el caso de negocios en que existen contratos relacionados²⁹

²⁸ MEDINA CASAS. Héctor Mauricio, Las Partes en el Arbitraje, Revista de Derecho (Valdivia), 2008 ver: <http://www.scielo.cl>.

²⁹ CORDERO ARCE. Gonzalo, Cláusula Arbitral, Revista Jurídica de Derecho (Valdivia) 2007.

CAPÍTULO II

1 FUNDAMENTO TEÓRICO CIENTÍFICO

2.1. ACTOS ADMINISTRATIVOS

Se define doctrinariamente como Acto Administrativo³⁰, la decisión que en ejercicio de sus funciones, toma en forma unilateral la autoridad administrativa y que afecta a derechos, deberes e intereses de particulares o de entidades públicas, de acuerdo con la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Son actos administrativos³¹, entonces, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a **producir efectos jurídicos** sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

2.1.1. ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

2.1.1.1. Declaración de la Entidades

La declaración implica la exteriorización o publicación. El acto administrativo es una declaración de la Entidad, entendiendo por tal un proceso de exteriorización intelectual no material que toma para su expresión y comprensión datos simbólicos del lenguaje hablado o escrito y signos convencionales. Se entiende principalmente a la voluntad declarada, al resultado jurídico objetivo, emanado de la Administración con fuerza vinculante por imperio de la ley; La Doctrina considera que estas declaraciones son:

³⁰ ZANOBINI, Guido. “Corso di Diritto Amministrativo – Curso de Derecho Administrativo”, Milán, 1947, ver: www.scjn.gob.mx/transparencia/Becarios.com

³¹ LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL N° 27444. “Conceptos Administrativos, Art. 1° - Título I”, Pub. En el Diario Oficial el Peruano, 10 de abril, 2001.

a) **Decisorias**

Cuando va dirigido a un fin, a un deseo de querer de la Entidad, así por ejemplo, Una resolución administrativa, una licencia.

b) **De conocimiento**

Cuando certifica el conocimiento de un hecho de relevancia jurídica, ejemplo, partida de nacimiento, inscripción registral.

c) **De opinión**

Cuando valora y emite un juicio sobre un estado, situación acto o hecho, ejemplo, un certificado de buena conducta o de salud.

2.1.1.2. Destinado a producir efectos jurídicos

Los efectos jurídicos³² que se produce como consecuencia de la actividad administrativa, están referidos a los intereses, obligaciones o derechos para las partes, la administración y el administrado; Los efectos jurídicos pueden ser actuales o futuros, pero siempre serán directos, públicos y subjetivos.

Es importante determinar el alcance y el tipo de efecto jurídico que produce el acto administrativo.

2.1.1.3. En el marco del derecho público

La actuación pública que califica como acto administrativo está sujeta a los preceptos del derecho público o lo que es lo mismo realizada en ejercicio de la función administrativa. No se trata de calificar al acto, por el órgano que es su autor, sino por la potestad pública que a través de ella ejerce³³.

³² COMADIRA, JULIO RODOLFO, Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios, Buenos Aires, 2003, 2ª ed., cap. I, p. 8; El Acto Administrativo. En la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Buenos Aires, 2003, cap. 2, p. 15. Ver: www.bibliotecavirtual.com.

³³ BOLETIN DE LA DIRECCION NACIONAL DE ASUNTOS JURÍDICOS DE DERECHO. “aplicación de la eficacia anticipada de los actos de administración interna de las Entidades Públicas” Nov. y Dic. 2011, ver: <http://www.minjus.gob.pe>.

No puede ser calificado como acto administrativo las actuaciones de las Entidades, cuando estas actúan sujetas al derecho común y desprovisto de su facultad internas de *imperium*³⁴.

2.1.1.4. El sujeto del Acto Administrativo

Es el órgano que, en representación del Estado formula la declaración de voluntad, dicho órgano cuenta con una competencia, la cual constituye el conjunto de facultades del mismo; La competencia es la cantidad de poder público que tiene el órgano para dictar un acto. Así el órgano únicamente ejerce el poder del Estado que se encuentra en su competencia³⁵. Hay en los actos administrativos, una persona física que formula la declaración de voluntad a través de una Entidad pública, con poderes públicos y precisamente por esa característica no expresa su voluntad particular, sino ejercita el poder de su dignidad.

a) La causa

Debe apreciarse la norma y en las circunstancias que han dado motivo al acto, lo que es vinculado al interés público y significa lo mismo que el motivo o motivos dominantes.

b) El objeto

Es el contenido del acto, es decir, la disposición concreta del administrador, lo que éste manda y dispone, pudiendo ser positivo o negativo.

c) La forma de la voluntad administrativa

Es por ende, no solo requisito de procedimiento, sino la generación de la decisión, de la voluntad, por manera que tiene un aspecto formal propiamente dicho y otro material o sustantivo³⁶.

³⁴ TERMINO JURÍDICO LATINO, “que designaba en la antigua Roma el poder de mando y castigo, de índole militar”.

³⁵ DE LA VALLINA VELARDE, “El procedimiento administrativo 9º ed. Buenos Aires, FDA Cap. V, 2006”, www.bibliotecavirtual.com

³⁶ ENCICLOPEDIA JURÍDICA, “Actos y Voluntad Administrativa ”Edición 2011, ver: <http://www.encyclopedia-jurídica.com>.

d) La finalidad

Es un elemento dirigido a satisfacer las exigencias del interés público, su desviación puede originar la nulidad del acto y las responsabilidades del funcionario.

e) La Moral

Se basa en el recto comportamiento o la buena fe, la pureza de intenciones y el respeto al orden jurídico³⁷.

2.1.1.5. Validez del Acto Administrativo

a) Competencia

Participan dos factores: la potestad atribuida al órgano u organismo a cargo de la función administrativa y el régimen de la persona o conjunto de personas que revestidos de funciones administrativas, representan al órgano u organismo titular de la competencia³⁸. La noción de competencia precisa tanto la habilitación para la actuación del órgano que los dicta, como la corrección en la investidura de dicho órgano por las personas físicas.

b) El objeto

es la materia o contenido sobre el cual decide, certifica, valora u opina, es el contenido del acto consiste en la resolución en las medidas concretas que dispone el acto, el objeto tiene que ser cierto claro, preciso y posible física y jurídicamente, al acto debe decidir, certificar o registrar todas las cuestiones propuestas en el curso del procedimiento.

c) Finalidad Pública

Siempre toda la actividad administrativa, de modo mediato o inmediato, directo o indirecto, debe tender a realizar o satisfacer un interés general (propio del servicio público) hacia el cual esa actividad se orienta como finalidad objetivamente determinada por

³⁷ Considero que, es necesario y razonable las Entidades Públicas deben presumir la Buena fe de los administrados y esta debe estar en armonía con la Ley.

³⁸ LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL N° 27444, “Capítulo II, Art. 8° Validez del Acto Administrativo”.

la esencia de la administración pública. Fundamentalmente la finalidad buscada por el acto concreto debe concordar con el interés público que inspiró al legislador habilitar o atribuir la competencia para emitir esa clase de actos administrativos.

d) Motivación

La motivación es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que han inducido a la emisión del acto; Está contenida dentro de lo que usualmente se denominan “considerandos”. La constituyen, por tanto, los “presupuestos” o “razones” de acto, es la fundamentación fáctica y jurídica de él, con que la administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión; La motivación es una exigencia del Estado de derecho, por ello es exigible, como principio, en todos los actos administrativos.

e) Procedimiento regular

La declaración de la voluntad administrativa es conformada a través del recorrido de un procedimiento predeterminado por la ley o por prácticas administrativas, en su adecuación, que importa un elemento medular para la generación de un acto administrativo la falta de procedimiento, determina la invalidez del acto emitido en armonía con el principio de debido procedimiento³⁹.

2.1.2. CLASES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS⁴⁰

2.1.2.1. Según sus efectos

a) General

Los actos administrativos generales son aquellos que interesan a una pluralidad de sujetos de derecho, sea formado por un número determinado o indeterminado de personas.

³⁹ ALCANCES DEL DERECHO, “el debido procedimiento administrativo”, ver: www.blog.edu.pe.

⁴⁰ MATEO RAMON, Martín. “Manual de derecho Administrativo”, Ed. Arazandi, España, 2007.

b) Individual

El acto individual, al contrario, es el acto destinado a un solo sujeto de derecho el cual es, además, un acto de efectos particulares.

2.1.2.2. Según su contenido

a) Definitivas y en Trámite

La distinción según el contenido de la decisión se refiere a que el acto administrativo definitivo es el que pone fin a un asunto y en cambio el acto administrativo de trámite, es el de carácter preparatorio para el acto definitivo.

b) Favorable o ampliatorias y de gravamen

Según el cual sea la incidencia favorable (creando un derecho, una facultad, o una posición de ventaja o beneficio o desventaja), o desfavorable (imponiendo deberes, gravámenes, limitaciones o prohibiciones. Dependiendo del resultado uno y otro seguirán reglas e intensidades distintas.

2.1.2.3. Según la manifestación de la voluntad expresas o tácitas

La manifestación de voluntad que produce el acto administrativo, debe ser expresa y formal, conteniendo el acto y una serie de requisitos que deben manifestarse por escrito. No obstante, la Ley admite la figura de la manifestación de voluntad tácita de la Administración pública, que se deriva de la aplicación del silencio administrativo⁴¹.

2.1.2.4. Según su impugnabilidad actos firmes⁴²

La Ley resalta que otra clasificación está relacionada con la impugnabilidad de los actos de administrativos y se puede distinguir el acto administrativo firme de aquél que ha sido objeto de una impugnación.

⁴¹ ENCICLOPEDIA JURÍDICA, “Declaración de la Voluntad”, Edición 2011, ver: <http://www.encyclopedia-juridica.com>.

⁴² LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL 27444, “Art. VI Precedentes Administrativos – Título Preliminar”.

El acto que no es firme puede ser impugnado por los recursos administrativos. El acto firme ya no puede ser objeto de impugnación en sede administrativa.

2.1.2.5. Según el contenido de situaciones jurídicas, constitutivos y declarativos.

Los actos pueden diferenciarse en actos constitutivo cuando crean, modifican o extinguen relaciones o situaciones jurídicas (otorgamiento de una concesión, ejecución coactiva) y en actos declarativos cuando se limita a acreditar relaciones existentes sin posibilidad de alterarlas (Una inscripción registral).

2.1.2.6. En función del procedimiento administrativo⁴³

a) Actos de trámite

Comprende un conjunto de decisiones administrativas dirigidas a preparar la materia y dejarla expedita para la decisión final.

b) Actos resolutorios

Son las resoluciones definitivas que atendiendo al fondo del asunto las autoridades emiten.

c) Actos de ejecución

Son los actos de coerción que realizan las autoridades administrativas con la finalidad de llevar a cabo en la práctica material la decisión ejecutiva de la administración.

2.1.2.7. Actos administrativos personales o reales⁴⁴

a) Personales

Aquellos que regulan de modo directo y concreto la posición jurídica o la conducta de los administrados, por lo cual su construcción incide las características del administrado (Una pensión, designación de un cargo, sanción administrativa, una buena pro).

⁴³ MUNOZ MACHADO, Santiago. “Tratado de Derecho Administrativo y derecho Público General”, Civitas Ed. I, Madrid España, ver: www.bvirtual.bnp.gob.pe

⁴⁴ GARCÍA DE ENTIERRA, Eduardo. “Curso de Derecho Administrativo”, Civitas Ediciones, SL, Madrid, ver: www.biblioteca.pupc.edu.pe

b) Reales

Está dirigido a concretar situaciones jurídicas patrimoniales⁴⁵ por medio de las cuales se califican la regularidad de una actividad o constituyen aptitudes jurídicas de bienes o actividades de personas (Licencia de construcción, permiso de circulación de vehículos, la afectación de bienes al dominio público, patrimonio histórico).

2.1.2.8. Según el órgano que la emana

El órgano que emite el acto administrativo puede ser unipersonal o ser colegiado⁴⁶. Si se trata de un órgano unipersonal el acto es denominado comúnmente resolución o decisión administrativa; mientras que si se trata de un órgano colegiado el acto adopta la denominación de Acuerdo (en estos caso hay que satisfacer algunos requisitos especiales: sesión, quórum y deliberación).

2.1.2.9. Según el número de órganos que intervienen

a) Simples

El acto simple es aquel cuya declaración de voluntad proviene de una sola instancia (sea individual o colegiado).

b) Complejos

Lo regular es que los actos administrativos provengan del concurso de dos o más órganos administrativos, de uno o varios organismos, donde cada uno de ellos aporta elementos dirigidos a obtener una unidad decisoria común integrada en un solo acto.

2.1.3. ACTOS DE ADMINISTRACIÓN

Los actos de administración interna o material, se diferencia del acto administrativo en que, este está referido a regular su propia administración, su organización o funcionamiento, y se retiene sus

⁴⁵ VASQUEZ RIOS. Alberto, "Derechos Reales Tomo I", Ed. 2011, p. 237.

⁴⁶ LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL N° 27444 Art. 95° (Régimen de los Órganos Colegiados).

efectos exclusivamente dentro del ámbito de la Administración Pública, agotándose dentro de tal órbita; incluyéndose en dicho supuesto los actos dirigidos a producir efectos indirectos en el ámbito externo de la Entidad⁴⁷.

El numeral 1.2.1 del artículo 1º de la Ley 27444, señala que son actos de administración los destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios⁴⁸

Asimismo el artículo 7º establece que los actos de administración se orientan a la eficacia y eficiencia de los servicios y a los fines permanentes de la Entidad, deben ser emitidos por el órgano competente, su objeto debe ser física y jurídicamente posible⁴⁹. De estas normas se entiende por acto de administración en el ordenamiento jurídico, lo siguiente:

2.1.3.1. Es un acto interno de una entidad.

En atención a esto los actos que se dirigen a los administrados fuera del aparato estatal, no son actos de administración, por lo que un oficio dirigido a un administrado que se encuentra fuera de la entidad estatal, no es un acto de administración siendo, de existir desnaturalización, un acto administrativo. Las resoluciones son actos administrativos.

2.1.3.2. Es un acto destinado a organizar y hacer funcionar las propias actividades de la entidad.

Por ejemplo, una circular dando a conocer a todos los Jefes de la entidad la necesidad de asistir a una ceremonia por la adquisición de un nuevo material para un área en específico de la entidad, sirve para organizar a la entidad.

⁴⁷ Art.1.2 y 1.2.1 (De los Actos Administrativos), son actos de administración interna de las Entidades destinadas a organizar o hacer funcionar sus propias actividades.

⁴⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N° 1264-2012-AC, Fundamento 1.2.1 y 1.2.2, precisan los actos de administración de las Entidades Públicas, ver: www.tc.gob.pe

⁴⁹ LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL N° 27444, Art. 7º (Régimen de los Actos de Administración Interna).

Un problema que se encuentra puede ser el caso de las rotaciones que se disponen mediante memorándum respecto de persona que trabaja en la administración pública, la pregunta es *¿este memorándum es un acto de administración o un acto administrativo?*; Consideramos que es un acto de administración en el entendido que sirve para organizar y hacer funcionar a la entidad, pero esto no significa que no pueda ser impugnado administrativamente a través de un escrito de reclamación (note que no hacemos referencia a los recursos administrativos) o también al no estar sujeto a la interposición de recursos administrativos en sí mismo agota la vía administrativa y posibilita su cuestionamiento en el Poder judicial.

Esta situación se hace más evidente en los trabajadores sujetos al régimen laboral público por cuanto para recurrir a un proceso contencioso administrativo requieren agotar la vía administrativa, en el caso de los trabajadores sujetos al régimen laboral privado, lo tomarán como un acto de hostilidad y deberá de cumplir el procedimiento establecido para luego recurrir a un proceso laboral, distinto al proceso contencioso administrativo⁵⁰.

2.1.3.3. Los informes o memorándum son actos de administración interna.

Si bien pueden ser comunicados a los administrados del exterior, ello es para garantizar el derecho de información pero de ninguna manera se cambia su naturaleza de internos al ser parte de un procedimiento administrativo que culmina con el acto administrativo (resolución). Los dictámenes y los informes son actos de administración interna por cuanto los mismos no afectan la situación jurídica de los administrados, son actos que preparan la emisión de un acto administrativo, no son actos administrativos.

⁵⁰ LEY DE PROCESO ADMINISTRATIVO GENERAL N° 27444, Art. 218° “Agotamiento de la vía Administrativa”, los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnadas ante el Poder Judicial mediante proceso contencioso – administrativo.

Para la presente Tesis, es importante se tenga en cuenta la desnaturalización de un acto de administración por un acto administrativo. En este caso, se debe ser prudente, por cuanto un acto de administración (por ejemplo, un memorándum) puede ser un acto administrativo si se acredita que el acto afecta situaciones jurídicas de un administrado, en este caso, acreditado la desnaturalización de un acto de administración se procederá a la interposición de los recursos administrativos correspondientes⁵¹.

2.1.4. PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2.1.4.2. Finalidad

El proceso contencioso administrativo es el proceso destinado a revisar, en sede judicial, los actos emitidos en un procedimiento administrativo, ya sea porque se omitieron las formalidades establecidas o porque la decisión del funcionario no se ajusta a derecho.

Así, el artículo 1° de la **Ley N° 27584** señala lo siguiente:

Artículo 1°.- "Finalidad La acción contencioso administrativa prevista en el artículo 148° de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados".

La finalidad de un procedimiento administrativo es la emisión de un acto que otorgue o deniegue un derecho solicitado por un administrado y en el caso del procedimiento sancionador, la aplicación de sanciones por la comisión de una infracción.

Para la emisión de dicho acto administrativo existe un procedimiento que contempla las formalidades necesarias para que el acto cumpla con los requisitos de validez previstos por ley.

⁵¹ Considero que, un acto de administración se puede desnaturalizar, si se acredita que produce efectos jurídicos al administrado.

Asimismo, el acto contiene la motivación y fundamentación del funcionario o entidad competente, por los cuales se decide otorgar o denegar el derecho solicitado, o aplicar la sanción correspondiente a la infracción cometida.

Pero, qué ocurre cuando en el procedimiento administrativo no se han seguido las formalidades establecidas por ley, o cuando el funcionario competente no ha fundamentado adecuadamente su decisión.

En tales casos, procede la interposición de los recursos administrativos, como son la reconsideración, la apelación y la revisión, que tienen por objeto que se haga un nuevo análisis del expediente, a fin de que se emita un acto que subsane las omisiones formales cometidas por el funcionario en la instancia anterior o que corrija el sentido de su decisión.

2.1.4.3. Agotamiento de la vía previa

Para que proceda el inicio del proceso contencioso administrativo, la actuación impugnada debe haber agotado la vía administrativa⁵², es decir, el acto materia del proceso no pueda ser cuestionado a través de los recursos administrativos previstos por ley; Sin embargo, se exceptúa de este requisito al administrado cuando:

- a) La demanda sea interpuesta por una entidad administrativa en el supuesto contemplado en el segundo párrafo del artículo 11° de la Ley N° 27584.
- b) La pretensión formulada en la demanda sea la prevista en el numeral 4° del artículo 5° de la Ley N° 27584.

En tal caso, el administrado deberá reclamar por escrito ante el titular de la respectiva Entidad el cumplimiento de la actuación omitida. Si en el plazo de quince días contados desde el día siguiente de

⁵² LEY DE PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, “Art. 20 – Agotamiento de la vía administrativa”.

presentado el reclamo la entidad no cumpliera con el requerimiento, el administrado podrá presentar la demanda.

