

# Control judicial y tutela jurisdiccional en la contratación pública: el proceso contencioso administrativo frente a las decisiones del Tribunal de Contrataciones Públicas

Oscar Alejos Guzmán\*

**Resumen.** - Antes de la firma del contrato, las controversias se ventilan en sede administrativa ante un tribunal, cuyas decisiones son susceptibles de ser cuestionadas en la vía judicial. Las sanciones que se imponen por conductas vinculadas a la contratación pública también son materia de revisión judicial. En este artículo, analizo las particularidades del proceso contencioso administrativo en el que se revisan las decisiones mencionadas.

**Palabras clave.** - Contratación pública - Proceso contencioso administrativo - Revisión judicial - Jurisprudencia

**Abstract.** - Before the contract is signed, disputes are handled in administrative proceedings before a tribunal, whose decisions may be challenged through judicial review. Sanctions imposed for conduct related to public procurement are also subject to judicial review. In this article, I analyze the particular features of the administrative judicial process in which these decisions are reviewed.

**Keywords.** - Public procurement - Administrative litigation process - Judicial review - Case law

---

\* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresado de la Maestría en Derecho Administrativo y Regulación del Mercado por la Universidad de Piura. Asociado del Área de Derecho Administrativo y Contratación Pública en CMS Grau.

## **I. Introducción**

Es conocido que la contratación pública presenta particularidades suficientes para diferenciarla del régimen de la contratación privada. Incluso si nos referimos – como pretendo hacer en este artículo– exclusivamente a los llamados contratos de gestión patrimonial<sup>1</sup> o compras públicas<sup>2</sup>, apreciaremos que hay diferencias importantes, empezando por la norma aplicable. Los contratos de gestión patrimonial se rigen, desde hace varios años, por una ley especial que ha ido renovándose con el tiempo hasta la actual Ley 32069, Ley General de Contrataciones Públicas (LGCP). Si bien les aplica el Código Civil de forma supletoria, estos contratos se rigen por su normal especial, con reglas específicas para la etapa formativa y la ejecución contractual.

Entre las muchas particularidades que presenta el régimen jurídico de estos contratos públicos destaca el arbitraje obligatorio como mecanismo ordinario de solución de controversias durante la ejecución contractual. Sin entrar a discutir si ello es positivo o negativo, lo cierto es que es una realidad desde hace varios años; una realidad a la que los distintos operadores están acostumbrados.

En ese contexto, el arbitraje obligatorio para resolver las controversias que se suscitan en la ejecución de los contratos públicos ha relegado la atención que amerita el proceso contencioso administrativo como mecanismo de solución de las controversias que surgen en la etapa precontractual. De hecho, tanto se piensa en el arbitraje como la *vía ordinaria* que la idea de que intervenga un juez (como lo hace, por ejemplo, en el caso de medidas cautelares fuera del proceso arbitral) resulta extraña, por decir lo menos.

En ese sentido, se olvida que, antes de la firma del contrato, las controversias se ventilan en sede administrativa ante un tribunal especializado, cuyas decisiones son susceptibles de ser cuestionadas en la vía judicial. Vale notar desde ya que la existencia de una vía administrativa previa ante un tribunal especializado con dosis de independencia e imparcialidad tiene un efecto similar al arbitraje: nos hace olvidar que existe la vía judicial.

Por otro lado, las sanciones administrativas que se imponen por conductas desplegadas en la etapa de selección, durante la ejecución de contratos y hasta después de la ejecución, también son materia de revisión judicial. Aquí también interviene el mismo tribunal especializado imponiendo las sanciones que, posteriormente, pueden ser cuestionadas en un proceso judicial.

---

<sup>1</sup> BACA, V. (2014). El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el derecho peruano. *IUS ET VERITAS*, 24 (48), 270–297 pp. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11922>

<sup>2</sup> HUAPAYA, R. (2024). De nuevo sobre el contrato público en el ordenamiento jurídico peruano. Apuntes necesariamente iniciales. *X Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Asociación Peruana de Derecho Administrativo – Praxis, 561 – 594 pp.

En tal sentido, existen varias y variadas controversias judiciales vinculadas a temas contractuales, lo que amerita una mayor atención. Por ello, en este artículo, analizo los alcances y particularidades del proceso contencioso administrativo en el que se revisan las decisiones de la administración vinculadas a los contratos públicos.

## **II. Las controversias en contratación pública**

He adelantado ya los distintos tipos de controversias que surgen alrededor de los contratos públicos. Una línea divisoria útil puede ser trazada con la celebración del contrato. De hecho, es la misma línea que traza la LGCP en su título V. En efecto, este título se denomina “solución de controversias”; su primer capítulo está dedicado a la “solución de controversias previas al perfeccionamiento del contrato” y su segundo capítulo regula la “solución de controversias desde el perfeccionamiento del contrato”.

En ese sentido, la propia ley ha diferenciado entre las controversias precontractuales y aquellas que se suscitan desde la firma o perfeccionamiento del contrato. La división, como se aprecia, es exclusivamente de carácter temporal, marcada por un hito (el perfeccionamiento del contrato) que determina que se apliquen unas reglas u otras.

Ahora bien, es cierto que hay razones de fondo más profundas que justifican o explican dicha división. La celebración del contrato marca un hito de referencia porque es en dicho acuerdo que las partes deciden “voluntariamente” someterse al arbitraje para resolver sus controversias.

En esa línea, el artículo 83 de la LGCP establece el elenco de controversias que se resuelven mediante el arbitraje: todas las controversias sobre la validez, nulidad, interpretación, ejecución, terminación o eficacia del contrato se resuelven mediante arbitraje, salvo que lo contrario se halle expresamente previsto en la ley. Se excluyen solamente las controversias previstas en el artículo 76 de la misma norma, a saber, las referidas a enriquecimiento sin causa o indebido o pago de indemnizaciones o cualquier otra de similar naturaleza que se derive de la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas por parte de la Contraloría General de la República. En estos casos, el Poder Judicial asume la competencia.

No sucede lo mismo antes del perfeccionamiento del contrato. En esta etapa, aún no hay contratista ni acuerdo de voluntades; aquí solo tenemos a la administración contratante ejerciendo sus potestades en el procedimiento de selección, en donde distintos postores concurren para adjudicarse la buena pro. La inexistencia de un acuerdo de voluntades revela que tampoco hay convenio arbitral, por lo que resulta aplicable la jurisdicción ordinaria, es decir, el Poder Judicial, previo tránsito de la vía administrativa.

Expresamente, el artículo 72 de la LGCP delimita las controversias que se ventilan aquí: las discrepancias surgidas entre la entidad y los participantes o postores en

un procedimiento de selección, y las surgidas en los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los catálogos electrónicos de acuerdos marco<sup>3</sup>.

Ahora bien, como he señalado, antes de acudir a la vía judicial es necesario transitar por la vía administrativa<sup>4</sup>, la cual se activa mediante el recurso de apelación<sup>5</sup>. De acuerdo con el artículo 73 de la LGCP, este recurso se interpone solamente en tres oportunidades: ante el otorgamiento de la buena pro, ante la declaración de desierto o ante la publicación de los resultados de la adjudicación en los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los catálogos electrónicos de acuerdos marco. Cabe precisar que estos eventos determinan la *oportunidad* en la que se puede presentar el recurso, pero no la *causal*. Las causales son variadas y pueden hallarse en defectos que ocurren antes del otorgamiento de la buena pro, con excepción de los supuestos previstos en el artículo 303 del Reglamento de la LGCP.

Un aspecto sumamente negativo de este recurso es que se encuentra limitado por una carga económica considerable. Recogiendo los errores de las normas anteriores<sup>6</sup>, la LGCP continúa exigiendo una *garantía por interposición de recurso* que asciende al 3% de la cuantía del procedimiento de selección o del ítem que se decida impugnar. Cabe mencionar que la norma original optó por reducir el monto de la garantía al 0.5% de la cuantía; sin embargo, antes de que entrara en vigencia se decidió modificar la norma e incrementar la garantía al 3% que sigue rigiendo actualmente. Esta restricción constituye una medida excesiva no solo por atentar contra el derecho de defensa del administrado, sino porque, al restringir el acceso al recurso, restringe también el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva.

Otra particularidad importante de este recurso es el órgano competente. Dependiendo de la cuantía, puede ser la misma entidad o el Tribunal de Contrataciones Públicas del Organismo Especializado para las Contrataciones

---

<sup>3</sup> Desde otro punto de vista, cabe hablar de vicios precontractuales que eventualmente servirán para el cuestionamiento a nivel judicial. Sobre los vicios precontractuales, cfr. MORÓN, J. (2016). *La contratación estatal*. Lima: Gaceta Jurídica, 763-765 pp.

<sup>4</sup> Sobre el agotamiento de la vía, cfr. AGUILERA, Z. y SALAZAR, R. (2022). Agotamiento de la vía administrativa y su aplicación en procedimientos administrativos sancionadores de contratación pública. *Estudios sobre derecho administrativo*. Vol. II. A 20 años de la Ley del proceso contencioso administrativo. Dirigido por Eloy Espinosa-Saldaña. Lima: Derecho y Sociedad, 369-370 pp.

<sup>5</sup> BACA, V. (2016). La modificación del régimen jurídico de los contratos de gestión patrimonial en derecho peruano. *Derecho Administrativo: Hacia un Estado más confiable. Libro de ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: ECB Ediciones, 548 p. sostiene, con razón, que no estamos técnicamente ante un recurso de apelación, en tanto no es resuelto por el superior jerárquico de quien emitió la decisión impugnada; estamos, más bien, ante un recurso especial: "Por otro lado, sin ánimo de profundizar en esta materia, no es del todo adecuado llamar al recurso que se interpone ante el Tribunal de Contrataciones 'recurso de apelación', ya que éste no es el superior jerárquico del autor del acto impugnado. Sería más correcto denominarlo, como en Derecho español, 'recurso administrativo especial'".

