



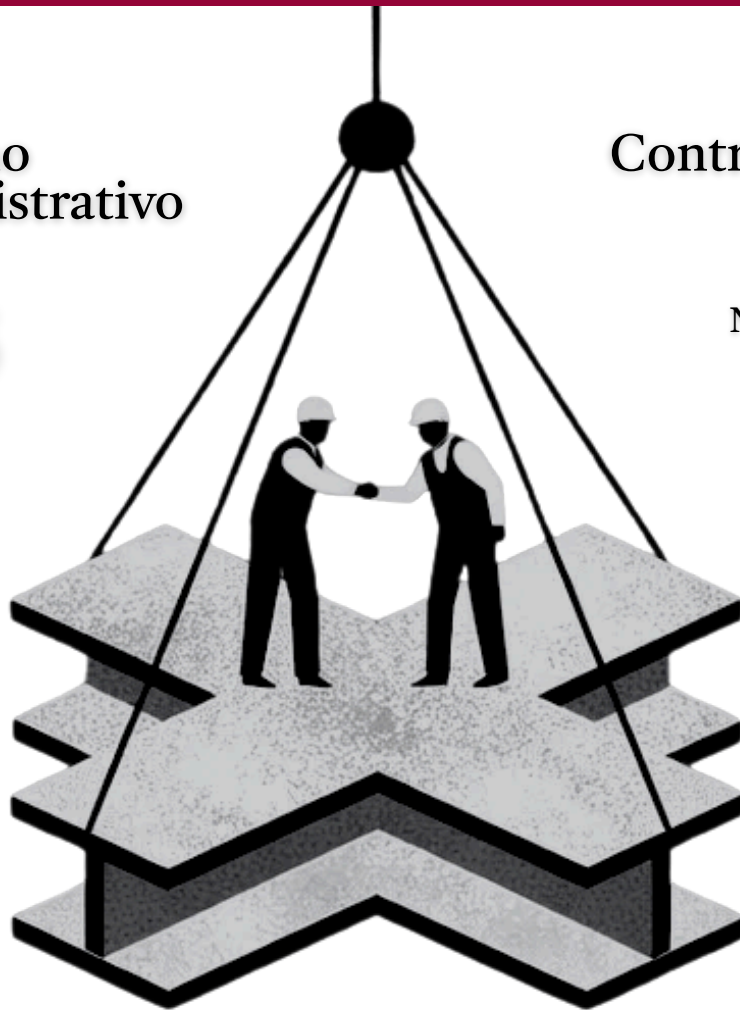
# FORSETI

Derecho  
Administrativo

Contratación  
Pública

VOL. 15

NÚM. 23



Pierino **Stucchi**

Oscar **Alejos Guzmán**

Jean Cristhian **Barreda Vilchez** &  
Rodrigo Sebastián **Becerra Romero**

Melisa **Linares Paz Soldán**

Milagros **Mendoza Alegre**

Lucía **Sedano Arévalo** &  
David **Rubio Alcántara**

Humberto **Zúñiga Schroder**



**FORSETI**

© DERUP Editores, Lima, 2026

Av. Salaverry 2020, Oficina B-302-A

Jesús María, Lima, Perú

ISSN: 2312-3583

revistaforseti.com / <https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/index>

El contenido de los artículos publicados en FORSETI - Revista de Derecho es responsabilidad exclusiva de los autores.

FORSETI autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y utilice para fines académicos.

2026-I

## Asociación DERUP Editores

### Consejo Directivo

Ana Fernanda Crisanto Solís  
Presidenta y Directora de Finanzas

Daniela A. Lecca Dhaga del Castillo  
Vicepresidenta y Directora de  
Comercialización

Luciana Olenka Moreno Manrique  
Luana Abigail Sandoval Gallo  
Jennifer Nicole Plasencia Silva  
Luciana Olaza La Rosa  
Patricio Velarde Villegas  
Alberto Sebastián Hurtado Rosales  
Mauricio Eli Caqui Arévalo  
Fabiana Yamila Lazo Renteria

Directora de Edición  
Directora de Eventos  
Directora de Gestión de Talento  
Subdirectora de Edición  
Subdirector de Eventos  
Subdirector de Gestión de Talento  
Subdirector de Comercialización  
Subdirectora de Finanzas

### Asamblea General

#### Comisión de Edición

Alejandra Sofia Dominguez Solis  
Rafaela Hernández Bernos  
Rafaela Valdivieso Calderón  
Carlos Chuquilín Vásquez  
Pablo José Nué Gutiérrez  
Juan José Barriga Salcedo  
Santiago Lores Michaels  
Ronald Abregú Choque  
Alicia Valdivia Lazarte  
Ariana Odría Acosta  
César Valverde Tito

#### Comisión de Eventos

Atenas María Fernanda Quispe Tello  
Erika Gabriela Ocampos Sifuentes  
Xiomara Hinostroza Pariamachi  
Giacomo Sanguineti Ravettino  
Taira Travezaño Bueno-Tizón  
Susan Isabel Torres Escobedo  
Arianna Katelyn Díaz Quispe  
Daniela Mañanes Meléndez  
Jeslie Gissel Lavado Albino  
Maria Cristina Hau Balta  
Valeria Olazo Cornejo

#### Comisión de Comercialización

José Leonardo Alonso Tubillas Aviles  
Camila Mirella Avellaneda Mansilla  
Camilo Luciano Lechuga Hanco  
Daniela de Fátima Pita Ahumada  
Carmen Andrea Segura Manayay  
Joaquín Alonso Talavera Becerra  
María Belén López Fonseca  
Ivy Victoria Tenya Koizumi  
Francesca Giribaldi Flórez  
Rodrigo Carranza Távara  
Santiago Negrón Sánchez  
Abigail Gallardo Miranda  
Adriana Sacha Granados  
Sol Morachimo Quiroz  
Jorge Vera Castañeda

#### Comisión de Gestión de Talento

Andrea Fernanda Ramos Giron  
Alisson Linette Mijichich Vila  
Guadalupe De la Cruz Avalos  
Luis Alonso Larrauri Illescas  
Arely Seguil Rodríguez  
Mariah Guevara García  
Camila Morales Rocha

#### Comisión de Finanzas

Camila Vanessa Fernández Menéndez  
Leonardo Alberto Guevara Gallegos  
Maria Fernanda Lam Saldarriaga  
Franco Manuel Paucar Pacheco  
Amy Rosario Palacios Loyola

## **SOBRE EL PRESENTE NÚMERO**

Nos complace presentar la edición número veintitrés de la revista FORSETI, que reúne una selección de artículos que exploran algunos de los principales desafíos jurídicos contemporáneos. Esta edición ofrece una mirada crítica sobre temas de contratación pública, asociaciones público-privadas, infraestructura, derechos del consumidor y comercio internacional, con especial énfasis en la manera en que el sistema jurídico debe adaptarse a las nuevas realidades del derecho económico y administrativo.

En esta edición, destacamos una entrevista con el reconocido abogado Pierino Stucchi, quien reflexiona sobre la evolución del Derecho Administrativo en el Perú, señalando que hemos superado la etapa fundacional y avanzamos hacia una consolidación de principios clave como la buena administración pública y la centralidad del ciudadano.

En el ámbito de la contratación pública, se analiza el proceso contencioso administrativo y su papel en la revisión judicial de las decisiones del Tribunal de Contrataciones Públicas, un tema crucial para garantizar la transparencia y efectividad en las decisiones precontractuales. Además, se explora el reciclaje de activos como una estrategia de segunda generación en las Asociaciones Público-Privadas, destacando su potencial para optimizar la infraestructura pública sin generar presión fiscal adicional.

También se dedica un artículo al requerimiento en la Ley General de Contrataciones Públicas, que introduce nuevas herramientas para fortalecer la planificación y mejorar la interacción con el mercado, asegurando decisiones públicas más eficientes y alineadas con el principio de valor por dinero. En el ámbito de la infraestructura de saneamiento, se analizan las brechas existentes en el Perú y el papel de las APP para cerrar esas brechas, garantizando un servicio sostenible y de calidad para todos los ciudadanos.

Además, se presenta un análisis sobre las cláusulas penales en la contratación inmobiliaria, profundizando en la abusividad de estas cláusulas y su impacto en los derechos de los consumidores. Finalmente, en la sección miscelánea, se examina la crisis del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio y las negociaciones para su reforma.

En nombre de todo el equipo editorial de FORSETI, agradecemos a los autores por sus valiosas contribuciones y a nuestros lectores por acompañarnos en esta nueva edición. Los artículos reunidos en esta publicación no solo identifican los problemas actuales, sino que también ofrecen propuestas y abren nuevas preguntas para el debate académico, reafirmando nuestro compromiso con un pensamiento jurídico riguroso, crítico y comprometido con los desafíos del presente. Esperamos que esta edición sea de su agrado.

**Comisión de Edición**

**Luciana Moreno & Luciana Olaza**

## Índice

### Entrevista

#### **La etapa fundacional del Derecho Administrativo ha concluido**

*Pierino Stucchi* ..... 06

### Administrativo y Contratación Pública

#### **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* ..... 12

#### **El reciclaje de activos como estrategia de segunda generación de Asociaciones Público-Privadas en el Perú**

*Jean Barreda Vilchez y Rodrigo Becerra Romero* ..... 38

#### **El requerimiento en la Ley General de Contrataciones Públicas: nuevas perspectivas y desafíos**

*Melisa Linares Paz Soldán* ..... 58

#### **Infraestructura para la provisión de los servicios de saneamiento: Diagnóstico, rol de las asociaciones público-privadas y recomendaciones para el cierre de brechas**

*Milagros Mendoza Alegre* ..... 75

#### **Cláusulas penales y protección al consumidor: Desentrañando el análisis de abusividad en la contratación inmobiliaria de masa**

*Lucía Sedano Arévalo y David Rubio Alcántara* ..... 96

### Misceláneo

#### **Crisis del órgano de apelación de la OMC: reforma del ESD**

*Humberto Zúñiga Schroder* ..... 111

## Entrevista: La etapa fundacional del Derecho Administrativo ha concluido

Pierino Stucchi\*

- I. Considerando su trayectoria tanto en el sector público y privado, como en la academia: ¿Cómo ha evolucionado el Derecho Administrativo en el Perú? ¿Cómo se encuentra la relación entre el Estado y el administrado en la última década?

En nuestro país la etapa fundacional del Derecho Administrativo contemporáneo ha concluido. En mi apreciación, esta etapa se extendió desde la vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley 27444 en 2001 hasta la finalización de la reciente pandemia en 2021. Esta etapa cumplió un rol necesario pues organizó la disciplina. Se estructuró mejor su comprensión y su enseñanza en las facultades de Derecho. Se tuvo aciertos, pero también desaciertos. Me refiero entre los desaciertos, por ejemplo, a la incomprensión que han tenido algunos queridos académicos y profesionales de esa generación en relación con el debido alcance del **principio de imparcialidad** y del **principio de presunción de inocencia**, que se fundamentan en derechos humanos de personas naturales y en derechos constitucionales de personas jurídicas.

No considero válido, ni siquiera desde una visión fundacional o tradicional, sostener que el órgano instructor y acusador en un procedimiento administrativo sancionador le prepare válidamente el proyecto de decisión final al órgano decisor y que se reúna a solas con este, sin presencia del imputado. Ello afecta la imparcialidad objetiva y la igualdad de armas. Basta leer la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Ley del Procedimiento Administrativo General para confirmarlo. No es válido sostener tampoco que el derecho a la presunción de inocencia, llamado presunción litud en sede administrativa peruana, se puede vencer con prueba intermedia y que no se aplicaría el estándar de prueba más allá de toda duda razonable o de prueba plena, dado el sistema sancionador administrativo no es derecho penal. Claramente, esto

---

\* Socio de Stucchi Abogados, director de la Sociedad Peruana de Derecho Administrativo y Regulación.

es un error. Se ha desconocido la unicidad del derecho sancionador y de los principios que resguardan la dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales. Ello debe ser corregido.

Lo positivo es que actualmente nos encontramos en una siguiente etapa. Nos encontramos en un momento decisivo. La madurez del Derecho Administrativo contemporáneo en el país está transitando a una fase de comprensión de principios y de internacionalización, donde en Derecho Administrativo Iberoamericano se consolida el reconocimiento del principio y derecho a la *Buena Administración Pública*. Esta visión reconoce y remarca que el Estado y la Administración Pública deben estar al servicio de las personas y de la sociedad. Esa es su misión y propósito. Este es el fundamento de la nueva etapa.

Estamos frente a una etapa de consolidación de los principios del Derecho Administrativo y de este al servicio del ciudadano. La tarea hoy es asegurar que la función pública, así como los funcionarios a cargo de ella, reconozcan que el fundamento y fin de su propósito es preservar la centralidad del ciudadano y que actúen en consecuencia. Ello es remarcado por la doctrina y la docencia de los maestros iberoamericanos Juan Carlos Cassagne y Jaime Rodríguez Arana, que han guiado el pensamiento de académicos, profesores y profesionales en nuestro país, cada uno desde su experiencia y perspectiva.

**II. Usted defiende permanentemente la alta relevancia del Derecho Administrativo en relación con la libertad de empresa y la actividad empresarial misma: ¿En qué se basa para ello?**

En el fondo, el Derecho Administrativo es la otra cara de la moneda del Derecho Empresarial. Lo explico. Todos conocemos el Derecho Empresarial conformado por el Derecho Corporativo, que se ocupa de la constitución de las personas jurídicas, de su diseño estatutario, del funcionamiento de sus órganos (junta general de accionistas, directorio, gerencia, etc.), así como de las fusiones y adquisiciones de empresas. Conocemos también el Derecho de los Contratos que se ocupa de las transacciones e intercambios que realiza la empresa, mediante contratos de compraventa, contratos de suministro, contratos de servicios y diferentes contratos atípicos. Este es, en suma, el *Derecho Empresarial Privado*.

Sin embargo, el rol del Derecho Administrativo para concretar el ejercicio de la libertad de empresa, desarrollando actividad empresarial, es trascendental. Ello pues se ocupa de las autorizaciones, permisos y licencias que requieren las empresas para actuar en diferentes sectores, tales como alimentos, banca, seguros, transporte, educación, construcción, inmobiliario, infraestructura, telecomunicaciones, energía y minería, entre otros, por no ser exhaustivo. El Derecho Administrativo, asimismo, se ocupa de la regulación de la actividad empresarial, en diferentes sectores, misma mediante el cumplimiento de estándares, condiciones y requisitos legales que ordenan y limitan la libertad de empresa. Ello lleva aparejadas supervisiones, inspecciones y, eventualmente, la

defensa jurídica necesaria frente a limitaciones reglamentarias, medidas sancionadoras o correctivas, capaces de afectar indebidamente o excesivamente la actividad empresarial. Este es, en suma, el *Derecho Empresarial Público*. Es el derecho que acompaña a la actividad empresarial que, indudablemente, siempre se relacionará con el Estado y cuya libertad se debe defender bajo un mandato de optimización: la mayor libertad posible, sin que se afecten objetivos legítimos de la sociedad, tales como vida, salud, seguridad, derechos del consumidor, cuidado del medio ambiente, etc.

**III. ¿Cree que el Derecho Administrativo peruano actual está logrando transitar eficazmente de una visión puramente sancionadora hacia una de promoción de la actividad empresarial y la inversión?**

Aún no. Todavía se mantienen algunas severas confusiones.

Por ejemplo, nuestra Constitución Política, para resguardar el *principio de libertad* en relación con la conducta de las personas humanas (naturales) y personas jurídicas (morales), que incluye la libertad de empresa, precisa que el único límite de la conducta de los privados se encuentra en la ley y, aunque no se diga expresamente, también en la propia Constitución. Pero esta no establece, de manera alguna, que la libertad se puede limitar válidamente mediante un reglamento. Ello tiene una razón en el fundamento democrático de las limitaciones a la libertad. Las limitaciones válidas solamente son fruto de la decisión de un Congreso Constituyente (mediante normas constitucionales) o de un Congreso Constituido (mediante normas legales), conformado por representantes de toda la sociedad, elegidos por la ciudadanía democráticamente.

Se puede admitir la delegación congresal que permite limitaciones a la libertad mediante decretos legislativos, que poseen rango de ley, pero no la espontánea limitación de las libertades mediante un decreto supremo (reglamento) que es emitido por el presidente de la república, junto con un ministro. A este último nadie lo ha elegido para representarnos socialmente, sino que lo ha designado el presidente para ejecutar las políticas de gobierno únicamente en el marco de la ley.

Sin embargo, todavía se siguen estableciendo obligaciones y limitaciones a la actividad empresarial mediante decretos supremos (reglamentos) que no tienen base alguna legal para ello. Véase, por ejemplo, el reciente nuevo reglamento de protección de datos personales que establece exigencias, sin base legal, y establece también infracciones que la ley no ha tipificado. Ello no es constitucional, no respeta las libertades y no claramente no es correcto.

**IV. La transformación digital promete agilidad, pero plantea riesgos sobre la motivación del acto administrativo. En su análisis sobre las tendencias futuras, ¿cómo evitar que la digitalización y la automatización afecten los derechos de los ciudadanos y de las empresas?**

Fundamentalmente, me encuentro de acuerdo con utilizar las innovaciones digitales en la función administrativa, pero siempre en clave del principio y derecho a la **Buena Administración Pública**. Por ello, me preocupa observar que actualmente se viene utilizando la Inteligencia Artificial (IA) sin los cuidados y las garantías que se requiere para ello.

Preocupa que algunas autoridades utilicen herramientas de inteligencia artificial (IA) automatizadas, propias o provistas por terceros, en actividades que inciden directamente en la determinación de hechos imputables y en la formación de convicción sobre la responsabilidad administrativa, sin habilitación legal expresa que lo autorice. Preocupa significativamente la dejación del rol exclusivo de juzgamiento de la autoridad administrativa, al delegarse, en esos casos, –de facto– funciones sustantivas de evaluación y precalificación probatoria en sistemas automatizados, sin autorización legal.

A ello le sumamos la preocupación que nos genera la ausencia de una normativa vigente, habilitante y aplicable las instituciones públicas, que establezca protocolos claros, estándares técnicos verificables y mecanismos fiables mínimos de tutela de los derechos del administrado (ciudadano o empresa). Estas omisiones, en nuestra opinión, hacen inviable, actualmente, bajo estas condiciones, el uso de herramientas de inteligencia artificial en procedimientos administrativos sancionadores, por ejemplo.

En este contexto, resulta inadecuado utilizar resultados generados por herramientas de inteligencia artificial como sustento autónomo o determinante de responsabilidad administrativa, considerando que esta utilización viola garantías procedimentales y derechos fundamentales, tales como: i) la ruptura del principio de intermediación y de la reserva de humanidad; ii) la existencia de sesgos de automatización y márgenes de error reconocidos (“alucinaciones”) incompatibles con el principio de verdad material; y, iii) la opacidad técnica de modelos tipo “caja negra”, que impide garantizar estándares mínimos de fiabilidad, trazabilidad, contradicción y motivación probatoria exigidos en el derecho administrativo sancionador.

En suma, en un contexto como el actual, algunas instituciones, en lugar de ufanarse por utilizar herramientas de inteligencia artificial (IA), por el solo hecho de utilizarlas en contextos muestrales (donde no revisan directamente toda la evidencia materia de una imputación, al estar asistida por dichas herramientas), debieran reflexionar acerca de la imposibilidad de sustentar infracciones sobre la base de prueba indirecta, sin una justificación metodológica adecuada, incluida la estadística. Esta reflexión debiera incluir el entendimiento de que se afectan las garantías para el administrado derivadas de: i) la ausencia de una muestra estadísticamente confiable en el marco de un procedimiento sancionador; ii) la validez, representatividad y trazabilidad del diseño estadístico empleado; y, iii) la ausencia de criterios técnicos que permitan verificar la fiabilidad de los resultados obtenidos. El derecho a la **presunción de inocencia** está en grave peligro.