- a) La demanda sea interpuesta por un tercero al procedimiento administrativo en el cual se haya dictado la actuación impugnada.
- b) Cuando la pretensión planteada en la demanda esté referida al contenido esencial del derecho a la pretensión y, haya sido denegada en la primera instancia de la sede administrativa.

2.1.4.4. Principios que rigen el proceso contencioso administrativo

Así como al interior del procedimiento administrativo deben respetarse ciertos principios que aseguren que el procedimiento sea llevado en forma adecuada⁵³, en el proceso contencioso administrativo también deben observarse determinados principios; estos son los siguientes:

a) Principio de integración.

En virtud del cual los jueces no deben dejar de resolver la controversia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos deberán aplicar los principios del derecho administrativo.

b) Principio de igualdad procesal.

Por el cual las partes en el proceso contencioso administrativo deberán ser tratadas con igualdad, independientemente de su condición de entidad pública o administrado.

Este principio⁵⁴ es de suma importancia para eliminar el desequilibrio que se presenta naturalmente por el hecho de que una de las partes del proceso es una entidad pública, teniéndose presente que contrario sensu desnaturaliza e invalida todo acto procesal.

⁵³ LEY DE PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, “Art. 2 – Principios”.

⁵⁴ Considero, la importancia de equidad, entre la Entidad y los Administrados.

c) Principio de favorecimiento del proceso.

En virtud del cual el juez no podrá declarar improcedente la demanda cuando por falta de precisión de la ley exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa.

De la misma manera, ante cualquier duda razonable sobre la procedencia o no de la demanda, el juez deberá preferir darle trámite.

d) Principio de suplencia de oficio.

Cuando sea posible, el juez deberá suplir las deficiencias formales en las que incurran las partes. Cuando ello no sea posible, deberá disponer su subsanación en un plazo razonable.

Estos principios⁵⁵ se han previsto especialmente para el proceso contencioso administrativo debido a la naturaleza particular de las pretensiones que pueden ser materia del proceso y a la naturaleza de las partes. Pero, cuando sea pertinente, serán de aplicación también los principios del derecho administrativo, del derecho procesal civil y los principios generales del Derecho.

2.1.4.5. Actos impugnables

Los actos que pueden ser materia del proceso contencioso administrativo son los siguientes:

a) Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa.

Están comprendidas en este inciso las resoluciones administrativas emitidas por los funcionarios o entidades administrativas mediante las cuales se resuelve la solicitud o recurso del administrado o se le impone una sanción.

⁵⁵ Considero, que a esta ley de falta el principio de legalidad que es vital importancia para el decurso de un debido proceso.

También se comprenden aquellas resoluciones que, aunque no resuelvan la controversia, pongan fin al procedimiento administrativo.

b) El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública.

Como sabemos, el silencio administrativo es un mecanismo por el cual se le atribuye sentido a la ausencia de pronunciamiento por parte de la entidad administrativa, de tal manera que, cuando corresponda aplicar el silencio administrativo negativo, el administrado deberá dar por denegada su solicitud o recurso cuando la entidad no emita su pronunciamiento en el plazo previsto para tal efecto.

En tal situación, el silencio administrativo negativo puede ser objeto de impugnación en el proceso contencioso administrativo.

c) La actuación material que no se sustenta en acto administrativo.

Además de los actos contenidos en resoluciones, las entidades administrativas también pueden efectuar actos materiales que no estén contenidos en resoluciones. Estos actos materiales, en tanto pueden constituir el otorgamiento o la denegatoria de un derecho para el administrado, también pueden ser objeto del proceso contencioso administrativo.

d) La actuación material de ejecución de actos administrativos que transgrede principios o normas del ordenamiento jurídico.

Este caso particular está referido a los actos de ejecución de un acto administrativo a través de los cuales se vulneran principios o normas legales. Es decir, no se cuestiona el acto administrativo en sí mismo, sino los actos que se realizan para su ejecución.

- e) Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia.**

Aquí están comprendidos los actos y omisiones de las entidades públicas referidas a los contratos celebrados con el Estado. Estos supuestos también pueden someterse al proceso contencioso administrativo, salvo en aquellos casos en los que se hubiera sometido la controversia a arbitraje, lo cual ocurre en una gran cantidad de contratos celebrados con el Estado.

- f) Las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública.**

Las acciones de la administración pública con respecto a sus funcionarios y personal se someten también al proceso contencioso administrativo.

2.1.4.6. Pretensiones

Contra los actos antes señalados, el administrado puede formular como pretensión, los siguientes⁵⁶:

- a) La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos.
- b) El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.
- c) La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.

⁵⁶ NORTHCOTE SANDOVAL. Cristhian, “El Proceso Contencioso Administrativo”, Actualización Empresarial, Edic. Marzo 2011, p. 139 Ss.

- d) Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.
- e) La indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnada, conforme al artículo 238° de la Ley N° 27444, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores.

2.1.4.7. Competencia

El juez competente, para conocer un proceso contencioso administrativo, es el juez especializado en lo contencioso administrativo del lugar del domicilio del demandado, es decir, la entidad administrativa que emitió el acto impugnado, o el juez del lugar donde se produjo la actuación impugnada, a elección del demandante.

En primera instancia, el proceso es conocido por el juez especializado en lo contencioso administrativo, siendo la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior respectiva, la que conocerá el proceso en instancia de apelación.

En los lugares donde no exista Juez o Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, es competente el Juez en lo Civil o el Juez Mixto en su caso, o la Sala Civil correspondiente.

Considero, que el legislador ha concedido al administrado una doble opción territorial para fines de interponer su demanda contencioso administrativo, lugar original donde se expidió la resolución administrativa que causa agravio, o el lugar donde se confirmó la apelada y se dio por agotada la vía administrativa, en ese sentido el administrado puede optar por la vía mayor conveniente en razón que la norma ampara la tutela jurídica para ambos casos teniendo en consideración los efectos y los hechos realizados.

2.1.4.8. Vía procedimental

El proceso contencioso administrativo puede tramitarse en dos vías: la del proceso sumarísimo y la del procedimiento especial⁵⁷.

a) Proceso urgente

Se tramitan como proceso urgente las siguientes pretensiones:

- El cese de cualquier actuación material que no se sustente en acto administrativo.
- El cumplimiento por la administración de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.
- Las relativas a materia previsional en cuanto se refieran al contenido esencial del derecho a la pensión.

Asimismo para acceder a la vía del proceso urgente se debe acreditar en la demanda la concurrencia de los siguientes elementos:

- Interés tutelable cierto y manifiesto.
- Necesidad impostergable de tutela.
- Que sea la única vía eficaz para la tutela del derecho invocado.

En el proceso urgente la demanda es notificada al demandado por un plazo de tres días para su contestación. Vencido el plazo, con o sin absolución de la demanda, el juez dictará en la sentencia la medida que corresponda a la pretensión invocada dentro del plazo de cinco días.

El plazo para apelar la sentencia es de cinco días, contados a partir de su notificación y se concede con efecto suspensivo. Las demandas cuyas pretensiones no satisfagan los requisitos para la tutela urgente, se tramitarán conforme a las reglas establecidas para el proceso especial.

⁵⁷ MARTEL CHANG, ROLANDO A. “Tutela Cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil” Edit. Palestra Editores, 2003, p. 82, Ss.

b) Procedimiento especial

El procedimiento especial creado por la Ley N° 27584 se aplica a las pretensiones no comprendidas en el proceso urgente.

En el procedimiento especial no es procedente la reconvencción de la demanda, se puede prescindir de la audiencia de pruebas cuando así se considere pertinente, existe obligación de solicitar informe del Ministerio Público y puede solicitarse informe oral por las partes⁵⁸.

En este proceso, los plazos aplicables son los siguientes:

- Tres días para interponer tacha u oposiciones a los medios probatorios, contados desde la notificación de la resolución que los tiene por ofrecidos.
- Cinco días para interponer excepciones o defensas, contados desde la notificación de la demanda.
- Diez días para contestar la demanda, contados desde la notificación de la resolución que la admite a trámite.
- Quince días para emitir el dictamen fiscal, contados desde la expedición del Auto de Saneamiento o de la realización de la audiencia de pruebas, según sea el caso.
- Tres días para solicitar informe oral, contados desde la notificación del dictamen fiscal a las partes.
- Quince días para emitir sentencia, contados desde la notificación del dictamen fiscal a las partes o desde la realización del informe oral, según sea el caso.
- Cinco días para apelar la sentencia, contados desde su notificación.

2.1.4.9. Efectos de la Admisión de la Demanda

El artículo 23° de la Ley N° 27584 establece que la admisión de la demanda no impide la ejecución del acto administrativo.

⁵⁸ MONROY PALACIOS, Juan José. “La tutela procesal de los derechos”, Edit. Palestra Lima, 2004, p. 64.

Sin embargo, en el caso de que los efectos del acto administrativo sean susceptibles de ser exigidos mediante cobranza coactiva, como ocurre en el caso de las multas, debemos tener en cuenta que el inciso e) del artículo 16° de la Ley N° 26979 - Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, dispone que el procedimiento de cobranza coactiva debe suspenderse si se encuentra en trámite o pendiente de vencimiento el plazo para la interposición de la demanda contencioso administrativa.

Sin perjuicio de ello, los efectos del acto impugnado deberán suspenderse si así lo dispone el Juez a través de una medida cautelar.

2.1.4.10. Medida Cautelar

Durante la tramitación del proceso contencioso administrativo o antes de su inicio, pueden solicitarse medidas cautelares que tengan por finalidad asegurar la eficacia de la resolución final, siendo de especial aplicación las medidas de innovar y de no innovar, de aplicación supletoria el código procesal civil.

Para que se conceda la medida cautelar se deben cumplir los siguientes requisitos:

- a) Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada.
- b) Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable. No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión.

2.1.4.11. Sentencia y Ejecución

La sentencia deberá señalar el tipo de obligación a cargo de la entidad, el titular de la obligación, el funcionario a cargo de cumplirla y el plazo para su ejecución⁵⁹.

La ejecución de la sentencia le corresponde al juzgado o sala que conoció del proceso en primera instancia.

El personal de la entidad administrativa está obligado a dar cumplimiento a la sentencia, sin calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad civil, penal y administrativa; estando obligados a realizar todos los actos para la completa ejecución de la resolución judicial.

El responsable del cumplimiento de la sentencia es la autoridad de más alta jerarquía de la entidad, el que podrá comunicar por escrito al juez qué funcionario será encargado en forma específica de la misma.

Cuando la sentencia ordene el pago de una suma de dinero, dicho mandato será atendido por el pliego presupuestario en donde se generó la deuda, bajo responsabilidad del Titular del Pliego.

Para tal efecto, la oficina general de administración o la que haga sus veces del pliego presupuestario requerido deberá proceder conforme al mandato judicial y dentro del marco de las leyes anuales de presupuesto.

Si para el cumplimiento de la sentencia el financiamiento del pliego presupuestario previsto en las normas de presupuesto resultara insuficiente, el Titular del pliego, previa evaluación y priorización de las metas presupuestarias.

⁵⁹ EJECUCIÓN DE SENTENCIAS, “En el Proceso Contencioso Administrativo”, (Forma y Modo). www.derecho.com.

Podrá realizar las modificaciones presupuestarias dentro de los quince días de notificada, hecho que deberá ser comunicado al órgano jurisdiccional correspondiente.

Si el requerimiento contenido en la sentencia superara las posibilidades de financiamiento del presupuesto de la entidad, el Titular del Pliego, mediante comunicación escrita de la oficina general de administración, pondrá en conocimiento de la autoridad judicial su compromiso de cumplir la sentencia en el ejercicio presupuestario siguiente, para lo cual se obligará a destinar hasta el 3% de la asignación presupuestal que le corresponda al pliego por la fuente de recursos ordinarios.

El Ministerio de Economía y Finanzas y la Oficina de Normalización Previsional, según sea el caso, calcularán el 3% antes referido deduciendo el valor correspondiente a la asignación para el pago del servicio de la deuda pública, la reserva de contingencia y las obligaciones previsionales, priorizando de esta manera la obligación en relación a las remuneraciones que la Entidad hubiere contraído y no era posible su honramiento oportuno.

Si luego de seis meses contados desde la notificación de la sentencia sin que se hubiera iniciado el pago o se hubieran efectuado las gestiones presupuestarias antes detalladas, se podrá iniciar el proceso de ejecución de resoluciones judiciales previsto en el art. 713° y siguientes del Código Procesal Civil⁶⁰.

En caso de retraso en la ejecución de la sentencia imputable a la entidad administrativa, quedará obligada al pago de los intereses correspondientes.

Finalmente, en el proceso contencioso administrativo no procede la condena de costos y costas⁶¹.

⁶⁰ CÓDIGO PROCESAL CIVIL, Art. 713°- Títulos de Ejecución; Art. 715° - Ejecución de Resoluciones Judiciales.

⁶¹ PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Informe Especial – Actualidad Empresarial N° 227, Segunda Quincena de Marzo, 2011.

2.1.5. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El término “Administración Pública” se identifica de modo tradicional con el Estado; De igual manera, en los diccionarios de términos jurídicos se menciona a la Administración Pública como “el Poder Ejecutivo en acción con la finalidad de cumplir y hacer cumplir cuanto interesa a la sociedad en las actividades y servicios públicos⁶²”.

La Administración Pública es el contenido esencial de la actividad correspondiente al Poder Ejecutivo, y se refiere a las actividades de gestión, que el titular de la misma desempeña sobre los bienes del Estado para suministrarlos de forma inmediata y permanente, a la satisfacción de las necesidades públicas y lograr con ello el bien general; dicha atribución tiende a la realización de un servicio público, y se somete al marco jurídico especializado que norma su ejercicio y se concretiza mediante la emisión y realización del contenido de actos administrativos emitidos ex profeso, respecto a los administrados.

Ejemplo, los Organismos Constitucionalmente autónomos; también a las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades y finalmente las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

Como parte de las actividades las entidades que forman parte de la administración pública, realizan una serie de actos conforme a sus competencias y dentro del marco legal, que por un lado aseguran el funcionamiento de sus propias actividades y de otro lado aquello que resuelve y que produce efectos jurídicos. Estos actos son; Actos Administrativos y Actos de Administración.

⁶² ADMISNITRACIÓN PÚBLICA, “Órganos Administrativos, son todos aquellos órganos que pertenecen a la administración Pública, y que son el medio o el conducto por medio del cual se manifiesta la personalidad del Estado”, ver: www.estuderecho.com.

Entonces dentro del ámbito jurídico, es posible distinguir diferentes clases de actos, uno de ellos es el acto administrativo, que consiste en la declaración que se manifiesta de manera voluntaria en el marco del accionar de la función pública, y tiene la particularidad de producir en forma inmediata efectos jurídicos individuales⁶³.



FIGURA N° 01 - Estado y Administración

Fuente: Elaboración Propia.

⁶³ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Definiciones de actos administrativos”, Como la declaración de voluntad, de juicio de conocimiento o deseo realizado por la administración en ejercicio de una potestad administrativa, que persigue de manera directa o indirecta, el interés público. Publicado por Orosco Molina, “Comentarios a la Conferencia Magistral – Actos Administrativos y Pretensión Procesal”, 2007, www.biblio.jurídicas.unam.mx/libros/1/316/5.pdf.

2.1.5.1. Finalidad

La finalidad es "el bien común" o "bienestar general" de toda la población en general, elemento no sólo doctrinario sino Constitucional, expresado dentro del artículo 1º de nuestra Carta Magna, que establece que el Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia, y su fin supremo es el Bien Común⁶⁴.

Para la presente tesis, la administración pública, es una rama de la ciencia administrativa, tiene vital importancia por ser el instrumento del cual se sirve el Estado, para llevar a cabo sus funciones y objetivos, como son la satisfacción de las necesidades de la colectividad en función del desarrollo nacional. Es por ello que el estudio de esta disciplina es imprescindible para los participantes de la Carrera de Administración, y con mayor énfasis en los actuales momentos, cuando por la problemática de la situación del país, estamos todos obligados a involucrarnos de manera directa, para que nuestro país pueda enfrentar y superar los cambios de todo tipo políticos, económicos y sociales⁶⁵.

2.1.6. NULIDAD DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La Ley, en donde se señala que, salvo que se presente algunos de los supuestos de conservación del acto al que se refiere el artículo 14º de la Ley, su validez depende de que el mismo esté dictado de acuerdo al ordenamiento jurídico.

De lo anterior se concluye que, ante la existencia, no de cualquier vicio, sino de aquellos especialmente graves en el acto administrativo, la respuesta que tiene que darse desde el Derecho es la nulidad del acto en cuestión.

⁶⁴ Constitución Política del Perú, Art. 1º "La defensa de la Persona Humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la Sociedad y del Estado".

⁶⁵ Considero que, la administración pública es una rama de la ciencia administrativa para llevar a cabo sus funciones y objetivos al desarrollo nacional.

En ese sentido, ante un vicio que configura la causal de nulidad de un acto de la Administración Pública, no solo existe la posibilidad que la persona afectada por el vicio aduzca la nulidad de dicho acto, de acuerdo al artículo 11º de la Ley⁶⁶, sino que también la propia Administración tiene potestad de declarar la nulidad de los actos que emite.

2.1.6.1. En qué casos que puede declarar la Nulidad de Oficio

El artículo 202.1 de la Ley establece lo siguiente:

“202.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10º, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agravien el interés público”.

Un importante autor señala que tres son las condiciones para declarar la nulidad de oficio de un acto administrativo; La primera parece una obviedad, que el acto haya sido emitido⁶⁷.

Respecto a la frase, “aun cuando hayan quedado firmes”, se entendería que esta potestad se ejercita, hayan quedado firmes los actos o no, es decir, al margen de que exista cosa decidida; entiéndase acto firme en el sentido expresado en el artículo 212º de la Ley⁶⁸.

⁶⁶ LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL N° 27444, Art. 10º “Causales de Nulidad”, Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, lo siguiente:

1. La contravención a la Constitución, a las Leyes o a las normas reglamentarias.
2. El efecto de la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Art. 14º.
3. Los actos expresos a los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por ser silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

⁶⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, 9ª edición. Lima, Gaceta Jurídica, 2011, pág. 579.

⁶⁸ Artículo 212º.- Acto firme Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.

La segunda condición está referida a las causales que generan esta potestad. Del artículo glosado se desprende que las causales de la nulidad del acto administrativo son idénticas que las causales de la nulidad de parte⁶⁹, es decir:

- a) *La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.*
- b) *El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14 de la norma.*
- c) *Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.*
- d) *Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.*

Sin embargo, existe un componente que matiza la nulidad de oficio, en comparación con la que es solicitada por una parte:

⁶⁹ Artículo 3° de la Ley.- Requisitos de validez de los actos administrativos, “Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. **Competencia.-** Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.
2. **Objeto o contenido.-** Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.
3. **Finalidad pública.-** Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.
4. **Motivación.-** El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.
5. **Procedimiento regular.-** Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

En ese sentido el interés público puede traer algunas complicaciones, sin embargo lo importante tanto para el miembro de la Administración Pública que duda si su caso atenta o no contra el interés público, como para aquel ciudadano que se vería afectado por una nulidad en nombre de algo tan, aparentemente, gaseoso, como el citado interés, deben tener en cuenta que el interés público no es un “concepto jurídico indeterminado” como muchos autores mencionan⁷⁰, sino que debe ser calibrado y sopesado en cada caso concreto, usando una correcta argumentación para determinar si realmente se ve afectado y si debe declararse nulo un acto de la Administración Pública.

2.1.6.2. Quienes pueden declararla

El artículo 202.2 de la Ley establece la competencia para declarar la nulidad de oficio de un acto administrativo, de acuerdo a lo siguiente:

“202.2 La nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada por resolución del mismo funcionario”.