<sup>6</sup> Para una crítica a esta exigencia y una propuesta alternativa, véase: ALEJOS, O. (2019). La garantía por interposición de recurso de apelación en la contratación pública. *Revista de Derecho Administrativo*, (18), 143-160 pp.

Públicas Eficientes (OECE)<sup>7</sup>. Como señala el artículo 12 de la LGCP, este tribunal tiene plena autonomía e independencia, y se enmarca en el listado amplio de tribunales administrativos que tenemos en el Perú y que cumplen funciones sumamente relevantes<sup>8</sup>, no solo para resolver controversias con un nivel de independencia y neutralidad mayor a los ordinarios, sino para evitar la litigiosidad a nivel judicial.

Ahora bien, en el caso particular de estas controversias precontractuales, existe una razón más por la cual la existencia de un tribunal administrativo se vuelve *casi necesaria*. La razón estriba en que, sin tribunal administrativo, probablemente no se activaría el mecanismo de solución de controversias.

Sucede que la interposición del recurso de apelación tiene la ventaja de que suspende el procedimiento de selección. En ese sentido, si apelo porque mi oferta fue descalificada, se suspende la firma del contrato con el postor ganador. Tiene sentido apelar porque si se gana, la victoria no sería pírrica: el apelante que gana podrá –si su oferta califica como la mejor– firmar el contrato.

En cambio, si no existiera un tribunal administrativo y las controversias tuvieran que ventilarse directamente ante el Poder Judicial, no habría suspensión automática (así lo dispone el artículo 317 del Reglamento de la LGCP), sino que se tendría que pedir una medida cautelar. Además, los plazos –tanto para obtener una tutela de fondo como una tutela cautelar– son más largos en el Poder Judicial. De ahí que, si la única vía fuese la judicial, probablemente no se plantearían muchos litigios, pero no por falta de controversia, sino por la inutilidad del proceso.

Pero como quiera que el litigio tiene su lado positivo (si el apelante tiene razón, no solo se beneficia él, sino también el Estado que consigue una mejor oferta, sea en términos de precio o calidad), no conviene apaciguar las controversias condenando a los postores a acudir directamente al Poder Judicial con todos sus bemoles. De ahí que se haya optado por una opción intermedia, en donde la vía judicial está siempre habilitada<sup>9</sup>, pero previo tránsito por una vía administrativa

---

<sup>7</sup> La norma anterior se refería al Tribunal de Contrataciones del Estado y al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

<sup>8</sup> Sobre los tribunales administrativos, cfr. DANÓS, J. (2022). La evolución de las garantías jurídicas de los administrados en el Perú. *Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo 2021*. Dirigido por Santiago Muñoz Machado y Ricardo Rivera Ortega. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 185 p.: “Son órganos que forman parte de la administración pública, integrados por profesionales que en el ejercicio de sus competencias son considerados funcionarios públicos que son designados, muchas veces en base a un concurso público de méritos, en virtud de su conocimiento especializado en las materias sectoriales específicas que son objeto de su competencia, que resuelven en forma colegiada, a los cuales se les otorga autonomía e independencia para que puedan evaluar con objetividad decisiones que han sido previamente adoptadas por otros órganos o entidades administrativas, sin perjuicio de que el que se considere afectado por la resolución del respectivo tribunal administrativo pueda cuestionarla mediante el respectivo proceso contencioso-administrativo ante el Poder Judicial”.

<sup>9</sup> Claro está que ello tiene sus propios problemas porque ya en sede judicial muy poco se puede hacer para revertir los efectos de una decisión del Tribunal vinculada, por ejemplo, a la adjudicación de un contrato. Con razón se ha señalado que “llevar el control a la competencia del

más útil en el corto plazo y más célere. Ello, sin perjuicio de dejar sentado que esta vía presenta sus propios problemas.

Finalmente, la mención al Tribunal me lleva al último tipo de controversia que puede luego llegar a la vía judicial. El artículo 16 de la LGCP regula las funciones del Tribunal, precisando que, además de resolver los recursos de apelación, impone sanciones a los participantes, postores, contratistas o subcontratistas. Este artículo se complementa con el artículo 88 de la misma norma que regula la potestad sancionadora del Tribunal<sup>10</sup>, destacando el elenco de sanciones que puede imponer: multa, inhabilitación temporal e inhabilitación definitiva; en todos los casos, previo procedimiento sancionador.

Frente a estas sanciones, cabe interponer la demanda contencioso-administrativa ante el Poder Judicial, conforme lo prevé el artículo 372 del Reglamento de la LGCP.

En suma, las controversias contractuales que acaecen desde el perfeccionamiento del contrato están reservadas para el arbitraje mandatorio, con exclusión de las pretensiones de enriquecimiento sin causa o indemnización que derivan de la falta de aprobación de adicionales o de su aprobación parcial.

Ello nos deja con dos tipos de controversia que, luego de transitar por la vía administrativa, arriban a la vía judicial mediante el proceso contencioso administrativo que es objeto del presente estudio<sup>11</sup>. En ambos casos, estamos ante decisiones emitidas por el Tribunal de Contrataciones Públicas. En primer lugar, tenemos las decisiones del Tribunal que se emiten para resolver controversias precontractuales (antes del perfeccionamiento del contrato), vinculadas a la adjudicación de buena pro, la declaración de desierto, la nulidad de la buena pro, entre otros. En segundo lugar, tenemos las decisiones del Tribunal en ejercicio de su potestad sancionadora, la misma que es transversal a todas las etapas del

---

Poder Judicial luego de agotada la vía administrativa nos enfrenta a una muy posible decisión extemporánea sobre la ilegalidad de lo actuado, nos pondría en el camino de controles exclusivamente represivos o indemnizatorios *a posteriori* del contrato ya celebrado” (MORÓN, J. (2022). *El recurso ante tribunales especiales en materia de contratación pública*. Valencia: Tirant lo blanch - PUCP, 133 p.).

<sup>10</sup> Sobre el régimen sancionador recientemente aprobado por la LGCP, véase: SHIMABUKURO, N. y ALEJOS, O. (2025). Análisis del régimen sancionador de la nueva Ley general de contrataciones públicas. *El régimen de contrataciones con el Estado. Una mirada hacia el futuro de su regulación*. Coordinado por Juan Carlos Morón. Lima: Themis, 108-130 pp. Para un análisis de dicho régimen sancionador y la incorporación de notas de regulación responsiva, cfr. ALEJOS, A. (2025). Regulación responsiva y contratación pública. *THEMIS Revista de Derecho*, (87), 63-83 pp.

<sup>11</sup> En el mismo sentido, HUAPAYA, R. (2025). El Tribunal de Contrataciones del Estado del Perú. Análisis de algunos aspectos fundamentales de su organización y su funcionamiento. *Las dimensiones de la responsabilidad en la contratación del Estado*. Editado por Juan Carlos Expósito y Sebastián Barreto. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 580 p.: “Interesa entonces tener en cuenta que los actos emitidos por el Tribunal, sea en la solución de recursos administrativos, o en materia sancionadora, son susceptibles de revisión judicial vía el proceso contencioso administrativo, regulado por la Ley 27584”.

contrato (en la medida que hay infracciones antes, durante o hasta después de culminado el contrato).

### **III. El proceso contencioso administrativo como mecanismo de solución de controversias vinculadas a contratos públicos**

En este apartado me centraré en el proceso contencioso administrativo que se sigue para resolver las controversias antes mencionadas, derivadas de decisiones emitidas por el Tribunal de Contrataciones Públicas: (i) aquellas que provienen de controversias precontractuales; y, (ii) aquellas que surgen del ejercicio de la potestad sancionadora.

Por razones de espacio, me centraré solamente en algunos aspectos del proceso contencioso administrativo que estimo interesantes porque revelan particularidades propias de las controversias de contratación pública.

#### **i. El proceso contencioso administrativo como mecanismo de control y tutela jurisdiccional efectiva**

En primer lugar, es importante recordar que el proceso contencioso administrativo, según las coordenadas del Texto Único Ordenado de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo (“TUO de la LPCA”), tiene por finalidad tanto el control de la administración como la efectiva tutela de los derechos de los administrados.

Ambas finalidades son perfectamente conciliables y deben ser tomadas en cuenta al momento de interpretar los alcances de la ley. En un proceso contencioso administrativo seguido por temas de contratación pública (controversias precontractuales o sanciones), ambas finalidades se revelan particularmente importantes y coincidentes.

El control es esencial si nos centramos en la actividad contractual de la administración pública; más si nos enfocamos en la actividad precontractual. En la etapa precontractual, tenemos a la administración contratante tomando decisiones en procedimientos de selección competitivos<sup>12</sup>. El interés público subyacente es evidente al constatar que la administración, mediante la adjudicación, decide quién –entre varios postores– va a ser su contratista, es decir, su colaborador<sup>13</sup> en

---

<sup>12</sup> Como señala HUAPAYA, R. (2024, pp. 579-580): “En dicha fase, la exigencia del procedimiento mismo es absolutamente imprescindible para realizar adecuadamente el procedimiento, necesariamente por regla general, competitivo, de selección del contratista estatal. (...) Interesa además tener en cuenta que la fase procedimental debe regirse por un formalismo moderado (resguardando la igualdad de los participantes, pero también aplicando la verdad material cuando sea necesario), y que, además, debe hacerse prevalecer la sustancia sobre la forma”.

<sup>13</sup> Respecto del contratista como colaborador, cfr. MORÓN, J. (2019). La buena administración contractual y el contratista como colaborador de la administración. *Revista de Derecho Administrativo*, (18), 13-34 pp.: “En materia de ejecución de contratos estatales, la noción de colaborador de la administración implica correctamente entendida: i) una colaboración voluntaria y no compulsiva; ii) una colaboración no desinteresada sino legítimamente interesada en la utilidad que el contrato le reportará; iii) un compromiso para alcanzar los fines públicos en

la consecución de un fin público, como puede ser la construcción de un hospital, la adquisición de medicamentos o la contratación de un servicio de seguridad.