**V. Finalmente, de cara al futuro, ¿qué reformas institucionales resultan indispensables para fortalecer una verdadera gobernanza administrativa orientada al ciudadano y al desarrollo económico?**

Considero que los más importantes y sostenibles cambios provienen de la sociedad civil organizada que reflexiona y propone mejoras.

Por ejemplo, una muestra de ello es el surgimiento de la Sociedad Peruana de Derecho Administrativo y Regulación - DAR, que fue constituida en septiembre de 2025. Se trata de un foro comprometido con la libertad, la legalidad y la buena administración del Estado.

Los profesionales y académicos que participan en esta Sociedad, entre los que me cuento, son tanto peruanos como iberoamericanos. Ello es producto del entendimiento de que el Derecho Administrativo en el país está en una fase de internacionalización, debiendo consolidarse como un Derecho Administrativo al servicio del ciudadano y bajo el entendimiento de principios internacionales. En este foro la participación es libre y abierta, sin fines de lucro, y, como decía, sin diferencias por nacionalidad ni por otra causa.

Quienes participan desde la fundación de esta Sociedad consideran que: i) garantizar y optimizar el principio de libertad, con responsabilidad en su ejercicio, promueve la solidaridad y el bienestar en una sociedad; ii) respetar el principio de legalidad, como fundamento y límite de la función pública en un Estado democrático y social, contribuye con la realización del principio de buena administración de los poderes públicos; y, iii) cumplir los deberes propios y respetar la legalidad, en igualdad ante la ley, desde la actividad ciudadana y empresarial, es fundamental para asegurar el ejercicio de derechos y la igualdad de oportunidades.

Los animo a conocer la Sociedad Peruana de Derecho Administrativo y Regulación - DAR y participar en sus iniciativas.

# 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) el 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.

# El reciclaje de activos como estrategia de segunda generación de Asociaciones Público-Privadas en el Perú

Jean Cristhian Barreda Vilchez\*  
Rodrigo Sebastián Becerra Romero\*\*

**Resumen.** - Los autores analizan el potencial del reciclaje de activos como estrategia para optimizar la gestión de infraestructura en el marco de las Asociaciones Público-Privadas (APP) en el Perú. A partir de la experiencia comparada y de los avances normativos en materia de APP, se examinan los desafíos institucionales, contractuales y financieros que limitan su implementación efectiva. Finalmente, se proponen lineamientos para consolidar un marco jurídico y regulatorio que promueva el reciclaje de activos como mecanismo sostenible para el desarrollo de infraestructura.

**Palabras clave.** - Reciclaje de Activos - Asociaciones Público-Privadas - Infraestructura - Valor público.

**Abstract.** - The authors analyze the potential of public asset recycling as a strategy to optimize infrastructure management within the framework of Public-Private Partnerships (PPP) in Peru. Based on comparative experience and regulatory advances in PPP, they examine the institutional, contractual, and financial challenges that limit its effective implementation. Finally, guidelines are proposed to consolidate a legal and regulatory framework that promotes asset recycling as a sustainable mechanism for infrastructure development.

**Keywords.** - Asset Recycling - Public-Private Partnerships - Infrastructure - Public Value.

---

\* Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de cátedra en los cursos de Derecho Administrativo I y II de la misma casa de estudios. Practicante profesional del área de Proyectos e Infraestructura en Phillipi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uria (PPU).

\*\* Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de cátedra en los cursos de Derecho Administrativo I y II de la misma casa de estudios. Asociado del área de Derecho Administrativo y Regulatorio en Rubio Leguía Normand.

## **I. Introducción**

El Perú enfrenta una brecha de infraestructura significativa que limita su competitividad y condiciona la calidad de vida de la población. Si bien los esquemas de Asociaciones Público-Privadas (APP) y Proyectos en Activos (PA) han permitido avances relevantes durante las dos últimas décadas, la magnitud del déficit y las restricciones fiscales actuales evidencian la necesidad de explorar mecanismos innovadores que permitan sostener y ampliar la inversión sin comprometer la estabilidad económica.

En esa línea, el país se aproxima a una coyuntura crítica: el progresivo vencimiento de las concesiones de infraestructura adjudicadas desde finales de los años noventa. Pese a algunos avances recientes del marco regulatorio, la normativa anterior en materia de APP<sup>1</sup> carecía de disposiciones claras que regularan la planificación anticipada, la relicitación o la renovación de los contratos próximos a caducar, lo que comprometía la continuidad y eficiencia de los servicios públicos asociados. Esta ausencia de reglas explícitas implicaba que las decisiones relacionadas con el cierre natural de las concesiones no formaran parte de una planificación estructural del ciclo concesional.

La falta de previsión institucional frente al cierre de los contratos APP genera una serie de consecuencias que inciden directamente en la continuidad y sostenibilidad del modelo. En primer lugar, la postergación de nuevos procesos licitatorios ha derivado en la extensión recurrente de contratos mediante adendas, mecanismo que, si bien permite garantizar la operación de los servicios, reduce la competencia y limita la posibilidad de capturar el valor residual de la infraestructura revertida. En segundo término, la ausencia de mecanismos que reconozcan dicho valor desincentiva al concesionario a realizar inversiones adicionales o mejoras no previstas contractualmente durante las etapas finales del contrato. Finalmente, la desaceleración de las fuentes de financiamiento privado restringe la capacidad del Estado para promover nueva infraestructura bajo esquemas autosostenibles.

Estas debilidades estructurales contrastan con la experiencia de otros países de la región. Chile, por ejemplo, ha institucionalizado la planificación anticipada del vencimiento de las concesiones, mientras que Costa Rica ha incorporado en su legislación la figura de “optimización de activos” como una forma de reciclaje de infraestructura pública. Ambos casos demuestran que la madurez del ciclo concesional puede transformarse en una oportunidad para financiar nuevas

---

<sup>1</sup> La normativa previa sobre Asociaciones Público-Privadas estaba constituida por el Decreto Legislativo 1362, que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo 240-2018-EF. Este régimen quedó derogado con la entrada en vigor de la Ley 32441, publicada el 16 de septiembre de 2025, la cual entró en vigor al día siguiente de la publicación de su Reglamento, el 25 de diciembre de 2025.

inversiones sin generar presiones fiscales, siempre que exista un marco normativo y de gobernanza adecuado.

En este contexto, el Reciclaje de Activos (RA) emerge como un mecanismo alternativo que permite dar continuidad a la provisión de servicios públicos y, simultáneamente, canalizar los recursos derivados del valor residual de los activos hacia nuevos proyectos de infraestructura. Su incorporación en la política de inversión pública peruana podría ofrecer una respuesta estructural ante el vencimiento de las concesiones, transformando un riesgo operativo en una oportunidad de reinversión sostenible.

No obstante, la reciente entrada en vigor de la Ley 32441, que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, así como de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 316-2025-EF y publicado el 24 de diciembre de 2025, representa un avance significativo al introducir, por primera vez, la obligación de evaluar alternativas de gestión con una anticipación mínima de tres años al vencimiento contractual. Sin embargo, esta reforma se ha producido en un contexto complejo. Al menos una concesión relevante ya ha llegado efectivamente a su término sin contar con un régimen de planificación anticipada plenamente operativo<sup>2</sup>, mientras que otras se aproximan a su vencimiento en plazos significativamente menores al horizonte temporal previsto por la norma. Ello pone de relieve que la reforma, aunque necesaria, se ha implementado de manera sobreviniente y plantea interrogantes inmediatas sobre su aplicabilidad práctica y la capacidad institucional de las entidades públicas para gestionar transiciones contractuales complejas en escenarios de urgencia.

Bajo esa premisa, el presente artículo sostiene que el reciclaje de activos constituye una alternativa viable para el Perú, siempre que su implementación se sustente en tres ejes: (i) un marco normativo que regule la valorización y reinversión del valor residual de los activos públicos; (ii) un diseño institucional y financiero que garantice la trazabilidad de los recursos; y (iii) una estrategia de gobernanza que preserve la legitimidad y sostenibilidad del mecanismo.

## **II. La caducidad natural de las concesiones: una oportunidad para repensar la gestión de infraestructura**

---

<sup>2</sup> El Proyecto Olmos constituye uno de los primeros casos en los que una concesión de infraestructura ha llegado efectivamente a su término en el Perú. Tras el vencimiento del contrato de concesión del trasvase y de la operación de la presa —administrada por Novonor—, la infraestructura revirtió al Proyecto Especial Olmos Tinajones (PEOT), entidad que ha debido asumir directamente actividades de operación y mantenimiento antes a cargo del concesionario, con impactos relevantes sobre su capacidad presupuestal y operativa.

Uno de los argumentos más sólidos que justifican la pertinencia de introducir un esquema de RA en el Perú es la proximidad del vencimiento de numerosas concesiones de infraestructura adjudicadas desde finales de la década de 1990. Entre 2026 y 2038 vencerán 38 concesiones APP, con un costo total de inversión de aproximadamente USD 5,8 mil millones, equivalente a 1,4 veces la inversión pública del Gobierno Nacional en 2024. Estas concesiones representan cerca de una de cada tres actualmente vigentes y presentan una especial concentración en los sectores de transportes (USD 2,3 mil millones) y comunicaciones (USD 1,8 mil millones), según estimaciones del Instituto Peruano de Economía<sup>3</sup>.

El Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositrán) ha advertido que, por primera vez en más de veinticinco años, un número significativo de concesiones de transporte llegará a su término. De las 32 concesiones existentes en este sector, ocho ya han vencido o vencerán antes de 2030, incluyendo proyectos estratégicos como el puerto de Matarani, la Red Vial No. 5 y diversos tramos de la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana (IIRSA). Este escenario genera incertidumbre respecto de la continuidad de los servicios y ha motivado llamados a adoptar una política preventiva que permita gestionar el vencimiento contractual sin interrupciones operativas<sup>4</sup>.

Bajo el marco normativo previo, la ausencia de lineamientos claros para gestionar la caducidad de estas concesiones ha sido objeto de debate. Como advierte Azurín, la reciente legislación en materia de APP incorporó disposiciones orientadas a la intervención estatal frente a situaciones de caducidad; sin embargo, estas se han concentrado en resolver contingencias puntuales, sin abordar la cuestión de fondo relativa a cuándo y cómo debe definirse el destino de una concesión próxima a vencer<sup>5</sup>. Si bien se reconocen facultades a las entidades titulares para adoptar medidas de continuidad, no se establecieron plazos mínimos de anticipación ni criterios técnicos que orienten la decisión entre asumir temporalmente la operación, convocar un nuevo proceso competitivo o extender el contrato mediante adenda. Esta indefinición convierte la caducidad en un riesgo jurídico y

---

<sup>3</sup> INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA. (2 de febrero de 2025). Un tercio de APP en riesgo de caducar al 2035. *Diario El Comercio*. [https://elcomercio.pe/economia/peru/ipe-una-de-cada-tres-app-vencera-en-la-siguiente-decada-inversion-privada-app-obras-publicas-presupuesto-infraestructura-plan-nacional-de-infraestructura-noticia/?ref=ecr#google\\_vignette](https://elcomercio.pe/economia/peru/ipe-una-de-cada-tres-app-vencera-en-la-siguiente-decada-inversion-privada-app-obras-publicas-presupuesto-infraestructura-plan-nacional-de-infraestructura-noticia/?ref=ecr#google_vignette)

<sup>4</sup> CONSTRUYENDO. (14 de enero de 2025). Ocho concesiones de transporte en Perú llegarán a su fin en los próximos años: ¿Qué alternativas existen? *Diario Digital de Construcción*. <https://www.construyendo.pe/noticias/construccion/ocho-concesiones-de-transporte-en-peru-llegaran-a-su-fin-en-los-proximos-anos-que-alternativas-existen/>

<sup>5</sup> AZURIN, A. (4 de agosto de 2025). Estado peruano oficialmente tomará control de Olmos, ¿pero hay “trampa” para otras APP caducadas? *Diario Gestión*. <https://gestion.pe/economia/estado-oficialmente-tomara-control-de-olmos-pero-hay-trampa-para-otras-app-caducadas-noticia/?ref=gesr>

operativo, al dejar al Estado sin una estrategia previamente definida y obligarlo, en algunos casos, a recurrir a soluciones ad hoc.

En este contexto, el RA se presenta como una respuesta estructural frente a la falta de mecanismos normativos orientados a una gestión integral del vencimiento concesional. Su incorporación permitiría no solo planificar con anticipación la relicitación de concesiones próximas a expirar, sino también capturar el valor residual de los activos y canalizarlo hacia nueva infraestructura. De este modo, la caducidad dejaría de ser concebida como una etapa meramente terminal del contrato para convertirse en una oportunidad de inversión sostenible.

La evidencia disponible refuerza esta necesidad. Diversas concesiones estratégicas –particularmente en el sector transporte– se encuentran próximas a su vencimiento, lo que acentúa los riesgos asociados a una gestión reactiva del cierre concesional. No obstante, durante la vigencia del régimen anterior, el marco contractual de las APP no incorporó una visión orientada al aprovechamiento del valor residual de los activos públicos al término de los contratos. En la práctica, la caducidad ha sido tratada predominantemente como una etapa de cierre administrativo y reversión de bienes, más que como una instancia para redefinir el esquema de gestión de la infraestructura mediante nuevos mecanismos de APP.

Con la entrada en vigor del nuevo marco normativo de APP, esta situación comienza a ser abordada desde una lógica distinta. La normativa vigente introduce un enfoque de gestión temprana del vencimiento contractual, al exigir que las entidades titulares evalúen alternativas con una anticipación mínima de tres años. Sin embargo, este avance normativo no elimina por sí mismo los riesgos asociados a la transición post-vencimiento, en la medida en que su implementación enfrenta limitaciones prácticas, plazos desalineados respecto de concesiones próximas a caducar y la ausencia de criterios específicos para la captura y reasignación del valor residual.

En ese sentido, resulta necesario examinar si las disposiciones actualmente vigentes –en particular aquellas vinculadas a la caducidad, renovación y gestión anticipada de concesiones– constituyen una base suficiente para desarrollar mecanismos efectivos de Reciclaje de Activos, o si requieren ser complementadas con instrumentos jurídicos e institucionales que permitan articular la finalización del contrato con la continuidad operativa del servicio y la captación eficiente de valor por parte del Estado.

#### **i. Regulación vigente ante la caducidad de las concesiones en materia de APPs**

El ordenamiento jurídico peruano, hoy estructurado en torno a la Ley 32441 y su Reglamento, establece reglas específicas sobre la duración, ampliación y renovación de los contratos de APP, lo cual resulta central para analizar la

viabilidad del RA. El artículo 112 del Reglamento de la Ley 32441 fija un plazo máximo de sesenta (60) años para la vigencia de los contratos, permitiendo ampliaciones o renovaciones siempre que se evalúen las condiciones materiales, tecnológicas y económicas bajo las cuales se prestan los servicios. Dichas extensiones deben formalizarse mediante modificación contractual y dependen de una evaluación previa de la entidad titular del proyecto.

La normativa, además, diferencia entre ampliación de plazo y renovación de concesión, según los Lineamientos para el diseño de contratos de APP<sup>6</sup>. La ampliación procede cuando el concesionario, por causas no imputables, no puede cumplir con la totalidad de sus obligaciones; mientras que la renovación se plantea antes del vencimiento, cuando el concedente evalúa la conveniencia de extender la concesión por un nuevo período o, alternativamente, convocar a un nuevo concurso. En ambos supuestos, el régimen habilita escenarios en los que, al finalizar la concesión, el Estado puede optar por relicitar el activo, elemento clave para el RA.

Desde la perspectiva comparada, Hinojosa et al.<sup>7</sup> destacan que, al vencimiento de la concesión, la autoridad pública enfrenta varias alternativas: (i) reducir la tarifa al nivel necesario para cubrir solo los costos de operación y mantenimiento, (ii) mantener el valor de la tarifa y volver a adjudicar el proyecto mediante APP, destinando los pagos del nuevo inversionista a la creación de un fondo para financiar infraestructura adicional. Este razonamiento se vincula directamente con el RA, en tanto enfatiza la posibilidad de tarificar activos más allá de su periodo de autofinanciamiento, lo cual permite capitalizar su valor residual para nuevas inversiones.

En este marco, los PA previstos en la Ley 32441 constituyen un instrumento complementario. Esta modalidad habilita al Estado a promover inversión privada en activos de su titularidad –bajo contratos de cesión en uso, arrendamiento, usufructo u otras figuras–, incluso respecto de infraestructura revertida. Si bien los PA no fueron diseñados expresamente como mecanismos de RA, su utilización podría ampliar las alternativas disponibles para definir el destino de la infraestructura una vez vencida la concesión.

En conclusión, el marco normativo peruano habilita implícitamente el reciclaje de activos al reconocer la reversión de bienes, la posibilidad de renovación o re-

---

<sup>6</sup> Resolución Directoral 001-2019-EF/68.01, Lineamientos para el diseño de contratos de Asociación Público-Privada (APP). (17 de mayo de 2019).

<sup>7</sup> HINOJOSA, S. A., MASCLE-ALLEMAND, A., MANSILLA, P., MORAGA, E., & MUÑOZ, R. (2022). *El potencial del esquema de reciclaje de activos en América Latina y el Caribe y su racionalidad económica: Tipologías de los modelos de reciclaje y valor residual de activos* (A. Suárez-Alemán & E. Domínguez, Eds.). Banco Interamericano de Desarrollo. <https://doi.org/10.18235/0004584>

licitación de contratos y la promoción de PA. No obstante, tanto el régimen anterior como el marco vigente aún carecen de una regulación integral que sistematice la gestión de activos amortizados y vincule de manera expresa su valor económico con el financiamiento de nueva infraestructura. Este vacío justifica la necesidad de desarrollar un enfoque estructural como el RA, que permita capitalizar ordenadamente el valor de los activos públicos al cierre de los contratos.

**ii. Enfoque de gestión temprana ante la caducidad en la Ley 32441 y su Reglamento**

La Ley 32441 introduce un cambio relevante en la regulación del vencimiento de los contratos de concesión bajo el esquema de Asociaciones Público-Privadas, al incorporar por primera vez un enfoque de gestión anticipada de la caducidad. Este giro normativo contrasta con el régimen establecido por el Decreto Legislativo 1362, el cual no contemplaba obligaciones específicas orientadas a la planificación previa del cierre contractual y se limitaba, esencialmente, a regular la reversión de los activos y a habilitar mecanismos excepcionales para asegurar la continuidad del servicio una vez producida la caducidad.

En particular, el artículo 62 de la Ley 32441 establece que la entidad titular del proyecto debe realizar una evaluación con una anticipación no menor de tres (3) años a la caducidad del contrato, con el objeto de iniciar alguno de los siguientes procedimientos: (i) un proceso de renovación contractual; (ii) un nuevo proceso de promoción de la inversión privada; o (iii) cualquier otra alternativa prevista en la ley, con la finalidad de garantizar la continuidad del servicio público.

Este mandato constituye una mejora sustantiva respecto del marco previo, en la medida en que busca evitar escenarios de improvisación y reducir los riesgos jurídicos y operativos asociados al cierre del ciclo concesional. La previsión trienal introduce una lógica de planificación que permite adoptar decisiones estratégicas con la debida anticipación y concebir la caducidad no como un evento abrupto, sino como una etapa de transición programada dentro del ciclo de vida de la concesión.