El uso de la analogía o quizás un argumento *a pari*, nos inducen a concluir que si alguien puede emitir una resolución, también puede suprimirla. Sin embargo, no solo el propio órgano puede declarar nulo de oficio un acto administrativo, sino también el superior jerárquico.

Entonces como sabemos en qué caso estamos ante un superior jerárquico; En realidad eso depende de cada Entidad, de la su organización y de las competencias atribuidas en el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), el cual obligatoriamente debe estar aprobado por el titular del pliego.

⁷⁰ MENDOZA, Mijail. “Conflictos entre derechos fundamentales”, Expresión, información y honor. Lima, Palestra 2007. Pág. 288.

Naturalmente, en cada entidad de la Administración Pública va a ir variando este punto de acuerdo a su propia estructura, no necesariamente es alguien que ocupe un cargo más alto, mejor veámoslo con un ejemplo.

El Tribunal Fiscal, mediante su Resolución 3126-1-2004 del 18 de mayo de 2004, Resuelve un caso entre un administrado y la Municipalidad de Santiago de Surco. En este, se discutía quién era el competente para declarar nulo de oficio el acto administrativo que suspendía el procedimiento de cobranza coactiva.

2.1.6.3 Cual es plazo para su declaración

El artículo 202.3 de la Ley establece lo siguiente:

“202.3 La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos”.

Podría parecer sorprendente que exista un plazo para la declaración de la nulidad de oficio. Resulta paradójico pensar que un acto administrativo que produce una manifiesta violación a la Constitución (por ejemplo, declarar que un ciudadano será azotada públicamente porque no pagó sus tributos) deja de ser tal por el paso del tiempo.

No obstante, y a pesar que en otras latitudes, la declaración de la nulidad de oficio es imprescriptible, en el Perú existe un plazo para efectuarla, a diferencia de lo que sucedía en la norma anterior⁷¹.

Este cambio, por supuesto, tiene su historia; Una fecha importante de la misma es el 9 de mayo de 2001, cuando el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia del Expediente N° 004-2000-AI/TC que declaró inconstitucional, entre otras normas, la Primera Disposición Final y Complementaria de la Ley N° 26960.

⁷¹ Decreto Supremo N° 002-94-JUS, artículo 109°. “En cualquiera de los casos enumerados en el Artículo 43°, podrá declararse de oficio la nulidad de las resoluciones administrativas, aun cuando hayan quedado consentidas, siempre que agraven el interés público.

En caso haya caducado el plazo correspondiente, el Estado deberá interponer la acción de nulidad ante el Poder Judicial. Dicha acción es imprescriptible, salvo ley expresa en contrario”.

Esta Primera Disposición, a su vez, modificaba los artículos 109º y 110º del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales del Procedimiento Administrativo.

La sentencia señalaba que las normas referidas eran inconstitucionales pues violaban el principio del respeto a la “cosa decidida”, a la prohibición de aplicar la ley de forma retroactiva y al principio de igualdad. Fue por esta razón que, supuestamente, se decidió incluir un límite temporal para ejercitar la potestad de declarar la nulidad de oficio.

Del numeral 202.3 glosado, parecería que, luego de cumplirse un año de firme el acto administrativo, ya no cabría posibilidad alguna de declarar su nulidad. Sin embargo, el siguiente numeral dispone lo siguiente:

202.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, solo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos (2) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.

De lo anterior, se abren dos nuevos supuestos:

- a) Que nos encontremos dentro del plazo de dos (2) años posteriores al plazo mencionado anteriormente, en cuyo caso se puede demandar la nulidad de oficio al Poder Judicial.
- b) Que haya pasado ese plazo de dos (2) años, en cuyo caso el acto cuestionado queda firme.

Se distingue la declaración de nulidad de oficio en el ámbito de administración a la declarada en el ámbito judicial, aunque en ambos casos es de oficio, pues siempre es el Estado el que la declara: en un primer caso el Poder Ejecutivo, en otro el Poder Judicial, sin que exista el pedido de algún administrado.

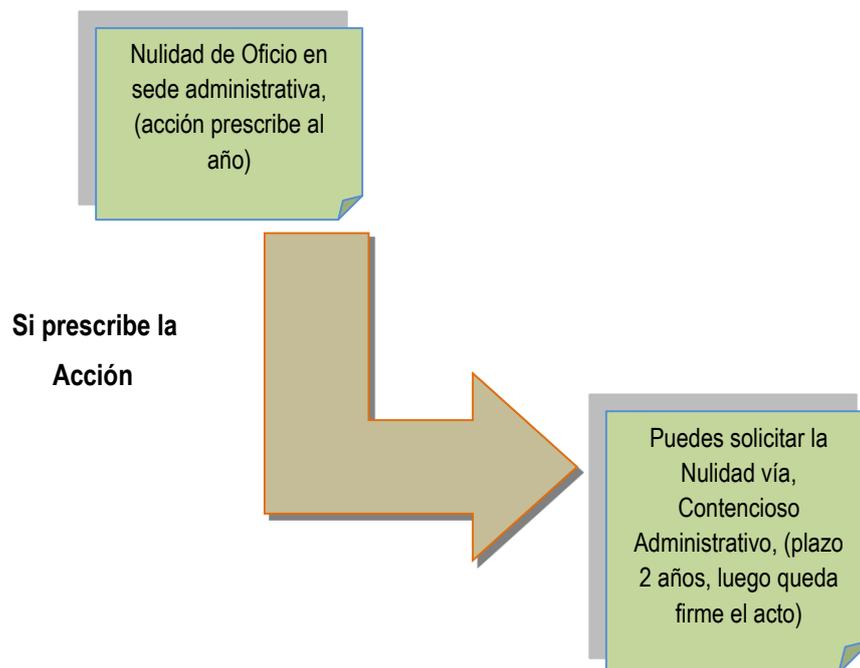


FIGURA Nº 02 - Procedimiento de Declaración

Fuente: Elaboración Propia.

2.1.6.3. Existe un procedimiento para su declaración

A diferencia de la solicitud de parte de la nulidad de un acto administrativo, en la que no quedada duda que se plantea la señalada solicitud siguiendo los recursos y procedimientos que la propia Ley establece, en el caso de la nulidad de oficio aparentemente no existe procedimiento alguno. Sin embargo, esto no es tan cierto, y hay por lo menos dos puntos a considerar que pasaremos a describir.

2.1.6.4.1. Inicio de este Procedimiento

Al respecto, el artículo 103º de la Ley establece que: “El procedimiento administrativo es promovido de oficio por el órgano competente o instancia del administrado, salvo que por disposición legal o por su finalidad corresponda ser iniciado exclusivamente de oficio o a instancia del interesado. En ese sentido, la declaración de una nulidad, aunque sea de oficio, no deja de ser un procedimiento administrativo y debe sujetarse a ciertas reglas.

Esta postura se ve confirmada por lo señalado en la Casación N° 037-2006-LAMBAYEQUE⁷² del 19 de setiembre de 2006, que establece que no solo se debe iniciar el procedimiento, sino notificar este hecho al administrado que se vea perjudicado por el mismo, idea que desarrollaremos a continuación.

Para iniciar este procedimiento, hay que tomar en consideración el artículo 104.1 de la Ley 104.1 que establece que: “Para el inicio de oficio de un procedimiento debe existir disposición de autoridad superior que la fundamente en ese sentido, una motivación basada en el cumplimiento de un deber legal o el mérito de una denuncia”; En este caso, la declaración de nulidad de oficio bien podría calzar en la primera o segunda causales.

a) Notificación a la persona afectada por la posible nulidad de oficio.

En el caso que acabamos de citar, se menciona que debe notificarse al administrado que pueda verse afectado con la posible declaración de nulidad de oficio o del inicio del procedimiento, ello con la finalidad de prevalecer el principio del debido proceso y de esta manera evitar futuras nulidades que pueden ser declarados ante los órganos jurisdiccionales correspondientes.

⁷² LEY N° 27444, artículo 104.1. “Inicio de Oficio” dispone que para el inicio de oficio de un procedimiento debe existir disposición de autoridad superior que la fundamente en ese sentido, una motivación basada en el cumplimiento de un deber legal o el mérito de una denuncia; bajo este contexto legal, la aplicación del citado artículo ciento cuatro punto uno debió realizarse en armonía con los artículos 103 y 202 de la Ley citada, que regulan las normas de iniciación del procedimiento y la nulidad de oficio de los actos o resoluciones administrativas, respectivamente; Tercero.- Que, al procedimiento administrativo iniciado de oficio para declarar la nulidad del Acuerdo Municipal resultan de aplicación las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General; consecuentemente, resultaba de imperiosa necesidad que la autoridad administrativa de mayor jerarquía a la que emitió la resolución de incorporación a la carrera administrativa expidiera una resolución dando por iniciado el procedimiento de nulidad de oficio de aquella resolución, debiendo además notificar dicha iniciación del procedimiento administrativo cuyo derecho pueda ser afectado por los actos a ejecutar, notificación que debe incluir la información sobre la naturaleza, alcances y de ser previsible el plazo de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación” (el resaltado es agregado). Casación N° 037-2006-LAMBAYEQUE, del 19 de setiembre de 2006, en: Actualidad Jurídica, tomo 164, julio 2007.

Esto es así, interpretándose de forma garantista el numeral 104.2 de la Ley⁷³; Que señala que el inicio de oficio del procedimiento es notificado a los administrados determinados cuyos intereses o derechos protegidos puedan ser afectados por los actos a ejecutar.

Este criterio ha sido también postulado por otras sentencias de la Corte Suprema, por ejemplo, en la Casación N° 2286-2004-PUNO⁷⁴ de 3 de agosto de 2006.

b) Audiencia para que el posible afectado exprese sus descargos.

El numeral 161.2 de la Ley establece que, en caso de actos de gravamen para el administrado, se dicta resolución solo habiéndole otorgado un plazo perentorio **no menor de cinco días** para presentar sus alegatos o las correspondientes pruebas de descargo.

En ese sentido, y tomando en consideración además el inciso 5 del artículo 3° de la Ley⁷⁵, como la declaración de nulidad de oficio podría causar gravamen a un administrado, deberá dársele un plazo razonable mínimamente lo dispuesto en la ley y los términos de la distancia, con la finalidad de que pueda ser escuchado y presentar los medios de prueba si lo requiere.

⁷³ Artículo 104.2.- “El inicio de oficio del procedimiento es notificado a los administrados determinados cuyos intereses o derechos protegidos puedan ser afectados por los actos a ejecutar, salvo en caso de fiscalización posterior a solicitudes o a su documentación, acogidos a la presunción de veracidad. La notificación incluye la información sobre la naturaleza, alcance y de ser previsible, el plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación”.

⁷⁴ La sentencia citada señala que el procedimiento en cuestión “(...) tiene por finalidad no solo poner en conocimiento del administrado el inicio de este procedimiento de oficio sino, esencialmente, de otorgar la posibilidad de poder expresar sus argumentos o aportar pruebas que corrobore la legalidad y legitimidad del acto administrativo que constituye su objeto y su plena adecuación y proporción con el respeto del interés público lo cual responde sin duda a la vocación de asegurar el pleno e irrestricto ejercicio del derecho constitucional de defensa”. Casación N° 2286-2004-PUNO, del 03 de agosto de 2006, en: Jus – Jurisprudencia, abril 2008.

⁷⁵ Artículo 3.5.- “(...) Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación”.

El mismo criterio ha sido expuesto por la Defensoría del Pueblo en su Informe Defensorial N° 145⁷⁶, en el que señala que “tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido que deriva razonablemente del principio del debido procedimiento administrativo y de los artículos 3.5º, 161º.2, 187º.2 de la referida ley, que ninguna autoridad administrativa podrá dictar una anulación de oficio, sin otorgar anteladamente audiencia al interesado para que pueda presentar sus argumentos a favor de la sostenibilidad del acto que le reconoce derechos o intereses.

Adicionalmente a ello, la resolución anulatoria de oficio debe ser notificada a los administrados concernidos, a fin de que tengan la posibilidad de controlar su legalidad”.

Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha postulado esta misma idea. Por ejemplo, en la sentencia del Expediente N° 0884-2004-AA/TC se expresa lo siguiente:

“Este Colegiado considera que la resolución cuestionada también atenta contra el derecho al debido procedimiento consagrado por el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que garantiza a los administrados el goce de derechos tales como el de exponer sus argumentos, ofrecer y producir pruebas y obtener una decisión motivada y fundamentada en Derecho.

En el derecho civil la nulidad suele concebirse como una sanción por la ausencia o alteración de un elemento constitutivo del acto, porque se pone énfasis sobre la voluntad de las partes⁷⁷. En cambio el derecho administrativo la nulidad deriva de la imposibilidad del acto de integrarse en un ordenamiento jurídico dado, de su violación objetiva de principios jurídicos, antes de que el elemento suyo viciado o faltante.

⁷⁶ Ninguna autoridad podrá dictar una anulación de oficio sin otorgar anteladamente Audiencia al interesado, ver: www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/

⁷⁷ GORDILLO, Agustín. “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo 3. 4º Edición, fundación de derecho administrativo. Buenos Aires 1999. P. XI-4 y Ss.

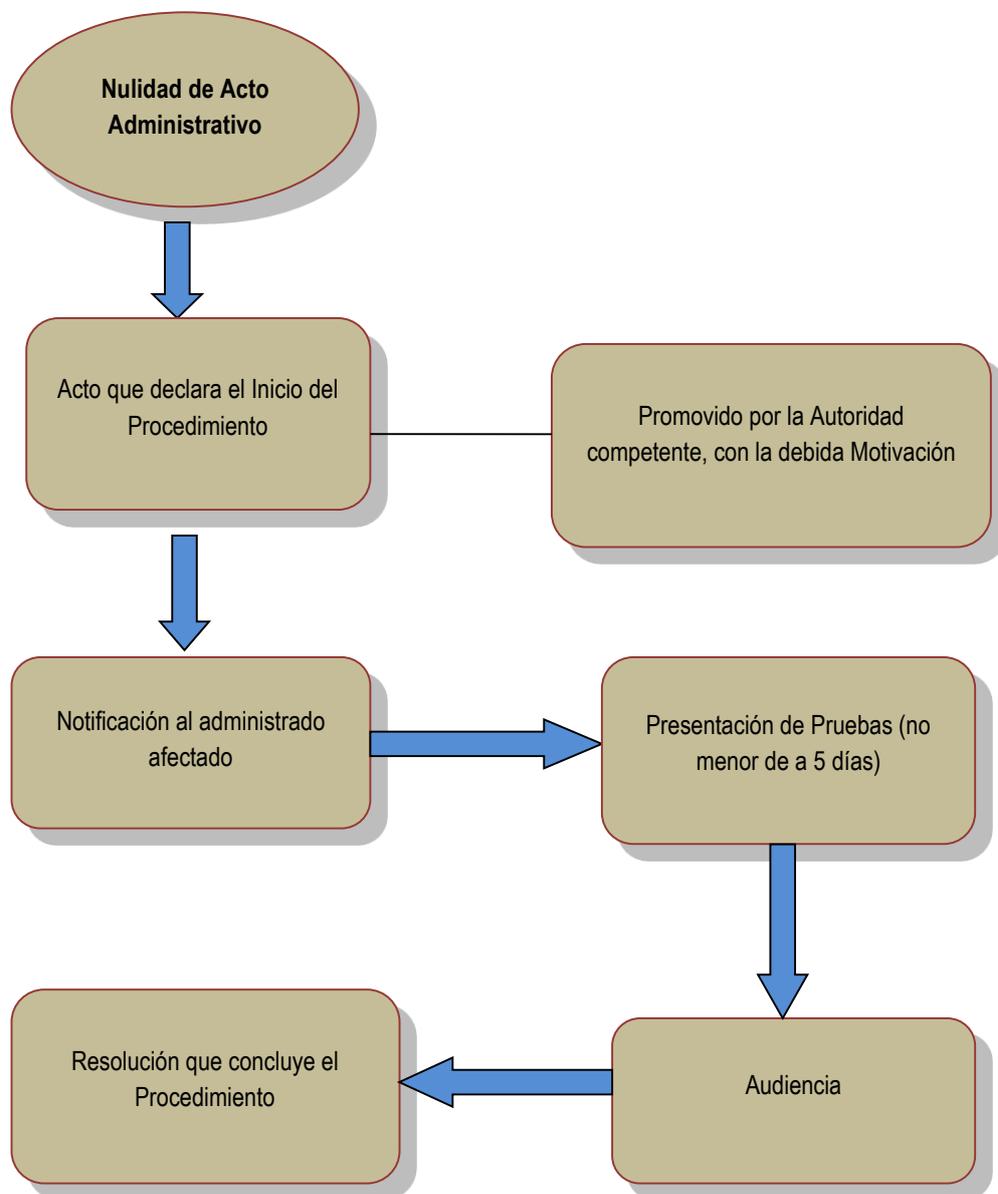


FIGURA N° 03 - Procedimiento de Nulidad de Actos Administrativos⁷⁸

Elaboración: Elaboración Propia.

⁷⁸ LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL N° 27444, “Establece las Causales de Nulidad y el procedimiento correspondiente.

2.1.6.5. Concejos o Tribunales Especiales

Originalmente, la norma señalaba que dichos actos no podían ser objeto de declaración de nulidad de oficio, quedando como única opción recurrir al Poder Judicial en estos casos; Pero fue modificado a través del Decreto Legislativo 1029⁷⁹.

A manera de ejemplo podemos citar que en fecha 19 de octubre de 2004, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, expidió la Resolución N° 654-2004-TC-SU. Mediante esta resolución, declaró improcedente un recurso de revisión por, supuestamente, haberse presentado fuera de plazo.

El detalle que no tomó en cuenta es que el acto objeto de revisión había sido emitido por una entidad ubicada en Arequipa y, en esta ciudad, hay días cívicos no laborables que no los son en Lima⁸⁰.

Dicho de otra forma, el Tribunal había considerado hábil un día que no lo era y, por ende, había contado mal el plazo, lo que motivó que declare, ilegalmente, la extemporaneidad del recurso.

A pesar de lo grosero del error, que la entidad reconoció, esta aducía que no podía declarar nulo sus propios actos porque la Ley se lo impedía.

Tuvo que pronunciarse sobre un tema tan elemental la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima e incluso la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, para que, casi seis años después, el Tribunal de

⁷⁹ LEY N° 27444 Art. 202.5 (Numeral modificado por el Art. 1° del Decreto Legislativo N° 1029), Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales, competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, solo pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio en sede administrativa por el propio consejo o tribunal con el acuerdo unánime de sus miembros. Esta atribución solo podrá ejercerse dentro del plazo de un año contado desde la fecha en que el acto es notificado al interesado. También procede que el titular de la entidad demande su nulidad en la vía de proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes de notificada la resolución emitida por el consejo o tribunal”.

⁸⁰ LEY 28745. “Art. 18°”, Revisión de Acto Administrativo.

Contrataciones del Estado (ya con otro nombre) se pronuncie al respecto, lo que hizo el 6 de agosto de 2010⁸¹.

Este tipo de situaciones, que exponían a las personas a agobiantes e interminables procesos por las causas más nimias, debe haber influido en la posterior modificación ya referida del año 2008, respecto del numeral que comentamos. En la actualidad, el texto del artículo establece lo siguiente⁸².

Para la presente tesis los conflictos y críticas que puedan generarse, que la acción para declarar la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos no debe estar sometida a plazos perentorios⁸³. Si se reconoce que la nulidad de pleno derecho existe para expulsar del sistema jurídico aquellos actos flagrantemente contrarios al ordenamiento, no es posible sostener que por seguridad jurídica estos actos deben mantenerse pues constituyen manifestaciones del poder público.