Pero no solo estamos ante decisiones relevantes en términos de interés público, sino que además estamos ante decisiones que afectan una serie de intereses privados: el de los postores que se ven afectados con dichas decisiones, usualmente porque sus ofertas no se admiten, son descalificados o pierden ante un mejor postor. Cabe agregar que una mala decisión en esta etapa afecta indirectamente también a los ciudadanos, porque bienes defectuosos, un servicio mal realizado o una obra mal ejecutada afectan sus intereses. Basta pensar en los cientos de casos en donde, por elegir a un mal contratista, no se obtiene la obra a tiempo (con los miles de problemas sociales y económicos que puede generar una carretera que no está lista o no ha sido rehabilitada) o se obtiene mal (con serios defectos que pueden ocasionar accidentes).

Lo mismo cabe decir de las controversias vinculadas a sanciones, en donde el interés público es manifiesto considerando la finalidad de protección de bienes jurídicos que subyace al ejercicio de la potestad sancionadora. Cabe recordar que, mediante la potestad sancionadora, el Tribunal de Contrataciones Públicas protege bienes jurídicos de distinta índole como la integridad, eficacia, eficiencia, entre otros.<sup>14</sup> Asimismo, el interés privado es evidente cuando consideramos que son los postores y contratistas los sujetos sobre los que recae la sanción, y cuyos derechos podrían verse conculcados por la administración si no se han respetado las garantías sustanciales y procedimentales que se exigen de todo ejercicio de la potestad sancionadora.

De ahí la relevancia del control que ejerce el juez sobre la legalidad (juridicidad) de la actuación de la administración pública en estas controversias vinculadas al régimen de contratación pública. De ahí la importancia también del rol que cumple el juez en la tutela efectiva de los derechos de los distintos actores que se pueden ver afectados por las decisiones de la administración, a saber, postores, contratistas, subcontratistas, entre otros.

## **ii. Principios especialmente aplicables**

Como se sabe, el derecho procesal contempla una serie de principios que pueden extraerse no solo del texto positivo sino de la jurisprudencia. En el caso del proceso contencioso administrativo, la ley contempla cuatro principios expresamente: integración, igualdad procesal, favorecimiento del proceso y suplencia de oficio.

---

tiempo, plazo y modo que han motivado la relación contractual; y, finalmente, iv) dicha colaboración en cabeza del contratista no excluye sino más bien, demanda la colaboración recíproca de la entidad en la ejecución del contrato, dentro de un enfoque de buena administración”.

<sup>14</sup> Sobre los bienes jurídicos tutelados por el régimen sancionador de contratación pública, véase LINARES, M. (2024). La responsabilidad objetiva en la contratación pública. Análisis crítico e impacto regulatorio. Lima: Derecho y Sociedad, 165-188 pp.

Todos son relevantes y han tenido un desarrollo interesante en la jurisprudencia nacional<sup>15</sup>. Sin embargo, particularmente relevantes son los principios de favorecimiento del proceso y suplencia de oficio; ambos constituyen una expresión de un principio más general que es el de tutela jurisdiccional efectiva en tanto este promueve –entre otros– el acceso a la justicia.

Esto es particularmente importante en todo proceso contencioso administrativo por la exigencia de agotar la vía administrativa<sup>16</sup>. Sin perjuicio de la posición que uno adopte sobre las ventajas o desventajas de esta exigencia<sup>17</sup>, lo cierto es que constituye una *carga*<sup>18</sup> que pesa sobre el administrado que busca tutela jurisdiccional efectiva. Como tal, es pertinente racionalizar dicha carga, de manera que no resulte tan pesada para el administrado.

En esa tarea de alivianar la carga, los principios de favorecimiento del proceso y suplencia de oficio juegan un rol esencial. De acuerdo con el artículo 2 del TUO de la LPCA, el principio de favorecimiento del proceso prohíbe al juez rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que, por falta de precisión del marco legal, exista incertidumbre sobre el agotamiento de la vía previa. Asimismo, se establece que, en caso de duda, se debe preferir dar trámite a la demanda. Como puede apreciarse, se impone el *acceso* a la justicia para brindar tutela judicial al administrado<sup>19</sup>.

Por su parte, el principio de suplencia de oficio exige que el juez supla las deficiencias formales en las que incurran las partes, sin perjuicio de disponer la subsanación en un plazo razonable en los casos en que no sea posible la suplencia de oficio.

---

<sup>15</sup> Al respecto, véase el reciente estudio de LINARES, M. (2025). Los principios del proceso contencioso administrativo a través de la jurisprudencia. *Foro Jurídico*, (22), 57-88 pp.

<sup>16</sup> Entre los estudios más recientes, véase el de AGUILERA, Z. y SALAZAR, R. (2022, pp. 356-362). Asimismo, permítaseme remitir al análisis realizado en ALEJOS, A. (2025). La posibilidad de plantear una pretensión meramente declarativa en el proceso contencioso administrativo. *Foro Jurídico*, (22), 21-56 pp.

<sup>17</sup> La tendencia se dirige justamente hacia una lectura restrictiva de esta exigencia. En ese sentido, PRIORI, G. (2009). *Comentarios a la ley del proceso contencioso administrativo*. 4ta edición. Lima: Ara Editores, 184 p.: “En cualquier modo, en mi opinión, el artículo 148 de la Constitución en modo alguno puede llevar a justificar una indiscriminada exigencia de agotamiento de la vía administrativa”. En sentido similar, MORÓN, J. (2014). Agotamiento de la vía, derecho a la tutela judicial efectiva y aclaración de actos administrativos. *Actualidad Jurídica*, 290 p.: “Si bien el agotamiento de la vía administrativa ha sido previsto por la Constitución como un presupuesto procesal para la procedencia de la demanda contencioso-administrativa, al momento de evaluar la procedencia de dicha demanda, es necesario compatibilizar el cumplimiento de este presupuesto con el derecho de acceso a la justicia de los administrados; asimismo, debe observar el principio *pro actione* cuando surja cualquier duda sobre la procedencia de la demanda, prefiriendo su tramitación”.

<sup>18</sup> En ese sentido, AGUILERA, Z. y SALAZAR, R. (2022, p. 362).

<sup>19</sup> En ese sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en la Casación 33805-2023 del 3 de abril de 2024: “En este orden de ideas, resulta pertinente resaltar que, el Principio de Favorecimiento del Proceso, dispone que, en el caso de que el juez tenga cualquier otra duda razonable sobre la procedencia o no de la demanda, deberá preferir darle trámite a la misma; esto es, que se impone en el juzgador el deber de privilegiar el derecho de acción y de tutela jurisdiccional efectiva, y acorde a ello buscar alternativas con el principio *pro actione*”.

Estos principios juegan un rol esencial en cualquier proceso contencioso administrativo. En los procesos vinculados a conflictos precontractuales o sanciones impuestas bajo la normativa de contratación pública existen pocas dudas sobre el agotamiento de la vía. En general, estamos hablando de decisiones tomadas por el Tribunal de Contrataciones Públicas que agotan la vía administrativa, sin que exista duda sobre ello.

Sin embargo, hay un caso interesante que amerita comentario y donde resulta esencial aplicar los principios antes mencionados. En muchos casos, cuando el Tribunal debe pronunciarse sobre una impugnación de buena pro, debe evaluar también ciertos extremos de las ofertas presentadas que son cuestionados por inexactitud o falsedad. Así, cuando el Tribunal advierte que hay indicios de inexactitud o falsedad en una oferta, no solo la descalifica y decide sobre la adjudicación, sino que además ordena –en la parte resolutive del acto– el inicio de un procedimiento sancionador. En este escenario, cabe preguntarse: ¿se puede cuestionar dicho extremo en un proceso contencioso administrativo?

Considero que la respuesta debe ser afirmativa. Dicho extremo de la decisión *agotó la vía administrativa*, en tanto resulta irrecurrible por la ausencia de superior jerárquico. Es cierto que el Tribunal –en dichos casos– solo ha dispuesto el inicio del procedimiento, el mismo que se seguirá en un expediente aparte y otorgando al administrado las garantías pertinentes para que se defienda. Sin embargo, ello no enerva el hecho que la resolución antes mencionada agotó la vía administrativa. Es más, el eventual procedimiento sancionador es una suerte de crónica de una muerte anunciada, porque si el Tribunal descalificó la oferta del postor por considerar que contenía información inexacta o falsa, lo *más probable* es que arribe a la misma conclusión en el procedimiento sancionador. Siendo así, es más que razonable permitir que el administrado cuestione dicho acto en un proceso contencioso administrativo<sup>20</sup>.

Aquí entran a tallar los principios antes mencionados. En especial, el principio de favorecimiento del proceso que impone el deber de otorgar acceso a la justicia aun cuando exista duda sobre el agotamiento de la vía; más aún si es que existen elementos de juicio que permiten sostener que la administración ya tiene una posición al respecto<sup>21</sup>.

### **iii. Objeto y resultado del proceso**

---

<sup>20</sup> De hecho, esto fue lo que ocurrió en el proceso contencioso administrativo seguido contra el OSCE bajo el Expediente 1440-2021. En este caso, los jueces no tuvieron inconveniente en analizar el fondo de la controversia, declarando incluso fundada la demanda en segunda instancia, mediante sentencia del 22 de noviembre de 2022, emitida por la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de Lima. En la parte resolutive se aprecia que la Sala “declara la nulidad parcial de la Resolución 2696-2020-TCE-S1 de fecha 18 de diciembre de 2020, en el extremo que dispone abrir expediente administrativo sancionador...”. Cabe agregar que la entidad interpuso recurso de casación, pero fue declarado improcedente por la Corte Suprema en la Casación 19658-2023, publicada el 9 de mayo de 2025 en el diario oficial El Peruano.

<sup>21</sup> Cfr. los apuntes de LINARES, M. (2025, p.80) y la jurisprudencia que cita.