No obstante, pese a este avance institucional, el marco normativo vigente aún no define con claridad los instrumentos jurídicos, financieros y contractuales necesarios para gestionar el valor residual de los activos revertidos. La regulación se orienta principalmente a asegurar la continuidad operativa del servicio público, pero no incorpora mecanismos destinados a capturar, monetizar o reinvertir los flujos económicos derivados de infraestructuras cuya inversión ha sido amortizada. En ese sentido, la gestión temprana prevista por la Ley 32441 se mantiene circunscrita a un plano predominantemente procedimental y operativo, sin integrar de manera explícita una perspectiva de sostenibilidad financiera de largo plazo.

Desde esta perspectiva, resulta pertinente vincular la reforma introducida por el artículo 62 con el concepto de reciclaje de activos, entendido como la posibilidad de reutilizar infraestructura madura para financiar nuevos proyectos mediante procesos de relicitación, valorización del valor residual o esquemas institucionales de reasignación de recursos. La incorporación de este enfoque permitiría que la gestión anticipada del vencimiento contractual trascienda la mera planificación de la transición y se articule con una estrategia más amplia de reinversión del valor público generado por las concesiones.

En consecuencia, la gestión temprana prevista en la Ley 32441 puede ser entendida como un primer paso hacia un régimen de reciclaje de activos en el Perú; sin embargo, su potencial solo podrá materializarse si es complementada con un marco normativo que vincule de manera explícita la continuidad operativa de los servicios públicos con la sostenibilidad financiera y la reinversión eficiente del valor residual de la infraestructura pública.

### **III. El Reciclaje de Activos como instrumento de política pública**

#### **i. Concepto y fundamentos**

El concepto de reciclaje de activos ha sido desarrollado principalmente en el ámbito internacional como una estrategia innovadora para financiar infraestructura pública. En el Perú, por el contrario, la figura aún no tiene antecedentes normativos ni doctrinarios claros. Precisamente por ello resulta necesario delimitar conceptualmente qué debe entenderse por “reciclaje de activos”, a fin de poder evaluar sus alcances y determinar qué aspectos son compatibles –o no– con nuestro ordenamiento jurídico vigente.

De acuerdo con Gómez et al.<sup>8</sup>, el reciclaje de activos puede definirse como el proceso por el cual el Estado, en cualquiera de sus niveles, concesiona, arrienda o genera contratos de APP sobre activos públicos subutilizados y/o no tarifados, con la finalidad de reinvertir los recursos generados en nuevos proyectos de infraestructura. Este ciclo puede repetirse indefinidamente: los activos nuevos también generan valores residuales que pueden financiar futuras inversiones.

En una línea similar, Chalmers et al.<sup>9</sup> explican que el RA implica, en primer término, la monetización de activos públicos existentes mediante su venta o arrendamiento al sector privado y, en paralelo o posteriormente, la reinversión de los fondos obtenidos en nueva infraestructura. Bajo este esquema, el reciclaje se

---

<sup>8</sup> GÓMEZ REINO, J. L., HINOJOSA, S. A., MANSILLA, P., MUÑOZ, R., & REYES-TAGLE, G. (2021). *Experiencia internacional en el reciclaje de activos de infraestructura pública: Estudios de caso, impactos y lecciones aprendidas*. Banco Interamericano de Desarrollo. <https://doi.org/10.18235/0003374>

<sup>9</sup> CHALMERS, B., LIU, Y., & HOANG VIET, P. (2018). *Infrastructure asset recycling: Insights for governments and investors*. Asia Pacific Risk Center, Marsh & McLennan Companies.

presenta como una alternativa para incrementar la capacidad de inversión pública sin recurrir a mayores niveles de endeudamiento soberano.

Desde una perspectiva aplicada a los países latinoamericanos, Nowacki et al. (2016)<sup>10</sup> sostienen que el RA consiste en poner en valor la infraestructura existente mediante mecanismos de participación privada –APP, concesiones o privatizaciones–, de manera que los recursos obtenidos se destinen a financiar nuevas inversiones en infraestructura.

Finalmente, Muñoz et al.<sup>11</sup> precisan dos características esenciales de los activos reciclables: (i) que suelen financiarse mediante tarifas de uso y (ii) que su gestión privada eficiente contribuye a extender su vida útil. De este modo, los activos reciclados generan un flujo de ingresos vinculado a la demanda, que el Estado puede emplear tanto para sostener el propio activo como para fondear otros bienes públicos. Así, el RA no solo prolonga la durabilidad de la infraestructura existente, sino que también genera efectos positivos en el crecimiento económico al reinvertir los recursos en nuevas obras.

En suma, la literatura internacional coincide en que el RA es un mecanismo que permite convertir el valor económico de activos públicos ya existentes en una fuente de financiamiento para nueva infraestructura, articulando eficiencia operativa, sostenibilidad fiscal y continuidad en la provisión de servicios públicos.

## **ii. Racionalidad económica: valor residual, eficiencia fiscal y sostenibilidad.**

El eje conceptual del reciclaje de activos radica en el valor residual, entendido como el potencial económico que conserva una infraestructura luego de haber recuperado sus costos iniciales de inversión. Capturar ese valor permite transformar activos ya pagados en flujos que financien nueva infraestructura, sin incrementar el nivel de deuda pública ni recurrir a mayores impuestos, contribuyendo a la sostenibilidad intergeneracional del gasto público.

La literatura identifica tres ventajas centrales del reciclaje de activos: (i) monetizar activos subutilizados; (ii) transferir al socio privado los costos y riesgos de operación y mantenimiento de largo plazo; y (iii) generar ingresos adicionales que

---

<sup>10</sup> NOWACKI, C., LEVITT, R., & MONK, A. (2016). *Innovative financing and governance structures to solve the greenfield infrastructure gap: A case study of New South Wales, Australia* [Working Paper]. Stanford Global Projects Center.

<sup>11</sup> MUÑOZ, R., HINOJOSA, S. A., MANSILLA, P., GÓMEZ REINO, J. L., & REYES-TAGLE, G. (2021). *Vieja infraestructura financia nueva infraestructura: Un modelo de crecimiento de generaciones traslapadas para reciclaje de activos públicos* [Documento de trabajo del BID No. IDB-WP-1165]. Banco Interamericano de Desarrollo.

financien inversiones que, de otro modo, serían difíciles de ejecutar<sup>12 13</sup>. En clave estratégica, Fenn<sup>14</sup> plantea que el RA debe entenderse como un marco de gestión que proteja el interés público y maximice la capacidad de reinversión de los activos estatales.

El Foro Económico Mundial, citado por Gómez et al.<sup>15</sup>, sintetiza la flexibilidad contractual del RA en tres modalidades prácticas: propiedad temporal, propiedad parcial y combinaciones temporales-parciales; esta tipificación muestra que el RA puede adaptarse a distintos marcos jurídicos y políticos.

No obstante, el potencial del RA no es automático. Factores de economía política y oposición social –por ejemplo, presiones para reducir tarifas al mínimo– pueden erosionar el valor residual y limitar la capacidad de reinversión, con implicancias redistributivas entre generaciones<sup>16</sup>.

En suma, la racionalidad económica del RA es sólida pero condicionada: su éxito depende de metodologías robustas para valorar el residual, de reglas contractuales y regulatorias que protejan el ingreso capturable, y de estrategias de gobernanza y comunicación que preserven la legitimidad social del mecanismo.

### **iii. Mecanismos de implementación del RA**

El RA no constituye un modelo único, sino un esquema general adaptable a las condiciones de cada proyecto y a las necesidades de política pública de cada país. Su implementación puede variar en función de factores como: (i) la naturaleza del activo y su origen (obra pública tradicional u asociación público-privada), (ii) el nivel de madurez de la infraestructura, (iii) la existencia o no de tarifas asociadas al servicio, y (iv) la finalidad de los recursos obtenidos a partir del proceso de reciclaje. Comprender estas variantes es fundamental para delimitar qué esquemas podrían ser aplicables en el Perú, considerando tanto su marco normativo como sus restricciones institucionales.

---

<sup>12</sup> VARN, J., & KLINE, S. (2017). How could “asset recycling” work in the United States? Bipartisan Policy Center.

<sup>13</sup> CASADY, C., & GEDDES, R. (2020). Asset recycling for the social infrastructure in the United States. *Public Works Management & Policy*, 25(3), 215–226 pp.

<sup>14</sup> FENN, M. (2014). Recycling Ontario’s assets: A new framework for managing public finances. Mowat Centre, School of Public Policy and Governance, University of Toronto.

<sup>15</sup> GÓMEZ REINO, J. L., HINOJOSA, S. A., MANSILLA, P., MUÑOZ, R., & REYES-TAGLE, G. (2021). *Experiencia internacional en el reciclaje de activos de infraestructura pública: Estudios de caso, impactos y lecciones aprendidas*. Banco Interamericano de Desarrollo. <https://doi.org/10.18235/0003374>

<sup>16</sup> HINOJOSA, S. A., MASCLÉ-ALLEMAND, A., MANSILLA, P., MORAGA, E., & MUÑOZ, R. (2022). *El potencial del esquema de reciclaje de activos en América Latina y el Caribe y su racionalidad económica: Tipologías de los modelos de reciclaje y valor residual de activos* (A. Suárez-Alemán & E. Domínguez, Eds.). Banco Interamericano de Desarrollo. <https://doi.org/10.18235/0004584>

En este sentido, Hinojosa et al.<sup>17</sup> proponen una tipología de esquemas de valorización de activos basada en tres criterios principales: i) Si se trata de un activo existente (*brownfield*) o de la captación del valor residual para financiar un nuevo activo (*greenfield*), ii) Si el activo fue desarrollado bajo una APP o mediante obra pública tradicional (OPT), y iii) si el servicio asociado ya era tarifado o no lo era.

A partir de esta clasificación se identifican cuatro grandes modelos, de los cuales derivan siete esquemas:

<b>Modelo</b>	<b>Descripción general</b>	<b>Esquemas derivados/ Ejemplos</b>
<b>Modelo 1:</b> Activo existente, desarrollado por obra pública tradicional (OPT), <b>servicio no tarifado.</b>	Aplica a infraestructura pública sin cobro directo al usuario. El reciclaje busca introducir mecanismos de valorización económica.	<b>1.1.</b> Introducción de una tarifa de uso. <b>1.2.</b> Sin tarifa ni venta de activos (gestión directa o cesión temporal). <b>1.3.</b> Sin tarifa, pero con venta de activos ( <i>sale and lease back</i> , enajenación de inmuebles).
<b>Modelo 2:</b> Activo existente, desarrollado por OPT, <b>servicio tarifado.</b>	El activo ya genera ingresos por tarifas; el reciclaje busca reinvertir excedentes o renovar gestión bajo nuevos contratos.	
<b>Modelo 3:</b> Activo existente, desarrollado por APP, <b>servicio tarifado</b>	Concesiones autosostenibles o con subsidio parcial. Permite prolongar la vida útil o reconcesionar.	<b>3.1.</b> Reciclaje al final del contrato de APP. <b>3.2.</b> Reciclaje durante la vigencia del contrato
<b>Modelo 4:</b> Activo existente, desarrollado por APP, <b>servicio tarifado (financiamiento con valor residual).</b>	Utiliza el valor residual del activo revertido para fondar nuevos proyectos o mejorar infraestructura asociada.	

<sup>17</sup> *Ibid.*

Fuente: Adaptado de Hinojosa et al. (2022), *Asset Recycling and Infrastructure Renewal in Latin America*, p. 47. Elaboración propia.

Así, las tipologías del RA muestran que este mecanismo es sumamente flexible y escalable, pudiendo configurarse desde esquemas conservadores (ej. introducción de tarifas o relicitación) hasta estructuras más complejas (joint ventures o APP greenfield). Esta versatilidad es lo que convierte al RA en un instrumento adaptable a distintos marcos normativos y realidades fiscales, aunque exige un marco legal claro y capacidades institucionales sólidas para su adecuada implementación.

En síntesis, el reciclaje de activos, en tanto política pública, articula tres objetivos esenciales: prolongar la vida útil de la infraestructura existente, liberar recursos fiscales mediante la participación privada y reinvertir el valor residual de los activos en nueva infraestructura pública.

#### **IV. Experiencias internacionales: modelos de referencia**

##### **i. Chile: Fondo de Infraestructura (Ley 21.082, 2018), relicitación de autopistas y aeropuertos.**

La experiencia chilena constituye uno de los referentes más relevantes para comprender el potencial del RA en América Latina, además de una posible guía para su implementación en el Perú. En marzo de 2018 se promulgó la Ley 21.082, mediante la cual se creó la sociedad anónima estatal Fondo de Infraestructura S.A., concebida así, como un vehículo financiero orientado a reinvertir los recursos provenientes de concesiones en nuevos proyectos.

Como destacan González e Hinojosa<sup>18</sup>, los fundamentos de este fondo fueron: garantizar la inversión de largo plazo en infraestructura pública, proteger el valor patrimonial de los activos, evitar incrementos tarifarios superiores al nivel socialmente óptimo, impedir desvíos de recursos hacia otros fines y asegurar una asignación eficiente de riesgos junto con un alto grado de inversión.

La implementación del sistema se apoyó en la amplia trayectoria del modelo concesional chileno. De hecho, la relicitación de autopistas y aeropuertos se ha consolidado como un mecanismo habitual para financiar nuevas obras o ampliar infraestructura existente. En estos procesos se incorporan planes obligatorios de mantenimiento y reglamentos de servicios, que complementan los contratos de

---

<sup>18</sup> GONZÁLEZ, A., & HINOJOSA, S. (2016). *Despertando el capital dormido: Fundamentos del Fondo de Infraestructura en Chile y análisis del proyecto de ley* [Nota técnica]. Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas - PIAPPEM. Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.

concesión y aseguran la calidad de las prestaciones durante todo el período contractual<sup>19</sup>.

Como sintetiza Mansilla<sup>20</sup>, el caso chileno demuestra que el RA puede operar incluso sin un marco específico que lo denomine expresamente como tal, en la medida en que los ingresos de concesiones se reutilicen para financiar nueva infraestructura (). Sin embargo, la creación del Fondo de Infraestructura ha aportado un valor añadido al sistema, al mejorar la planificación institucional y la gobernanza, y al consolidar un mecanismo que agiliza las concesiones, mitiga costos de transacción derivados de renegociaciones contractuales y asegura la disponibilidad de recursos de largo plazo<sup>21</sup>.

En conclusión, la experiencia chilena confirma que el RA puede transformarse en una política pública estructural cuando se acompaña de un marco institucional sólido, reglas de gobernanza claras y un fondo especializado que canalice el valor residual de los activos hacia nuevas inversiones.

## **ii. Costa Rica: incorporación legal del RA (“optimización de activos”) en carreteras y aeropuertos.**

La experiencia de Costa Rica representa uno de los intentos más recientes y explícitos en la región por introducir el RA dentro de su marco jurídico e institucional. En 2019, mediante la Ley 9701 “Fortalecimiento de modelos eficientes de asocio entre el sector público y privado para el desarrollo de obra pública”, se reformó la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos (Ley 7762, 1998) para incorporar la figura denominada “optimización de activos de infraestructura”<sup>22</sup>.

Este mecanismo consiste en un contrato administrativo que permite al sector privado operar, mantener, ampliar o reparar infraestructura pública existente, a cambio de contraprestaciones obtenidas mediante tarifas cobradas a los usuarios o beneficiarios del servicio. Como parte de la transacción, el concesionario reconoce a la administración pública un pago inicial, diferido o combinado, lo cual

---

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>20</sup> MANSILLA, P. A. (2021). *Creación de valor de un fondo de infraestructura de valores residuales de concesiones en Chile* [Tesis doctoral, Universidad Politécnica de Madrid, Escuela Técnica Superior de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos]. Universidad Politécnica de Madrid.

<sup>21</sup> *Ibid.*, pp. 213-214.

<sup>22</sup> VILLALOBOS, F. (2021). *Reciclaje de activos públicos: Alternativa para financiar la inversión en infraestructura* [Serie Programa Visión para el Desarrollo, No. 21]. Academia de Centroamérica.

convierte al RA en una herramienta para monetizar infraestructura ya construida y generar recursos frescos para nuevos proyectos<sup>23 24</sup>.

A diferencia de otros países de la región, Costa Rica extendió este modelo a cualquier bien inmueble público, ampliando el alcance del RA más allá de autopistas y aeropuertos, que son los sectores tradicionalmente asociados a este esquema. De acuerdo con Gómez Reino et al.<sup>25</sup>, esta innovación abre la posibilidad de contar con fuentes alternativas de financiamiento para infraestructura, en particular en contextos de restricciones fiscales.

Los objetivos de política pública detrás de esta reforma son claros: atraer inversión privada, diversificar las fuentes de financiamiento y promover la participación del ahorro nacional en el desarrollo de infraestructura. De hecho, se ha señalado que el esquema ofrece una alternativa viable a los modelos tradicionales de fondeo y puede convertirse en un motor de modernización de la infraestructura costarricense.

En síntesis, la experiencia costarricense evidencia cómo un país puede incorporar normativamente el RA mediante ajustes legales puntuales, estableciendo un marco para concesionar activos ya construidos bajo esquemas de APP. Aunque aún se encuentra en una fase temprana de implementación, Costa Rica ofrece lecciones importantes sobre la viabilidad jurídica y las oportunidades de financiamiento que el RA puede brindar en América Latina.

## **V. Pertinencia y necesidad del RA en el Perú: propuesta de implementación**

Uno de los elementos centrales del reciclaje de activos es la posibilidad de utilizar los recursos derivados de concesiones vencidas o de la valorización residual de activos amortizados para financiar nueva infraestructura. Sin embargo, en el caso peruano, el marco normativo vigente no contempla expresamente esta figura, lo que genera limitaciones jurídicas e institucionales relevantes.

La Ley 32441 y su Reglamento establecen definiciones claras sobre el financiamiento de proyectos de inversión bajo APP y Proyectos en Activos. De acuerdo con el artículo 5 del Reglamento, el financiamiento corresponde a los recursos requeridos para la construcción de la infraestructura, los cuales pueden provenir de deuda o capital privado, mientras que los ingresos del servicio se

---

<sup>23</sup> MANSILLA, P. A. (2021). *Creación de valor de un fondo de infraestructura de valores residuales de concesiones en Chile* [Tesis doctoral, Universidad Politécnica de Madrid, Escuela Técnica Superior de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos]. Universidad Politécnica de Madrid.

<sup>24</sup> VILLALOBOS, F. (2021). *Reciclaje de activos públicos: Alternativa para financiar la inversión en infraestructura* [Serie Programa Visión para el Desarrollo, No. 21]. Academia de Centroamérica.

<sup>25</sup> GÓMEZ REINO, J. L., HINOJOSA, S. A., MANSILLA, P., MUÑOZ, R., & REYES-TAGLE, G. (2021). *Experiencia internacional en el reciclaje de activos de infraestructura pública: Estudios de caso, impactos y lecciones aprendidas*. Banco Interamericano de Desarrollo. <https://doi.org/10.18235/0003374>

conciben como parte del flujo operativo del contrato, pero no como fuentes destinadas a generar excedentes para nuevos proyectos. Esto implica que el esquema vigente no prevé aún instrumentos que permitan canalizar los ingresos provenientes de infraestructura amortizada o de concesiones vencidas hacia un fondo revolvente o mecanismo similar, lo que limita la posibilidad de implementar un esquema de Reciclaje de Activos a partir de los flujos económicos de activos maduros. A nivel conceptual, la distinción entre fuentes de fondeo y fuentes de financiamiento es fundamental para analizar esta brecha normativa. Como explica Villalobos, las primeras corresponden a los ingresos generados por la prestación del servicio (tarifas, pagos del Estado o una combinación de ambos), mientras que las segundas se refieren a los recursos que deben repagarse para cubrir la estructura de capital del proyecto, como deuda o aportes de accionistas. En este sentido, el reciclaje de activos busca justamente capturar flujos de fondeo – provenientes de la operación de infraestructura amortizada – para destinarlos a nuevas inversiones, sin necesidad de comprometer recursos fiscales adicionales.