Es la propia seguridad jurídica, principio fundamental del Estado de Derecho, la que obliga a eliminar los actos nulos de pleno derecho pues éstos contaminan gravemente la realidad jurídica, pudiendo contravenir principios de carácter constitucional.

2.1.7. La Ley del Procedimiento Administrativo General recoge la Nulidad de Pleno Derecho del Acto Administrativo

Como se ha puesto de manifiesto, el régimen de invalidez de los actos jurídicos en general y de la nulidad del acto administrativo en especial, es un tema espinoso en la doctrina comparada. Lo mismo sucede en el escenario jurídico peruano, “en el cual la regulación de la invalidez efectuada por la Ley 27444 [...] introduce una dosis adicional de

⁸¹ Mediante Resolución N° 1512-2010-TC-S2.

⁸² TAMAYO, Sergio, DERECHO Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, Actualidad Gubernamental, N° 39, Enero 2012.

⁸³ Considero que, la acción para declarar la nulidad de pleno derecho, no deben estar sometidos a plazos perentorios, por constituir manifestaciones del poder público.

oscuridad”⁸⁴. A continuación se expondrán algunas de las razones que conducen a esta afirmación.

Ante todo, hay que señalar que el análisis del tema debe basarse en la interpretación de dos tipos de normas del ordenamiento administrativo peruano; En primer lugar, aquellas normas de la Ley de Proceso Administrativo General que tratan de los vicios de los actos administrativos; y en segundo lugar, aquellas otras que regulan los medios impugnatorios para declarar la invalidez de los actos. El artículo 10º de la Ley de Proceso Administrativo General regula los vicios del acto administrativo *que causan su nulidad de pleno derecho*.

Asimismo, el artículo 140.3 reconoce la existencia de un vicio considerado irregularidad no invalidante⁸⁵, y por último, el artículo 202 regula una situación *sui generis* al considerar que los vicios del acto administrativo reconocidos en el artículo 10 pueden dar lugar a una posible anulación de oficio, siempre y cuando el acto agravie el interés público.

Así, en el ordenamiento peruano se reconocen tres clases de vicios: trascendentes o que afectan al orden público, no trascendentes e irregularidades no invalidantes⁸⁶.

Aparentemente, el artículo 10º de la Ley de Proceso Administrativo General reconoce la institución de la nulidad de pleno derecho del acto administrativo, sin embargo, esta supuesta nulidad de pleno derecho no ha sido configurada como tal en sus demás aspectos.

Si bien el legislador ha previsto vicios trascendentes del acto administrativo que permitirían invocar la nulidad de éste, el régimen

⁸⁴ BACA, Víctor, “La Ley 27444 de Procedimiento Administrativo General y la mal llamada nulidad de pleno derecho”- Revista Peruana de Jurisprudencia, Vol. 48 Enero 2006. P. 7.

⁸⁵ Ley de Procedimiento Administrativo General Nº 27444, ver. Art. 140.3 “el vencimiento del plazo para cumplir un acto a cargo de la administración, no exime de sus obligaciones establecidas atendiendo al orden público. La actuación administrativa fuera del término no queda afectada de nulidad, salvo que la ley expresamente así lo disponga por la naturaleza perentoria del plazo”.

⁸⁶ ABRUÑA, Antonio y BACA, Víctor, “Ley 27444 de Procedimiento Administrativo General” Revista Peruana de Derecho – Universidad de Piura, Vol. I 2000. P. 331. www.udep.edu.pe.

jurídico impugnatorio para solicitar dicha nulidad no es el más adecuado.

El artículo 11.1 de la Ley de Proceso Administrativo General señala que: *“Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente Ley”*. Estos recursos administrativos – reconsideración, apelación y revisión (este último de carácter extraordinario) – sólo pueden interponerse en un plazo de 15 días hábiles a partir del momento en que el acto es definitivo, según detalla el artículo 207. 2 de la Ley de Proceso Administrativo General. Si se ha vencido este plazo el acto administrativo se considera firme y no hay lugar para que el particular interponga recurso alguno.

Por su parte, la Administración pública cuenta con un plazo más amplio para revisar de oficio los actos administrativos afectados por algún vicio señalado en el artículo 10º de la Ley de Proceso Administrativo General⁸⁷, siempre y cuando el acto agravie el interés público.

Esta posibilidad se articula de dos modos distintos según que el presunto acto viciado provenga de un consejo o tribunal administrativo, o no; Cuando el acto procede de un consejo o tribunal administrativo se excluye la posibilidad de revisión de oficio por la propia Administración, pudiendo plantearse solamente la acción de nulidad ante el Poder Judicial durante los tres años siguientes desde la fecha en que el acto quedó firme.

Cuando el acto no procede de un consejo o tribunal administrativo, la Administración puede declarar la nulidad del acto en el plazo de un año desde que el acto quedó consentido, vencido este plazo, la misma Administración puede solicitar al Poder Judicial la invalidez del acto mediante proceso contencioso administrativo, dentro de los dos años

⁸⁷ LEY 27444. “Ley de Procedimiento Administrativo General”, Pub. En el Diario Oficial el Peruano, 10 de abril 2001, P.14.

siguientes desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad de oficio.

En el acápite anterior se detalló que la nulidad de pleno derecho es una categoría que ha sido elaborada como mecanismo para reaccionar frente a las infracciones más graves y patentes del ordenamiento jurídico, por ello la acción para solicitar su declaración no se extingue por prescripción ni puede ser subsanada por convalidación. No obstante, el régimen jurídico aplicable a la supuesta nulidad de pleno derecho en el Perú se contradice con las notas esenciales de esta institución.

En el ordenamiento peruano las acciones para solicitar la declaración de nulidad de un acto administrativo se encuentran sujetas a plazos de caducidad, por lo que *realmente se trata de acciones de anulabilidad*. En efecto, “es propio de la anulabilidad la posibilidad de que el particular interponga sus recursos sólo en un limitado margen de tiempo, porque [...] en estos casos se otorga preferencia al principio de seguridad jurídica”⁸⁸.

En consecuencia, si por un lado el artículo 10º de la Ley de Proceso Administrativo General reconoce la existencia de vicios trascendentes que deben dar lugar a la nulidad de pleno derecho del acto administrativo, vicios que por su naturaleza grave no pueden ser convalidados, por otro lado, los medios impugnatorios sujetos a plazos de caducidad niegan esta razonable conclusión.

El régimen de la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos establecido en la Ley de Procesos Administrativo General no es conforme a las características esenciales de esta institución; por el contrario, si bien se reconoce formalmente esta categoría, en realidad lo que se encuentra presente es la anulabilidad del acto administrativo, construida sobre los supuestos de nulidad de pleno derecho.

⁸⁸ BACA, Víctor, Nulidad de actos que no producen efecto alguno” - 2008. P. 12. www.tlalpan.uvmnet.edu.

Esta configuración demuestra que el legislador ha pretendido favorecer el principio de seguridad jurídica soslayando el principio de legalidad, aun cuando este último es considerado pieza clave en la regulación de la actividad de la Administración pública en el actual Estado de Derecho⁸⁹.

Para la presente tesis, existe una grosera contradicción en el articulado de la Ley de Proceso Administrativo General, pues todos los vicios que pueden afectar al acto administrativo, sean gravemente contrarios al orden público o no, pueden ser convalidados con el transcurso del tiempo si los medios impugnatorios para solicitar la declaración de nulidad del acto no se interponen.

Por lo tanto, la pregunta planteada en el inicio del presente punto obtiene una respuesta negativa, la Ley de Proceso Administrativo General no reconoce la nulidad de pleno derecho del acto administrativo.

Aunque formalmente pareciera que sí, pues el artículo 10º de esta norma así lo expresa, queda claro que la configuración de los medios impugnatorios en vía administrativa y en sede contencioso administrativa es más bien propia del régimen de anulabilidad del acto administrativo. En síntesis, se asiste a un escenario jurídico en el que la nulidad de pleno derecho se encuentra deformada⁹⁰.

2.2. PROCESOS ARBITRALES

2.2.1 Arbitraje

Actualmente, es factible afirmar sin duda alguna que existe en la Municipalidad Distrital de Ilabaya diversos procesos arbitrales que se vienen tramitando ante el Organismo Supervisor de Contrataciones del

⁸⁹ VINCES ARBULÚ, Martín, “Reflexiones sobre nulidad de pleno derecho de los actos administrativos y su deformación en la Ley de Procedimiento Administrativo General”, Revista de Investigación Jurídica, Vol. II 2011. p. 17. www.usat.edu.pe.

⁹⁰ Consideramos que, es necesario introducir la adecuada causal de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos a fin de expulsar de la realidad jurídica toda aquella actividad administrativa evidentemente contraria al ordenamiento, sin límite de tiempo.

Estado – OSCE en la ciudad de Lima, calificando e incluyendo al arbitraje dentro de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos (MARC's), la cual nos parece muy acertada o procedimiento heterónomo de resolución de conflictos, sometido al arbitraje administrativo⁹¹.

Entonces, se predica del arbitraje el suponer un ámbito heterocompositivo de resolución de cuestiones litigiosas disponibles, que se justifica en la autonomía de la voluntad como valor superior del ordenamiento jurídico VALOR SUPERIOR DE RANGO CONSTITUCIONAL⁹².

Calificación que es acertada y explica a la institución arbitral desde una perspectiva funcional.

Sin embargo calificar a la institución arbitral como medio alternativo de resolución de conflictos no es adecuado en el sentido que el arbitraje no es alternativa a la vía jurisdiccional en el sentido que las partes de un conflicto pueden optar libremente y de forma individual derivar de una solución de controversias; Como si sucede con la vía jurisdiccional donde una sola de las partes de una controversia puede presentar su pretensión antes los juzgados pertinentes y obtener una resolución a un en contra de la voluntad de la otra parte, máxime si la propia Carta Magna lo reconoce como jurisdicción.

Al respecto es fundamental tener en cuenta, que sin convenio arbitral no hay arbitraje ni la posibilidad de solucionar los conflictos mediante esta vía, así el arbitraje no es un medio “alternativo” a la vía jurisdiccional, en el sentido de ser una posibilidad de elección entre la vía arbitral o la jurisdiccional, como cauce para la solución de un conflicto jurídico.

⁹¹ ÁLVAREZ PEDROZA. Alejandro, “Controversias sometidas al Arbitraje Administrativo”2010, Publicado a través: Instituto Pacífico, P. 29 Ss.

⁹² LORCA NAVARRETE Antonio, “El derecho de Arbitraje es Derecho Procesal” P. 627-631 Tomo XIV - SET2002, En Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje. En ese sentido Ver www.casadellibro.com/Dia-del-Libro.

De igual forma se ha buscado explicar la institución arbitral desde el carácter obligatorio que respecto a las partes tienen el recurso de esta vía en caso de haberse suscrito o denominado *convenio arbitral*, así se señala que la nota característica o diferencial del arbitraje en su eficacia dirimente lo hace tener carácter obligatorio para las partes sin necesidad de un pacto posterior.

Sin perjuicio de lo señalado en líneas precedentes, y como no podría ser de otra forma podemos afirmar sin duda que el arbitraje posee una consustancial naturaleza potestativa que se justifica o tiene su basamento en la *autonomía de la voluntad*, y de ninguna forma se vincula con el ejercicio de la función jurisdiccional por lo cual toda referencia directa o indirecta a lo judicial es desacertada, situación que como se verá en el siguiente punto aleja totalmente a la institución arbitral de la semejanza a la función jurisdiccional.

Ahora bien, es posible señalar las notas características que configuran el concepto de arbitraje:

- a. El arbitraje constituye una institución, porque en el confluyen un conjunto de actividades relacionada entre sí por el vínculo de una idea común objetiva, la solución de un conflicto; Siendo las actividades el convenio arbitral y el procedimiento arbitral.
- b. Su causa en la existencia de una controversia, es una cuestión litigiosa, la misma que no necesariamente tiene que ser actual, sino que puede ser futura, como en la mayoría de los casos.
- c. Su elemento característico es que la cuestión litigiosa se resuelve por un tercero no juez, cuya decisión tiene la misma eficacia que la sentencia judicial.
- d. Su justificación como institución para la solución de cuestiones litigiosas se encuentra en la voluntad de las partes, que acepten previamente la decisión de los árbitros, la voluntad de las partes es el hilo conductor del arbitraje.

Entonces decimos que, respecto al arbitraje se ha manifestado como la convivencia de concebirlo como una institución, en vista que con el uso de esta palabra se hace referencia en sentido abstracto, al conjunto de normas o disposiciones del derecho que regulan coordinadamente las relaciones jurídicas de una clase determinada, como institución arbitral comprende las concretas relaciones entre las partes que acuerden someterse ante uno o varios árbitros.

Nuestra constitución vigente de 1993, en su art. 138 establece: "la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el poder judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la constitución y a las leyes", y en su art. 139 señala: no existe ni puede establecer jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral⁹³.

De igual modo el art. 62 preceptúa: "los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la vía judicial⁹⁴.

Según los mecanismos de protección previsto en el contrato o contemplados en la ley", finalmente en relación al propio estado, en la parte final del art. 63 dispone: "el estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor⁹⁵.

2.2.2. Teorías Sobre la Naturaleza Jurídica del Arbitraje

Respecto al arbitraje se han manejado varias tesis o teorías que tratan de explicar la particular naturaleza de la institución arbitral,

⁹³ RUBIO CORREA. Marcial, "Estudio de la Constitución Política del Perú de 1993", Lima Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

⁹⁴ Constitución Política del Perú, Régimen Económico – Art. 62°, Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la Ley.

⁹⁵ Constitución Política del Perú, Art. 63°, El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterse a arbitraje nacional o internacional, en la forma en lo que lo disponga la Ley.

pudiendo resumir dichas teorías en las siguientes⁹⁶; No existiendo a su vez homogeneidad absoluta de opiniones, aun en los seguidores de una misma teoría.

2.2.2.1 Teoría Jurisdiccionalista

La teoría jurisdiccionalista apunta a considerar la función de los árbitros como jurisdiccional, a un carácter temporal y limitado al asunto concreto sometido a su examen.

Según esta teoría, el arbitraje aun que tiene origen contractual, presenta características equiparables a las de en juicio, ya que el Laudo tendrá carácter de sentencia aun que los árbitros carezcan de imperio necesario para ejecutarlos.

Es por ello que se enmarca dentro de esta teoría al árbitro como a un juez. Dentro de esta teoría se propugna una interesante tesis, según la cual la relación privada entre partes y árbitro una vez perfeccionada, da lugar a relaciones de derecho público concediendo el Estado a los Árbitros la potestad jurisdiccional.

Creemos en una situación que pueda favorecer la consideración de la teoría jurisdiccionalista en nuestro sistema jurídico, radica en el texto del numeral 1 del Art. 39º de la Constitución Política del Perú de 1993, el mismo que indica que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna e independiente con excepción de la militar y la arbitral⁹⁷; Según el tenor del texto reseñado se podría entender que **existe una jurisdicción arbitral y jurisdicción militar por delegación.**

⁹⁶ GONZALES DE COSSIO. Francisco, señala sobre “Naturaleza Jurídica del Arbitraje”. Definiciones de Arbitraje, Naturaleza, 2009. www.gdca.com.mx/arbitraje.

⁹⁷ CASTILLO FREYRE Mario, señala “el arbitraje también se ha visto notoriamente respaldado por el Art. 139º de la Constitución Política del Perú de 1993”, Cuando le reconoce una existencia jurídica de carácter jurisdiccional unitaria y exclusiva del estado, Razón por la cual el Ordenamiento Jurídico Peruano, el arbitraje es una forma oficial, aunque no estatal de administrar justicia. En ese sentido Ver Prólogo del Arbitraje en las Distintas Áreas del Derecho, Lima Palestra 2007, P. 14.

Otra situación que en particular puede significar la consideración de la teoría jurisdiccionalista en nuestro sistema jurídico, la encontramos en las resoluciones jurisdiccionales que al respecto puedan emitir los Jueces y Tribunales.

Al respecto resulta didáctico mencionar los pronunciamientos que ha realizado sobre esta materia el Tribunal Constitucional español (ejemplo), el mismo que ha calificado en un equivalente jurisdiccional a la institución arbitral.

En nuestro país se ha expedido sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de febrero del 2006 en el expediente Nº 6167-2006-PHC/TC en cuyo fundamento tercero reconoce al arbitraje como jurisdicción.

En el mismo texto se amplía esta opción del tribunal en los fundamentos octavos, décimo primero al décimo cuarto, que establece como precedentes vinculantes, señalan la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y además señalan las notas características de la jurisdiccional en relación al arbitraje.

En ese sentido se refiere que son notas características de la presencia de la jurisdicción en el arbitraje la existencia del conflicto entre las partes, el interés social en la composición del conflicto la intervención del Estado mediante el órgano jurisdiccional como tercero imparcial y la aplicación de la ley e integración del derecho y puestos que estos requisitos se cumplen en la jurisdicción arbitral, esta deviene de jurisdicción.

Esta teoría pone énfasis no en la autonomía privada de las partes que da origen al arbitraje, sino más bien en la actividad que el árbitro realiza al interior de un procedimiento arbitral⁹⁸.

⁹⁸ ARRARTE ARISNABARRETA, ANA M. “Apuntes sobre el debido proceso en el Arbitraje”, Nuestro Tribunal Constitucional en el ánimo de evitar las continuas interferencias judiciales mientras los procesos judiciales se encontraban en trámite, ha dictado pautas específicas sobre los mecanismos de control sobre el arbitraje, Edit. 2011.

Es decir, en la solución de un conflicto de intereses vinculante para las partes con calidad de cosa juzgada. Los árbitros ejercen su función “porque las partes lo acuerdan, pero su función es jurisdiccional porque así lo dicta la Ley”⁹⁹.

Para esta tesis, la función que cumple el árbitro se equipara a la función decisoria que cumple un Juez; De ahí la equivalencia entre una sentencia y un Laudo Arbitral.

Asimismo, debemos ser enfáticos en afirmar que los árbitros no pueden sentenciar por que las Sentencias en estricto tienen calidad ejecutiva que no poseen y no podrían poseer jamás los Laudos Arbitrales. Cuando lo posean, entonces ya no serán laudos, sino sentencias dictadas por un clásico órgano jurisdiccional del Estado.

2.2.2.2 Teoría Contractualista

Para esta teoría lo más importante es el acuerdo de las partes, entendido tanto para excluir sus controversias del conocimiento de los tribunales comunes, como para designar a las personas encargadas para resolverlos, es denominada también como privatista o material, pues el arbitraje consiste en un contrato basado en la voluntad de las partes, que delegan el arreglo de sus diferencias a un árbitro o tribunal arbitral.

Así la teoría Contractualista asume que el arbitraje no es más que la manifestación de dos convenios o contratos, primero el convenio arbitral mediante el cual las partes acuerdan someter sus controversias aun tercero (árbitro), y por otro lado la obligación que adquiere el tercero de resolver el conflicto con arreglo a derecho y equidad.

⁹⁹ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en este mismo sentido. Ver la Sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2006-PHC-Lima.

Los defensores de la teoría contractualista partiendo del origen privado del arbitraje, discuten el carácter jurisdiccional de la función de los árbitros, pues mientras en el proceso el órgano jurisdiccional estatal instituido a tal efecto satisface una pretensión deducida frente a otro que se impone de forma coactiva, en el arbitraje el tercero resuelve ocasionalmente por la voluntad concorde de las partes en conflicto de gozar de *imperium*.

En lo esta teoría se refiere, su acierto esta en alejarse de la consideración del arbitraje como jurisdicción (jurisdiccionalismo), sin embargo su error radica en tratar de explicar la institución arbitral tan solo desde la vertiente contractual, la misma que si bien puede servir para explicar determinadas figuras del Derecho de Arbitraje.