Definida la importancia del proceso contencioso administrativo como mecanismo de control de la administración y de tutela efectiva de los derechos de los administrados, resulta necesario determinar hasta qué punto es posible ejercer dicho control o tutelar los derechos de los administrados. De entrada, es preciso reconocer que nuestro modelo de proceso contencioso administrativo es de *control pleno*<sup>22</sup>; sin embargo, esta declaración admite ciertas precisiones. Ello me lleva a pronunciarme sobre dos aspectos vinculados: el objeto del proceso y la sentencia.

Cuando hablamos del objeto del proceso nos referimos a la *pretensión*, conformada, a su vez, por el *petitorio* y la *causa de pedir*. En el proceso contencioso administrativo, la causa de pedir suele estar vinculada a una actuación impugnada respecto de la cual se formula el petitorio. Sobre este punto, las actuaciones impugnables están reguladas en el artículo 4 del TUO de la LPCA: (i) los actos administrativos; (ii) el silencio administrativo; (iii) la actuación material que no se sustenta en acto administrativo; (iv) la actuación material de ejecución de actos que trasgreden principios o normas; (v) las actuaciones vinculadas a contratos de la administración; y, (vi) las actuaciones sobre el personal dependiente al servicio de la administración<sup>23</sup>.

Por otro lado, sobre los petitorios que se pueden plantear, estos están previstos en el artículo 5 del TUO de la LPCA<sup>24</sup>: (i) la declaración de nulidad de actos administrativos; (ii) el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines; (iii) la declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo; (iv) la orden a la administración pública para que realice una determinada actuación a la que se encuentre obligada; y, (v) la indemnización por el daño causado.

En esta ocasión me referiré a las dos primeras pretensiones (y un poco a la quinta) porque son las que usualmente se plantean en los procesos vinculados a temas de contratación pública.

Las pretensiones de anulación, si bien podrían considerarse declarativas<sup>25</sup> porque así se desprende del artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG), en realidad son constitutivas, si tomamos en cuenta que, hasta que no exista la declaración de nulidad, el acto sigue

---

<sup>22</sup> HUAPAYA, R. (2025, p. 580): “Dicho control judicial es amplio, a la luz de las disposiciones de los artículos 4 y 5 de la citada ley, que consagran el principio de “plena jurisdicción” en el contencioso administrativo peruano, inspirado en la interpretación conjunta de los artículos 148 (cláusula del contencioso-administrativo) y 139.3 (cláusula de la tutela judicial efectiva) de la Constitución peruana”.

<sup>23</sup> Cabe mencionar que estamos ante un listado no taxativo (HUAPAYA, R. (2006). *Tratado del proceso contencioso-administrativo*. Lima: Jurista Editores, 519 p.).

<sup>24</sup> *Ibid.*, pp. 760 y ss. (Estudio más profundo sobre las pretensiones en el proceso contencioso administrativo). Asimismo, en la bibliografía más reciente, véase la monografía de MONROY, J. (2023). *Las pretensiones en el contencioso administrativo*. Lima: Palestra, 289-314 pp.

<sup>25</sup> De acuerdo con PRIORI, G. (2019). El proceso y la tutela de los derechos. Lima: PUCP, 158 p., estas tienen como objeto eliminar la incertidumbre jurídica.

siendo válido y eficaz, conforme al artículo 9 de la misma norma. Este tipo de pretensiones se plantean casi siempre en un proceso contencioso administrativo que busca cuestionar las decisiones tomadas por el Tribunal de Contrataciones Públicas, sean estas vinculadas a controversias precontractuales o a sanciones administrativas. Lo usual es que se pretenda la nulidad de dichos actos administrativos.

Las pretensiones de plena jurisdicción pueden tener un componente declarativo (cuando se reconoce un derecho), pero también componentes constitutivos (cuando se restablece un derecho) y de condena (cuando se adoptan medidas para materializar el reconocimiento o el restablecimiento). Estas se encuentran reguladas expresamente en el numeral 2 del artículo 5 del TUO de la LPCA, precisando que el demandante puede pedir “el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines”<sup>26</sup>. En las controversias bajo análisis, es posible plantear una pretensión de plena jurisdicción, sea para que se reconozca que un postor tenía una mejor oferta o que la suya no debió ser descalificada, o para que se restablezca su derecho a participar en procedimientos de selección.

Cabe notar que estas pretensiones pueden acumularse con la pretensión de indemnización. Si bien no es lo usual, no se advierte inconveniente alguno, más aún cuando las decisiones del Tribunal de Contrataciones Públicas son susceptibles de generar daños resarcibles. Basta pensar en la descalificación de una oferta que priva al demandante del contrato que debió haberse adjudicado o en la sanción de inhabilitación que impidió que participe en nuevos procedimientos de selección o que firme nuevos contratos, incluso los que ya se había adjudicado. En todos estos casos, es posible que se plantee también una pretensión de indemnización.

¿Puede plantearse una pretensión meramente declarativa? Conforme he sostenido en otra oportunidad<sup>27</sup>, una pretensión meramente declarativa se conforma de: (i) un petitorio que consiste en interpretar una norma o reconocer una situación jurídica; y, (ii) una causa de pedir que consiste en un estado de incertidumbre creado por la administración. En el campo de los contratos públicos, considero

---

<sup>26</sup> Se reconoce que la satisfacción de los derechos del ciudadano requiere más que una declaración de nulidad. Véase lo señalado por PRIORI, G. (2009, p.131): “Es muy importante comprender entonces que en el sistema de contencioso-administrativo adoptado en el sistema jurídico peruano, la protección de las situaciones jurídicas de los administrados no solo se da con la anulación de aquellas actuaciones lesivas de sus derechos, sino que, además, exige la aplicación de otros remedios necesarios para brindar una adecuada y efectiva protección ante la lesión o amenaza de lesión que hayan o vengán sufriendo las situaciones jurídicas. De este modo, la efectiva tutela se obtiene como el reconocimiento de situaciones jurídicas desconocidas o puestas en duda, con el restablecimiento de las lesionadas o amenazadas, con la restitución, reparación, resarcimiento, o cualquier otra medida o remedio concreto que permita satisfacer el interés que subyace a cada una de ellas”.

<sup>27</sup> Permítaseme remitir a ALEJOS, A. (2025, p. 28). MONROY, J. (2023, pp. 304-305) también se muestra favorable a las pretensiones de mera declaración en el proceso contencioso administrativo, con base legal en el artículo 5.2 del TUO de la LPCA.

plenamente posible plantear una pretensión meramente declarativa, por ejemplo, para que se reconozca el derecho de una persona a participar en procedimientos de selección o, dicho de otro modo, para que se reconozca que no le aplica un impedimento en específico. Dada la incertidumbre que muchas veces produce el régimen de impedimentos, parece razonable que se permita este tipo de pretensiones para que el juez coadyuve a generar seguridad jurídica.

Hasta aquí lo que se puede pedir. Como correlato, el artículo 40 del TUO de la LPCA regula lo que el órgano jurisdiccional puede dar, es decir, el contenido de las sentencias: (i) la nulidad, total o parcial, o ineficacia del acto administrativo impugnado, de acuerdo a lo demandado; (ii) el restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, aun cuando no hayan sido pretendidas en la demanda; (iii) la cesación de la actuación material que no se sustente en acto administrativo y la adopción de cuanta medida sea necesaria para obtener la efectividad de la sentencia; (iv) la orden para que la administración cumpla con realizar una determinada actuación a la que está obligada en un plazo determinado; y, (v) el reconocimiento de un monto indemnizatorio por los daños y perjuicios ocasionados.

Centrándome en la pretensión de plena jurisdicción, cabe volver a la pregunta inicialmente planteada en este acápite: ¿qué tan pleno es ese control que puede realizar el juez sobre los actos de la administración?

Los poderes del juez contencioso administrativo lo llevan a dos tipos de decisiones: (i) anular y reenviar a la administración para que tome nuevamente una decisión; o, (ii) sustituir a la administración (si ampara la pretensión de plena jurisdicción, reconociendo un derecho o restableciendo una situación jurídica). El nivel de intensidad varía dependiendo del tipo de potestad: si son regladas o discrecionales<sup>28</sup>. Si son regladas, el juez podrá no sólo anular sino también sustituir a la administración; en cambio, si son discrecionales, en principio corresponde anular y reenviar, pero se acepta que el juez pueda sustituir a la administración cuando la discrecionalidad se ha reducido<sup>29</sup>.

Dicho ello, el nivel de intensidad del control en las controversias vinculadas a contratación pública (conflictos precontractuales y sanciones) dependerá de si nos

---

<sup>28</sup> ZEGARRA, D. (2006). Control judicial de la discrecionalidad administrativa: viejo problema y nuevo excursus (sus alcances en la doctrina española). *Revista de Derecho Administrativo*, (1), 61 p.; y, HUAPAYA, R. (2019). *El proceso contencioso administrativo*. Lima: PUCP. 158 p. Según BACA, V. (2012). La discrecionalidad administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Revista de Derecho Administrativo*, (11), 181-202 pp.: “la discrecionalidad queda configurada como la atribución a la Administración de la facultad de ponderar entre diversos intereses en conflicto, determinando, basándose en consideraciones no jurídicas, cuál es el más conveniente para la consecución del interés general”.

<sup>29</sup> HUAPAYA, R. (2019, p. 163) En sentido similar, ZEGARRA, D. (2006, p. 61): “(...) lo único que puede es controlar el ejercicio de dicha discrecionalidad y sustituir la decisión administrativa cuando en el proceso se evidencia cuál es la solución pertinente como consecuencia de los elementos de juicio aportados al proceso”.

encontramos ante decisiones discrecionales o no. En el caso de los conflictos precontractuales, el Tribunal ejerce una potestad reglada o con una discrecionalidad mínima: la descalificación de una oferta, la adjudicación de una buena pro, la asignación de puntaje a una oferta, entre otras, son todas decisiones que tienen como base reglas detalladas previstas en la norma o en las bases de cada procedimiento. El Tribunal tiene poco o nulo margen de decisión para evaluar si se ha cumplido con un requisito de calificación o si debe otorgar más puntaje en un factor de evaluación; todo ello forma parte de las bases y al Tribunal le corresponde solamente aplicarlas. Ello es lo que justifica que el juez pueda realizar un control pleno.