La ausencia de un fondo revolvente especializado constituye la principal limitación del esquema peruano frente a las experiencias internacionales, como el Fondo de Infraestructura de Chile. Actualmente, los ingresos generados por proyectos concluidos o revertidos no tienen un canal institucional específico para su reinversión, lo que reduce el potencial de continuidad y expansión de la infraestructura pública.

Si bien la nueva Ley de APPs y su Reglamento introducen avances significativos, especialmente en la gestión temprana ante la caducidad y la regulación más clara de procesos como la renovación o la relicitación, corrigiendo la falta de previsibilidad del régimen anterior; sin embargo, aún no incorpora un sistema para reciclar valor económico ni para capitalizar activos revertidos. En consecuencia, resulta necesario plantear ajustes normativos, ya sea mediante la creación de un fondo de infraestructura que capture y reinvierta estos recursos, o a través de modificaciones al marco normativo vigente, que permitan dar trazabilidad y sostenibilidad a este esquema.

Sobre la base de este diagnóstico, se propone a continuación un esquema de implementación progresiva del RA en el Perú.

## **VI. Propuesta de esquema de implementación en Perú**

### **i. Diseño institucional: rol del MEF, ProInversión y entidades titulares**

La implementación de un esquema de reciclaje de activos en el Perú requiere un diseño institucional que articule tres niveles de actuación. El primer lugar, el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) debe asumir el rol rector, definiendo lineamientos de política, metodologías para la valorización residual y criterios de sostenibilidad fiscal. Por su parte, ProInversión que no solo actúa como organismo

técnico especializado, encargado de estructurar los procesos de relicitación, garantizar la transparencia de las transacciones y asegurar la competencia, sino que además asume la condición de Entidad titular de proyectos del Gobierno Nacional. Finalmente, comparten esta función de titularidad de proyectos las entidades públicas que mantienen su rol como concedentes de los Contratos APP suscritos, estas conservan la responsabilidad de identificar los activos elegibles, supervisar la calidad de los servicios y asegurar que la reversión o reconcesión se alinee con los objetivos sectoriales.

Este esquema tripartito permite equilibrar la rectoría macroeconómica, la especialización técnica y la visión sectorial, condiciones necesarias para que el reciclaje de activos funcione como una política pública estable y con legitimidad institucional.

**ii. Diseño contractual: cláusulas para capturar valor residual y reglas de relicitación.**

Para que el reciclaje de activos funcione de manera efectiva, es necesario que los contratos de APP incorporen disposiciones específicas que permitan al Estado aprovechar el valor económico de la infraestructura al término de la concesión y asegurar que la continuidad de los servicios se dé bajo condiciones competitivas y transparentes.

Una primera cláusula clave es la de reversión y relicitación, que garantice que los activos retornen al Estado en condiciones adecuadas de operatividad, seguridad y mantenimiento. Esta cláusula debería habilitar a la entidad pública titular, con el apoyo técnico de ProInversión, a iniciar un proceso de relicitación abierto, evitando prórrogas automáticas o renegociaciones poco competitivas.

En segundo lugar, conviene incluir una cláusula de valorización residual, que establezca la obligación de calcular, bajo metodologías aprobadas por el MEF, el valor económico de los flujos futuros del activo revertido. Este cálculo permite que el Estado capture ingresos adicionales si decide relicitar el contrato, o bien, definir condiciones de pago claras en caso de optar por renovar con el mismo operador.

Finalmente, un tercer elemento recomendable es la cláusula de nivelación de información, destinada a reducir las asimetrías entre el concesionario saliente y los potenciales postores. Mediante esta disposición, toda la información técnica, operativa y financiera del proyecto debe ser entregada de manera estandarizada y verificable, lo que facilita un proceso competitivo en igualdad de condiciones.

**iii. Diseño financiero: creación de un Fondo Revolvente de Infraestructura y posibles mecanismos fiduciarios**

La pieza central de un esquema de RA es la existencia de un vehículo financiero estable y autónomo que capture los recursos generados por la relicitación o

valorización residual de activos amortizados, y los destine de manera exclusiva a la inversión en nueva infraestructura o al mantenimiento estratégico de la existente. Sin este mecanismo, los ingresos derivados del RA se diluirían en el Tesoro Público, perdiéndose la lógica de sostenibilidad intergeneracional que justifica el sistema.

De acuerdo con Gómez et al.<sup>26</sup>, aun cuando la creación de un fondo no es un requisito indispensable, sí resulta recomendable establecer una institucionalidad financiera especializada que administre los recursos y garantice la continuidad del ciclo de reciclaje. La idea es que los ingresos obtenidos financien nueva infraestructura, ya sea bajo contratación pública tradicional o mediante APP, generando así un proceso de reinversión permanente.

En el caso peruano, un Fondo Revolvente de Infraestructura (FRI) debería contar con tres características esenciales:

- a. Afectación específica de ingresos: los recursos de relicitaciones o valorización residual no deberían ingresar al Tesoro de manera general, sino destinarse directamente al fondo.
- b. Gobernanza institucional clara: debe delimitarse, a nivel sistémico y orgánico, que entidad asumirá la administración del fondo y sus funciones respectivas, con participación de las entidades titulares y bajo mecanismos de control ciudadano y administrativo.
- c. Mecanismos fiduciarios: la constitución de fideicomisos garantizaría la trazabilidad y transparencia de los flujos financieros, evitando riesgos de uso político o desviación hacia gasto corriente.

Finalmente, es necesario considerar el efecto fiscal de retirar del Tesoro los ingresos que hoy generan ciertas concesiones autosostenibles. Aunque esta decisión podría implicar una reducción de ingresos corrientes, el beneficio de crear un flujo dedicado a infraestructura compensa dicho costo, al asegurar sostenibilidad intergeneracional y mayor eficiencia en la inversión pública<sup>27</sup>.

En suma, la creación de un FRI no solo reforzaría la lógica económica del RA, sino que lo transformaría en una política pública estructural y sostenible, orientada a cerrar la brecha de infraestructura mediante la reinversión de los propios activos públicos.

---

<sup>26</sup> GÓMEZ REINO, J. L., HINOJOSA, S. A., MANSILLA, P., MUÑOZ, R., & REYES-TAGLE, G. (2021). *Experiencia internacional en el reciclaje de activos de infraestructura pública: Estudios de caso, impactos y lecciones aprendidas*. Banco Interamericano de Desarrollo. <https://doi.org/10.18235/0003374>

<sup>27</sup> MANSILLA, P. A. (2021). *Creación de valor de un fondo de infraestructura de valores residuales de concesiones en Chile* [Tesis doctoral, Universidad Politécnica de Madrid, Escuela Técnica Superior de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos]. Universidad Politécnica de Madrid.

**iv. Criterios de elegibilidad para definir si un contrato es reciclable**

Nuestra posición es que todo contrato de APP resulta idóneo para ser objeto de reciclaje. La literatura internacional sobre el tema advierte que la viabilidad del esquema depende de factores jurídicos, financieros, técnicos y sociales que, en conjunto, permitan asegurar continuidad en la prestación del servicio y la captación de valor residual en beneficio del Estado. Por ello, es necesario establecer criterios de elegibilidad que orienten a las entidades titulares y a ProInversión en la identificación de proyectos susceptibles de ser reciclados, garantizando al mismo tiempo la coherencia con el marco normativo vigente en el Perú.

**v. Criterio jurídico-contractual**

El contrato debe contener cláusulas claras de reversión de activos al Estado al término del plazo, conforme al artículo 36 del Reglamento de la Ley 32441 y no encontrarse afectado por litigios, arbitrajes o controversias graves que puedan comprometer la transferencia efectiva del activo. Ahora bien, este criterio no implica la exclusión de las ampliaciones o renovaciones de plazo, figuras reconocidas en el artículo 112 del mismo Reglamento, sino que subraya que dichas prórrogas no deben aplicarse de manera automática ni generalizada, sino únicamente cuando resulten debidamente justificadas por cambios en las condiciones materiales, tecnológicas o económicas. En todos los demás casos, la regla general debería ser la re-licitación competitiva del activo, en línea con los principios de Valor por Dinero y Competencia.

**vi. Criterio económico-financiero**

Solo son elegibles aquellos contratos en los que los activos hayan alcanzado un nivel significativo de amortización, de manera que exista un valor residual neto positivo para el Estado. Este valor debe calcularse a través de metodologías aprobadas por el MEF, considerando ingresos potenciales, costos de mantenimiento evitados y proyecciones de demanda. Un contrato cercano a su vencimiento, pero aún con flujos futuros significativos, es un candidato natural para el reciclaje.

**vii. Criterio técnico-operativo**

La infraestructura revertida debe encontrarse en condiciones adecuadas de operación y mantenimiento, garantizando la continuidad del servicio sin necesidad de inversiones iniciales desproporcionadas. En caso contrario, el costo de rehabilitación puede superar el beneficio del reciclaje. Este criterio exige auditorías técnicas previas y la obligación del concesionario saliente de entregar información actualizada y verificable.

**viii. Criterio sectorial y estratégico**

La elegibilidad también debe atender a la relevancia del activo en la política sectorial y en la planificación territorial. Proyectos de transporte, energía o saneamiento con alta demanda y externalidades positivas son más adecuados para el reciclaje, dado que aseguran interés del sector privado y mayor beneficio social. El criterio de priorización debe alinearse con el Plan Nacional de Infraestructura Sostenible para la Competitividad y demás planes sectoriales.

#### **ix. Criterio social y político**

El reciclaje de un contrato debe ser socialmente aceptable. En particular, se debe evaluar el impacto de mantener o extender esquemas de tarificación (como peajes) en activos percibidos como ya amortizados. La resistencia ciudadana puede comprometer la viabilidad del proceso si no se acompaña de mecanismos de comunicación, participación y, eventualmente, compensación local mediante proyectos financiados con los ingresos del reciclaje.

En suma, un contrato es reciclable cuando combina condiciones jurídicas claras de reversión, un valor residual positivo, una infraestructura en buen estado, relevancia sectorial, aceptación social e institucionalidad suficiente para ejecutar el proceso. Estos criterios, sistematizados en una directiva específica de ProInversión, constituirían una guía práctica para identificar y priorizar los primeros casos de reciclaje en el Perú.

### **VII. Conclusiones y recomendaciones**

El RA constituye una alternativa estratégica para el Perú ante la inminente caducidad de 38 concesiones APP entre 2026 y 2038. Su adopción permitiría planificar con anticipación la continuidad de los servicios, capturar el valor residual de la infraestructura amortizada y reinvertirlo en nuevas obras, reduciendo la presión sobre el presupuesto público.

Si bien la Ley 32441 y su Reglamento han introducido avances importantes, como la gestión temprana de la caducidad con un horizonte mínimo de tres años, la regulación detallada de los procedimientos de renovación y relicitación, y la definición de responsabilidades institucionales para ProInversión y las entidades titulares, todavía no incorpora expresamente un mecanismo para la valorización económica y reinversión de los activos revertidos.

En particular, la normativa regula la reversión y el funcionamiento de los PA, pero no establece un sistema que permita canalizar, de forma estructurada, los recursos derivados de relicitaciones o del aprovechamiento de infraestructura madura hacia nueva inversión.

Se recomienda, en consecuencia, adecuar la normativa mediante la incorporación explícita del RA como modalidad reconocida de participación privada y la creación de un Fondo Revolvente de Infraestructura, con reglas de gobernanza que

aseguren trazabilidad, sostenibilidad y uso exclusivo de los ingresos para inversión pública.

En el plano contractual, resultan esenciales cláusulas de reversión con estándares de mantenimiento, metodologías de valorización aprobadas por el MEF y la obligación de recurrir a procesos competitivos de relicitación. Como sostienen Brichetti et al.<sup>28</sup>, optar por subastas abiertas en lugar de extensiones contractuales no solo garantiza transparencia y equidad en la adjudicación, sino que también permite capturar valor para el Estado y maximizar los beneficios sociales de los activos reciclados.

Finalmente, es necesario mitigar los riesgos de oposición social, sobre todo en casos donde se pretenda mantener o introducir tarifas en activos previamente gratuitos. Para ello se requiere transparencia en la comunicación, regulación clara de tarifas y difusión del destino de los recursos hacia nueva infraestructura. Un primer paso recomendable sería implementar un proyecto piloto en un activo próximo a caducar –como un puerto o carretera de alta demanda– que permita probar el esquema, generar confianza y sentar las bases para una expansión progresiva.

---

<sup>28</sup> BRICHETTI, J. P., CAVALLO, E. A., & SEREBRISKY, T. (2024). *El fondeo de infraestructura en América Latina y el Caribe: mecanismos y alternativas de política*. Banco Interamericano de Desarrollo. <https://doi.org/10.18235/0013274>

## El requerimiento en la Ley General de Contrataciones Públicas: nuevas perspectivas y desafíos

Melisa Linares Paz Soldán\*

**Resumen.** - El requerimiento, núcleo de las actuaciones preparatorias, incide transversalmente en la selección y ejecución contractual. A partir de la Ley 32069 y su Reglamento, se introducen herramientas que mejoran la definición de necesidades, fortalecen la planificación y promueven la interacción temprana entre la entidad contratante y los proveedores, impulsando decisiones públicas más eficientes, transparentes y alineadas con el principio de valor por dinero.

**Palabras clave.** - Derecho Administrativo - Contratación pública - Actuaciones preparatorias - Requerimiento - Interacción con el mercado.

**Abstract.** - The requirement, as the core of the preparatory actions, exerts a cross-cutting influence over the procurement and contract execution stages. Under Law 32069 and its Regulations, new tools are introduced to enhance the definition of public needs, strengthen planning, and promote early interaction between the contracting authority and suppliers, fostering public decisions that are more efficient, transparent, and aligned with the value for money principle.

**Keywords.** - Administrative Law - Public Procurement - Preparatory Actions - Requirement - Market Engagement.

---

\* Abogada summa cum laude por la Universidad de Lima. Con estudios en Derecho Administrativo y Contratación Pública en la Universidad de Salamanca, Universidad Católica de Colombia y Escuela de Gobierno de la PUCP. Especializada en contratación pública, procedimientos sancionadores, procesos contencioso-administrativos y arbitrajes con el Estado. Autora de “La Responsabilidad Objetiva en la Contratación Pública: análisis crítico e impacto regulatorio”.

All day long I think of things but nothing seems to satisfy  
Think I'll lose my mind if I don't find something to pacify  
Can you help me occupy my brain?  
*Paranoid – Black Sabbath*

## **I. Introducción**

Una de las virtudes y principales aciertos de la nueva Ley General de Contrataciones Públicas es el diseño de una regulación consciente de los desafíos que enfrenta en este mercado, tanto desde un enfoque normativo como de gestión. A lo largo de las distintas legislaciones en la materia, se ha materializado una pugna estructural entre el dinamismo que requiere el sistema de compras y la integridad con que deben conducirse los agentes que interactúan en el mismo. Esta aparente dicotomía se traduce en la necesidad de contar con soluciones rápidas y flexibles, pero sin mermar la transparencia en la toma de decisiones<sup>1</sup> ni desviar los objetivos trazados por las entidades contratantes, afectando la legitimidad del sistema.

La cuestión radica en cómo compatibilizar dos valores que parecieran irreconciliables. En un mercado como la contratación pública, donde la flexibilidad es a menudo confundida con la indulgencia, y las patologías que aquejan este sector son difícilmente inocuas, el legislador responde con severidad, buscando fórmulas que controlen enérgicamente la actuación de los actores que participan en este mercado. Sin embargo, cuando dichas restricciones son un obstáculo en la eficiencia del mercado de la compra pública, es importante plantearse cambios no solo normativos, sino estructurales que incidan en la visión de los compradores públicos y el modelo de gestión pública al que apuntamos.

Precisamente, uno de los escenarios donde se manifiesta esta disyuntiva es la fase más embrionaria del proceso de compra pública: las actuaciones preparatorias y, concretamente, la elaboración del requerimiento. En esa fase, se conciben el qué y cómo de la contratación pública: se define la necesidad y la forma de satisfacerla. Sin embargo, una de las deficiencias del marco normativo anterior es que no existía una regulación específica sobre cómo obtener información del mercado y cómo interactuar con los proveedores. Esto no aliviaba las tensiones mencionadas, sino que las agravaba, pues no existía una fórmula que equilibrara la flexibilidad y la transparencia, incurriendo en un tratamiento ineficiente de ambos valores.

Cuando la entidad contratante no puede responder **el qué y cómo**, o cuando –creyendo haber respondido a estas preguntas– descubre que las respuestas obtenidas no eran satisfactorias, se despliega un efecto dominó en el proceso de la

---

<sup>1</sup> Al respecto, MEILÁN G. (2008, p. 218) explica que los principios de publicidad y transparencia constituyen los fundamentos de la contratación pública, como garantía de los principios de libre competencia, igualdad y no discriminación, como también para evitar la corrupción. En esa línea, señala que “la posición de quien contrata desde el sector público se justifica por el servicio al interés general”.

contratación pública con resultados nefastos. Un vicio en el origen puede erosionar las fases de selección y ejecución de manera progresiva e inevitable, afectando la validez de los actos subsiguientes y la racionalidad de las decisiones administrativas.

Así, el presente artículo busca explorar los desafíos que encierra la definición del requerimiento y las soluciones que ofrece la nueva regulación para enfrentarlos, con miras a construir un vínculo más colaborativo entre el sector público y privado, a partir del cual se pueda obtener más y mejor información para construir el requerimiento<sup>2</sup>. Uno donde el dinamismo no se oponga a la integridad.

## **II. El requerimiento**

La contratación pública es un proceso complejo mediante el cual el Estado busca abastecerse de bienes, servicios u obras para sostener su actividad y cumplir con sus objetivos institucionales, permitiendo una adecuada prestación de los servicios públicos a su cargo. Este proceso está integrado por tres grandes fases: las actuaciones preparatorias, el procedimiento de selección y la ejecución contractual. Cada una de estas fases tiene objetivos diferenciados, pero todos fundamentales para satisfacer el interés público que subyace a la contratación<sup>3</sup>.

Las actuaciones preparatorias tienen una función medular en el proceso de compra pública, pues en ellas se define el alcance real de la necesidad pública y se establecen los parámetros que orientarán la competencia entre los agentes del mercado de la compra pública<sup>4</sup>. Es, en esencia, el momento en que el Estado traduce su necesidad institucional en un lenguaje técnico y operativo capaz de ser comprendido por los operadores económicos, quienes –a partir de esa convocatoria– podrán asignar recursos, definir estrategias y presentar ofertas que les permita ser seleccionados.

Así, la formulación del requerimiento<sup>5</sup> constituye el génesis del gran proceso de contratación pública. Este proceso –enmarcado en la fase de actuaciones preparatorias– permite a las entidades contratantes contestar dos preguntas fundamentales: **(i) ¿qué necesito?** Que implica la identificación de la necesidad pública que se pretende satisfacer; y **(ii) ¿cómo lo resuelvo?** Que implica identificar el bien, servicio u obra que puede satisfacer dicha necesidad. Esas

---

<sup>2</sup> Cabe recordar que el contratista es un colaborador de la administración contratante. Cfr. MORÓN (2019, p. 32).

<sup>3</sup> Cfr. HUAPAYA (2024, p. 578).

<sup>4</sup> De acuerdo con BENAVIDES (2025, p. 18), la fase de diseño del requerimiento también es trascendente para la incorporación de condiciones de sostenibilidad y fomento de fines valiosos impulsados por el Estado, como generación de empleos, fomento de exigencias sociales y medioambientales, entre otras.