Una correcta conceptualización de la institución arbitral permite apreciar que el arbitraje no es un complemento, sino más bien una alternativa acordada a la jurisdicción de jueces y tribunales.

Así el origen, la existencia y la regulación del arbitraje depende de la continua existencia de la voluntad de las partes. De esta forma se niega la supremacía o control del Estado sobre el arbitraje y se alega que la esencia de este radica en la voluntad y consentimiento de las partes; Así el corazón de esta teoría implica que todo procedimiento arbitral está basado en acuerdo contractuales. Tanto el acuerdo como el Laudo Arbitral reflejan el carácter contractual en esta institución¹⁰⁰.

Para la presente tesis, la autonomía privada constituye el elemento fundante de la institución arbitral, el acuerdo de voluntades se encuentra, pues, antes y durante el proceso arbitral.

Así en el arbitraje no hay función jurisdiccional por que los árbitros carecen de dicha potestad. La jurisdicción es un atributo estatal reservado en exclusiva a los jueces estatales, si la jurisdicción consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, los árbitro no pueden

¹⁰⁰ GONZALES DE COSSIO, Francisco, Arbitraje México: Editorial Porrúa, 2008, p. 14.

en absoluto hacer lo segundo, y aun que sin duda hacen lo primero, es decir juzgan, el Laudo puede ser controlado posteriormente por los jueces ordinarios (eso sí, bajo determinados supuestos taxativamente establecidos por Ley)¹⁰¹.

De manera lata se dice que un árbitro puede ser considerado como un juez por que ejerce la misma función, sin embargo en estricto, no es un Juez.

De la misma forma, se ha sostenido que un porcentaje puede ser entendido como un proceso judicial, porque al igual que en éste se dirige un conflicto de intereses; Sin embargo, tampoco es un proceso judicial *estricto sensu*.

Teniendo en cuenta este escenario, no creemos que la tesis Contractualista sea la que mejor explique la naturaleza jurídica del arbitraje. Y no lo es porque diversos aspectos (naturales, esenciales y accidentales), de su construcción teórica y práctica se ubican en zonas bastantes alejadas que se deben evaluar con cautela y prudencia, ya que de lo contrario, se recaería en lamentables contradicciones.

2.2.2.3 Teoría Intermedia o Ecléctica

La continua disputa entre la teoría jurisdiccional y la contractual a dado cabida al surgimiento de un tercer grupo de teorías, las cuales recogen argumentos de cada una de las dos anteriores, según la teoría ecléctica; el arbitraje es una institución *sui géneris* de naturaleza híbrida o mixta, en la que se encuentran el origen contractual del mismo y la teología jurisdiccional que en última instancia explica su aparición, pues la función del árbitro (s), es básicamente de un juez, con ciertas limitaciones, pero niega el carácter de sentencia del laudo, ya que carece de eficacia ejecutiva.

¹⁰¹ LEDESMA NARVAEZ, Marianella, Jurisdicción y Arbitraje. Lima Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, P. 32.

Entonces, esta teoría armoniza los elementos de las teorías anteriores aceptando de tal forma elementos o componentes contractuales en la relación que vincula a las partes y a estas con el árbitro, de igual forma reconoce un carácter jurisdiccional en la eficacia que se le otorga al Laudo.

Sin embargo debemos señalar, que no se trata aquí de conciliar jurídicamente doctrinas que por su naturaleza son irreconciliables una abraza la autonomía de la voluntad, mientras la otra protege la soberanía del Estado haciendo que cada una se otorgue recíprocas concesiones.

Sin embargo, si creemos que no resulta acertado afirmar que el nacimiento y el desarrollo del arbitraje solo tendrá lugar en la medida de que la voluntad de los particulares así lo deseen o solo cuando la Ley lo permita.

De esta forma, se tiene claro que los árbitros cumplen una función que es parte se asemeja a la que realizan los jueces ordinarios. Sin embargo cabe señalar que ellos no son en estricto jueces, sino más bien son terceros ajenos al conflicto que, siendo imparciales e independientes, resolverán el conflicto de intereses teniendo como sustento el acuerdo de las partes que les han encargado dicha labor y los legitima para tal fin.

Por otro lado, pese a que tenga en cuenta la clara intervención de elementos contractuales en el arbitraje, no resulta negar el carácter procesal jurisdiccional de algunos aspectos de este mecanismo de solución de controversias.

Para ello, basta con señalar “que las actuaciones arbitrales”¹⁰² deberán respetar una serie de garantías, principios y derechos constitucionales protegidos (aquí es, pues donde se puede apreciar la vívida intervención del Derecho Público en el arbitraje).

¹⁰² CASTILLO FREYRE, Mario. “Garantías constitucionales del proceso arbitral”, Ed. 2011. P. 162.

De hecho resultaría un despropósito obviar y desconocer la interrelación que entre figuras de ambas ramas se produce antes y después de un arbitraje; Se trata pues, de una cadena conformada por diversos eslabones de naturaleza pública y privada, que al unirse hacen del arbitraje el mecanismo ideal para resolver un conflicto de intereses.

Que los laudos no tengan fuerza ejecutiva no contradice la esencia de un acto jurisdiccional, el cual es entendido como todo pronunciamiento que emita un tercero autorizado por la Ley, sea este funcionario público o sujeto particular¹⁰³.

Demás esta, recordar que el Estado no puede dejar de lado su tarea de ejecutar decisiones que adquieran la autoridad de cosa juzgada, esta es una potestad constitucionalmente reconocida, en ese sentido no puede desconocer el derecho de una persona a exigir que al Estado lo que un tribunal ha dictaminado (haya sido dicho privada o públicamente), porque si ello ocurriese, se estaría legitimando la autotutela sin límites, y el propio Estado, como garante de derechos de los justiciables, estaría atentando contra el propio sentido de su existencia.

2.2.2.4 Teoría Autónoma:

Para quienes defienden esta teoría, el arbitraje no tiene una naturaleza híbrida, pues su compleja configuración manifiesta que en realidad estamos frente a una institución autónoma que debe dar origen a un estudio también autónomo, que sistematice sus elementos y encuentre su lógica interna con el propósito de crear un conjunto de reglas e instituciones que respondan adecuadamente a los problemas que surjan en la teoría y en la práctica¹⁰⁴.

¹⁰³ CARRION LUGO, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Civil. 2º Edición. Lima Grijley, 2004, Tomo I, p. 80 y Ss.

¹⁰⁴ PANDURO MEZA. Lisbeth, Aplicabilidad de las Instituciones Procesales en el Arbitraje. Tesis de Licenciatura en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Mayo 2011, Pp. 76 y Ss.

La teoría autónoma, si bien reconoce los elementos jurisdiccionales y contractuales del arbitraje, cambia el foco de atención de los mismos, pues, según González de Cossío, tiene el valor agregado que se encuentra acorde con las formas modernas no nacionales, transnacionales y deslocalizadas del arbitraje, dado que no le da mucho peso a la sede del arbitraje y su derecho, de manera que más que consideraciones nacionales, es la práctica del arbitraje lo que define su contenido y alcance¹⁰⁵.

Así, y siguiendo esta misma línea de pensamiento, Silvia Barona¹⁰⁶, sostiene que:

El arbitraje, y su naturaleza jurídica. Afirmar eso supone asumir parte de los argumentos que se esgrimen desde la posición ecléctica, como consecuencia de que efectivamente en el arbitraje coexisten componentes contractuales, jurisdiccionales y procesales. A partir de este dato de complejidad, tal vez el error es insistir en categorizar a la institución, incardinándola en una única categoría existente. En consecuencia, puede afirmarse que el arbitraje es una categoría autónoma.

Quienes sostienen esta teoría, señalan que una prueba de la validez de ésta podría observarse en el tratamiento legislativo especial que se le ha otorgado al arbitraje.

Así, se dice que no tiene sentido tratar de encasillar a esta figura en el ámbito aplicativo de una rama jurídica. Es hora de otorgarle plena autonomía, pues su desarrollo y difusión así lo exigen. El arbitraje no es jurisdicción porque los árbitros no tienen el *imperium* necesario para hacer cumplir lo que han dictado. Tampoco será eminentemente contractual, ya que, sin previo reconocimiento de la figura por parte del Estado, ésta no podría materializarse, y, además, el control judicial se encuentra, en potencia, presente en todo procedimiento arbitral.

¹⁰⁵ GONZALES DE COSSIO. Francisco, El Arbitraje, 2010. P. 17.

¹⁰⁶ BARONA VILAR. Silva, Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil. 18ª, ver Edición: Tirant Lo Banch, 2010, P. 888, www.bibliotecavirtual.com

Tampoco será una mezcla de ambos, pues adoptar dicha posición sería una contradicción en sí misma por los argumentos que contra ambas teorías se han esgrimido. El arbitraje se vale de diversos instrumentos que creados por la misma práctica arbitral, o prestados de otras materias y modificados convenientemente por las exigencias de su realidad, constituyen un medio y no un fin en sí mismo para llegar a su objetivo, esto es, resolver un conflicto de intereses.

Para esta teoría, nada impide, pues, mantener la existencia de un Derecho Arbitral o de arbitraje, con plena autonomía científica e institucional, acantonado dentro de sus propios confines o territorio de conocimiento, dotado de una específica metodología y programa expositivo y un genuino sistema de fuentes, con una delimitación o demarcación nítida en cuanto a su objeto (normas, tratados, usos y principios referidos al arbitraje).

A ello se agrega el fundamento libertad individual para apartarse de la jurisdicción del Estado y voluntad de someterse a un convenio arbitral, naturaleza sistema de solución definitiva de conflictos y fines (resolver controversias y litigios sobre derechos sobre los que las partes tienen libre disposición)¹⁰⁷.

De esta forma, el arbitraje, más que un concepto jurídico, en realidad nace como alternativa para solucionar conflictos en un fuero independiente al judicial, más especializado y ágil, y posee una naturaleza autónoma, distinta a la judicial y contractual, propiamente dicha¹⁰⁸.

Creemos que el arbitraje es producto de la interacción de una serie de figuras jurídicas que por su naturaleza pertenecen a distintas ramas del Derecho.

¹⁰⁷ MERINO MERCHAN, y CHILLON MEDINA, “Tratado de Derecho Arbitral”. 3º edición. Navarra: Thomson Civitas, 2006, P. 244.

¹⁰⁸ GUZMAN-BARRON SOBREVILLA, Cesar, “Arbitraje Comercial Internacional”. En *Ius Inter Gentes*. Revista de Derecho Internacional, N° 1, 2004, P. 48.

Así, pensamos que la discusión no debe centrarse en delimitar y categorizar a raja tabla la interrelación de todos y cada uno de sus elementos.

La realidad hará, qué duda cabe, que de la práctica se originen cada vez mayores relaciones entre ellos y exigirá que elementos de diversas ramas que hoy no aportan nada al arbitraje en el futuro sí lo hagan.

De esa forma, estamos frente a un fenómeno mixto que con armonía y coherencia adopta las figuras, principios, instituciones, etc., más útiles de las distintas áreas del derecho, para otorgar al arbitraje las mejores herramientas que le permitan cumplir con su principal objetivo resolver una controversia. En ese sentido, creemos que la teoría mixta sirve para explicar de mejor modo, en la actualidad, la naturaleza jurídica del arbitraje¹⁰⁹.

2.2.3. Confidencialidad del arbitraje

El Reglamento de Contrataciones del Estado protege específicamente la confidencialidad de la existencia del arbitraje, las divulgaciones realizadas durante dicho proceso, y el laudo. En determinadas circunstancias, el Reglamento de Contrataciones del Estado y la Ley de Arbitraje permite a un tercero el acceso netamente académica debidamente acreditada¹¹⁰.

De todos los sujetos que participan en un arbitraje, los árbitros son quienes más nítidamente están alcanzados por el deber de confidencialidad, cuando éste existe¹¹¹.

¹⁰⁹ Considero que los argumentos esgrimidos por quienes propugnan la Teoría Autónoma son bastante convincentes, sin embargo, creemos que aún es pronto afirmar que ésta es la Teoría que mejor explica la naturaleza jurídica del arbitraje.

¹¹⁰ DECRETO LEGISLATIVO N° 1071, Ley que norma el arbitraje, Art. 51° Confidencialidad.

¹¹¹ CAIVANO, Roque J.: “Una mirada comparativa sobre la confidencialidad en el arbitraje comercial”, Rev. de Derecho Comercial y de las Obligaciones, N° 244, septiembre/octubre de 2010, ps. 609 y siguientes. La existencia de un deber implícito de confidencialidad, en ausencia de acuerdo expreso, y de normas legales o reglamentarias que lo impongan, es una cuestión extensamente debatida en el derecho comparado.

La situación de las partes, en cambio, depende en buena medida de la posición que se adopte respecto de la existencia de un deber implícito de confidencialidad. En similar situación se encuentran la institución arbitral y los abogados, para quienes, en principio, también rige el deber de confidencialidad.

Por tratarse de una obligación, explícita en el propio reglamento, o aun implícita en el “contrato de administración del arbitraje” que vincula a las partes con la institución arbitral¹¹²; los abogados, por la específica naturaleza de su labor profesional, que les impone el deber de confidencialidad, como parte del deber de “fidelidad” hacia su cliente, y que suele estar contemplada en los Códigos de Ética de los colegios de abogados y aun en algunos Códigos Penales.

Mucho más discutido es el deber de confidencialidad de testigos y peritos, quienes no están ligados al arbitraje por un vínculo contractual (no hay relación jurídica convencional alguna con las partes, ni con los árbitros ni con la institución que administra el arbitraje)¹¹³.

A pesar de la aparente uniformidad con que se admite el deber de confidencialidad de los árbitros, conviene ahondar en la justificación que le da origen y en las consecuencias que su violación es capaz de producir.

2.2.3.1 Las consecuencias de la infracción al deber de confidencialidad de los Árbitros.

Antes de entrar al examen de los efectos que puede acarrear la violación de los árbitros a su deber de confidencialidad, es conveniente hacer una referencia previa sobre los efectos de esta infracción en general.

¹¹² MOURRE, Alexis (dir.), Les Cahiers de arbitrage, ed. Vol. 2010, La obligación de confidencialidad de las partes en el arbitraje ps. 323 y siguientes; www.arbitration.com

¹¹³ TRAKMAN, Leon E.: “Confidentiality in international commercial arbitration”, Arbitration International, Vol. 18, N° 1 – Edición en Español 2002, ps.12 Ss, www.bvirtual/es.gob.com

2.2.3.1.1. Efectos de la violación del deber de confidencialidad, en general.

La determinación de las consecuencias de una violación al deber de confidencialidad depende de muchos factores, por lo que no es posible dar una respuesta única para todas las posibles situaciones. En esencia, la solución puede variar según cuál sea el sistema legal aplicable, la fuente que se atribuya a ese deber y la relación que exista entre el ofensor y el agraviado.

La condición *sine qua non* que debe darse para que la violación al deber de confidencialidad proyecte consecuencias es que ese deber exista y que cubra la específica situación que se invoca, cuestiones que suelen no ser claras, desde que puede estar en duda la existencia misma de la confidencialidad y su alcance objetivo o material¹¹⁴.

Pero con ello no es suficiente: aun si existiera ese deber, y la información divulgada estuviese protegida por él, es preciso indagar si el autor de la revelación era de aquellos que estaban obligados a mantener la confidencialidad, y si lo estaba respecto de quien invoca la violación de ese deber. En ese caso, deberá examinarse cuál es el vínculo existente entre el infractor y el perjudicado por la difusión de información confidencial.

Dicho de otra manera, la violación a la confidencialidad solo será susceptible de proyectar consecuencias si se dieran, acumulativamente, todas las siguientes condiciones: (i) existe un deber de confidencialidad; (ii) la información revelada o publicada está protegida por ese deber; (iii) el autor de la divulgación es “deudor” de ese deber; y (iv) el perjudicado es “acreedor” de ese deber.

¹¹⁴ LEY DE ARBITRAJE. “Decreto Legislativo N° 1071”, Art. 51.2°, señala: Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.

Desde el punto de vista del derecho general, si existe, el deber de confidencialidad crea en cabeza de alguien una obligación. En su aspecto material, en tanto implica el imperativo primario de “no divulgar”, simplificando su análisis podríamos decir que estamos en presencia de un deber de abstención, de una obligación de “no hacer”¹¹⁵.

En su aspecto personal, como toda obligación, genera un vínculo de sujeción entre dos partes: un deudor y un acreedor. Una de las particularidades del deber de confidencialidad en el arbitraje es que puede nacer de una diversidad de fuentes (la ley, el reglamento, un convenio) y que en un arbitraje intervienen varios sujetos (las partes, los árbitros, los testigos o peritos, la institución que administra el arbitraje) que, a su vez, se relacionan entre sí a través de una red de vínculos también múltiples, etc.

En ese verdadero enjambre de relaciones jurídicas, las combinaciones pueden ser casi infinitas. Y presentan no pocas dificultades a la hora de identificar quiénes son, respectivamente, deudores y acreedores del deber de confidencialidad. Si éste nace de la ley, habrá que analizar quién es la persona en cuya cabeza la ley pone esa obligación y en protección de los intereses de quién lo hace¹¹⁶.

Si nace de un convenio, habrá que verificar quiénes son deudores y acreedores de ese deber, que no necesariamente coincidirán con las personas que hayan sido parte de ese acuerdo.

¹¹⁵ Para la presente Tesis: podría considerarse que el deber de confidencialidad importa mucho más que la simple abstención de divulgar cierta información, y que apareja también el deber de tomar todas las acciones necesarias para impedir que ella sea divulgada. De cualquier manera, nuestro análisis no variaría, toda vez que las obligaciones de “no hacer” son la contracara de las obligaciones “de hacer”, y su régimen legal es el mismo.

¹¹⁶ Considero además: establecer la confidencialidad, también determina sobre quiénes pesa esa obligación, la confidencialidad como un “principio” del arbitraje, sin precisar su alcance objetivo ni subjetivo, ya que aun las que identifican a los obligados, no suelen precisar quiénes serían los legitimados para exigirlo o para reclamar una compensación por los daños que su incumplimiento produzca.

Si nace del reglamento, habrá que examinar quiénes de todos los participantes están sujetos a esas normas, cuya aplicación es usualmente consecuencia de su voluntaria aceptación.

Así es posible que el deber de confidencialidad se extienda objetivamente solo a algunos aspectos, también es posible que pueda alcanzar subjetivamente a algunos de los participantes. Y es aún evidente que están obligados a mantener la confidencialidad y no lo esté respecto de todos los sujetos de un arbitraje, sino solo de algunos de ellos.

Nos limitaremos aquí a analizar cuáles pueden ser las consecuencias de la violación del deber de confidencialidad por parte de los árbitros. A este respecto, anticipamos que las soluciones dependen, sustancialmente, del ordenamiento jurídico al cual estén sujetos, y de las específicas reglas de conducta que puedan vincularlos con la institución que administra el arbitraje. Sin embargo, es posible pensar en tres ámbitos diferentes en los cuales esa conducta antijurídica podría proyectar consecuencias para los árbitros, civil, penal y administrativo.

2.2.3.2 La responsabilidad civil de los árbitros

La responsabilidad del árbitro es una responsabilidad que debe calificarse como responsabilidad contractual. Ello es así en tanto en cuanto deriva de un contrato: el contrato arbitral. Lo anterior no obsta para que también pueda darse una responsabilidad del árbitro extracontractual: por ejemplo, cuando su laudo afecte indebidamente a terceros no vinculados al arbitraje.