Sucede lo mismo con la resolución que impone una sanción. La decisión de imputar responsabilidad constituye ejercicio de una potestad reglada. Si la determinación de responsabilidad depende de haber probado la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, entonces no hay mucho margen de decisión: uno es responsable administrativamente o no.

En el caso de la graduación de la sanción el asunto es un poco diferente, porque los márgenes de sanción dan cierto espacio para que el Tribunal decida aquella sanción (inhabilitación o multa, dependiendo del tipo infractor) que mejor satisfaga el interés público. Sin embargo, cierto es también que la LPAG, la LCGP y su Reglamento contienen criterios que reducen el nivel de discrecionalidad al momento de determinar la sanción. Aquí, entonces, todo dependerá de los elementos de juicio que sean ofrecidos al juez en el proceso, para determinar si la discrecionalidad se ha reducido a un punto que le permite ejercer un control pleno y sustitutivo (por ejemplo, si obran en el expediente medios de prueba que acreditan el daño, la intencionalidad, los antecedentes, etc.).

#### **iv. Regla especial de competencia**

La LGCP trajo consigo reglas especiales de competencia judicial. Sin que esto implique un apartamiento de lo previsto en el TUO de la LPCA, la décimo sexta disposición complementaria final de la LGCP contiene reglas especiales para la competencia judicial vinculada a actuaciones del OECE y, obviamente, su Tribunal.

La primera regla es de *competencia funcional*, siguiendo la terminología de la LPCA. La norma dispone la competencia, en primera instancia, de la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior, correspondiente al distrito judicial donde tiene su domicilio el OECE. Asimismo, se dispone que, en estos casos, la Sala Civil de la Corte Suprema resuelve en grado de apelación y la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, en casación. En suma, se ha integrado al OECE en la lista de entidades que tienen el mismo régimen de competencia funcional, como la Superintendencia del Mercado de Valores o el Banco Central de Reserva.

Por otro lado, para conocer la solicitud de medida cautelar, la norma también dispone la competencia, en primera instancia, de la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior y, en apelación, de la Sala Civil de la Corte Suprema.

#### **v. Sujetos legitimados**

En otra oportunidad<sup>30</sup>, he propuesto que la legitimación activa en el proceso contencioso administrativo se comprenda en términos de afectación, es decir, se encontrará legitimada la persona natural o jurídica que ha sido afectada en sus derechos por la administración<sup>31</sup>. En los casos bajo análisis, esa posición la suele tener el administrado que pierde la buena pro ante el Tribunal o que resulta sancionado.

Cabe agregar que el artículo 13 del TUO de la LPCA también contempla la legitimación activa de la misma administración en los procesos de lesividad, es decir, en aquellos en donde demanda la nulidad de sus propios actos. Por otro lado, el artículo 14 de la misma norma consagra la legitimación amplia para demandar en caso de intereses difusos.

Por su parte, la legitimación pasiva le corresponde, de ordinario, a la entidad que emite el acto administrativo que está siendo cuestionado. En los casos bajo análisis, será el OECE la parte con legitimación pasiva para ser demandada. Pero también tendrá interés el particular que obtuvo el derecho a partir de dicho acto administrativo que pretende ser cuestionado, es decir, el adjudicatario de la buena pro<sup>32</sup>.

En lo que concierne a la legitimación activa surge una duda. En el caso de los procedimientos sancionadores donde usualmente solo el administrado que ha sido

---

<sup>30</sup> ALEJOS, A. (2022). La legitimación activa en el proceso contencioso administrativo. *Estudios sobre Derecho Administrativo. Vol. II: a 20 años de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Dirigido por Eloy Espinosa-Saldaña. Lima: Derecho & Sociedad, 273-298 pp.

<sup>31</sup> Sin ánimo de profundizar en este punto, cabe traer a colación las reflexiones de MORÓN, J. (2022). *El recurso ante tribunales especiales en materia de contratación pública*. Valencia: Tirant lo blanch – PUCP, 341-342 pp. para sustentar una legitimación más amplia en los recursos administrativos en materia de contratación pública, bajo una lógica que podría replicarse en el proceso contencioso administrativo. A decir del autor mencionado, “desde la lógica de lucha contra la corrupción e irregularidades en los procesos de contratación se demanda una legitimidad más amplia”. Agrega que “lo que sucede en la contratación pública es que –a diferencia de la contratación privada– en su formación y ejecución concurren necesariamente plurales intereses”, entre los que menciona intereses sociales, éticos, políticos, financieros, tecnológicos, ambientales, económicos o internacionales.

<sup>32</sup> Para MONROY, J. (2023, p. 49) sería el típico caso de codemandado porque la afectación a su esfera jurídica está fuera de discusión: “Diría que la palma se la lleva la figura del competidor que ha salido victorioso. Se trata del tercero por antonomasia y podemos encontrarlo en todos aquellos ámbitos en los que la decisión controvertida se ha tomado bajo el signo de la concurrencia”. Y agrega: “Ni que decir tiene que cuando un concursante lleva a los tribunales la decisión final de la Administración que no le ha resultado favorable, el ganador tendrá interés en defender el mantenimiento del acto administrativo –su triunfo– en román paladino—. De hecho, su legitimación, en rigor, más que en el interés, tendrá su base en el derecho subjetivo generado por el nombramiento, por la concesión, por el contrato adjudicado y así siguiendo”.

sancionado tiene legitimidad para demandar, ¿tendrá también legitimidad activa el tercero que se ve *afectado* por el acto? Recordemos que, a diferencia de otras sanciones, la sanción de inhabilitación genera un impedimento para contratar que arrastra a otras personas jurídicas vinculadas. En ese sentido, la interrogante no es baladí: ¿estas otras personas tienen legitimación activa para demandar?

Vale notar que el artículo 20 del TUO de la LPCA admite la interposición de demanda por terceros ajenos al procedimiento. Si la legitimación se acredita con la afectación que le produce el acto administrativo cuestionado, podría sostenerse que dicho tercero debería tener legitimación para demandar. El problema es que no es el principal afectado; en realidad, el acto administrativo lo afecta de forma indirecta. Siendo así, ¿en qué calidad debería intervenir en el proceso?<sup>33</sup> Podría catalogarse como un *tercero con interés indirecto*<sup>34</sup>, en tanto en el proceso no se discutirá un derecho suyo, pero la decisión final tendrá un impacto reflejo en su derecho a participar en procedimientos de selección. Si así fuera, su posición sería la de una *intervención coadyuvante*<sup>35</sup>.

Sin duda alguna, la intervención de terceros en el proceso contencioso administrativo constituye un tema bastante relevante e interesante, al que no se le ha prestado la atención debida. Como veremos más adelante al analizar la jurisprudencia, estos problemas sobre la legitimación no han pasado desapercibidos para los jueces peruanos.

## **vi. Prueba**

En cualquier proceso, la prueba resulta esencial, en tanto mecanismo que permite acreditar los hechos que están en controversia. De ahí que lo óptimo sea la flexibilidad en la actividad probatoria.

Por ello es que resulta no solo cuestionable, sino inconstitucional<sup>36</sup> que la actividad probatoria en el proceso contencioso administrativo se encuentre limitada,

---

<sup>33</sup> MONROY, J. (2023, pp. 320-321) aboga por una evaluación caso por caso: “En un escenario donde se presenta una casuística tan variada, nos parece atendible que ocurra lo siguiente: el tercero puede solicitar su intervención inclusive una vez iniciado el procedimiento y será el juez quien, atendiendo al radio de influencia que sobre la situación jurídica del solicitante puede tener la sentencia que va a expedir, decida la incorporación y la calidad con que va a intervenir, o la denegatoria de su ingreso”. En sentido similar, CIERCO, C. (2022). *El codemandado en el proceso contencioso-administrativo. Hacia un desarrollo más completo de la intervención en la justicia administrativa*. Madrid: Marcial Pons, 54 p. “El discernimiento de la intensidad de ese interés resulta tan complejo como casuístico, y, habitualmente, como se ha dicho, se puede entremezclar con la eficacia refleja de la cosa juzgada. En todo caso, es fundamental tener presente que en algún punto habrá que poner un tope, por mucho que cueste o se escurra”.

<sup>34</sup> PRIORI, G. (2019, p. 175).

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 186.

<sup>36</sup> Coinciden en la inconstitucionalidad: PRIORI, G. (2009, p. 219); HUAPAYA, R (2019, p.111); y, MORÓN, J. (2022). El derecho a la prueba en el proceso contencioso administrativo. La interpretación correctiva pero insuficiente de jurisprudencia de la Corte Suprema. *Estudios sobre derecho administrativo. Vol. II. A 20 años de la Ley del proceso contencioso administrativo*. Dirigido por Eloy Espinosa-Saldaña. Lima: Derecho & Sociedad, 421-433, pp. Por todos, véase este argumento de HUAPAYA, R. (2022). La prueba en el proceso contencioso administrativo. A 20 años de la LPCA. *Estudios sobre derecho administrativo. Vol. II. A 20 años de la Ley del proceso contencioso*

conforme al artículo 29 del TUO de la LPCA, norma que dispone que “la actividad probatoria se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, salvo que se produzcan nuevos hechos o que se trate de hechos que hayan sido conocidos con posterioridad al inicio del proceso”.

El artículo 31 permite las pruebas de oficio “cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción”; sin embargo, esta disposición resulta insuficiente, si tomamos en cuenta que depende de la discrecionalidad del juez y no de las partes.