<sup>5</sup> Sobre la naturaleza del requerimiento, MORÓN (2016, p. 391) explica que “(...) es el pedido realizado por el área usuaria del bien, servicio u obra que necesita para cumplir sus funciones y cometidos institucionales, sustentando la necesidad pública de esa adquisición conforme a lo previsto su Plan de Adquisiciones”.

preguntas deberán formularse, de manera preliminar, atendiendo a la disponibilidad presupuestal aprobada para dichas contrataciones, y atendiendo a la planificación prevista en el Plan Anual de Contrataciones.

Solo una vez definido el alcance de las necesidades y la naturaleza del requerimiento, la entidad contratante podrá definir correctamente el objeto y el contenido del contrato, garantizando una ejecución exitosa y la materialización de los fines implícitos en el proceso de contratación. Así “la celebración de un contrato que no se ajuste a esta premisa no solamente atentaría contra la exigencia de razonabilidad que ha de guiar toda actuación pública, sino que supondría además una clara conculcación del principio de eficiencia en la gestión de los fondos públicos” (Gómez Fariñas, 2021, p. 101).

En este marco, el principio de valor por dinero cobra una particular relevancia, pues exige que la decisión de compra no solo busque el menor precio, sino una fórmula equilibrada que integre otras variables igualmente valiosas como la calidad, sostenibilidad, innovación tecnológica, entre otras. Así, se abandona el esquema donde el precio era el único elemento relevante para la selección del postor y se apuesta por un análisis integral de factores que permitan una repercusión positiva en el bienestar general (Villegas Vega, 2025, p. 212). Partiendo de esa lógica, el requerimiento no debe concebirse como un simple acto previo a la selección, sino como la primera expresión de la racionalidad económica y estratégica del Estado comprador<sup>6</sup>.

Atendiendo a ello, la importancia de diseñar correctamente el requerimiento consiste en garantizar una conducción fluida de las fases sucesivas del procedimiento de selección, hasta celebrar y finalizar con éxito la ejecución del contrato. Por ello, no se trata de un proceso rígido y estático, sino de un proceso dinámico y flexible, en el cual el requerimiento puede perfeccionarse durante la estrategia de contratación, o inclusive tras la implementación de las herramientas de indagación del mercado.

Pero ¿qué pasa cuando el Estado no sabe bien qué es lo que quiere? Como se sabe, el Estado contrata una amplia variedad de bienes, servicios y obras. Algunos de ellos son sencillos de determinar, mientras que en otros casos el proceso de determinación es más complejo, fundamentalmente por dos razones: primero, porque la necesidad no ha sido correctamente diagnosticada; segundo, porque el mercado es dinámico y la tecnología disponible evoluciona más rápido que la capacidad institucional de la Administración para describirla. Así, cuando el

---

<sup>6</sup> En sentido similar, GIMENO (2020, p. 92) señala que “(...) es necesario, además de un cambio de «cultura» (superar la «presión política» de hacer más por menos y a corto plazo), disponer de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos adjudicar contratos transparentes y cualitativamente competitivos lo más fácilmente posible, en función de la mejor relación calidad/precio (value for money), con la finalidad de «acabar con la práctica de comprar en función al precio más bajo”.

objeto para satisfacer la necesidad pública no está claramente definido, lo que debería ser un proceso de planeamiento integral se transforma en una apuesta incierta, dando lugar a irregularidades que afectan los fines del proceso de contratación pública.

Ello puede dar lugar a situaciones radicales como un procedimiento desierto, donde –pese a desplegar los esfuerzos y recursos necesarios para convocar un procedimiento de selección– este concluya sin que se adjudique la buena pro a ningún postor. Esta situación se manifiesta en dos puntos críticos dentro del procedimiento de selección: en el registro de participantes y en la presentación de la oferta. En el primer caso, la ausencia de participantes sea por inexistencia de oferta o porque otros factores desalentaron la participación de los proveedores. En el segundo caso, cuando pese a haber presentado ofertas, ninguna de ellas es válida, sea porque los postores no completaron los requisitos o estos resultaban sumamente exigentes para los participantes.

En todos los casos, las situaciones de desierto surgen por deficiencias en la formulación del requerimiento, sea porque la entidad contratante no estableció condiciones competitivas para promover la participación de los proveedores (valor referencial bajo, barreras en las Bases que limitaron la participación, entre otros); o no determinó adecuadamente qué es lo que necesita, generando confusión entre los proveedores potencialmente interesados en participar del procedimiento de selección.

En otros casos, pese a las deficiencias en el requerimiento, estas podrían superar el filtro del procedimiento de selección y llegar incluso a celebración del contrato. Sin embargo, estos defectos –aunque pasen desapercibidos inicialmente– resultarán sumamente problemáticos en la fase de ejecución, donde podrán dar mérito a desacuerdos respecto a los alcances e interpretación del contenido del requerimiento. En ciertos casos, ello puede dar mérito a modificaciones contractuales, como la aprobación de reducciones o adicionales. En otros (bastante más problemáticos) podría ocasionar controversias que no podrán ser superadas con estas técnicas, desembocando ineludiblemente en arbitrajes u otros mecanismos de solución de controversias que podría paralizar la ejecución contractual y frustrar los fines del contrato.

Como hemos visto, las consecuencias de elaborar un requerimiento defectuoso son múltiples y de lo más diversas, pero todas responden a un mismo problema: la fragmentación entre la identificación de la necesidad institucional y su formulación técnica. Tradicionalmente, teníamos dos líneas de acción para superar las dificultades en la construcción del requerimiento: la indagación de mercado (ex ante) y la formulación de consultas u observaciones a las bases del procedimiento (ex post). Sin embargo, los mecanismos disponibles han demostrado ser insuficientes o –cuanto menos– poco adaptables a la complejidad del mercado actual.

En esa línea, surgió la necesidad de incorporar nuevas herramientas y adaptar las existentes de tal manera que se permita superar las limitaciones del modelo tradicional. Para ello, se plantea un enfoque que integre mecanismos de retroalimentación entre los actores del procedimiento de contratación pública, o inclusive la participación de otros nuevos, a fin de fortalecer el procedimiento de la formulación del requerimiento y asegurar decisiones más estratégicas y sostenibles.

### **III. Hacia la construcción del requerimiento**

El requerimiento es el punto de partida de las actuaciones preparatorias, pero también es el cimiento sobre el cual se erige todo el proceso de contratación pública: tanto selección y ejecución contractual dependen de la construcción de un requerimiento claro y completo. Sin embargo, las entidades contratantes no suelen tener claro qué necesitan y cómo traducir dicha necesidad en un lenguaje técnico que sea fácilmente asimilado por el mercado. Esa indeterminación inicial puede manifestarse en distintos momentos –en observaciones a las bases, procedimientos desiertos, controversias o resultados insatisfactorios post ejecución<sup>7</sup>–, revelando que el error originario nunca desapareció y sus estragos lesionan ineludiblemente la finalidad pública que motiva la contratación.

Para mitigar estos riesgos, la Ley 32069, Ley General de Contrataciones Públicas y su Reglamento han introducido (y reformulado) distintas instituciones que permiten corregir las deficiencias presentadas durante este proceso. A continuación, analizaremos cada una de estas figuras y su incidencia en el proceso de construcción del requerimiento:

#### **i. La segmentación de las contrataciones**

La segmentación de las contrataciones es una herramienta introducida por el nuevo marco normativo, aplicable para todos los procedimientos de selección, con excepción de los contratos menores, procedimientos de selección no competitivos y los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la ley. La responsable de conducir esta fase es la Dirección Encargada de las Contrataciones (“DEC”), un nuevo actor en el ámbito de la Ley General de Contrataciones Públicas cuya participación es clave en las actuaciones preparatorias. Fundamentalmente, en la

---

<sup>7</sup> Al respecto, MARQUIÑO TERRONES y CASTILLO ANDIA (2025, p. 45) señalan que las malas prácticas que se producen a lo largo de las fases del proceso de contratación pública configuran una de las principales fuentes de corrupción y de pérdidas económicas para los Estados. En consecuencia, el régimen de contratación debe regirse no solo por el principio de legalidad, sino también por principios orientados a establecer estándares que aseguren un adecuado diseño y aplicación de los procedimientos de selección, así como una ejecución eficiente de los contratos, garantizando además el uso correcto de las facultades discrecionales otorgadas a las entidades públicas.

elaboración de la estrategia de contratación, así como en la promoción y atención de los requerimientos.

La segmentación inicia con la elaboración del Cuadro Multianual de Necesidades, elaborado sobre la base del Plan Operativo Institucional, de tal manera que – incluso previo a la elaboración en sí del requerimiento– la entidad tendrá claridad sobre el tipo de objetos que serán materia de convocatoria. En el caso de bienes y servicios, la finalidad de la segmentación es clasificar los objetos contractuales en función a dos variables clave: el riesgo y la cuantía, con el propósito de definir la estrategia de contratación y el tipo de interacción del mercado que se utilizará.

- (i) Rutinarios: bajo riesgo y baja cuantía.
- (ii) Operacionales: bajo riesgo y alta cuantía.
- (iii) Críticos: alto riesgo y baja cuantía
- (iv) Estratégicos: alto riesgo y alta cuantía.



### **Segmentación de las contrataciones en bienes y servicios.**

#### **Elaboración propia.**

Ahora bien, la norma establece con claridad qué se entiende por riesgo y cuantía altos. En el primer caso, señala que una contratación se considera de alto riesgo cuando existe la posibilidad de que el procedimiento de selección tenga poca competencia, debido a alguna de las siguientes tres condiciones: (i) que en los últimos dos años un procedimiento de selección para su contratación haya sido declarado desierto; (ii) que el promedio de postores para objetos contractuales similares en los dos años anteriores al año fiscal correspondiente haya sido menor o igual a tres en el caso de bienes o igual o menor a dos en el caso de servicios; o, (iii) que debido a las características o especialización del bien o servicio su disponibilidad es limitada en el mercado.

Por otro lado, se considera que una contratación tiene alta cuantía cuando dicha cuantía, establecida en el Plan Anual de Contrataciones y vigente al momento que

se realiza la segmentación, supera el 10% del monto total de las contrataciones de bienes y servicios contempladas en esta, según corresponda.

En el caso de obras y consultoría de obras, las contrataciones son clasificadas como básicas y avanzadas. En el primer caso, deberá reunir las siguientes condiciones concurrentes: (i) la inversión involucrada sea de bajo grado de innovación y de una complejidad baja o media, conforme la clasificación del SNPMGI, (ii) la entidad contratante haya ejecutado previamente obras o consultorías de obras similares, (iii) que el promedio de postores en los procedimientos de selección con objeto similar en los dos últimos años haya sido mayor o igual a tres y (iv) no se trate de un saldo de obra. En los supuestos donde no se cumplan todas las condiciones mencionadas, las contrataciones serán calificadas como avanzadas.

Sobre la base de estas clasificaciones, la entidad contratante podrá definir qué herramientas de interacción del mercado implementar en cada caso concreto.

En suma, la segmentación no constituye únicamente un mecanismo clasificatorio, sino una herramienta de planificación estratégica que orienta la gestión contractual desde su etapa más temprana. De este modo, las acciones sucesivas vinculadas a un requerimiento en concreto no sean aleatorias, sino que estén pensadas en las necesidades y riesgos de dicho objeto. Al permitir a las entidades definir el nivel de complejidad de cada proceso y seleccionar las herramientas de interacción más adecuadas, la segmentación actúa como un punto de partida para la toma de decisiones más planificadas y la asignación eficiente de recursos públicos.

## **ii. La Interacción con el mercado y sus herramientas**

Previo a la nueva Ley General de Contrataciones Públicas, la fase de actuaciones preparatorias estaba conducida con poco orden y mucha intuición. No existía un marco normativo que describiera de forma clara y uniforme el procedimiento mediante el cual la entidad contratante obtendría información para formular su requerimiento. Se trataba de un proceso conducido por diversas prácticas administrativas espontáneas, como la solicitudes de cotización o búsquedas en los repositorios internos de las entidades administrativas.

Las dificultades en el perfilamiento del requerimiento –aunado los desafíos en gestión pública– hicieron manifiesta la urgencia de establecer un marco normativo más claro, preciso y detallado. Uno que permitiera mitigar los riesgos derivados de la construcción de un requerimiento deficiente. Por ello, este nuevo marco normativo parte del reconocimiento de las limitaciones de las entidades contratantes en la obtención de información alineada con los estándares de mercado, pero también de la convicción de que estas dificultades pueden ser superadas mediante una interacción articulada entre el sector público y privado.

Como consecuencia de eso, se diseñaron las **herramientas de interacción** del mercado. Estas son un conjunto de acciones dirigidas a obtener información para

construir y mejorar el requerimiento. Asimismo, es un insumo valioso para el diseño de la estrategia de contratación, en la medida de que permite detectar posibles riesgos en la contratación, el número de posibles proveedores interesados, la disponibilidad del bien o servicio en el mercado, o –de ser el caso– actualizar la cuantía prevista para el procedimiento de selección. Conforme explicamos en el caso de la segmentación de las contrataciones, la interacción con el mercado tampoco se realiza en los contratos menores, procedimientos de selección no competitivos y los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la ley.

Para realizar la interacción con el mercado, las entidades podrán utilizar las siguientes herramientas:

**La primera herramienta es la indagación.** Es un procedimiento de naturaleza interna y documental, pues ocurre dentro de la entidad y consiste básicamente en la revisión de información proveniente de registros históricos de la entidad contratante, o información de otras entidades obrante en el SEACE de la PLADICOP. A fin de mantener la información actualizada y evitar obtener data obsoleta o desfasada –tanto desde una perspectiva económica como técnica– el artículo 48.2 del Reglamento establece que dicha información corresponderá a los últimos tres ejercicios de la entidad a partir de cuyos registros se hubiese obtenido tal información.

Aunado a ello, también podrá utilizarse otros medios documentales que se estimen pertinentes para complementar el proceso de interacción, como portales de proveedores especializados, bases de datos técnicas o certificadoras, informes de estudios de mercado, data publicada por cámaras de comercio o referencias internacionales sobre precios de adquisición (DGA, 2025, p. 43). Todo lo anterior permite nutrir el requerimiento y obtener información valiosa para definir la estrategia de contratación, pues aportará data sobre precios, especificaciones técnicas, estándares de mercado, riesgos en la competencia económica, entre otros factores relevantes para hacer una interacción de mercado adecuada.

**La segunda herramienta es la consulta al mercado.** Es un procedimiento de naturaleza externa, en la medida de que implica la participación del sector privado para la definición del requerimiento. Esta herramienta integra dos técnicas distintas: por escrito y reuniones. La primera es utilizada para obtener retroalimentación de amplio espectro, pues permite formular solicitudes homogéneas a distintos proveedores. Se trata de las ya conocidas cotizaciones, técnica que se venía utilizando en el marco de la Ley 30225, pero con una regulación mucho más específica y transparente.

Este procedimiento está regulado conforme a un flujo de acción detallado, previsto en el artículo 51 del Reglamento de la Ley General de Contrataciones Públicas. En primer lugar, se lleva a cabo la **difusión del requerimiento**. Esta es una herramienta útil para poner en conocimiento de los proveedores potencialmente

interesados en una oportunidad de contratación con el Estado. En segundo lugar, se **formulan consultas y comentarios** técnicos, a través de la PLADICOP en un plazo no menor a cinco días hábiles, computados desde el día de la publicación del requerimiento. En tercer lugar, el área usuaria y la DEC realiza la **absolución de las consultas planteadas** en un plazo no mayor a tres días hábiles desde formuladas dichas consultas.

En cuarto lugar, se lleva a cabo una **reunión de confirmación y/o aclaración** liderada por la DEC, quien determinará el orden de participación de los proveedores que formaron parte de la interacción. La reunión se llevará a cabo de manera virtual o presencial en un plazo máximo de tres días hábiles de publicada la absolución. El objeto de esta reunión es asegurarse de que los proveedores participantes de la interacción hayan entendido correctamente el sentido de la absolución efectuada por la entidad. La DEC absolverá las posibles consultas derivadas de esta reunión y, de ser necesario, podrá ampliar el sustento técnico de la absolución preliminar. Finalmente, se publica el **acta de la reunión** al día hábil siguiente de llevada a cabo, donde se consolidan las principales ideas y hallazgos obtenidos.

Por su parte, **las reuniones** pueden ser de (i) de uno a muchos, dirigidas a una pluralidad de agentes económicos donde exista una retroalimentación abierta entre estos últimos y la entidad contratante (por ejemplo, a través de talleres, eventos o exposiciones); o (ii) de uno a uno, donde la entidad contratante podrá llevar a cabo reuniones individuales con los proveedores a fin de recibir información más precisa y detallada.

Las reuniones representan una de las principales innovaciones en el marco de las actuaciones preparatorias, pues otorgan un margen de maniobra mucho más amplio a las entidades públicas y permiten superar las limitaciones propias de la indagación mediante cotizaciones por medio de un diálogo más cercano y fluido con los proveedores. En ese sentido, esta herramienta permite una articulación estratégica entre el sector privado y público, a fin de generar retroalimentación entre ambos actores, de tal modo que la entidad contratante obtenga mayor información para definir su requerimiento, y los proveedores comprendan qué necesidades tiene la entidad.

Sin embargo, es necesario anotar la falta de regulación de esta herramienta, a diferencia de lo que ocurre con la consulta escrita, y particularmente en las reuniones uno a uno. A fin de preservar la transparencia e integridad en las compras públicas –dos valores fundamentales y cuya protección inspira este nuevo marco normativo– hubiese sido deseable incorporar otros mecanismos de control en las **reuniones uno a uno**, donde existe un mayor riesgo de llevarse a cabo un acuerdo colusorio. Este vacío deja en suspenso la protección de la integridad, institucionalizando espacios de diálogos que –si bien se erige como una solución que estimula la creatividad y flexibilidad– puede ser contingente.

En ese sentido, considerando además la excepcionalidad de este mecanismo (pues, como veremos, resulta aplicable solo a contrataciones de alto riesgo), sería deseable incorporar mecanismos de control como los utilizados en el ámbito del diálogo competitivo, donde participa un representante del órgano de control institucional como asistente a las rondas. Esta formalidad no distorsiona el dinamismo y flexibilidad de las reuniones ni aporta una carga administrativa excesiva, pero sí contribuye a fortalecer la transparencia e integridad, lo cual –a su vez– repercute positivamente en la confianza en el sistema de compras y el fortalecimiento de la percepción de legitimidad de las decisiones públicas por parte de los ciudadanos.

Ahora bien, ¿cuándo usar una herramienta u otra? Aquí cobra particular relevancia la segmentación de las contrataciones, pues la herramienta aplicable dependerá de la clasificación del objeto.

En el caso de bienes y servicios:

- (i) Rutinarios: indagación básica.
- (ii) Operacionales: indagación avanzada.
- (iii) Críticos: consulta al mercado básica.
- (iv) Estratégicos: consulta al mercado avanzada.

En el caso de obras y consultoría de obra:

- (i) Contrataciones básicas: consulta al mercado básica.
- (ii) Contrataciones avanzadas<sup>8</sup>: consulta al mercado avanzada.

El hecho de que la herramienta sea básica o avanzada depende de la cantidad de fuentes necesarias para realizar la interacción con el mercado. Las básicas requieren como mínimo una fuente, mientras que las avanzadas, dos o más fuentes. En ese sentido, la variable *riesgo* adquiere una particular relevancia al momento de definir las herramientas de interacción con el mercado. Las contrataciones que reporten niveles de riesgo más bajo diseñarán su requerimiento a través de un proceso esencialmente interno, mientras que en aquellas con niveles más altos de riesgo podrán integrar mecanismos como la consulta y las reuniones, con la participación activa del sector privado.