Para determinar la ley aplicable a la responsabilidad del árbitro, habrá de estarse, en todo caso, a lo previsto en las normas de conflicto del Reglamento Roma¹¹⁷; En su virtud, las partes podrán elegir libremente la ley aplicable al convenio arbitral. En defecto de acuerdo al respecto, la ley aplicable al mismo será la ley de la residencia habitual del árbitro.

¹¹⁷ GÓMEZ JENE. Miguel, “La responsabilidad Civil de los Árbitros” Edición Octubre 2013. Vol. 5 Pg. 54 y Ss.

2.2.3.2.1. Responsabilidad vs. Inmunidad de los árbitros

La cuestión de la responsabilidad de los árbitros no es un tema sobre el cual pueda darse una respuesta universal, ya que los distintos sistemas jurídicos suelen variar de manera significativa: mientras en algunos el principio es que los árbitros son civilmente responsables, en otros prevalece el criterio opuesto, sentando la inmunidad como regla.

Sin pretender ahondar en este tema, señalaremos algunos de los postulados básicos de los principales sistemas en relación con el tema más amplio de la responsabilidad de los árbitros, con miras a establecer algunos principios que sirvan de ayuda para determinar las consecuencias posibles de la violación al deber de confidencialidad.

Nuestro sistema no prevé la responsabilidad de los árbitros, solo se aproxima de manera general a los sistemas legales que regulan la responsabilidad y existe una tendencia a extender a éstos el régimen de responsabilidad previsto para los jueces, teniendo en consideración que los Laudos tiene calidad de Sentencias.

2.2.3.3. La violación al deber de confidencialidad, afecta la validez del Laudo.

Queda, finalmente, por analizar cuáles son o pueden ser las consecuencias de la infracción al deber de confidencialidad respecto del Laudo.

La pregunta a responder es, concretamente, si la violación al deber de confidencialidad de los árbitros puede servir de base a un cuestionamiento de la validez del laudo o, dicho de otro modo, si esa infracción es susceptible de provocar la nulidad del Laudo.

Si bien es cierto se admite que podría haber excepciones, se señala que “como regla general la violación del deber de confidencialidad por uno o más árbitros no tiene repercusión en la validez del laudo arbitral y la jurisprudencia comparada considera que esta

circunstancia no puede incluirse entre las causales que avalan la anulación del mismo”¹¹⁸.

En otro caso, si bien no declaró la nulidad del laudo por una supuesta intromisión de un secretario del tribunal arbitral en el procedimiento, la razón que motivó la decisión fue que no se había producido una violación de las reglas esenciales del procedimiento.

Coincidimos con estas apreciaciones. A poco que se analicen las causales que pueden dar lugar a la nulidad del laudo, difícilmente la violación al deber de confidencialidad podría encuadrar en alguna de ellas.

En el derecho argentino, las causales que pueden acarrear la nulidad de un laudo dictado por árbitros *iuris* son cuatro: haber fallado los árbitros fuera de plazo, haber fallado sobre puntos no comprometidos, contener el laudo decisiones incompatibles entre sí en la parte dispositiva, o contener el procedimiento una falta esencial¹¹⁹.

Sin embargo, con todo lo amplia que puede parecer, la expresión “falta esencial del procedimiento” ha sido circunscripta a supuestos en que se infringe la garantía del debido proceso. Garantía que comprende, entre otros, el derecho a ser juzgado por un tribunal competente, y a afirmar, alegar y ser oído por el juez natural.

Como se ha dicho, la causal “se refiere a la invalidación de un laudo arbitral fundada en la existencia de vicios de orden formal que pudiesen haber afectado las garantías de regularidad del contradictorio, y su admisibilidad se halla subordinada a la presencia de los requisitos procesales necesarios para impetrar una nulidad, a saber, existencia de defecto formal o ineficacia del acto, que en el caso debe ser esencial, con afectación de la defensa en juicio”.

¹¹⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, vol. II, Nº 2, 2009, ps. 335 y siguientes.

¹¹⁹ CAVIANO, Roque J.: “Los laudos arbitrales y su impugnación por nulidad”, Para los laudos de amigables compondores (árbitros de equidad) las causales son más restringidas: solo podrán ser anulados por haber sido pronunciados fuera de plazo o sobre puntos no comprometidos, Rev. Jurisprudencia Argentina, 2004-I, ps. 845 y siguientes.

2.2.3.4. Plazos para solicitar el inicio de un arbitraje

En este extremo de nuestro estudio, intentaremos responder cuándo las partes pueden acudir al arbitraje. Es decir, surgida una controversia en qué momento se debe solicitar el inicio de un arbitraje.

Tanto la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado como su Reglamento establecen un plazo de caducidad para que las partes soliciten el arbitraje¹²⁰.

En primer lugar, debemos recordar que el Derecho establece los plazos de prescripción y de caducidad, en razón de fomentar la seguridad jurídica; siendo, en general, los plazos de caducidad, los más cortos en todos los ordenamientos jurídicos y, también, en el nuestro.

Asimismo, debemos aclarar que no vamos a entrar a discutir pues, no es propósito de esta Tesis si la prescripción extingue el derecho o la acción.

Desde el punto de vista estructural, podemos afirmar que la prescripción constituye un límite del ejercicio del derecho subjetivo. Todo derecho debe ser ejercido dentro de un período de plazo razonable, puesto que es antisocial y contrario al fin o función para los que ha sido concedido, el ejercicio retrasado o la inercia. El titular tiene la carga de un ejercicio tempestivo de su derecho.

Así las cosas, en razón de la inacción del titular del derecho que pudiendo hacerlo valer no lo hace, éste pierde la facultad de exigirlo compulsivamente, desde el punto de vista funcional, la prescripción es una facultad del interesado para repeler el ejercicio intempestivo o inacción de la otra parte.

¹²⁰ REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO, “Aprobado mediante D.S. 184-2008”, señala: Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170, 175°, 177°, 199°, 201°, 209°, 210° y 211° o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley.

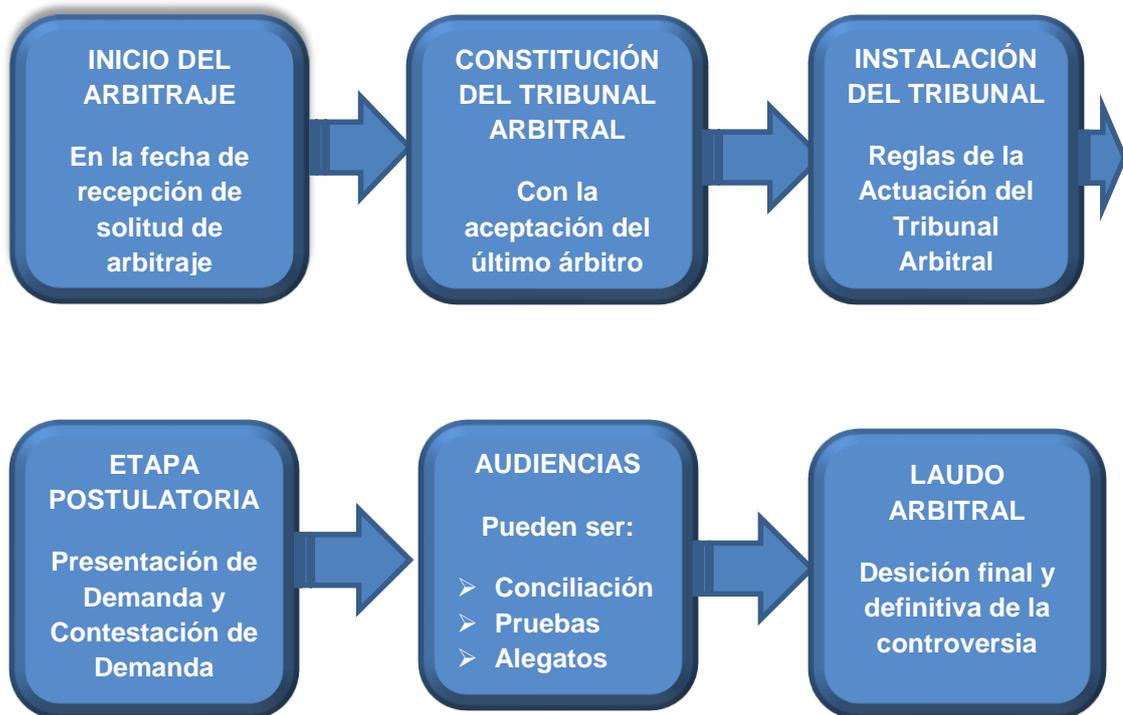


FIGURA N° 04 – Flujograma del Proceso Arbitral Ad Hoc.

Fuente: Elaboración Propia

2.2.4. Decisiones en materia arbitral

En virtud del Reglamento de Contrataciones del Estado, y el Decreto Legislativo N° 1017 que norman el arbitraje las partes se comprometen a ejecutar el Laudo del Tribunal Arbitral sin demora. *En cuanto a los Laudos internacionales son ejecutados por los tribunales nacionales en virtud de la Convención de Nueva York*¹²¹. Señala, que se aplica el reconocimiento y la ejecución de las Sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias.

¹²¹ CONVENCIÓN DE NUEVA YORK. Convención sobre reconocimiento y ejecución de las Sentencias Arbitrales y Extranjeras. El Perú es parte desde el 7 de Julio de 1988.

CAPITULO III

3. MARCO METODOLÓGICO

3.1 HIPÓTESIS

3.1.1 Hipótesis General

Si la administración pública está orientada a satisfacer el bien común. Entonces en la Municipalidad Distrital de Ilabaya los actos administrativos influyen significativamente en los procesos arbitrales.

3.1.2 Hipótesis Específica

- a) Si la administración pública comprende eficacia y eficiencia en la toma de decisiones, entonces en la Municipalidad Distrital de Ilabaya los actos administrativos que generaron procesos arbitrales son inadecuados.
- b) Si la administración pública vislumbra aplicar las disposiciones necesarias para satisfacer el interés público, entonces los procesos arbitrales en la Municipalidad Distrital de Ilabaya son desfavorables.

3.2 VARIABLE

3.2.1. Variable Independiente

Actos Administrativos

3.2.1.1 Indicadores

- 3.2.1.1.1** Cumplimiento de deberes funcionales
- 3.2.1.1.2** Procedimientos administrativos
- 3.2.1.1.3** Capacitación en contratación pública
- 3.2.1.1.4** Solicitud de ampliación del plazo
- 3.2.1.1.5** Apercebimiento para resolver contratos

3.2.1.2. Escala de Medición

Cualitativo

3.2.2. Variable Dependiente

Procesos Arbitrales

3.2.2.1 Indicadores

3.2.2.1.1 Convenios arbitrales

3.2.2.1.2 Desarrollo de procesos arbitrales

3.2.2.1.3 Cantidad de procesos arbitrales

3.2.2.1.4 Monto económico en controversia

3.2.2.1.5 Laudos Arbitrales.

3.2.2.3 Escala para la medición

Cualitativo

3.3 TIPO DE INVESTIGACIÓN

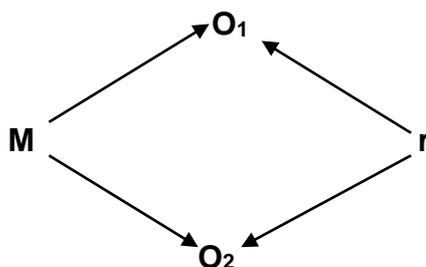
La presente Tesis se vale fundamentalmente de los métodos, exegético y dogmático de carácter evaluativo en los diferentes documentos públicos que obran en la Municipalidad Distrital de Ilabaya. Asimismo resulta fundamental no perder de vista el método científico, la jurisprudencia y la doctrina, razón por la cual hemos recurrido a la consulta de más de una diversidad de leyes, reglamentos y normas que orientan la administración pública.

En suma, el presente trabajo pretende abordar todos los aspectos que se relacionan con la figura de los actos administrativos y los procesos arbitrales y ofrecer elementos de juicio que permitan comprender, y en algunos casos mejorar, la importante labor que deben cumplir los funcionario y servidores de las Entidades Públicas.

3.4 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El diseño de investigación es no experimental, documental retrospectivo.

Siendo el diseño gráfico el siguiente:



M = Muestra.

O₁ = Observación de la variable Independiente.

O₂ = Observación de la variable Dependiente.

R = Relación de variables.

3.5 ÁMBITO DE ESTUDIO

La presente investigación se realizó en la Municipalidad Distrital de Ilabaya, específicamente en la Gerencia de Asesoría Legal y la Oficina de Procuraduría Pública de dicha Entidad, para obtener mayor información se procedió a la evaluación de los documentos pertinentes.

3.6 TIEMPO SOCIAL

La información obtenida de las diversas carpetas y archivos que se encuentran en dicha Entidad, corresponde al tiempo social periodo 2010 – 2013.

3.7 POBLACIÓN Y MUESTRA

3.7.1 Unidad de Estudio

La unidad de estudio es la Municipalidad Distrital de Ilabaya, teniendo su percepción en las variables: Actos Administrativos y Procesos Arbitrales.

3.7.2 Población

La población objeto de estudio está constituida por la Cantidad de Procesos Arbitrales que se han generado en el periodo 2010 – 2013 en la Municipalidad Distrital de Ilabaya.

Los cuales se han tramitado en diversos Tribunales Arbitrales con sede en la Ciudad de Lima, los mismos que integran la cantidad de 07 Procesos Arbitrales considerado el (100%), el cual se encuentran en la Oficina de Procuraduría Pública de la Entidad.

POBLACIÓN	%
1) Proceso Arbitral, Empresa C&C Operador Integral de Construcciones SAC con la Municipalidad Distrital de Ilabaya.	07
2) Proceso Arbitral, Consorcio Vial Camiara con Municipalidad Distrital de Ilabaya.	
3) Proceso Arbitral, Consorcio Río Ilabaya con Municipalidad Distrital de Ilabaya.	
4) Proceso Arbitral, Sistemas y Riego con Municipalidad Distrital de Ilabaya.	
5) Proceso Arbitral, Sistemas y Riego con Municipalidad Distrital de Ilabaya.	
6) Proceso Arbitral, Sistemas y Riego con Municipalidad Distrital de Ilabaya.	
7) Proceso Arbitral, Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A.C. OIST con Municipalidad Distrital de Ilabaya.	
TOTAL	100 %

Tabla N° 01 - Distribución de la Población de Procesos Arbitrales

Fuente : Elaboración Propia.

3.7.2.1 Factores de inclusión

- a) Documentos públicos correspondientes a procesos arbitrales como, (Cartas, Informes Técnicos) que obran en la Oficina de Procuraduría Pública Municipal.
- b) Resoluciones e Informes Técnicos Legales que tienen calidad de cosa decidida en aspectos administrativos, que tengan relación directa con procesos arbitrales.

3.7.2.2 Factores de Exclusión

- a) Documentos públicos no pertinentes que obran en la Oficina de Procuraduría Pública Municipal.
- b) Documentos públicos no pertinentes que obran en otras dependencias de la Municipalidad Distrital de Ilabaya.
- c) Resoluciones e Informes de diversas áreas que son de trámite administrativo.

3.8 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

3.8.1 Técnicas

Se utilizará Observaciones, es una técnica que consiste en observar y evaluar los diversos documentos existentes y registrarlas en las fichas de observación de acuerdo a los indicadores sugeridos.

3.8.2 Instrumentos

Ficha de Observación Documental, es un elemento fundamental para la presente investigación, en ella se apoya la tesis para obtener mayor números de datos del acervo documentario constituido en las Municipalidad Distrital de Ilabaya.

CAPÍTULO IV

4. LOS RESULTADOS

4.1 DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO

Después de recolectar la información a través de la técnica (Ficha de Observación Documental), apoyada en indicadores conformado por (76) ítems, es decir la observación consistió en la valoración de diversos documentos públicos, para luego procederse a la interpretación y análisis de cada indicador, para dar cumplimiento al desarrollo de los objetivos diseñados en la presente investigación.

La evaluación y/o revisión de los acervos documentarios se realizó, en la Gerencia Municipal, Gerencia de Asesoría Legal y la Oficina de Procuraduría Pública de la Municipalidad Distrital de Ilabaya, procurándose observar la mayor cantidad de documentos que nos llevaron a determinar las razones y/o motivos por las cuales se originaron el inicio de los procesos arbitrales, solicitados por la empresa contratistas durante la ejecución de diversas obras públicas, detallados en la ficha de observación.

Por otro lado aunque desde un principio no se decidió establecer el tipo de actos administrativos que se requería evaluar, y conforme al pormenorizado análisis de los documentos que obran en los archivos de cada proceso arbitral, se determinó que solo se requería examinar los actos administrativos que originaron las diversas controversias entre la Entidad y las empresas contratistas.

Sin embargo cabe resaltar, que la cantidad de procesos arbitral es ínfimo, pero los montos controvertidos por cada proceso arbitral son exorbitantes los cuales evidentemente vienen causando un gran perjuicio a los pobladores del Distrito de Ilabaya.

1.2 DISEÑO DE LA PRESENTACION DE RESULTADOS

Después de haber utilizado la Ficha de Observación podemos organizar la información y el resultado de esta investigación a través de diez (10) indicadores en total los cuales determinan un valor en porcentaje por cada uno conforme a la escala de medición; Entonces en este tipo de instrumento (ficha) se registró una descripción detallada del fenómeno estudiado es decir el lugar, los tipos de documentos emitidos y utilizados por determinados funcionarios y servidores públicos que laboraron en dicha Entidad, la presentación de los resultados en función a porcentajes y gráficos es clara y precisa destacando los aspectos más significativos de las variables independiente y dependiente de la presente investigación.

Asimismo el universo sobre el que se trabaja la cantidad poblacional y/o ítems que componen la ficha de observación, corresponden a los actos administrativos que generaron procesos arbitrales en contra de la Municipalidad Distrital de Ilabaya, toda esta información se encuentran ubicados en la Gerencia Municipal, Gerencia de Asesoría Legal y Oficina de Procuraduría de la Entidad.

Y a través de estos resultados, se pretende comparar si efectivamente los funcionarios y servidores públicos de dicha institución cumplieron sus funciones cautelando los intereses de la Entidad, *contrario sensu* determinados actos administrativos inadecuados generaron procesos arbitrales en contra de la Entidad los cuales evidentemente son desfavorables para la población del Distrito de Ilabaya, ello en razón de que determinadas obras públicas no se concluyen en su totalidad y que además vienen causando perjuicios económicos graves, lo que evidencia que los procesos arbitrales sean desfavorables para dicha Entidad pública.

1.3 PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS

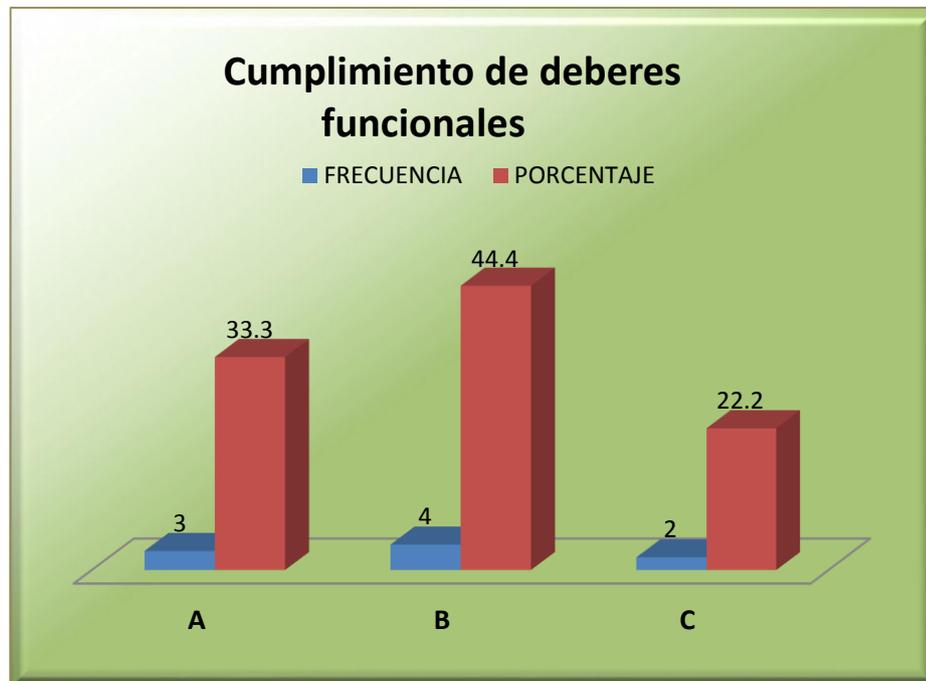


FIGURA N° 05 – Cumplimiento de Deberes Funcionales

FUENTE: Elaboración Propia. Ficha de observación

Análisis: En el presente cuadro observamos que, el 44.4% equivale a la escala CUMPLIÓ PARCIALMENTE y el 33.3% equivale a la escala NO CUMPLIÓ; Esto significa que los funcionarios y servidores públicos que laboraron en las gerencias pertinentes no cumplieron sus funciones en armonía con la Ley.