Cabe agregar que no se trata solamente de la vulneración a una garantía constitucional, sino que además la restricción probatoria que prevé la ley carece de justificación. En un modelo en donde el proceso contencioso administrativo solo busca revisar la legalidad de las decisiones de la administración, podría entenderse -aunque no compartirse- una restricción de tal naturaleza porque podría no ser razonable juzgar a la administración con pruebas que no tuvo a la mano; sin embargo, en un modelo de *plena jurisdicción* como el consagrado en el Perú, en donde no solo se controla a la administración, sino que se tutelan los derechos de los administrados, carece de sentido juzgar sin todos los medios de prueba que permitirían resolver conforme a la verdad, hayan o no sido actuados en el procedimiento administrativo. En otras palabras, para tutelar los derechos de los administrados y resolver conforme a las exigencias de verdad y justicia, es imprescindible permitir la presentación de mayores pruebas, muchas veces necesarias por el tipo de caso.<sup>37</sup>

Estas reflexiones son apropiadas para las controversias que son materia de análisis en el presente artículo. Tanto las controversias precontractuales como las controversias derivadas de sanciones administrativas requieren la actuación de todos los medios de prueba posibles. Piénsese en una controversia vinculada a la adjudicación de la buena pro en donde se rechazó una oferta por considerar que tenía información inexacta; esta decisión tiene repercusiones en el futuro porque puede dar origen a un procedimiento sancionador e incluso a un proceso penal. Tiene sentido que el postor quiera discutir dicha decisión en un proceso contencioso administrativo, pero para ejercer adecuadamente su defensa, necesita presentar medios de prueba que -por diversas razones- no pudieron presentarse

---

*administrativo*. Dirigido por Eloy Espinosa-Saldaña. Lima: Derecho & Sociedad, 424 p.: “...esta restricción es inconstitucional al afectar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de ambas partes, en específico, al derecho fundamental a la prueba como parte del debido proceso. Esto es, que tanto demandante como demandado ven indebidamente restringido su derecho de presentar medios probatorios que puedan sustentar mejor su demanda o su defensa, de ser el caso”.

<sup>37</sup> Al respecto, lo señalado por MORÓN, J. (2022, p. 436): “Nos referimos a los procesos contenciosos administrativos en los cuales, para procurar la convicción del juez sobre los hechos debatidos, es necesario incorporar medios probatorios complementarios a los que existen en el expediente administrativo. Por ejemplo, para acreditar que la infracción ambiental no existe, es necesario incorporar la pericia técnica; para acreditar el pago de un derecho, presentar el comprobante de ese importe; o para descartar la infracción de tránsito, inspeccionar si el equipo de filmación estaba técnicamente calibrado”.

en sede administrativa, pero que serían muy útiles en sede judicial para acreditar que la información presentada no era inexacta.

De hecho, las controversias precontractuales suelen tener un componente probatorio bastante relevante, a diferencia de otros procedimientos: decenas de pruebas desfilan por el Tribunal para acreditar la veracidad de ciertas declaraciones, la experiencia del postor, la experiencia o calificaciones del personal clave, la existencia de títulos habilitantes para ejecutar un contrato, etcétera. Muchas veces no es posible presentar todas las pruebas en el procedimiento administrativo ante el Tribunal, considerando que es un procedimiento bastante célere. En ese contexto, si se decide llevar el caso a sede judicial, es más que razonable que se permita presentar pruebas que no fueron presentadas en la vía administrativa.

Sucede lo mismo con el régimen sancionador de contratación pública que, como hemos visto, abarca transversalmente todas las etapas contractuales. Piénsese en una sanción por presentar un documento falso, en donde es razonable permitir que el demandante aporte pruebas que acrediten la autenticidad de la documentación (desde pericias, testimonios o documentos). Piénsese también en una sanción por incumplir con la obligación de perfeccionar el contrato, en donde es factible que el adjudicatario aporte pruebas que demuestren una ruptura del nexo causal o su conducta diligente.

En este escenario, urge un cambio legislativo. Pero mientras eso llega, es necesario que los operadores jurídicos -y, sobre todo, los jueces- apliquen las normas sobre prueba teniendo como horizonte el principio de tutela jurisdiccional efectiva. Ello implica, por ejemplo, ser flexibles con las exigencias para aportar prueba nueva y ser proactivos con la prueba de oficio, cuando se determina la necesidad de mayores medios probatorios para resolver conforme a la verdad material.

#### **vii. Medidas cautelares: especial referencia a la suspensión de las sanciones**

Las medidas cautelares tienen particular importancia en el proceso contencioso administrativo. Tomando en cuenta que lo ordinario es que se cuestione un acto administrativo (una decisión que otorga la buena pro, que descalifica a un postor o que impone una sanción), cabe recordar que éste goza de ejecutividad y ejecutoriedad. En ese contexto, el administrado se encuentra, de ordinario, en una situación de desventaja frente a la administración.

Por eso la LPCA dispone que las medidas de innovar y no innovar son especialmente procedentes. El legislador ha partido de la premisa de que es necesario otorgar medidas cautelares en los procesos contencioso administrativos porque el riesgo de que el tiempo vuelva inútil al proceso es bastante elevado. Sin cautelar de por medio, una sanción de inhabilitación surte todos sus efectos, privando al administrado de contratar con el Estado, con las pérdidas económicas que ello implica.

Cabe recordar nuevamente que el régimen sancionador de contrataciones públicas presenta varios problemas y particularidades que vuelven especialmente necesaria la tutela jurisdiccional. En primer lugar, estamos ante un régimen sancionador con varias deficiencias a nivel de garantías, aun en camino por resolverse<sup>38</sup>. En segundo lugar, las sanciones más duras (inhabilitaciones) tienen efectos perniciosos<sup>39</sup> al generar un impedimento que afecta a las personas vinculadas. Ello nos lleva a que no solo la revisión judicial sea necesaria, sino que además es necesaria la tutela cautelar.

Claro está que la necesidad de tutela jurisdiccional efectiva y de tutela cautelar no debe implicar una puerta abierta para el abuso. Lamentablemente, la experiencia peruana ha demostrado los peligros de tutela cautelar en este ámbito, en donde muchas empresas que no logran acreditar los requisitos para la obtención de tutela (especialmente, el requisito de verosimilitud en el derecho), igual la obtienen por parte de jueces que, por decir lo menos, no realizan un análisis adecuado ni motivan correctamente sus decisiones.

En el caso de las controversias precontractuales, las medidas cautelares podrían ser bastante útiles, aunque también peligrosas. Como he señalado anteriormente, no son muchos los casos de controversias precontractuales que llegan al Poder Judicial; la razón reside en la escasa utilidad que representa un cuestionamiento judicial que no suspende el procedimiento de formación del contrato: el que perdió ante el Tribunal tiene todo su derecho a cuestionar en sede judicial, pero el que ganó y se adjudicó el contrato, lo firmará y empezará a ejecutar<sup>40</sup>. En sede judicial

---

<sup>38</sup> Como he advertido en otro lugar, SHIMABUKURO, N. y ALEJOS, A. (2025, pp. 108-121); la LGCP presenta varias mejoras, como su adecuación a la norma común. Sin embargo, aún quedan muchos defectos: por ejemplo, el mantenimiento de la responsabilidad objetiva. Al respecto, LINARES, M. quien critica la “amnesia selectiva” del legislador por retornar a un régimen de responsabilidad que no funcionó en el pasado (2024, p. 22) y el reciente artículo de BACA, V. y VEGA-CENTENO, L. (2025). Principio de causalidad y responsabilidad objetiva en la contratación pública. *La contratación pública. Comentarios al nuevo marco normativo peruano*. Dirigido por Juan Carlos Morón. Lima: Palestra, 104-108 pp. donde se da cuenta de la oportunidad que se perdió con la nueva ley.

<sup>39</sup> Al respecto, HUAPAYA, R. (2025, p. 581): “Sin embargo, si hay un ámbito en el cual hay una alta litigiosidad en lo contencioso-administrativo ‘contractual’: el ámbito sancionador. No sólo porque el régimen sancionador a cargo del Tribunal tiene luces, sombras y cuestiones jurídicas discutibles, sino que los postores que son objeto de sanciones de inhabilitación, ‘contaminan’ a sus empresas vinculadas por las amplias cláusulas de impedimentos para contratar con el Estado previstas en la legislación peruana. Vale decir que las empresas sancionadas con inhabilitación para contratar con el Estado generan un impedimento para contratar con el Estado a las empresas que forman parte de su mismo grupo empresarial, o con las que comparten socios, accionistas o representantes legales. Lo cual puede ser hasta tachado de inconstitucional”.

<sup>40</sup> *Idem.*: “Sin embargo, en el caso de impugnaciones contra las decisiones del TCE, podemos afirmar que en el caso de las decisiones contra las resoluciones que resuelven recursos administrativos contra actos derivados de controversias precontractuales, el índice de cuestionamiento es bajo. Recordemos algo: lo que resuelve el Tribunal es definitivo en vía administrativa, y sólo puede ser suspendido por una medida cautelar judicial obtenida en un proceso contencioso-administrativo. Por ello, sucede que mientras se va a un proceso judicial y se plantea la cautelar, la entidad ya firmó el contrato y lo está ejecutando. Considerando los tiempos de la justicia (y, además, la natural reticencia de los jueces a otorgar cautelares en el contencioso-administrativo), muchas veces la justicia llega tardíamente a resolver el conflicto precontractual. Esta circunstancia

no hay nada que pueda afectar ello, de manera que su uso está reservado a una tutela más resarcitoria que restitutoria o a una victoria con otros fines, como consolidar un criterio a nivel jurisprudencial o prevenir futuras sanciones.

En ese contexto, una medida cautelar (que suspenda el perfeccionamiento del contrato) obtenida rápidamente podría servir para reconocer la utilidad del proceso contencioso administrativo en esos casos.

Sin embargo, el peligro con ello es que una medida cautelar de ese tipo no solo beneficia al demandante, sino que también puede perjudicar enormemente al adjudicatario y también a la entidad. Adjudicatario y entidad se verían imposibilitados de firmar el contrato, con los perjuicios que ello generaría, no solo para las partes, sino para el interés público que subyace al contrato público. Basta pensar que una cautelar de esa naturaleza puede impedir que un hospital público adquiera rápidamente medicamentos o equipos, que una obra esencial se quede inconclusa, que un colegio público se quede sin la infraestructura que necesita, entre muchos otros.