---

<sup>8</sup> De acuerdo con el artículo 156 del Reglamento, en el caso de las obras y consultoría de obras segmentadas como avanzadas, es obligatorio que en la estrategia de contratación el área usuaria en coordinación con la DEC realice la planificación integral de la gestión de riesgos, en una matriz que forma parte del expediente de contratación, en la que se incluye la identificación, responsable, análisis cualitativo y cuantitativo de los riesgos. Asimismo, cuando cuantía supere los S/ 50 000 000,00 (cincuenta millones de soles y 00/100) la entidad contratante implementa un comité de gestión de riesgos para evaluar y tomar decisiones.

## **A. Estrategia de contratación**

La estrategia de contratación es resultado de un análisis estratégico mediante el cual la DEC analiza –a la luz del principio de valor por dinero– todas las variables que influyen en la contratación, tomando como insumos principales la información obtenida a partir de las herramientas de interacción del mercado y aquella proporcionada por el área usuaria a partir del requerimiento. Dichas variables se encuentran detalladas en el artículo 46.1 del Reglamento de la Ley General de Contrataciones Públicas en el caso de bienes y servicios, y en el artículo 154.1 en el caso de obras y consultoría de obras<sup>9</sup>.

Este constituye un proceso dinámico y en constante revisión, que tiene los siguientes objetivos:

- Perfeccionar el requerimiento, mediante la formulación de adaptaciones a partir de la información obtenida en la interacción de mercado, de ser necesaria
- Determinar todas aquellas variables necesarias para caracterizar el procedimiento de selección que será convocado para adquirir tal bien, servicio u obra. Por ejemplo, el tipo de procedimiento de selección (o modalidad no competitiva) por la que se optará, los requisitos de calificación (y precalificación, de ser el caso) y factores de evaluación, sistema de entrega, puntos no negociables durante la etapa de negociación o diálogo competitivo de corresponder, entre otras.
- Consolidar información relevante que sustentará la contratación, basada en la interacción de mercado. Por ejemplo, el análisis del consumo histórico del bien y la verificación del tipo de interacción realizada en función de la segmentación de la contratación.
- Identificar y gestionar los riesgos asociados a la contratación, definiendo acciones preventivas para definir adecuadamente la asignación de los riesgos a cada parte del contrato, en función al principio de valor por dinero y en quién se encuentra en una mejor posición para asumirlos. Estos se aprecian en la definición de roles y responsabilidades de los involucrados en la entidad, así como la gestión de riesgos propiamente.

La estrategia de contratación constará en un documento conforme al formato aprobado por la Dirección General de Abastecimiento (“DGA”). Cabe

---

<sup>9</sup> En el caso de obras, debe establecerse adicionalmente: (i) el tipo de contrato a emplear (esquemas contractuales tradicionales o contratos estandarizados de ingeniería y construcción); (ii) necesidad de emplear metodología BIM, (iii) propuesta de incentivos por beneficios o mejoras de naturaleza técnica, económica, social, ambiental o plazo, entre otros.

agregar que la DGA podrá solicitar la participación de un evaluador, sea un oficial de compra, comité o jurado para el proceso de elaboración de esta estrategia.

Como tal, la estrategia de contratación es un punto de convergencia entre planificación y ejecución. Se trata de un instrumento que traduce la información obtenida en las actuaciones preparatorias en decisiones operativas que permitirán estructurar y definir las características del procedimiento de selección. Su inclusión en el nuevo marco normativo responde a una premisa clara: un requerimiento correctamente definido no garantiza, por sí solo, una contratación eficiente. Es necesario que la entidad cuente con una hoja de ruta que oriente la elección del procedimiento más adecuado, la gestión de riesgos y la obtención de resultados sostenibles.

De esta manera, la estrategia de contratación se erige como un mecanismo de planificación avanzada, que no solo complementa al requerimiento, sino que lo proyecta hacia la decisión de compra, asegurando que cada contratación responda a una necesidad pública correctamente definida, basada en evidencia y ejecutada bajo criterios de eficiencia, integridad y sostenibilidad.

**a. El área técnica estratégica**

La capacidad técnica de nuestros funcionarios es una variable clave en la determinación del requerimiento. Si no tenemos perfiles y equipos adecuadamente preparados para implementar y analizar estas herramientas, estas serán insuficientes para superar los desafíos existentes en la formulación del requerimiento. En dicho contexto, la creación del área técnica estratégica supone una mejora importante, introducida en el marco normativo de la Ley General de Contrataciones Públicas, que busca integrar no solo un cambio normativo, sino uno más ambicioso y progresivo: un cambio estructural y de gestión orientado a fortalecer las capacidades institucionales de nuestras entidades y profesionalizar a nuestros funcionarios.

En ese contexto, el Área Técnica Estratégica se consolida como una unidad orgánica de la entidad contratante designada por la autoridad de gestión administrativa cuya función principal es prestar asistencia técnica al área usuaria en el proceso de construcción de requerimientos complejos, dada su especialidad y conocimiento técnico en una determinada materia. Asimismo, junto a la DEC, tiene un rol activo en la verificación de las obligaciones del contrato su cumplimiento y de la emisión de la conformidad respectiva.

La incorporación de este nuevo actor de la compra pública se alinea al enfoque de profesionalización de la contratación pública, el cual busca reforzar la especialización, capacidad y mérito de nuestros funcionarios públicos mediante un enfoque de mejora continua y promoción de espacios de capacitación, mantenimiento y certificación de competencias<sup>10</sup>. De esta manera, la norma no se limita a introducir nuevos procedimientos, sino que impulsa una transformación integral del modelo de gestión pública, donde la calidad técnica y la toma de decisiones informadas se convierten en pilares esenciales del ciclo de contratación, garantizando que las herramientas incorporadas por la norma se traduzcan en mejores prácticas y resultados tangibles.

Para que esta promesa no sea defraudada y sus propósitos no sean traicionados, es fundamental otorgar un soporte material sólido al enfoque de profesionalización y hacer efectivo el nuevo modelo de certificación de compradores públicos que nos promete el artículo 16 del Reglamento, fortaleciendo no solo capacidades técnicas, sino también aptitudes personales (Díaz Bravo, 2023, p. 223). La cuestión no radica en definir nuevos actores o crear enfoque normativos que auguren el fortalecimiento de las habilidades de nuestros compradores públicos, sino de una gestión que conserve la genuina convicción de que los cambios estructurales parten de una apuesta categórica por los talentos y capacidades formadas en nuestras instituciones.

**b. Modalidades diferenciadas**

La Ley General de Contrataciones Públicas ha establecido una nueva categoría de procedimientos de selección competitivos, llamada **modalidades diferenciadas**, que se incorpora junto con las modalidades “S/M” y las abreviadas (antes denominada adjudicación simplificada). Estas modalidades se presentan tanto en licitación pública, concurso público como en otras modalidades nuevas incorporadas en este marco normativo.

<b>Procedimientos con precalificación en la Ley 32069 y su Reglamento</b>		
<b>Licitación pública</b>	<b>Concurso público</b>	<b>Otras modalidades diferenciadas</b>

<sup>10</sup> Sobre este tema, véase RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (2025, pp. 74-75).

Licitación pública para bienes especializados	Concurso público con precalificación	Compra pública precomercial
Licitación pública de obras con precalificación	Concurso público con diálogo competitivo	Asociación para la innovación
Licitación pública con diálogo competitivo		
Licitación pública de obras con negociación		

La particularidad de estas contrataciones consiste en que se establece una fase de **precalificación**. Esta es una etapa intermedia dentro de los procedimientos de selección previstos para las modalidades diferenciadas que ocurre entre la integración de las bases y la evaluación de las ofertas. En dicho contexto, la precalificación es un tipo de evaluación de oferta donde esta última se realiza en más de una fase: (i) la fase inicial, que ocurre con la presentación de la documentación para la admisión de la oferta y acreditación de los requisitos de calificación; y (ii) fase de precalificación, en la cual se presentan ofertas definitivas por parte de los postores precalificados en la fase inicial. Los evaluadores determinarán qué postores precalificados pasarán de la primera a la segunda fase y publicarán los resultados de dicha evaluación al PLADICOP.

A su vez, en esta segunda fase se pueden incorporar dos subfases: **la negociación y el diálogo competitivo**. Ambas herramientas están pensadas para modalidades diferenciadas, pero con matices distintos. Mientras que **la negociación** tiene como objetivo principal mejorar el contenido de las ofertas, sobre la base de un requerimiento más consolidado, **el diálogo competitivo** parte de un requerimiento preliminar y busca obtener uno definitivo a partir de la información obtenida en las rondas realizadas con los postores. Precisamente, esta última herramienta fue pensada para aquellos procedimientos donde la entidad contratante no tiene claridad sobre cómo satisfacer la necesidad pública que tiene.

Respecto a su estructura, la negociación se lleva a cabo a través de rondas sucesivas en las cuales los postores presentan sus ofertas ajustadas en función de las negociaciones, y en este proceso puede proponerse modificaciones al requerimiento o a las condiciones contractuales. Por su parte, el diálogo competitivo se lleva a cabo mediante varias rondas sucesivas donde los postores plantean posibles

soluciones que van actualizándose durante el transcurso del proceso de diálogo. Estas soluciones no podrán ser reveladas a los otros postores sin su consentimiento. Asimismo, en ambos casos participa un representante del Órgano de Control Institucional como asistente y veedor. Finalmente, se emitirá un acta de la ronda final donde se dará a conocer los postores que se encuentran aptos para presentar sus ofertas definitivas.

La razón que subyace al reconocimiento de la etapa de precalificación -y, en particular, de sus subfases de diálogo competitivo y negociación- radica en que se trata de procedimientos diseñados para contextos donde el requerimiento aún presenta un alto grado de indefinición o el establecido es apenas preliminar y susceptible de perfeccionamiento. En tales escenarios, el nuevo marco normativo apuesta por abrir espacios estructurados de interacción entre la entidad y el mercado que se articulan a la fase de actuaciones preparatorias, cuando los mecanismos disponibles para obtener información -incluso con las nuevas herramientas disponibles- resultan insuficientes. En ese sentido, esta regulación permite transformar la incertidumbre en información, y la información en decisiones públicas más eficientes.

En otras palabras, estas herramientas no buscan relativizar la responsabilidad de la entidad contratante en la formulación del requerimiento, sino dotarla de mecanismos para aprender del mercado antes de comprometer recursos públicos para un fin incierto. El reconocimiento de la negociación y el diálogo competitivo constituye un cambio de paradigma en la contratación pública, y parte del reconocimiento de que las entidades no siempre tienen claro qué necesitan para satisfacer sus necesidades, pero que el requerimiento puede construirse de manera colaborativa, bajo reglas de transparencia y un control institucional efectivo.

El objetivo es asegurar que el requerimiento -ese punto de partida de toda contratación- sea el resultado de una planificación estratégica y consciente, y no de una mera formalidad. De esta manera, cada proceso de compra podrá responder a una necesidad pública real y correctamente definida, alineada con el principio de valor por dinero y orientada hacia una contratación pública inteligente, con visión a largo plazo y basada en criterios que privilegien la calidad, sostenibilidad y durabilidad de sus adquisiciones.

#### **IV. Reflexiones finales**

El requerimiento es la génesis de la contratación pública. En él se origina la vida – o la muerte– de cada procedimiento de contratación. Cada error o deficiencia que entrañe la construcción del requerimiento se materializará, inevitablemente, en alguna fase del ciclo de contratación: sea a través de inagotables observaciones a las bases del procedimiento, declaratorias de desierto o eternas controversias sometidas a arbitraje. Y aunque a veces esos vicios no se manifiesten de forma visible, su sombra permanece silenciosa: ¿cómo saber si la obra, el bien o el servicio realmente cumplió su propósito, si la entidad contratante nunca tuvo del todo claro qué necesitaba? Buena parte de los proyectos fallidos, las obras inconclusas o las adquisiciones ineficientes tienen su raíz en un requerimiento mal concebido, en una necesidad pública mal traducida.

La formulación del requerimiento no debe entenderse como una mera formalidad burocrática, sino como un ejercicio de planificación estratégica que compromete la eficiencia del gasto público y, sobre todo, la confianza en nuestras instituciones. En dicho contexto, el nuevo marco normativo introduce un cambio de paradigma en la gestión pública: reconoce que la flexibilidad puede coexistir con la transparencia, y que la interacción con el mercado –con controles adecuados– no debilita la integridad del sistema, sino que lo fortalece. Se trata de una regulación consciente de los desafíos reales que enfrenta la contratación pública pero optimista en sus resultados, pues busca equilibrar la agilidad con la trazabilidad, habilitando mecanismos de diálogo y aprendizaje mutuo entre sector público y privado.

Esta apertura hacia el mercado es una materialización tangible del principio de valor por dinero y el enfoque de profesionalización. Al formalizar espacios de intercambio y retroalimentación, las entidades no solo acceden a información valiosa para diseñar requerimientos más realistas y aterrizados, sino que también profesionalizan su rol de compradores públicos. De esta manera, el requerimiento se convierte en un espacio estratégico de análisis, planificación y confianza, donde la interacción temprana con el mercado permite construir procesos más competitivos, sostenibles y transparentes.

El éxito de la contratación pública –y la satisfacción genuina de la necesidad pública– depende de la pureza de su génesis. Solo cuando el Estado sabe con claridad qué necesita, puede garantizar que cada recurso invertido se traduzca en valor y calidad, que la compra pública se convierta en un proceso con propósito. La compra pública no es el corolario de una secuencia de actos reglados, sino el punto de partida para edificar nuestras instituciones y orientarlas al servicio del interés general.

# Infraestructura para la provisión de los servicios de saneamiento: Diagnóstico, rol de las asociaciones público-privadas y recomendaciones para el cierre de brechas

Milagros Mendoza Alegre\*\*

**Resumen.** - El artículo analiza la infraestructura de saneamiento en el Perú, destacando las brechas de cobertura, calidad y sostenibilidad. Examina el rol de las asociaciones público-privadas en el desarrollo de proyectos de agua y saneamiento, así como su impacto en la salud pública y el medio ambiente. Finalmente, propone recomendaciones para articular mecanismos legales, técnicos y financieros que permitan cerrar la brecha histórica en el sector.

**Palabras clave.** - Asociaciones Público-Privadas - Agua potable - Saneamiento - Perú - Objetivos de desarrollo sostenible.

**Abstract.** - This article analyzes Peru's sanitation infrastructure, highlighting gaps in coverage, quality, and sustainability. It examines the role of public-private partnerships in developing water and sanitation projects and their impact on public health and the environment. Finally, it proposes recommendations to align legal, technical, and financial mechanisms aimed at closing the country's historical infrastructure gap in the sanitation sector.

**Keywords.** - Public-Private Partnerships - Drinking water - Sanitation - Peru - Sustainable Development Goals.

---

\* Abogada socia del Área de Derecho Administrativo del Estudio Rubio Leguía Normand y Asociados. Licenciada en Derecho, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Máster en Economía y Regulación de los Servicios Públicos por la Universidad de Barcelona y con estudios de Maestría en Compliance por ADEN University y EUNCET, Centro Adscrito a la Universidad Politécnica de Catalunya.

\* Agradecimiento especial a Betzabeth Arias, integrante del Área de Derecho Administrativo de Rubio, Leguía, Normand quién colaboró en la preparación del presente artículo.

## **I. Introducción**

La infraestructura para la provisión de servicios esenciales como el de saneamiento, que incluye a su vez el acceso al agua potable, a redes de alcantarillado y el tratamiento de las aguas residuales, es un pilar fundamental y crítico para la salud pública y la sostenibilidad ambiental. A pesar de los avances institucionales, así como normativos con el reconocimiento constitucional del derecho al agua y el desarrollo jurisprudencial realizado por el Tribunal Constitucional en casos emblemáticos como el Caso Punchana, persisten aún importantes brechas en cobertura, calidad y sostenibilidad.

Y es que, dentro de los servicios públicos provistos por el Estado, el acceso a los servicios de saneamiento es el que tiene mayor repercusión en la vida de las personas y en sus posibilidades de desarrollo. Eso ha sido reconocido a diversos niveles: A nivel global, en los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas; y, a nivel local, en el Plan Nacional de Saneamiento 2022 - 2026 y todo el marco regulatorio peruano sobre la materia. En tal sentido, las acciones que tome el Estado Peruano para atender esta necesidad son fundamentales para permitirnos una vida digna y llevar al país a un nuevo nivel económico.

Sobre el particular, el presupuesto clave para la provisión de los servicios de saneamiento es contar con una infraestructura adecuada, que permita prestar dichos servicios con los mejores estándares de calidad, utilizando la tecnología más moderna y los métodos constructivos más eficientes y generando el menor impacto ambiental posible. La limitada capacidad estatal traducida en una limitada inversión pública, así como las grandes necesidades que presenta nuestro país han motivado la búsqueda de soluciones alternativas de financiamiento y gestión; soluciones que muchas veces devienen del sector privado.

En ese contexto, el presente artículo examina el estado actual de la infraestructura de saneamiento en el país, así como los mecanismos que ha utilizado el Estado Peruano para su construcción, incidiendo en el rol de las asociaciones público-privadas y en los resultados que ha obtenido. A partir de este análisis, se proponen recomendaciones para articular las siguientes asociaciones público-privadas de forma más eficiente y enfocada al lograr el cierre de la brecha de infraestructura de saneamiento en el país.

## **II. Pronunciamientos globales y nacionales referidos a la necesidad de contar con servicios de saneamiento adecuados para la población**

### **i. Política Global: Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, proclamada por la Organización de las Naciones Unidas - ONU**

En el año 2015, los 193 Estados Miembros de las Naciones Unidas proclamaron la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, la cual contiene 17 objetivos que buscan erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad para todos hacia el año 2030, a través de medidas que no comprometan la capacidad de supervivencia o vida digna de las futuras generaciones.

Sin perjuicio de la importancia de todos los objetivos incluidos en la referida agenda, en el marco del presente artículo cabe destacar que el sexto objetivo de desarrollo sostenible (ODS) es garantizar la disponibilidad de agua, su gestión sostenible y el saneamiento para todos, resaltando para ello las siguientes metas:

- a. **Meta 6.1.** De aquí a 2030, lograr el acceso universal y equitativo al agua potable a un precio asequible para todos.
- b. **Meta 6.2.** De aquí a 2030, lograr el acceso a servicios de saneamiento e higiene adecuados y equitativos para todos y poner fin a la defecación al aire libre, prestando especial atención a las necesidades de las mujeres y las niñas y las personas en situaciones de vulnerabilidad.

Si bien estos objetivos no son obligatorios para los Estados Miembros de las Naciones Unidas, ya que no están respaldados por un tratado u otros instrumentos legales, se espera que los adopten como propios y los materialicen a través de normativa y acciones que busquen su consecución.

## **ii. Perú: Sustento constitucional y sectorial**

En el caso peruano, el reconocimiento a la importancia del acceso al agua potable tiene sustento constitucional expreso en su artículo 7-A de la Constitución Política del Perú (publicado en el año 2017), el cual señala lo siguiente:

Artículo 7-A.- El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. El Estado garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos. El Estado promueve el manejo sostenible del agua, el cual se reconoce como un recurso natural esencial y como tal, constituye un bien público y patrimonio de la Nación. Su dominio es inalienable e imprescriptible.

Si bien esta disposición constitucional se incluyó en el 2017, el acceso al agua potable como derecho fue declarado por el Tribunal Constitucional desde el año 2007, entidad que lo ha reconocido como un derecho fundamental no numerado y de carácter prestacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Constitución Política del Perú, en su Sentencia N 06534-2006-AA/TC<sup>1</sup>.

En ese orden de ideas, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que corresponde al Estado fomentar que el agua potable se constituya, asegure y

---

<sup>1</sup> Tribunal Constitucional del Perú. (2007). Expediente 06534-2006-PA/TC. Lima: 15 de noviembre de 2007.

proteja como un derecho de permanente goce y disfrute, así como un elemento al servicio del ejercicio de otros derechos, como la salud, el trabajo, la educación y el medio ambiente. En tal sentido, debe garantizar tres aspectos: el acceso, la calidad y la suficiencia. Este deber del Estado se basa en el rol social que debe ejercer y en base a que su razón de ser es la protección del ser humano y su dignidad.