Interpretación: Esto evidencia que por falta organización, coordinación entre los funcionarios y servidores públicos de la Entidad, no cumplieron determinadas funciones en salvaguarda de los intereses del Estado.



GRÁFICO N° 06 – Procedimientos Administrativos

FUENTE: Elaboración Propia. Ficha de observación

Análisis: En el presente cuadro observamos que, el 71.4% equivale a la escala NO CUMPLIÓ y el 14.3% equivale a la escala CUMPLIÓ TOTALMENTE; Esto significa que los funcionarios y servidores públicos no cumplieron los procedimientos establecidos en las normas respecto a emitir actos administrativos con eficiencia y oportunidad.

Interpretación: Esto implica que por falta de eficacia, oportunidad y capacidad en las decisiones, originaron procesos arbitrales en contra de la Municipalidad Distrital de Ilabaya.

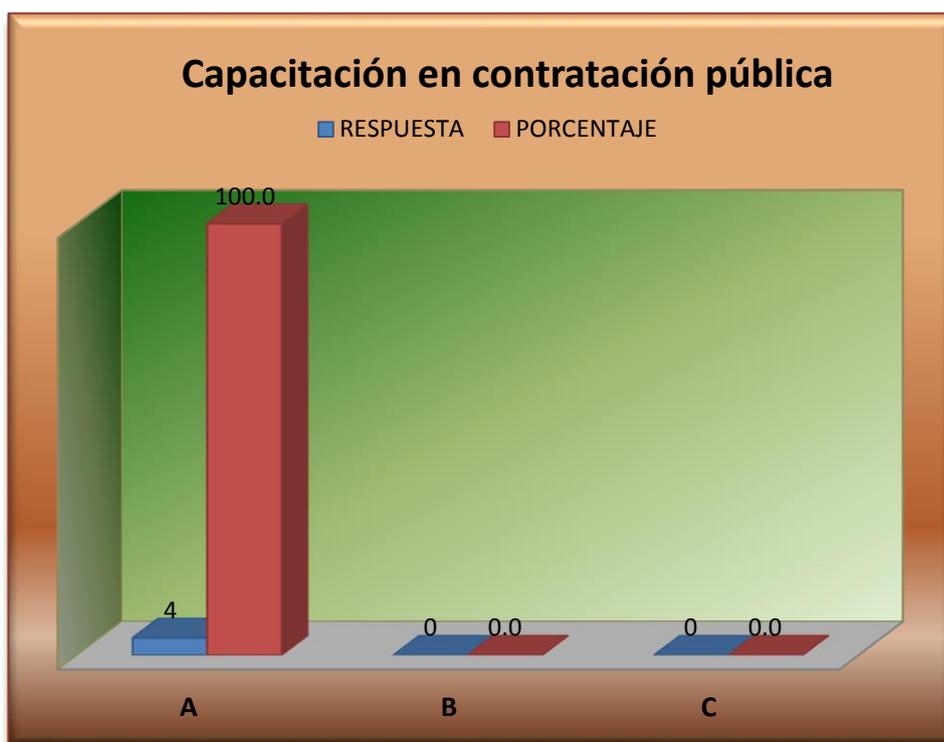


FIGURA N° 07 – Capacitación en Contratación Pública

FUENTE: Elaboración Propia. Ficha de observación

Análisis: En el presente cuadro observamos que, el 100% equivale a la escala NO CUMPLIÓ; Esto significa que los funcionarios y servidores públicos de las Gerencias Pertinentes no han sido capacitados por parte de la Municipalidad Distrital de Ilabaya.

Interpretación: Esto evidencia que los funcionarios de la Entidad no contaban con la capacidad idónea, para efectos de tomar las mejores decisiones y en los momentos oportunos y sean favorables para la Entidad.

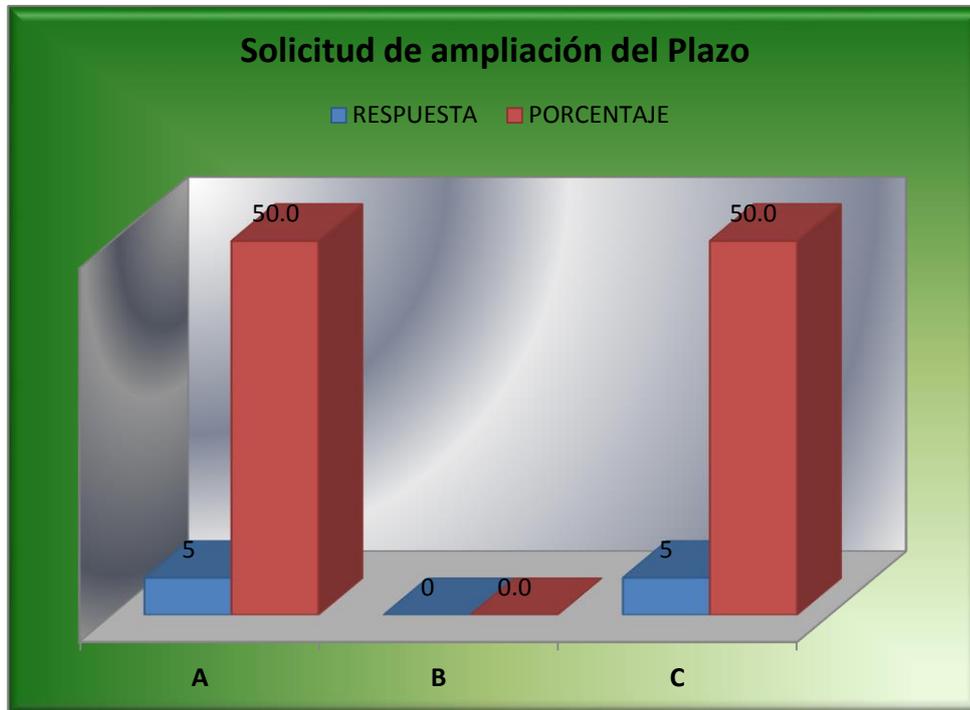


FIGURA N° 08 – Solicitud de Ampliación del Plazo

FUENTE: Elaboración Propia. Ficha de observación

Análisis: En el presente cuadro observamos que, el 50.0% equivale a la escala CUMPLIÓ TOTALMENTE y el otro 50.0% equivale a la escala NO CUMPLIÓ; Esto significa que las Empresas Contratistas solicitaron diversas Ampliaciones del Plazo y se emitieron resoluciones de contrato por motivos diversos.

Interpretación: Esto evidencia que las empresas Contratistas evocaron diferentes pretensiones; en el que la Entidad está obligada a admitir y/o desestimar fundamentando sus decisiones de acuerdo a ley.

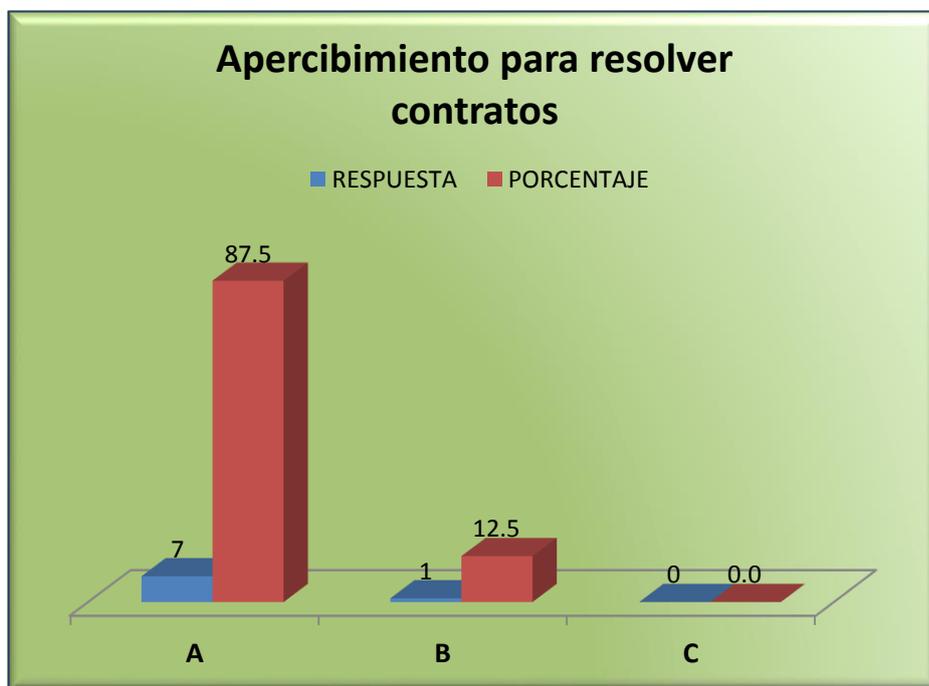
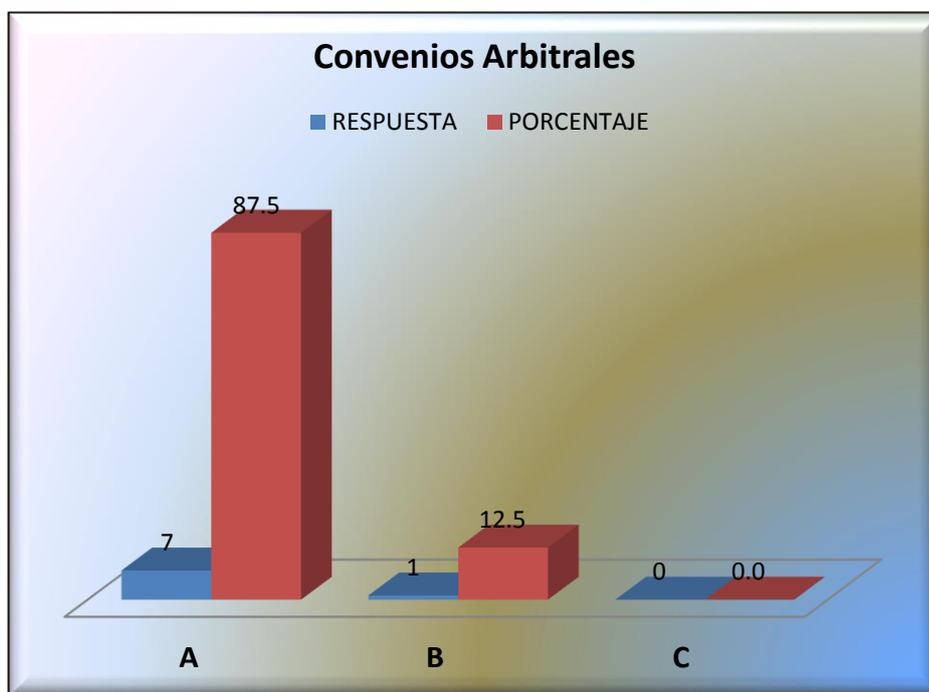


FIGURA N° 09 – Apercibimiento para Resolver Contratos.

FUENTE: Elaboración Propia. Ficha de observación

Análisis: En el presente cuadro observamos que, el 87.5% equivale a la escala NO CUMPLIÓ y el 12.5% equivale a la escala CUMPLIÓ PARCIALMENTE; Esto significa que los apercibimientos realizados por la Entidad para resolver de contratos a las empresas contratistas, no estuvieron fundamentados de acuerdo a la norma pertinente.

Interpretación: Esto evidencia que dichos actos administrativos que generaron proceso arbitrales son inadecuados y desfavorables para la Municipalidad Distrital de Ilabaya.



FOGURA N° 10 – Convenio Arbitral

FUENTE: Elaboración Propia. Ficha de observación

Análisis: En el presente cuadro observamos que, el 87.5% equivale a la escala NO CUMPLIÓ y el 12.5% equivale a la escala CUMPLIÓ PARCIALMENTE; Esto evidencia que en la cláusula arbitral de los contratos no se ha determinado el lugar donde se desarrollará el arbitraje entre las partes.

Interpretación: Esto significa que en los contratos de obra existe una cláusula de convenio arbitral, en el cual no se precisó el lugar y/o jurisdicción donde y se desarrollará el arbitraje, en el caso de existir controversias durante la ejecución de diversas obras de la Municipalidad Distrital de Ilabaya.

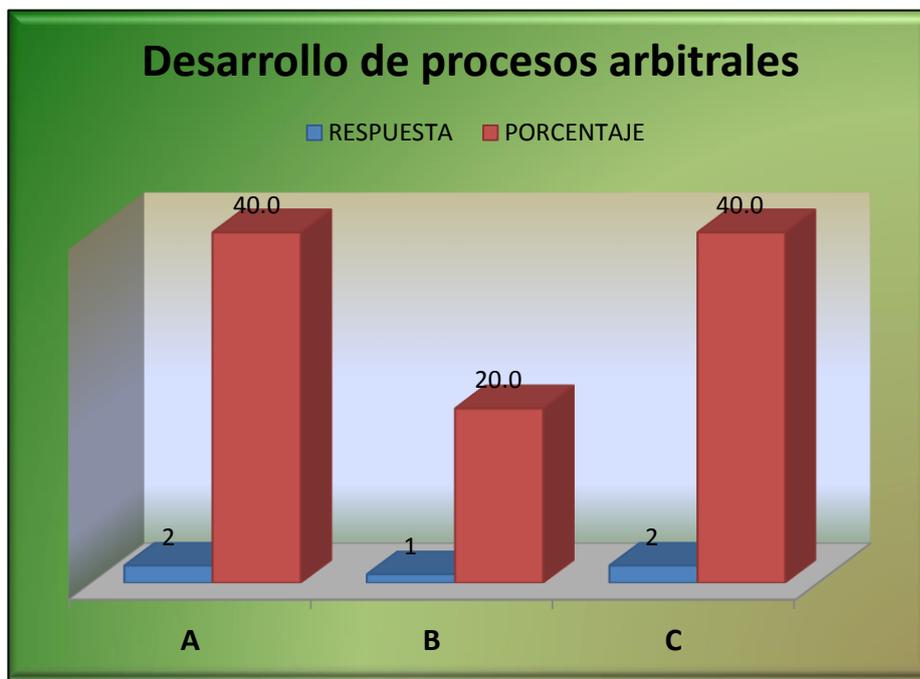


FIGURA N° 11 – Desarrollo de procesos arbitrales

FUENTE: Elaboración Propia. Ficha de observación

Análisis: En el presente cuadro observamos que, el 40.0% equivale a la escala NO CUMPLIÓ y el otro 40.0% equivale a la escala CUMPLIÓ TOTALMENTE; Esto evidencia que no se determinó el lugar donde se desarrollará los procesos arbitrales y que finalmente fueron llevados en la sede del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado - OSCE conforme a Ley.

Interpretación: Esto significa que por falta de definición del lugar mejor conveniente para las partes, se llevó a cabo dichos procesos arbitrales en la sede del OSCE.

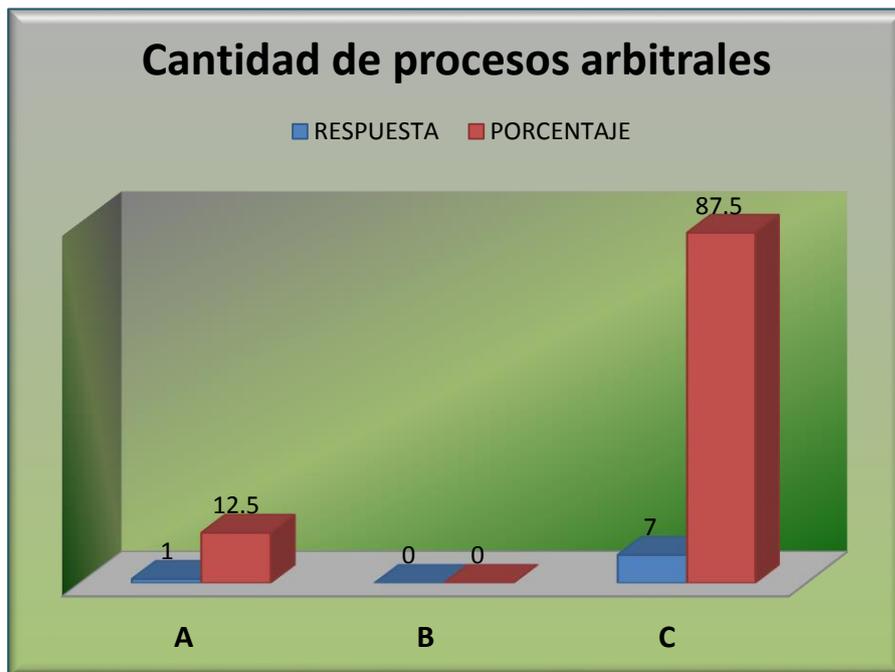


FIGURA N° 12 – Cantidad de procesos arbitrales

FUENTE: Elaboración Propia. Ficha de Observación

Análisis: En el presente cuadro observamos que, el 87.5% equivale a la escala CUMPLIÓ TOTALMENTE y el 12.5 equivale a la escala NO CUMPLIÓ, Esto evidencia que el inicio de los procesos arbitrales fueron realizados por las Empresas Contratistas por Actos Administrativos inadecuados por parte de la Entidad.

Interpretación: Esto significa que por los inadecuados Actos Administrativos realizados por funcionarios de la Entidad, originaron el inicio de procesos arbitrales en contra de la Municipalidad Distrital de Ilabaya.