Ese peligro tiene su correlato en la dificultad de obtener ese tipo de medidas cautelares. El artículo 38 del TUO de la LPCA establece como requisitos para el otorgamiento de la medida cautelar: (i) que se considere verosímil el derecho invocado, ponderando para ello 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; (ii) que se considere necesaria por constituir peligro la demora del proceso; y, (iii) que se estime que resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión.

Como se ha precisado en doctrina<sup>41</sup>, la ponderación que se exige para el primer requisito poco o nada tiene que ver con la verosimilitud del derecho invocado o, en general, con algún requisito para el otorgamiento de la medida cautelar. Se trata en realidad de un criterio que permite al juez fijar la contracautela.

Sin embargo, en tanto no se modifique la ley, la exigencia está. En ese contexto, la cuestión que surge es determinar qué tanto valoran el interés público los jueces y cómo ello impacta en el otorgamiento de una medida cautelar. A la primera pregunta hay que responder que valoran bastante el interés público (medio ambiente, seguridad, etc.), pero sin aterrizarlo al caso concreto, sino solo considerado en abstracto. A la segunda pregunta basta responder que afecta bastante, en la medida que la norma sigue exigiendo dicha ponderación para pronunciarse sobre la medida cautelar. En ese sentido, si dicha ponderación se exige al momento de otorgar la medida cautelar, lo usual será que siempre *gane* el interés público y no se conceda la medida.

---

disuade a los postores afectados por una actuación del tribunal a iniciar demandas judiciales respecto a controversias precontractuales”.

<sup>41</sup> HUAPAYA, R. (2019, p. 138).

En este punto, considero que lo correcto, para brindar una adecuada tutela cautelar mitigando los peligros que ello podría conllevar, es que el juez: (i) analice adecuadamente el requisito de verosimilitud del derecho (sin ponderar afectación al interés público contra afectación al interés del demandante), verificando si el demandante efectivamente podría tener razón al advertir, por ejemplo, vicios de nulidad manifiesta en el acto cuestionado; y, (ii) que realice la ponderación mencionada, pero para fijar la contracautela, lo que servirá también para alinear los incentivos del demandante, quien pensará dos veces antes de plantear una medida cautelar temeraria.

#### **IV. Jurisprudencia de la Corte Suprema**

En este último acápite quiero dar a conocer algunos casos que llegaron hasta la Corte Suprema. Mi propósito es doble: (i) dar a conocer la jurisprudencia en estos temas, aspecto que considero esencial para garantizar una verdadera tutela jurisdiccional efectiva (porque solo quien conoce bien cómo funciona el proceso puede acceder y obtener tutela dentro del mismo) y para garantizar además un conocimiento pleno del derecho administrativo; y, (ii) mostrar cómo es que problemas interesantes de la contratación pública no solo han sido abordados en sede administrativa, sino también por los órganos jurisdiccionales.

##### **i. La importancia de conocer la jurisprudencia**

La importancia de conocer la jurisprudencia se desprende de lo que ha señalado la misma Corte Suprema en uno de sus más recientes precedentes, fijado mediante la Casación 16618-2023, publicada el 13 de enero de 2024. Esta sentencia estableció dos reglas con carácter de precedente vinculante referidas a la eficacia del precedente. De acuerdo con la primera, las sentencias casatorias serían vinculantes y obligatorias para todos los órganos jurisdiccionales de mérito en casos similares. De acuerdo con la segunda regla, las sentencias casatorias establecen un estándar que deben aplicar también los tribunales administrativos y la administración pública en general.

Este precedente fue “reducido” en sus alcances por otro precedente, fijado en la Casación 26385-2023 del 13 de marzo de 2024. De acuerdo con esta casación, los fundamentos de la sentencia constituyen *doctrina jurisprudencial* “cuando están conformados por líneas jurídicas con las cuales el órgano de cierre va trazando en el tiempo una ruta determinada acerca de una cuestión jurídica”. En cambio, el *precedente* sería “la manifestación de una técnica de innovación normativa, debido a que los fundamentos que lo constituyen tienen un alcance general, es decir, producen una vinculación respecto de los demás jueces del ordenamiento”. Pero solo existiría *precedente* propiamente dicho en el caso previsto en el artículo 400 del Código Procesal Civil, es decir, con “la reunión de todos los integrantes de las Salas supremas especializadas en una materia jurídica específica”.

La segunda regla está relacionada con la eficacia del precedente para la administración: éste no solo vincula a los órganos jurisdiccionales, sino también a la propia administración<sup>42</sup>. Así se desprende también del artículo V del Título Preliminar de la LPAG que incluye entre las *fuentes* del derecho administrativo a “la jurisprudencia proveniente de las autoridades jurisdiccionales que interpreten disposiciones administrativas”<sup>43</sup>.

Hasta aquí hay razones más que suficientes para conocer la jurisprudencia, dada su eficacia e importancia para la administración pública y, por ende, para los mismos administrados. Pero, por si ello no fuera suficiente, no está de más recordar que, en el derecho administrativo, la jurisprudencia cumple un rol trascendental<sup>44</sup>, dada la avalancha de normas (muchas de ellas cambiantes, como sucede en la normativa de contratación pública) y el clima de inseguridad que ello genera. En ese contexto caótico, el juez es quien tiene la palabra final y, por ende, se le debe escuchar (sean sus palabras correctas o equivocadas, en cuyo caso se escucha para criticar).

## **ii. Jurisprudencia relevante**

Los casos que han llegado a la Corte Suprema y que revisten interés son demasiados y crecen continuamente, de manera que es imposible reseñarlos todos. Por ello, voy a referirme solo a algunos casos que han llamado mi atención por la importancia de los temas que analizan, quedando pendiente para otra oportunidad identificar líneas jurisprudenciales que podrían existir sobre ciertos asuntos relevantes para la contratación pública.

---

<sup>42</sup> Cfr. lo señalado por HUAPAYA, R. (2019, p. 126): “Vale destacar que, aun cuando la norma no lo mencione expresamente, dichos principios jurisprudenciales constituyen precedentes vinculantes no solo para los demás órganos jurisdiccionales, sino también –y quizás más importante– para todas las autoridades administrativas que apliquen la norma jurídico-pública interpretada por la Corte Suprema”.

<sup>43</sup> HUAPAYA, R. (2013, p. 99): “Por consiguiente, la correcta interpretación del presente numeral de la LPAG se refiere exclusivamente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema recaídas generalmente en procesos constitucionales o contencioso-administrativos, que interpretan de modo claro y general las normas de Derecho Administrativo”.

<sup>44</sup> En un texto relativamente reciente, SANTIAGO, D. (2021). *La jurisprudencia y su función en el ordenamiento jurídico administrativo. Un estudio desde la óptica de los principios de igualdad y seguridad jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 141 p. ha sostenido lo siguiente: “Durante el siglo XX el Derecho administrativo fue evolucionando hasta convertirse en el Derecho común de las Administraciones públicas, formado por normas positivas y por principios generales del derecho que facilitan su interpretación, correspondiendo, igualmente, a la jurisprudencia un importante papel en dicha tarea debido a su gran complejidad derivada: en primer lugar, de la existencia de múltiples centros de producción normativa -como no podía ser de otro modo en un Estado compuesto-, entre los que se incluye la propia Administración pública, dotada de potestad reglamentaria; en segundo lugar, del elevado número de normas que lo integran y del diferente rango de las mismas, jugando un importante papel el reglamento, a diferencia de lo que sucede en otras ramas del ordenamiento; y de su contingencia y variabilidad. Por tanto, la jurisprudencia ha desempeñado y continúa desempeñando un papel genuino en el Derecho administrativo, diferente del que le puede corresponder en otras ramas del ordenamiento jurídico general, determinantes de su valor y función en el seno del mismo”.

Entre los temas sancionadores, uno que siempre ha llamado mi atención es el que se deriva de la resolución del contrato. Como he advertido en otra oportunidad<sup>45</sup>, el régimen de resolución es manifiestamente disparate o desequilibrado, en favor del Estado. Entre tantas consecuencias negativas que recaen sobre el contratista, la más grave es que la entidad que resuelve también denuncia para que se le imponga una sanción de inhabilitación.

Como se sabe, el régimen sancionador de los contratos públicos dista de ser garantista, por más que se hayan producido cambios positivos en la nueva ley<sup>46</sup>. En el caso específico de la infracción por “ocasionar que la entidad contratante resuelva el contrato”, se aplica un régimen de responsabilidad objetiva<sup>47</sup>. Por si ello no fuera suficiente, en estos casos se sanciona sin que el Tribunal analice el incumplimiento del contratista, dado que se limita a verificar si se siguió el procedimiento de resolución y si la resolución del contrato quedó firme porque no se cuestionó en arbitraje o porque se perdió el arbitraje.

Este régimen no solo afecta al contratista, sino que tiene efectos perniciosos para la propia administración, al privarla eventualmente de contratistas<sup>48</sup>. Esta privación se produce tanto por los contratistas inhabilitados, como por aquellos que, desincentivados por el régimen draconiano, prefieren evitar esta “actividad de riesgo”<sup>49</sup> en que consiste la contratación con el Estado.

En ese contexto, es interesante conocer lo que ha dicho la Corte Suprema. En particular, me voy a referir a la Casación 15205-2016, publicada en el diario oficial El Peruano el 31 de julio de 2019. En esta sentencia, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró infundado el recurso de casación interpuesto por el OSCE, confirmando la sentencia de vista.