Esta protección a nivel constitucional y jurisprudencial tiene un correlato a nivel sectorial, liderado por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (en su calidad de ente rector de la materia), entidad que ha publicado diversos documentos y normas de suma relevancia para regular, promover y asegurar la provisión de los servicios de saneamiento a toda la población, asegurando – entre otros aspectos - su calidad, el fortalecimiento de las entidades prestadoras de salud y el diseño de proyectos de inversión que generen infraestructura moderna y que utilice las más recientes tecnologías, con respeto a los ecosistemas y bajo criterios de sostenibilidad. Sobre el particular, y si bien no es el objetivo central de este artículo, vamos a reseñar la Política Nacional de Saneamiento y el Plan Nacional de Saneamiento 2022-2026, a fin de evidenciar su importancia como documentos matrices que guían el diseño de normas más específicas, que tienen como objetivo materializar su contenido en la práctica.

**A. Política Nacional de Saneamiento, aprobada por el Decreto Supremo 007-2017-VIVIENDA<sup>2</sup>**

Está orientada a alcanzar el acceso y la cobertura universal a los servicios de saneamiento en los ámbitos urbano y rural. En tal sentido, es de cumplimiento obligatorio para los tres niveles de gobierno y para los prestadores de los servicios de saneamiento, los cuales deben adecuar sus políticas e instrumentos de gestión, en el marco de sus competencias, para implementar lo dispuesto en dicha Política.

Esta Política tiene los siguientes objetivos:

- a. **Objetivo Principal:** Alcanzar el acceso universal de los servicios de saneamiento, asegurando su calidad y bajo criterios de sostenibilidad.
- b. **Objetivos Específicos**
  - Atender a la población que no cuenta con los servicios de saneamiento, priorizando a aquellos que cuentan con recursos económicos escasos.
  - Garantizar la disponibilidad de recursos económicos de los prestadores de servicios de saneamiento, verificando su uso eficiente. En ese sentido, busca reforzar su capacidad de gestión.

---

<sup>2</sup> Decreto Supremo 007-2017-VIVIENDA, Política Nacional de Saneamiento. (30 de marzo de 2017).

- Desarrollar proyectos de saneamiento sostenibles, con eficiencia técnica, administrativa, económica y financiera.

Para detallar la forma de consecución de estos objetivos, la Política incluye diversos ejes, siendo el número 4 el referido a la infraestructura de saneamiento. Así, el objetivo específico de este eje es desarrollar proyectos de saneamiento sostenibles, con eficiencia técnica, administrativa, económica y financiera, detallando los siguientes lineamientos:

- a. Diseñar soluciones técnicas considerando criterios de mínimo costo económico.
- b. Aprobar guías metodológicas prácticas y sencillas de orientación a los formuladores y evaluadores de proyectos.
- c. Minimizar la capacidad instalada ociosa.
- d. Establecer que la evaluación integral de los expedientes de inversión tenga una perspectiva técnica, económica, financiera, ambiental, enfoque intercultural e institucional, justificando así las soluciones de saneamiento y su correspondiente financiamiento.
- e. Promover el uso de tecnologías para el tratamiento de aguas residuales, a fin de cumplir con los Límites Máximos Permisibles y ECA Agua 26, evitando la contaminación de las fuentes de agua.

## **B. Plan Nacional de Saneamiento 2022 - 2026**

Es el principal instrumento de implementación de la Política Nacional de Saneamiento, para lo cual incluye objetivos estratégicos, objetivos específicos, líneas de acción y metas que tienen por finalidad aterrizar en la práctica cada uno de los seis ejes de la política nacional, presentando además la programación de inversiones en saneamiento y el planeamiento financiero para el horizonte de evaluación.

En lo referido específicamente a la regulación y promoción de la infraestructura para los servicios de saneamiento, podemos destacar los siguientes objetivos específicos:

- a. **Objetivo Específico 1.3:** Regula la realización y componentes del ciclo de inversiones para el desarrollo de proyectos, el cual incluye a grandes rasgos las siguientes actividades:
  - Formulación (estudios de preinversión y expedientes técnicos).
  - Proceso de licitación y contratación.
  - Ejecución (expediente y obras).

- Puesta en marcha de los proyectos de infraestructura de saneamiento, lo que implica acciones de monitoreo y seguimiento de implementación y, en consecuencia, ajustes de los planes y programas cuando corresponda.

En el ámbito rural, considerando sus particulares características y la urgencia de atender la carencia de servicios de saneamiento, se prevé el impulso de la modalidad de los núcleos ejecutores<sup>3</sup> como mecanismo que genere eficiencias en los costos y mayor agilidad para la ejecución de las obras de infraestructura.

En líneas generales, es preciso resaltar que este objetivo específico persigue “el desarrollo de proyectos de infraestructura convencional (gris) y natural (verde), incluyendo proyectos con Mecanismos de Retribución por Servicios Ecosistémicos<sup>4</sup> y Gestión de Riesgos de Desastres, considerando fuentes alternativas, redundantes e innovación tecnológica para los sistemas con mayor vulnerabilidad al cambio climático”<sup>5</sup>.

- b. **Objetivo Específico 4.1:** Desarrolla las líneas de acción para promover la innovación y aplicación de soluciones técnicas en la infraestructura de saneamiento, considerando criterios de eficiencia, adecuación progresiva y sostenibilidad ambiental. Así, se destaca por disponer los siguientes lineamientos:

- Se debe desarrollar, aprobar, difundir e introducir modelos típicos de infraestructura sanitaria para el ámbito urbano, rural, rural disperso y amazónico de manera diferenciada, buscando atender las necesidades específicas de cada ámbito o locación.
- Desarrollar, aprobar, difundir e introducir guías de elección de tecnología, diseño, operación y mantenimiento de plantas de tratamiento de agua potable (PTAP) y plantas de tratamiento de

---

<sup>3</sup> Los Núcleos Ejecutores son entes colectivos sujetos de derecho, con capacidad jurídica y sujetos a las normas que regulen las actividades del ámbito del sector privado; conformados por personas que habitan en centros poblados de las zonas rural y rural dispersa, pobres y extremadamente pobres, comprendidos en el ámbito de competencia del MVCS y/o de sus Programas, que desarrollen intervenciones de mejoramiento de vivienda rural, saneamiento rural, construcción y mejoramiento de infraestructura del Tambo, infraestructura productiva e infraestructura de huaros (MVCS, 2016).

<sup>4</sup> Conforme a lo señalado en la Ley 30215, los Mecanismos de Retribución por Servicios Ecosistémicos – MERESE, son instrumentos que generan, direccionan e invierten en medidas orientadas a la conservación, recuperación y uso sostenible de los ecosistemas, como fuente de servicios ecosistémicos, a través de acuerdos voluntarios entre contribuyentes (persona natural o jurídica, pública o privada, que mediante acciones técnicamente viables contribuye a la conservación, recuperación y uso sostenible de las fuentes de los servicios ecosistémicos) y retribuyentes (persona natural o jurídica, pública o privada, que, obteniendo un beneficio económico, social o ambiental, retribuye a los contribuyentes por el servicio ecosistémico).

<sup>5</sup> Resolución Ministerial 399-2021-VIVIENDA, Plan Nacional de Saneamiento 2022-2026. (24 de diciembre de 2021), 234 p.

agua residual (PTAR), que consideren las características naturales y socioeconómicas de la población beneficiaria, buscando el aprovechamiento de subproductos (aguas residuales tratadas, biosólidos y biogás) y una operación sostenible.

c. **Objetivo Específico 4.3:** Elaborar y consolidar una plataforma virtual que reúna información sobre costos estándar de inversión, operación y mantenimiento en infraestructura, con data de mercado correspondiente a cada tipo de tecnología, proyecto y geografía en el ámbito urbano y rural. Esto genera las siguientes eficiencias:

- Asegura el conocimiento y aplicación de los mejores estándares de calidad de las obras de infraestructura en saneamiento.
- Simplifica y estandariza los procedimientos necesarios para el desarrollo de infraestructura sanitaria, ya que la práctica ha denotado que el plazo transcurrido entre las etapas de formulación, ejecución y la puesta en marcha de un proyecto es demasiado extenso.

Para lograr tal cometido, se destaca la necesidad de que el sector acceda fácilmente a la información necesaria para el desarrollo de sus proyectos, requiriendo así la colaboración de SUNARP (para el diagnóstico de los terrenos necesarios para ejecutar las obras), el Ministerio de Cultura (para verificar la afectación de patrimonio cultural), la Autoridad Nacional del Agua (en los referido a las fuentes de agua necesarias), el Ministerio del Ambiente (para verificar la situación y efectos ambientales de las obras), entre otras.

Asimismo, se requiere el levantamiento de información actualizada referente a los costos estándar de inversión, operación y mantenimiento de infraestructura sanitaria, tanto para el desarrollo y supervisión de los proyectos, así como para mitigar el riesgo de costos elevados por ineficiencia y/o corrupción.

d. **Objetivo específico 4.4:** Optimizar y reactivar las instalaciones, operaciones y procesos de los servicios de saneamiento ya existentes, para lo cual prevé las siguientes acciones:

- Detectar la infraestructura sanitaria que no funciona y que genera ineficiencias, detallando su estado y un aproximado de los costos su activación o mejora.
- Diseñar y aplicar lineamientos y procedimientos para activar proyectos que no funcionen, verificando previamente su conveniencia.

- Promover que los servicios de saneamiento se presten con los mejores estándares de calidad y oportunidad, en base a una evaluación técnico-económica que detecte las mejores soluciones de optimización de infraestructura de los servicios de saneamiento.
- Diseñar infraestructura buscando evitar el sobredimensionamiento y enfocándose en el logro de eficiencias.

### **C. Jurisprudencia constitucional sobre la necesidad de infraestructura de saneamiento adecuada**

Frente a las políticas públicas – de carácter mundial y local – descritas líneas arriba, vamos a incluir en este apartado uno de los pronunciamientos jurisprudenciales emblemáticos en materia de saneamiento: El Caso Punchana, recaído en el Expediente 03383-2021-PA/TC<sup>6</sup>.

El 4 de julio de 2016, representantes de los Asentamientos Humanos “Iván Vásquez Valera” y “Veintiuno de Septiembre” interpusieron una acción de amparo contra el Gobierno Regional de Loreto (GORE-Loreto), la Dirección Regional de Salud (DIRES-Loreto), las municipalidades de Maynas y Punchana y EsSalud-Loreto, por la inacción ante el vertimiento de residuos sólidos del camal municipal y el Hospital III de EsSalud en cuerpos de agua, así como por la ausencia de redes de agua potable y alcantarillado, lo que desencadenó enfermedades infectocontagiosas en la población.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional, en su sentencia del 2023, declaró fundada la demanda, al reconocer la vulneración de derechos al ambiente equilibrado, al agua, a la salud, a la vivienda, entre otros. Asimismo, ordenó medidas perentorias: el cese del vertimiento de residuos en 30 días, el cubrimiento del desagüe a cielo abierto, la construcción de un sistema de alcantarillado integrado y el abastecimiento inmediato de agua potable (fund. 149). Más significativo aún, el TC declaró un estado de cosas inconstitucional en Loreto, señalando tres ejes críticos: (i) la falta masiva de acceso a agua y alcantarillado en zonas pobres; (ii) la contaminación por residuos sólidos; y (iii) el tratamiento defectuoso de aguas residuales, que afectan derechos como la vida y la salud (fund. 150). Este fallo, en línea con la ya mencionada Sentencia 06534-2006-PA/TC, refuerza el carácter prestacional del derecho al agua y obliga al Estado a articular respuestas estructurales referidos tanto al acceso al agua potable, como a una adecuada infraestructura de saneamiento.

Asimismo, la Sentencia no solo ordenó acciones inmediatas, sino que demanda la coordinación multisectorial. Conforme a lo dispuesto, el

---

<sup>6</sup> Tribunal Constitucional del Perú. (2023). Expediente 03383-2021-PA/TC. Lima: 11 de agosto de 2023.

Ministerio del Ambiente, el Ministerio de Vivienda, la Autoridad Nacional del Agua, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, y la Presidencia del Consejo de Ministros deben informar en 30 días sobre sus competencias para revertir el estado de cosas inconstitucional (fund. 150). Esta medida, junto a la supervisión de la Defensoría del Pueblo, busca romper la inercia burocrática y priorizar a las poblaciones vulnerables, tal como lo establece el artículo 44 de la Constitución, que consagra el bienestar general como deber estatal.

Casos como el de Punchana no deberían repetirse, dado el impacto negativo que generan en la población y el deterioro sustancial de su calidad de vida, como detallaremos en el apartado 3 de este artículo. Estas situaciones evidencian la urgencia de implementar soluciones sostenibles que combinen viabilidad técnica y financiera. Asimismo, revelan el profundo nivel de necesidad y la precariedad de la infraestructura de saneamiento en el Perú, lo cual exige una acción decidida para cerrar esta brecha histórica.

Este caso, lejos de ser aislado, sintetiza las fallas estructurales que aquejan al Estado Peruano y a la ejecución de sus políticas de saneamiento: Centralismo, fragmentación institucional y desatención a territorios marginados, como detallamos en el punto 4 del presente artículo.

### **III. Agua potable y saneamiento en el Perú: Diagnóstico**

Conforme a lo recogido en el boletín técnico “Perú: Formas de Acceso al Agua y Saneamiento Básico<sup>7</sup>”, preparado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática en diciembre de 2024, el estado actual de la provisión de agua potable y saneamiento en el Perú es el siguiente:

#### **i. Acceso al agua potable**

El acceso a agua potable por red pública alcanza al 90,4% de la población, con una mayor cobertura en las zonas urbanas (93,2%) que en las rurales (78,7%), lo cual demuestra la carencia de infraestructura (plantas de potabilización y tubos de conducción) en las zonas más alejadas, denotando las consecuencias nefastas del centralismo y la poca atención a la población altoandina o de la selva.

Sobre el particular, la mayoría de personas accede al agua dentro de la vivienda (84,2%), aunque aún un porcentaje menor lo hace fuera de esta (4,1%) o mediante pilones públicos (2,2%).

Si bien desde el 2015, la cobertura nacional aumentó en 2,5 puntos porcentuales, con un avance significativo en el ámbito rural, donde mejoró en 9,8 puntos, en el escenario peruano el 9,6% de la población no accede a red pública, abasteciéndose

---

<sup>7</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA - INEI. (2024). *Perú: Formas de Acceso al Agua y Saneamiento Básico* (Boletín técnico). Lima: INEI.

principalmente por camiones cisterna, fuentes naturales como ríos o acequias, y pozos, siendo el déficit más pronunciado en zonas rurales (21,3%). Esto implica más de 3 millones de compatriotas no tienen acceso al agua potable por tubería, accediendo al recurso con sobrecostos<sup>8</sup> importantes que afectan negativamente sus recursos, así como su disponibilidad para cubrir otras necesidades.

## **ii. Calidad del agua potable**

Respecto a la calidad del agua, solo el 40,4% de quienes acceden a red pública consumen agua con un nivel adecuado de cloro ( $\geq 0,5$  mg/l), mientras que el 39,9% recibe agua sin cloro alguno, un riesgo grave para la salud pública. La situación es especialmente crítica en zonas rurales, donde apenas el 4,7% consume agua con cloro adecuado y el 88,4% lo hace sin ningún tipo de tratamiento. Esta tendencia ha empeorado desde 2015.

¿Qué consecuencias genera no cumplir con las condiciones mínimas de salubridad en el agua potable que consumen los peruanos? A grandes rasgos, podemos señalar lo siguiente:

- El incremento de enfermedades transmitidas por la falta de agua o a través de agua contaminada, como la diarrea, el cólera y la hepatitis A.
- Desnutrición infantil, ya que las enfermedades arriba señaladas interfieren con la absorción de nutrientes.
- Transmisión de infecciones respiratorias y cutáneas, por la falta de higiene personal.
- Afectación a la educación, ya que las enfermedades generan ausencia escolar y, por ende, niños menos preparados a nivel educativo profundizando la desigualdad entre la población urbana y rural (toda vez que esta última es la más vulnerable).
- Disminución de la productividad laboral, ya al impedir que las personas trabajen y afectando tanto los ingresos familiares como la economía nacional.
- El tratamiento de estas enfermedades genera elevados gastos médicos, que representan una carga para los hogares y el sistema de salud pública.

## **iii. Tratamiento de aguas residuales de uso doméstico**

En cuanto al tratamiento de aguas residuales, la cobertura sigue siendo insuficiente, y muchas aguas servidas son vertidas sin tratamiento o con procesos

---

<sup>8</sup> Según datos de Sunass para 2023, en Lima Metropolitana el precio del metro cúbico de agua proveniente de camiones cisterna es 5.7 veces mayor al de la red pública. En <https://ipe.org.pe/capacidad-de-almacenamiento-de-agua-en-el-peru-es-10-veces-menor-que-en-la-region/>

inadecuados, afectando la salud y el medio ambiente, lo que se evidencia principalmente áreas urbanas marginales y rurales.

En términos de saneamiento, en general el 79,4% de la población tiene acceso a la red pública de alcantarillado, principalmente dentro de la vivienda (72,5%), aunque un 21,6% aún depende de alternativas como pozos ciegos, sépticos o no cuenta con ningún sistema de eliminación de excretas.

La brecha es considerable entre áreas urbanas y rurales: mientras que el 87,7% de la población urbana tiene acceso, solo el 40,1% de la población rural cuenta con este servicio y el 59,9% aún recurre a soluciones precarias. Aunque entre 2015 y 2023 la cobertura nacional creció en 6,5 puntos porcentuales y en zonas rurales en 18,6 puntos, persiste un déficit significativo, como se evidencia en el siguiente gráfico:

La situación descrita líneas arriba amerita tomar decisiones urgentes ya que se está vulnerando un mandato constitucional y derechos fundamentales básicos, con evidente e injustificado tratamiento desigual entre áreas urbanas y rurales, lo que genera retraso en el desarrollo, la división del país y un espacio propicio para conflictos sociales.

Al respecto, una de las principales causas de este déficit en la prestación de los servicios es la carencia o insuficiencia de la infraestructura de saneamiento, tanto para agua potable como para el tratamiento y disposición de las aguas residuales. Si bien no es la única causa, esta es una de las raíces del problema cuya atención debe ser prioridad real y con medidas a ejecutarse en la práctica, más allá de las declaraciones contenidas en programas, planes y otros documentos legales o de gestión.

#### **IV. Estado de la infraestructura de saneamiento en el país**

La situación de la infraestructura de saneamiento en el Perú evidencia desafíos estructurales que repercuten en la calidad de vida de la población. Como es indicado por Timaná, los servicios básicos existentes no se ajustan al ritmo del crecimiento demográfico urbano ni a las demandas de la industria, lo que genera una brecha entre las capacidades instaladas y las necesidades actuales<sup>9</sup>. En efecto, la obsolescencia de los sistemas de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales, sumada a la expansión desordenada de las ciudades, ha derivado en una infraestructura insuficiente para garantizar cobertura universal. A causa de esta desconexión, amplios sectores enfrentan riesgos sanitarios, especialmente en zonas periurbanas donde la planificación ha sido marginal. En consecuencia, la exposición a enfermedades se incrementa en poblaciones vulnerables, situación que demanda una intervención urgente para mitigar los impactos en la salud pública.