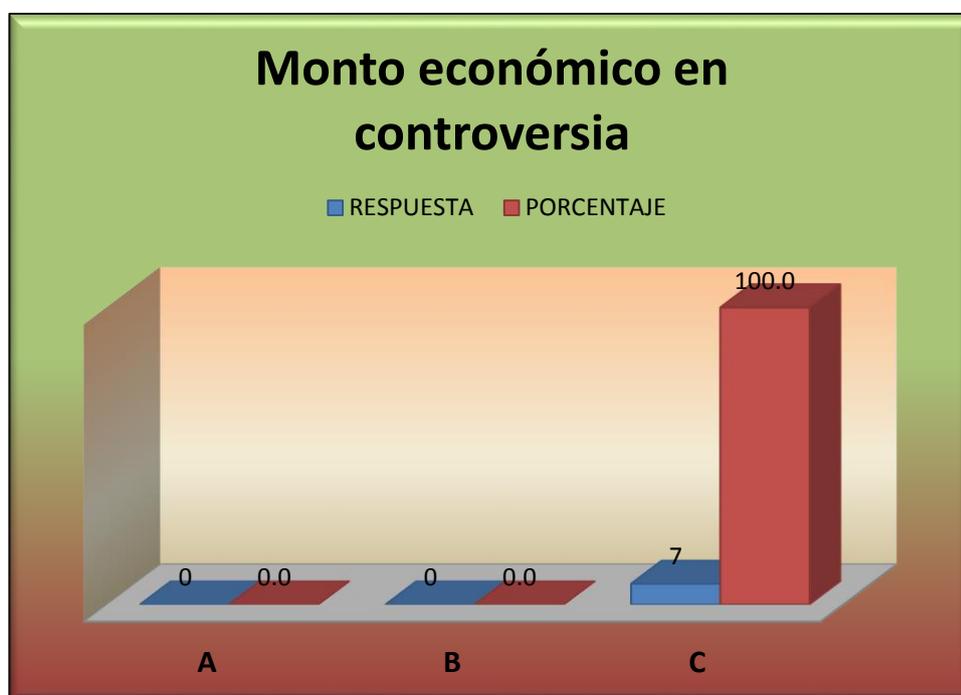


FIGURA N° 13 – Monto económico en controversia

FUENTE: Elaboración Propia. Ficha de observación

Análisis: En el presente cuadro observamos que, el 100.0% equivale a la escala CUMPLIÓ TOTALMENTE; Esto significa que los procesos arbitrales iniciados por las Empresas Contratistas por actos administrativos inadecuados asciende a la suma total de S/. 14'038,218.28 (Catorce Millones Treinta y Ocho Mil Doscientos Dieciocho con 28/100 Nuevos Soles).

Interpretación: Esto evidencia que los procesos arbitrales que se vienen tramitando en diversos tribunales por montos exorbitantes, son desfavorables y causan perjuicio económico a la Municipalidad Distrital de Ilabaya.

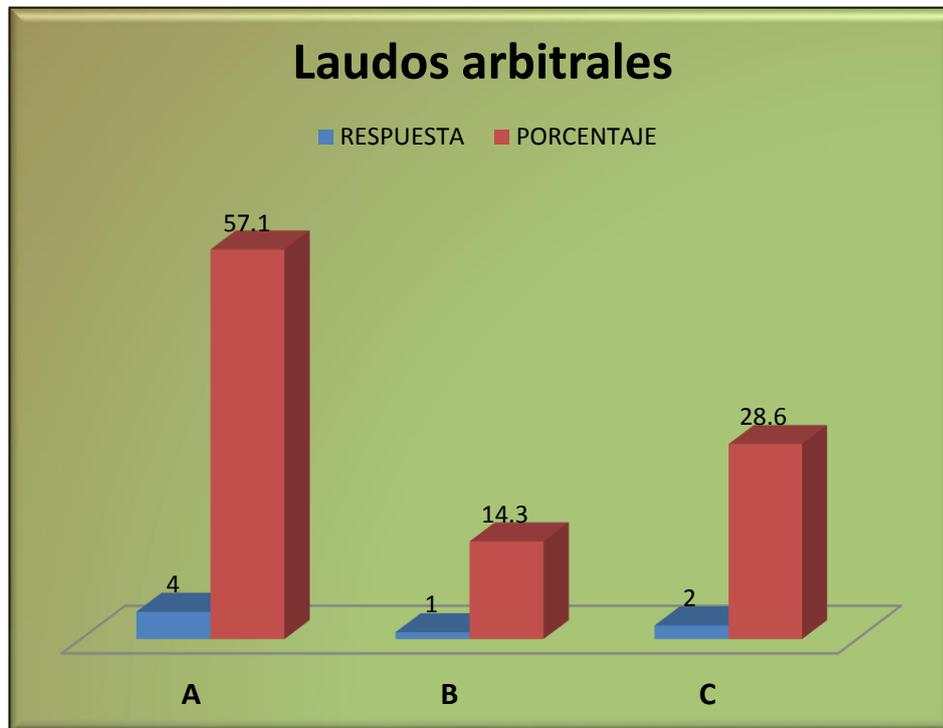


FIGURA N° 14 – Laudos arbitrales

FUENTE: Elaboración Propia. Ficha de observación

Análisis: En el presente cuadro observamos que, el 57.1% equivale a la escala NO CUMPLIÓ y el otro 14.3% equivale a la escala CUMPLIÓ TOTALMENTE; Esto evidencia la existencia de (02) Laudos Arbitrales en Contra de la Entidad, el cual no se encuentran consentidos, en razón que la Entidad interpuso Demandas de Anulación del Laudo Arbitral ante el Poder Judicial.

Interpretación: Esto significa que diversos Actos Administrativos inadecuados originaron el inicio de procesos arbitrales que generaron Laudos Arbitrales en contra de la Municipalidad Distrital de Ilabaya.

4.4 COMPROBACION DE HIPÓTESIS

Con el objeto de comprobar las hipótesis establecida en la presente investigación se empleó un Análisis Cualitativo y teniendo como indicador para distribuciones no paramétricas, en este caso usamos el Coeficiente Correlación de Spearman, que es el método útil para probar la hipótesis relacionada con los actos administrativos que generaron procesos arbitrales, de acuerdo a una escala de medición con (3) tres alternativas y un conjunto de indicadores observados a través de ítems demostrativos.

Para probar la hipótesis específica a), se consideró como variable independiente (actos administrativos), que está conformada por varios indicadores como: cumplimiento de deberes funcionales, procedimientos administrativos, capacitación en contratación pública, solicitud de ampliación del plazo, apercibimiento para resolver contratos, a los cuales mediante una escala de medición se les ha cuantificado con el siguiente puntaje:

ESCALA DE MEDICIÓN		PUNTAJE
A	No cumplió	1
B	Cumplió parcialmente	2
C	Cumplió totalmente	3

Con esta transformación los indicadores se logran cuantificar, por lo tanto considerando el puntaje mínimo y máximo de cada variable se tiene treinta y ocho (38) observaciones, si todos los documentos observados no cumplen las normas de administración pública se tiene 38 puntos y si todos cumplieron totalmente se tiene 114 puntos, entonces en total se tendría 152 puntos lo que equivale el 100% por ciento.

4.4.1 Hipótesis específica (a):

H₀: Si la administración pública comprende eficacia y eficiencia en la toma de decisiones, entonces en la Municipalidad Distrital de Ilabaya los actos administrativos que generaron procesos arbitrales son adecuados, si el puntaje total obtenido en la variable independiente es mayor que 76 puntos equivalente al 50%.

H₁: Si la administración pública comprenden eficacia y eficiencia en la toma de decisiones, entonces en la Municipalidad Distrital de Ilabaya los actos administrativos que generaron procesos arbitrales son inadecuados, si el puntaje obtenido en la variable independiente es menor que 76 puntos equivalente al 50%.

Del puntaje total obtenido de la variable independiente en la ficha de observación documental se obtiene 60 puntos equivalente a 39.47%, lo cual indica que es menor al 50% del promedio total obtenido, luego se concluye que los actos administrativos que generaron procesos arbitrales son inadecuados.

Para probar la hipótesis específica b), se consideró como variable dependiente (procesos arbitrales) que está conformada por indicadores como: convenios arbitrales, desarrollo de procesos arbitrales, cantidad de procesos arbitrales, monto económico en controversia, laudos arbitrales, a los cuales mediante una escala de medición se les ha cuantificado con el siguiente puntaje:

ESCALA DE MEDICIÓN		PUNTAJE
A	No cumplió	1
B	Cumplió parcialmente	2
C	Cumplió totalmente	3

Con esta transformación los indicadores se logran cuantificar, por lo tanto considerando el puntaje mínimo y máximo de cada variable se tiene treinta y ocho (38) observaciones, si todos los documentos observados no cumplen las normas de administración pública se tiene 38 puntos y si todos cumplieron totalmente se tiene 114 puntos, entonces en total se tendría 152 puntos lo que equivale el 100% por ciento.

4.4.2. Hipótesis específica (b):

H₀: Si la administración pública vislumbra aplicar las disposiciones necesarias para satisfacer el interés público, entonces **los** procesos arbitrales en la Municipalidad Distrital de Ilabaya son favorables, si el puntaje total obtenido en la variable dependiente es mayor que 76 puntos, equivalente al 50%.

H₁: Si la administración pública vislumbra aplicar las disposiciones necesarias para satisfacer el interés público, entonces **los** procesos arbitrales en la Municipalidad Distrital de Ilabaya son desfavorables, si el puntaje obtenido en la variable dependiente es menor igual que 76 puntos, equivalente al 50%.

Del puntaje total obtenido de la variable dependiente en la ficha de observación documental se obtiene 69 puntos equivalente a 45.39%, lo cual indica que es menor al 50% del promedio total obtenido, luego se concluye que los procesos arbitrales en la Municipalidad Distrital de Ilabaya son desfavorables.

4.4.3. Hipótesis General:

Si la administración pública está orientada a satisfacer el bien común. Entonces en la Municipalidad Distrital de Ilabaya los actos administrativos influyen significativamente en los procesos arbitrales.

Para probar esta hipótesis, tomamos como referencia la Correlación Ordinal de Spearman solamente con fines de comparación.

	Procesos Arbitrales	Actos Administrativos
Procesos Arbitrales	1	0.57
		(5)
		0.1096
Actos Administrativos	0.57	1
	(5)	
	0.1096	

Tabla N° 02 – Correlación Ordinal de Spearman

Fuente: Elaboración propia

Esta tabla muestra las correlaciones por rango de Spearman, entre cada par variables. El de estos coeficientes de correlación va de -1 a +1, y miden la fuerza de la asociación entre las variables. Los coeficientes de Spearman se calculan a partir del orden (ranks) de los datos, más que de sus valores mismos. En consecuencia, son menos sensibles a valores aberrantes (outliers) que los coeficientes de Pearson.

Dado que el Coeficiente Spearman no es significativo, lo que nos indica que no hay correlación imperativa que satisfaga el bien común entre la variable independiente actos administrativos y la variable dependiente procesos arbitrales en la Municipalidad Distrital de Ilabaya, con lo cual queda probado la hipótesis general.

CAPITULO V

1.1 CONCLUSIONES

Primero. Los actos administrativos que generaron procesos arbitrales en la Municipalidad Distrital de Ilabaya son inadecuados con un nivel de seguridad del 95%, teniendo en consideración que la administración pública comprende eficacia y eficiencia en las tomas de decisiones.

Segundo. Los procesos arbitrales en la Municipalidad Distrital de Ilabaya son desfavorables con un nivel de seguridad del 95%, teniéndose presente que la administración pública vislumbra aplicar las disposiciones necesarias para satisfacer el bien común, y que los funcionarios públicos de la Entidad que originaron diversos actos administrativos no influyeron favorablemente en salvaguarda de los intereses de la Entidad.

Tercero. La presente Tesis no ha tenido la intención de agotar el estudio de todos los actos administrativos de la Entidad, solo se determinó los actos administrativos que influyeron en el inicio de diversos procesos arbitrales en contra del Estado representado por la Municipalidad Distrital de Ilabaya.

Cuarto. Se analizó los actos administrativos que intervinieron en la generación de procesos arbitrales los cuales no armonizan con la norma de la administración pública, lo que confirma que determinadas actuaciones de los funcionarios son desacertados, cuando se pronuncian u omiten pronunciarse en cumplimiento de sus funciones.

Quinto. Se determinó que los funcionarios públicos designados emitieron actos administrativos “de manera arbitraria y/o desacertada”, por desconocimiento de la Ley de Contrataciones del Estado vulnerando derechos de las Empresas Contratistas, lo que originó que se dé inicio a diversos procesos arbitrales en contra de la Entidad.

Sexto. Asimismo se concluye que, en los procesos arbitrales es un requisito sine qua non **la voluntad de las partes**, entonces cuando la Municipalidad Distrital de Ilabaya pacta un convenio arbitral en los contratos de ejecuciones de obras y servicios públicos, se debe convenir las reglas más beneficiosas para la Entidad.

Séptimo. Finalmente se concluye, que el 30% de procesos arbitrales en contra de la Municipalidad Distrital de Ilabaya, ha sido premeditados por parte de las empresas contratistas induciendo a “error” a los funcionarios públicos, que por diversas razones burocráticas y/o desconocimiento omiten pronunciarse dentro de los plazos establecidos en la Ley de Contrataciones o se pronuncian con actos administrativos en perjuicio de la Entidad a la que representan.

1.2 SUGERENCIAS

Primero. Que, los funcionarios y servidores públicos sean capacitados según sus especialidades antes de asumir un cargo público, con la finalidad de tener pleno conocimiento respecto a la administración pública y sus normas pertinentes y de esta manera puedan emitir actos administrativos adecuados en salvaguarda de los intereses de la Municipalidad Distrital de Ilabaya.

- Segundo.** La Entidad pública debe crear una Unidad y/o Oficina a fin de que administren sus contratos de obras y servicios públicos, para ello se debe designar profesionales conformados por Ingenieros, Abogados especialistas y que estén altamente capacitados y con la suficiente experiencia en la administración pública y Contrataciones, Adquisiciones del Estado.
- Tercero.** En los contratos de obras y servicios públicos en la Municipalidad Distrital de Ilabaya, en la Cláusula Arbitral determinen como jurisdicción donde ejecuta la obra pública, a fin de que en futuras controversias durante las ejecuciones de contratos, **el arbitraje se desarrolle en el lugar de los hechos** y no ante el Organismo de Contrataciones del Estado que tienen como cede la ciudad de Lima.
- Cuarto.** Finalmente en los Convenios Arbitrales, se determine que los procesos arbitrales sean llevados a través de instituciones arbitrales debidamente registrados ante el Ministerio de Justicia MINJUS, como la cámara de comercio de Tacna, a efectos de que se realice un arbitraje transparente y designen árbitros honorables e incorruptibles y obtener un Laudo arbitral de acuerdo a Ley.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez P. A. (2010). *“Arbitraje AD HOC en las Contrataciones del Estado”*, Manual Pub. Lima: Editora Instituto Pacífico.
- Ávila H. L. (2006). *“Introducción a la metodología de la investigación”*. Edición electrónica. Texto completo en www.eumed.net/libros/2006c/203/, recuperado 16, de Febrero del 2015.
- ABRUÑA y B. (2008). *“Análisis a la Ley 27444 de Procedimiento Administrativo General”* Lima: Revista Peruana de Derecho – Universidad de Piura: Pub. Editora GRIJLEY.
- Álvarez P. A. (2010). *“El Laudo Arbitral”, Acumulación de Pretensiones*, Pub. Lima: Editora Instituto Pacífico, P. 161 Ss.
- Bunge, M. (1973). *“La investigación científica”*, Editorial Ariel. Barcelona - www.eumed.net/libros-gratis/2007a/257/8.1.htm.com recuperado 24, de Noviembre del 2014.
- Baca, V. (2006). *“Ley N° 27444 – Mal llamada Nulidad de Pleno derecho”*, Lima: Revista Peruana de Jurisprudencia.
- Bartra Cavero M. (2006). *“El Silencio administrativo”*, Lima: Pub. Editora, Rodhas S.A.C.
- Barona, V. S. (2010), *“Derecho Jurisdiccional II 18º”*, Edición: Tirant Lo Blanch, Pg. 888, www.uv.es/uvweb/rectorat.com recuperado 25, de Agosto del 2014.
- Cantuarias, F. (2005), *“Anulación del Laudos Arbitrales por la causal de exceso en las Resoluciones”*, Lima: Editora, Ius Et Veritas.

- Castillo, Sabroso, (2009), “*Emisión de Laudos Arbitrales por haber laudado sobre materias no sometidas expresa o tácitamente a las decisiones de los árbitros*”, Lima: Ed. Palestra Editores.
- Castillo, M. (2007), El arbitraje en las distintas áreas del Derecho. Señala: “*el arbitraje también se ha visto notoriamente respaldado por el Art. 139° de la Constitución Política del Perú, 1993, cuando le reconoce una existencia jurídica de carácter jurisdiccional, de excepción a la jurisdicción unitaria y exclusiva del Estado*”. Lima: Editora Ius Et Veritas.
- Carrion Lugo, J. (2004), “*Tratado de Derecho Procesal Civil 2º Edición*”. Lima: Grijley. Tomo I.
- Cordero Arce, G. (2007), “*Cláusulas Arbitrales – Aspectos Prácticos*”, Revista de derecho (Valdivia), ver. <http://www.scielo.cl> recuperado 20. Agosto del año 2014.
- Ferrada Bórquez, J. (2012), “*Revisión de la Legalidad de Actos Administrativos*”, Revista de Derecho Valdivia, ver. <http://www.scielo.cl> recuperado 19. Agosto del año 2014.
- Gonzales de Cossio, C. (2007) “*Naturaleza Jurídica del Arbitraje*” definiciones del Arbitraje. México: Editorial Porrúa.
- García de Enterría, E. (2007), “*Definición de Actos Administrativos*” Comentarios a la conferencia Magistral – Actos Administrativos y Pretensión Procesal, www.casadellibro.com, Recuperado 15, de Abril del 2014.
- Gonzales de Cossio, C. (2008) “*El arbitraje en México*”, Editorial Porrúa, P. 14, www.gdca.com.mx. Recuperado 20, de Marzo del año 2014.
- Guzman Barron Sobrevilla, C. (2004) “*El arbitraje Comercial Internacional*”, en Ius Inter Gentes, Revista de Derecho Internacional N° 01. Pg. 48.
- Ledesma Narvaez, M. (2008), “*Un conflicto conciliado, una visión jurídica de los elementos sustantivos*”, Lima: Biblioteca del Código de abogados P. 80.

- Lorca Navarrete, A. (2002), “*El Derecho de arbitraje es derecho procesal*”, En revista vasca de derecho procesal y arbitraje, Tomo XIV. Pp. 627-631.
- Ledesma Narvaes, M. (2009), “*Jurisdicción y Arbitraje*”, Lima: Fondo editorial de la Pontificia Católica del Perú.
- Moron Urbina, J. (2007) “*Derecho y Sociedad*”, Lima: Editora Gaceta Jurídica P. 57-84.
- Medina Casas, H. (2008), “*Las partes en el arbitraje*” Revista del Centro Internacional de arreglo de Diferencias – CIADI.
- Moron Urbina, J. (2011), “*Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos*”, Lima: Edición Gaceta Jurídica, Pg. 579 y S.
- Mendoza M. (2007), “*Conflictos entre derechos fundamentales, Expresión Información y Honor*” Lima: Ed. Palestra.
- Merino Merchan, J. (2006), “*Tratado de Derecho Arbitral*”, Revista Internacional, tercera edición Navarra.
- Panduro Meza, L. (2011), “*Aplicabilidad de las instituciones procesales en el arbitraje*”, Tesis de Licenciatura en Derecho, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Pg. 76 Ss.
- Rubio Correa, M. (1999), “*Estudio de la Constitución Política del Perú de 1993*” Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Silva Irarrazaval, L. (2006), “*El control de la Constitucionalidad de los Actos Administrativos en Francia y el Control indirecto de la constitucionalidad de la Ley*”, ver: www.scielo.cl, recuperado 17. Julio del año 2014.

Tamayo, S. (2012), "*Derecho y Procedimiento Administrativo*", General, www.minjus.gob.pe/wp, recuperado 25, de Agosto del año 2014.

Vinces Arbulú, M. (2011), "*Reflexiones sobre nulidad de pleno derecho de los actos administrativos y su deformación en la Ley de Procedimiento Administrativo General*", Lima, Revista de Investigación Jurídica, Volumen II, Pg. 17.

Vidal Ramirez, F. (2009), "*Manual del derecho de arbitraje*", Lima: Editora Gaceta Jurídica, Pg. 166.

Zanobini, G. (2011), "*Definición de Actos administrativos*", Publicado en la Revista de Ciencia Jurídica N° 125 (117-144), P. 243.