En el caso concreto, una empresa proveedora del Estado demandó al OSCE pidiendo la nulidad de la Resolución 1800-2010-TC-S1, por medio de la cual la habían sancionado con una inhabilitación temporal para contratar con el Estado, por supuestamente haber dado lugar a la resolución de un contrato. La demanda fue declarada fundada en primera y segunda instancia, al considerar que la sanción no era correcta, porque la resolución del contrato era errada (nunca se

---

<sup>45</sup> HUAPAYA, R. y ALEJOS, A. (2021). El régimen desequilibrado del incumplimiento en los contratos del Estado. *Advocatus*, (41), 106-107 pp.

<sup>46</sup> SHIMABUKURO, N. y ALEJOS, A. (2025, pp. 108-121).

<sup>47</sup> Sesudo y completo análisis de LINARES, M. (2024, p. 264).

<sup>48</sup> Es pertinente señalar que, con la nueva LGCP, el régimen para esta infracción no es necesariamente objetivo. Hemos vuelto al esquema en el que se otorga al Tribunal un margen de discrecionalidad para determinar en qué casos aplica un régimen subjetivo de responsabilidad y en qué casos no.

<sup>49</sup> En los términos de BACA, V. (2021). La contratación pública en el Perú y la perpetua búsqueda de la piedra filosofal. *Buen gobierno y mejor gestión. Cómo entender y fortalecer el Estado en tiempos de pandemia*. Lima: Gaceta Jurídica, 164 p.

notificó la orden de compra cuyo incumplimiento se alegó como causal para resolver).

Frente a ello, como es usual en este tipo de litigios, el OSCE señaló que no le correspondía al juez pronunciarse sobre la legalidad de la resolución; mucho menos al propio Tribunal del OSCE en vía administrativa. Para el OSCE, basta con constatar que la resolución quedó consentida porque no se acudió al arbitraje. La Corte Suprema –en posición que comparto– discrepó con el OSCE.

Lamentablemente la Corte Suprema no profundizó en sus razones. No obstante, considero que es posible inferir de su decisión que comparte la idea de que el control jurisdiccional de la potestad sancionadora implica analizar la configuración del tipo infractor, lo que en el caso de la infracción por ocasionar la resolución del contrato implica analizar la legalidad de la resolución. De ello se deduce también que el consentimiento de la resolución (por no acudir al arbitraje) no se equipara con un reconocimiento de la infracción; son planos sustancialmente diversos, de manera que no cabe extrapolar las consecuencias de lo primero a lo segundo.

El segundo caso al que me referiré tiene que ver con la legitimación activa, específicamente con la legitimación que puede tener el denunciante. En otro lugar me he pronunciado al respecto<sup>50</sup>, precisando que hay que diferenciar entre el *denunciante simple* y el *denunciante calificado*: el primero es el que formula su denuncia porque tiene interés en que se respete la ley, pero no tendrá ningún beneficio en caso la denuncia se declare fundada; el segundo es aquel que ha sido afectado por la infracción y puede ser beneficiado con un pronunciamiento favorable de la administración, usualmente materializado en una medida correctiva. Bajo esta lógica, solo el denunciante calificado tendría legitimación.

Ello nos lleva al caso del denunciante que es administración pública. La mayoría de procedimientos sancionadores en contratación pública se inicia por denuncia de la entidad contratante que ha advertido que se ha cometido una infracción. En ese contexto, si el Tribunal decide no sancionar, ¿la entidad denunciante tiene legitimación activa para cuestionar judicialmente dicha decisión?

Este problema fue abordado por la Corte Suprema en la Casación 6781-2018 del 7 de agosto de 2018. En esta sentencia, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria declaró nula una sentencia de vista que declaró improcedente la demanda de una entidad por falta de legitimación para obrar activa. La Corte Suprema sustentó la nulidad en una indebida motivación de la sentencia de vista, porque no se pronunció sobre la posibilidad que la entidad alegue ser *tercero con interés* en el procedimiento sancionador. Conuerdo con la Corte Suprema, en la medida que es necesario evaluar si la entidad denunciante en dicho caso calificaba como un tercero interesado, es decir, como un denunciante simple o un denunciante calificado. Sin embargo, quedó pendiente determinar si, en el caso

---

<sup>50</sup> Véase ALEJOS, A. (2022, pp. 281-283).

concreto, la entidad que denuncia una infracción a la normativa de contratación pública tiene legitimación activa. Considero que la respuesta es negativa: si atendemos al criterio de la afectación, no cabe reconocer que la entidad denunciante se ve afectada o perjudicada por la falta de inhabilitación al contratista o postor.

El tercer caso al que me referiré está vinculado con la *presunción de licitud*. Este caso fue resuelto por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema mediante la Casación 16322-2018 del 13 de enero de 2022. El recurso de casación fue interpuesto por una empresa que había sido sancionada con inhabilitación para contratar con el Estado por no haber cumplido con su obligación de perfeccionar un contrato que se había adjudicado en consorcio. La empresa argumentó que no fue parte del consorcio adjudicatario ni participó en el procedimiento de selección, por lo que mal podría imputársele no firmar el contrato. Para reforzar su posición, solicitó que se realice una pericia grafotécnica a los documentos de la oferta del consorcio; sin embargo, ello no se hizo por falta de colaboración de la entidad.

En ese contexto, la Corte Suprema formuló varias reflexiones interesantes sobre la presunción de inocencia: “La presunción solo cederá si la entidad puede acopiar evidencia suficiente sobre los hechos y su autoría, tener seguridad que se han producido todos los elementos integrantes del tipo previsto, y un razonamiento lógico suficiente que articule todos estos elementos formando convicción”.

Partiendo de esa premisa, la Corte Suprema declaró fundado el recurso de casación, motivando su decisión en lo siguiente:

(...) el hecho que no se haya actuado la pericia grafotécnica por situaciones no imputables al administrado, no puede conllevar a que se concluya que debe prevalecer la veracidad de los documentos obrantes en el expediente administrativo, cuando existía un medio probatorio que resultaba idóneo para establecer si lo afirmado por la empresa demandante era cierto (...).

La relevancia de este pronunciamiento excede no solo el caso concreto, sino también al procedimiento sancionador de contratación pública; en realidad, es un pronunciamiento con un inmenso valor para el derecho administrativo sancionador en general. En un terreno en donde las garantías se ven continuamente recortadas o mal interpretadas, resulta positivo que se recuerde el *deber de probar* que recae sobre la administración.

Sucede que erróneamente se cree que, en el procedimiento sancionador, gana la administración o gana el administrado, como si estuviéramos en un litigio entre intereses contrapuestos; en realidad, el interés que subyace a la actuación de la administración es el *interés público* que está presente en los bienes jurídicos que se busca proteger cuando se ejerce la potestad sancionadora. En ese contexto, la casación bajo comentario tiene el mérito de recordar que la presunción de licitud

no solo es una garantía para el administrado, sino que además impone un deber sobre la administración para que resuelva siempre conforme a la verdad material.

Ahora bien, en el ámbito de la contratación pública es también un pronunciamiento significativo, si tomamos en cuenta que un gran número de casos está vinculado precisamente con la documentación que se presenta en el procedimiento de selección, respecto de la cual se hacen responsables los postores. En ese ámbito, es importante que se tome conciencia –como lo hace la Corte Suprema– de la relevancia de actuar todos los medios de prueba necesarios para esclarecer los hechos, siendo insuficiente sostener que no se actuaron por falta de colaboración.

Finalmente, el último caso al que me quiero referir fue resuelto mediante la Casación 21628-2022 del 27 de agosto de 2024. En este caso, el OSCE demandó en un proceso de lesividad la nulidad de su propio acto, concretamente de la aprobación de la renovación del registro nacional de proveedores de determinada empresa<sup>51</sup>. Las instancias de mérito declararon improcedente la demanda argumentando que el OSCE no había cumplido con identificar el agravio al interés público que sustenta la demanda de lesividad. La Corte Suprema consideró que sí había motivación suficiente porque se habría aludido a la trasgresión al principio de presunción de veracidad. Pero, más importante, la Corte Suprema señaló que:

al ser evidente que no existe una fehaciente falta de motivación e identificación del agravio a la legalidad e interés público en la resolución que dispone el ejercicio de acciones legales a efecto de la declaración de nulidad del acto administrativo (...), correspondía que la instancia de primera instancia, en virtud del principio de favorecimiento del proceso, admita a trámite la demanda.

Más allá del tema de fondo, rescato el uso del principio de favorecimiento del proceso –pensado siempre para casos en donde se duda sobre el agotamiento de la vía administrativa– para el proceso de lesividad.

Como puede apreciarse, hay de todo un poco en la jurisprudencia vinculada a contratos públicos. Por ello, es importante conocerla, someterla a discusión, aprender de ella para emular lo correcto y criticar lo malo.

## **V. Conclusiones**

Como señalé al inicio, el propósito de este artículo no ha sido otro que recordar la existencia del proceso contencioso administrativo vinculado a controversias de contratación pública. Este proceso, olvidado por el protagonismo del arbitraje, existe para controlar las decisiones que toma el Tribunal de Contrataciones Públicas respecto de controversias precontractuales y procedimientos sancionadores.

---

<sup>51</sup> Cabe recordar que, anteriormente, el registro no tenía vigencia indeterminada, por lo que se tenía que renovar continuamente.

En tal sentido, he procurado brindar un panorama conciso sobre los distintos aspectos de dicho proceso. Si bien es similar en estructura a cualquier otro proceso contencioso administrativo, presenta particularidades propias de la materia. Así, las particularidades de la contratación pública tienen su correlato en aspectos como el régimen cautelar, la legitimación o la intensidad del control que ejerce el órgano jurisdiccional. Es deber del juez y las partes tomar conciencia de estas peculiaridades.

Por último, he dado cuenta de algunas sentencias interesantes de la Corte Suprema que precisamente abordan problemas propios de la contratación pública. Con ello no solo pretendo difundir la jurisprudencia (lo cual, reitero, es fundamental), sino evidenciar que los jueces tienen mucho que decir sobre estos temas. Estemos o no de acuerdo con ello, lo cierto es que los jueces terminan siendo –muchas veces– la última palabra en estas controversias. De ahí la importancia de conocer sus decisiones y criticarlas si corresponde.