---

<sup>9</sup> TIMANÁ, J. (2020, 31 de julio). Crisis de la infraestructura de saneamiento. *UDEP Hoy*. Disponible en: <https://www.udep.edu.pe/hoy/2020/07/crisis-de-la-infraestructura-de-saneamiento/>

Por otra parte, el análisis de Dianderas señala que, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de países —donde el costo per cápita de los servicios de saneamiento en zonas rurales suele ser menor que en las urbanas—, en el Perú ocurre lo contrario. Esta situación se explicaría por la elección de tecnologías poco adecuadas a la capacidad de pago de la población y por la falta de economías de escala generada por la fragmentación de los proyectos<sup>10</sup>.

En ese sentido, en el caso específico de la inversión en saneamiento rural no solo enfrenta obstáculos técnicos, sino también de diseño institucional, lo que agrava las desigualdades territoriales. Asimismo, la elección de tecnologías inadecuadas —sin considerar la viabilidad financiera local— perpetúa modelos insostenibles, como se observa en sistemas de tratamiento no operativos por altos costos de mantenimiento. Eso resulta evidente en el caso de la selva peruana, que con su topografía compleja y dispersión poblacional, enfrenta desafíos únicos que exigen soluciones adaptativas, como sistemas descentralizados o tecnologías de bajo costo. No obstante, la elección de modelos costosos y estandarizados contradice las realidades locales, perpetuando la exclusión. En ese sentido, el enfoque actual no solo incumple el ODS 6, sino que profundiza las desigualdades históricas.

Asimismo, a pesar de los esfuerzos por ampliar la cobertura de agua potable y la infraestructura de saneamiento adecuada, persisten desafíos en la calidad del servicio, especialmente en zonas altoandinas y amazónicas. En tal caso, la sostenibilidad de las soluciones técnicas depende críticamente de la participación de las comunidades, ya que su involucramiento en la gestión local podría mitigar riesgos de abandono o subutilización de infraestructura.

Ejemplo claro de la necesidad de infraestructura adecuada, es lo que sucede con la provisión de agua potable: Aunque una fuente de abastecimiento pueda ser adecuada, la calidad del agua puede deteriorarse durante su transporte o almacenamiento, situación recurrente en comunidades sin infraestructura de distribución segura. Es decir, no basta una planta de tratamiento de agua potable, sino que sus demás componentes funcionen adecuadamente y coadyuven a la provisión oportuna y segura. Lo mismo se aplica a en el caso de la disposición de aguas residuales: No basta la existencia de una planta de tratamiento, sino que los sistemas de alcantarillado (tuberías, colectores etc.) deben estar en su óptimo porque de lo contrario, la población está obligada a tener prácticas insalubres, incrementando la incidencia de enfermedades.

Aterrizando lo anterior a data objetiva y a cifras que reflejan la realidad peruana, conforme a lo señalado en el Plan Nacional de Saneamiento 2022-2026, al año 2022 la brecha de infraestructura requerida para lograr el acceso universal a los servicios

---

<sup>10</sup> DIANDERAS, A. (2022). El sector saneamiento. Documento de Políticas Públicas N.º 05. *Instituto de Gobierno y de Gestión Pública, Universidad de San Martín de Porres*. Disponible en: <https://gobiernoygestionpublica.edu.pe/iggp1/wp-content/uploads/2022/08/DPP.-N%C2%B005.-2022.pdf>

de saneamiento equivalía a 51 000 millones de soles, la cual está compuesta de la siguiente manera:

- Acceso y calidad del servicio de agua potable: S/ 11 000 millones
- Ampliar y/o mejorar la infraestructura de alcantarillado y disposición sanitaria de excretas: S/ 27 000 millones
- Ampliación y/o mejoramiento en el tratamiento de aguas residuales: S/ 13 000 millones (23 % del total).

Si bien estas cifras son importantes, la situación se agrava con el paso de los años si es que no se atiende esta problemática oportunamente. Sobre el particular, esta brecha se incrementaría por dos factores: Aumento de la población y fin de la vida útil de la infraestructura existente. Al respecto, conforme al Plan, para atender el crecimiento poblacional, es preciso invertir S/ 2,200 millones anuales, mientras que para cubrir las necesidades de inversión para el mejoramiento, rehabilitación y reposición del stock de infraestructura, se requieren unos S/ 2,500 millones por año. Si esas inversiones no se realizaran, la brecha de infraestructura se incrementaría de S/ 51 000 millones de soles a S/ 100 000 millones para el año 2030.

Estas cifras, lejos de ser abstractas, evidencian la urgencia de políticas integrales que prioricen la articulación entre financiamiento, tecnología y participación comunitaria.

En consecuencia, resulta imperativo replantear los marcos normativos y operativos. Si bien el Estado ha impulsado programas como Agua para Todos, aun así, la fragmentación institucional y la corrupción obstaculizan su implementación. Por lo tanto, se requiere no solo incrementar el presupuesto, sino también fortalecer la gobernanza multisectorial y fomentar asociaciones público-privadas que aseguren la transparencia. Solo mediante una estrategia holística, basada en diagnósticos técnicos y enfoques territoriales, será posible garantizar el derecho humano al saneamiento en el Perú.

En ese sentido, las asociaciones público-privadas, junto con el uso de aplicaciones tecnológicas para la planificación y gestión de servicios, pueden ofrecer una vía eficaz y sostenible para transformar esta realidad, como detallaremos en el siguiente apartado.

## **V. Asociaciones público-privadas para el desarrollo de infraestructura de saneamiento**

En este contexto, la participación del sector privado ha sido planteada como una alternativa complementaria a la inversión pública, considerando las limitaciones fiscales del Estado. No obstante, su participación genera debates sobre la legitimidad, eficiencia, equidad y sostenibilidad de estos modelos. Al respecto, veamos los proyectos vía APP respecto a infraestructura de agua y saneamiento

que se han ido desarrollando en el Perú, así como aquellos que en los próximos años se desarrollarán, coadyuvando a mejorar la calidad de vida de las personas en dichas zonas.

**i. Proyectos en curso**

**A. Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Taboada**

Este proyecto, que cuenta con un monto de inversión estimado de US\$ 148 millones (sin IGV), comprende el diseño, financiamiento, ejecución, operación y mantenimiento de obras de infraestructura destinadas a la captación de aguas residuales recolectadas por el Interceptor Norte de Lima. Fue adjudicado por un periodo de 25 años a la empresa ACS Servicios, Comunicaciones y Energía S.A. en 2009. Este megaproyecto presenta un área de influencia de 35,176 hectáreas, teniendo como beneficiarios a alrededor de 27 distritos de entre las áreas de Lima Metropolitana y Callao, es decir, un total 4.1 millones de habitantes.

Asimismo, es la más grande planta de tratamiento de aguas residuales de Sudamérica y ha sido reconocida por los *Global Water Awards 2014*<sup>11</sup> como la mejor planta de tratamiento de aguas residuales del año debido a su efectivo proceso y capacidad promedio de tratamiento, que es 1.209.600 m<sup>3</sup> de agua por día. Entre los beneficios concretos asociados a esta PTAR encontramos, además del incremento en el volumen y porcentaje de tratamiento de aguas residuales, la disminución de contaminación microbiológica y química del litoral marino en las bahías de Miraflores y Callao, así como la reducción de enfermedades relacionadas al contacto de las aguas residuales o al consumo de recursos alimentarios contaminados por aguas residuales.

**B. Planta de Tratamiento de Aguas Residuales y Emisor Submarino La Chira**

Este proyecto, adjudicado en 2011 al Consorcio La Chira conformado por las empresas Graña y Montero S.A.A. y Acciona Agua S.A. por un plazo de 25 años, cuenta, de acuerdo con Proinversión<sup>12</sup>, con un monto de inversión aproximado de US\$ 80 millones y comprende el diseño, financiamiento y construcción de la planta de tratamiento y la disposición final del efluente mediante emisario submarino, además, incluye la operación y mantenimiento. Esta es la segunda planta más grande del país, por detrás de la PTAR de Taboada descrita anteriormente y cuenta con una capacidad media de 544,320 m<sup>3</sup> por día en promedio.

---

<sup>11</sup> GLOBAL WATER AWARDS. (2014). *Wastewater Project of the Year*. Disponible en: <https://globalwaterawards.com/2014-winners/#WastewaterProjectoftheYear>

<sup>12</sup> PROINVERSIÓN. (2023). PTAR La Chira trata el 25 % de aguas residuales que genera Lima Metropolitana. <https://www.investinperu.pe/es/pi/detail-news/proinversion-ptar-la-chira-trata-el-25-de-aguas-r>

La PTAR La Chira presenta una gran área de influencia que incluye a dieciocho (18) distritos de Lima Metropolitana, incluyendo principalmente a Villa El Salvador, Miraflores, Barranco, San Isidro y Chorrillos, beneficiando así, de acuerdo con Proinversión, a un aproximado de 2.5 millones de habitantes de la capital.

De acuerdo con Proinversión<sup>13</sup>, desde el 2016, fecha de su inicio de operación, hasta 2023, se estima que dicho proyecto ha tratado más de 1.3 millones de metros cúbicos de aguas residuales. Asimismo, por un lado, cabe destacar que este proyecto ha beneficiado a la zona agrícola que se encuentra en el litoral, específicamente, la del Pacífico de Villa, la cual usaba aguas contaminadas provenientes del Colector Surco para su riego<sup>14</sup>. Por otro lado, se debe reconocer que es gracias a este proyecto que se han recuperado alrededor de 17 kilómetros de litoral costero que incluyen desde la playa Las Cascadas en Barranco hasta la plata Conchán en Lurín, las cuales por muchos años eran consideradas áreas contaminadas y no aptas para las personas.

Ahora bien, de acuerdo con el Plan Nacional de Saneamiento 2022-2026, es relevante destacar que es la PTAR Taboada quien trata más del 53% de las aguas residuales generadas en Lima Metropolitana, mientras que, por su parte, la PTAR La Chira procesa aproximadamente el 28%, consolidándose así como pilares fundamentales en la infraestructura de saneamiento en nuestra capital.<sup>15</sup>

### **C. Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Chincha**

Este importante proyecto ha sido recientemente adjudicado por un plazo de 24 años en el mes de enero del presente año (2025) a la empresa española FCC Aqualia bajo la modalidad de iniciativa privada cofinanciada. Con una inversión de US\$ 96.50 millones, la PTAR Chincha comprende, de acuerdo con sus Bases, el diseño, financiamiento, operación y mantenimiento del sistema de recolección principal de las aguas residuales de la ciudad en cuestión, además, comprende también la construcción de la infraestructura necesaria para su tratamiento u disposición final de un caudal total promedio de aproximadamente 0.6 metros cúbicos por segundo.

Este proyecto tiene un área de influencia que reúne a siete (7) distritos de la provincia de Chincha, los cuales son Chincha Alta, Chincha Baja, Grocio Prado, Alto Larán, Tambo de Mora y Pueblo Nuevo, que implica alrededor de 345 mil habitantes beneficiados.

---

<sup>13</sup> *Ídem*.

<sup>14</sup> SALVADOR, J., TRILLAS, F., RICART, J. E., & RODRÍGUEZ PLANAS, M. (2019). Planta de tratamiento de aguas residuales (PTAR) y emisor submarino La Chira (Perú), 34 p.

<sup>15</sup> Resolución Ministerial 399-2021-VIVIENDA, Plan Nacional de Saneamiento 2022-2026. (24 de diciembre de 2021).

**ii. Proyectos futuros**

PROINVERSION tiene en cartera diversos proyectos por adjudicar valorizados al día de hoy en un monto aproximado de US\$ 1200 millones. Estos incluyen las plantas de tratamiento de Chincha, Cajamarca, Cusco, Huancayo, Puerto Maldonado, San Martín, Trujillo, al igual que Desaladora Ilo<sup>16</sup>, las cuales detallamos a continuación:

**A. PTAR Puerto Maldonado**

- Inversión: US\$ 121.92 millones
- Plazo: 24 años
- Cobertura geográfica: Tambopata y El Triunfo (Madre de Dios)
- Beneficiarios: 197,170 (al 2045)
- Componentes principales: Diseño, financiamiento, construcción, rehabilitación, ampliación, operación y mantenimiento de los sistemas de recolección, tratamiento y disposición final de las aguas residuales municipales de la ciudad de Puerto Maldonado. Para ello, se construirá construir una planta con una capacidad de caudal promedio diario de 400 litros por segundo y monitoreo de valores máximos admisibles.

Será la primera planta de tratamiento de aguas residuales con alta tecnología de la selva peruana.

**B. PTAR Trujillo**

- Inversión: US\$ 425.08 millones
- Plazo: 25 años
- Cobertura geográfica: Distritos de Trujillo, El Porvenir, Florencia de Mora, La Esperanza, Víctor Larco Herrera, Huanchaco, Salaverry y Moche (La Libertad)
- Beneficiarios: 1,721,780 (al 2046)
- Componentes principales: Diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento de colectores primarios de alcantarillado, estaciones de bombeo de desagüe, líneas de impulsión, emisores de alcantarillado, plantas de tratamiento de aguas residuales y emisarios de descarga. Asimismo, se prevé la mejora de las líneas de interceptación y recolección de aguas residuales, así como la

---

<sup>16</sup> CAPEX, 2025, p. 2.

instalación de tres (3) plantas de tratamiento con una capacidad de 2.8 m<sup>3</sup>/s.

**C. PTAR Huancayo**

- Inversión: US\$ 172.08 millones
- Plazo: 22 años
- Cobertura geográfica: Distritos de Huancayo, El Tambo, Chilca, Huancán, Huayucachi, Huacrapuquio y Viques (Junin)
- Beneficiarios: 520,000
- Componentes principales: Planta de tratamiento de aguas residuales, 34 kilómetros de colectores primarios y secundarios, los cuales interceptarán las actuales descargas directas a los ríos Mantaro, Chilca y Ancalá. Contempla además la implementación de ocho (8) estaciones de bombeo de aguas residuales y sus respectivas líneas de impulsión. Asimismo, comprende también el cierre de las actuales plantas de tratamiento ubicadas en Huancán, Viques, Huayucachi y Huacrapuquio.

**D. PTAR San Martin:**

- Inversión: US\$ 143.11 millones
- Plazo: 24 años
- Cobertura geográfica: Distritos de San José de Sisa, Tarapoto, La Banda de Shilcayo y Morales (San Martin)
- Beneficiarios: 432,733 (al 2047)
- Componentes principales: Construcción de una planta de tratamiento de aguas residuales, que incorporará procesos de tratamiento preliminar, primario y secundario, así como un sistema de desinfección final, permitiendo la adecuada disposición de los efluentes tratados en el río Cumbaza.

**E. PTAR Cajamarca:**

- Inversión: US\$ 73.52 millones
- Plazo: 26 años
- Cobertura geográfica: Distritos de Cajamarca y Baños del Inca (Cajamarca)
- Beneficiarios: 363,325 (al 2047)

*Infraestructura para la provisión de los servicios de saneamiento: Diagnóstico, rol de las asociaciones público-privadas y recomendaciones para el cierre de brechas*

- Componentes principales: Servicio de tratamiento de aguas residuales para su disposición final o reúso. Asimismo, contempla la ampliación y mejoramiento de la infraestructura de la red de recolección actual.

**F. PTAR Cusco:**

- Inversión: US\$ 51.60 millones
- Plazo: 24 años
- Cobertura geográfica: Distritos de Cusco, Wanchaq, Santiago, Saylla, San Sebastián y, San Jerónimo (Cusco)
- Beneficiarios: 746,130 (al 2045)
- Componentes principales: Mejoramiento, ampliación, operación y mantenimiento de los colectores principales y de la planta de tratamiento de aguas residuales de San Jerónimo. Su importancia radica en la gran proporción de aguas residuales que trata la actual infraestructura, la cual asciende al 85% de las aguas residuales generadas en la ciudad de Cusco

**G. PTAR Cañete**

- Inversión: US\$ 143,86 millones
- Plazo: 23 años
- Cobertura geográfica: Distritos de Asia, Cerro Azul, San Antonio, Mala, Quilamaná, San Luis y otros (Cusco)
- Componentes principales: Diseño y construcción de las redes colectoras de alcantarillado, estaciones de bombeo de desagüe, línea de impulsión, así como la planta de tratamiento de aguas residuales y su emisor, así como su operación y mantenimiento.

**H. Planta Desaladora de Ilo**

- Inversión: US\$ 110.00 millones
- Plazo: 25 años
- Cobertura geográfica: Distritos de Ilo, Pacocha y El Algarrobal (Moquegua)
- Beneficiarios: 133,543 (al 2046)
- Componentes: La construcción de la Planta Desaladora, así como el mejoramiento y ampliación de la Planta de Tratamiento de Agua Potable Pampa Inalámbrica, que incorporará un sistema de

ultrafiltración y ósmosis inversa para eliminar boro y otros elementos inorgánicos presentes en el agua superficial. Además, el proyecto contempla el mejoramiento de 6,890 metros de líneas de conducción del sistema existente, la rehabilitación de casetas de bombeo, la mejora de cuatro reservorios existentes y la construcción de tres nuevos reservorios.

De este modo, es posible destacar que los proyectos citados líneas anteriores constituyen ejemplos concretos del potencial que tienen las Asociaciones Público-Privadas para coadyuvar al cierre de la brecha en infraestructura de saneamiento en nuestro país. La concretización de lo que afirmamos se ve actualmente en la operación y continuidad de los PTAR Taboada y La Chira, que son el claro ejemplo de que es posible ejecutar obras de gran envergadura con altos estándares de calidad, a nivel técnico y de sostenibilidad, mediante la colaboración con el sector privado. De esta forma, dichas plantas de tratamiento no solo evidencian la viabilidad técnica y financiera de este tipo de proyectos, sino también su impacto positivo en la mejora de la calidad de vida de las personas, así como su gran impacto positivo en la remediación del medio ambiente al contribuir con la descontaminación de los ríos, suelos agrícolas y litoral costero.

No obstante, las asociaciones público-privadas no son la única solución a la problemática descrita en los apartados 3 y 4 del presente artículos. Las APPs son un mecanismo de contratación que permite al Estado desarrollar obras de infraestructura y prestar servicios públicos para determinados proyectos, donde la complejidad de las obras a desarrollar y/o la necesidad de su operación hacen que la participación público-privada a largo plazo sea la alternativa más eficiente.

Pero no en todos los casos se necesita (o es conveniente) que un privado desarrolle u opere la infraestructura de saneamiento, para lo cual existen otros mecanismos legales que pueden emplearse, como el régimen general de contratación pública, obras por impuestos o, incluso, incluirse dentro de proyectos vía contratos gobierno a gobierno. En cada caso, se realizará un análisis comparativo en base a las necesidades específicas y así se debe elegir el mecanismo de contratación correcto, con mayor o menor participación privada, según corresponda.

## **VI. Recomendaciones para el cierre de brechas**

El ansiado cierre de brechas requiere de diversos aspectos legales, técnicos y económicos, actores y cambios estructurales en la gestión. En base a lo relatado en el presente artículo, se proponen las siguientes recomendaciones:

- a. El diseño de políticas, normas y proyectos debe tener un enfoque de derechos humanos: No puede tratarse de meras declaraciones, sino que debe tenerse

presente en todo momento la trascendencia de los servicios de saneamiento (y su infraestructura) en la vida, salud y oportunidades de desarrollo de la población.

- b. Los proyectos deben considerar las diferencias territoriales y culturales que existen en el Perú, de forma que sean acotados y específicos a la zona donde se desarrollarán a fin de que sean una solución sostenible.
- c. A fin de respetar los criterios de equidad, el desarrollo de proyectos en zonas altoandinas y selváticas debe ser prioritario ya que la falta de servicios de saneamiento adecuados en dichas zonas genera un daño significativamente mayor a su población respecto de las que se encuentran en zona costera, manteniéndolos en un estado de pobreza, enfermedad y muerte que demuestra la indolencia de los decisores públicos a cargo de estos servicios.
- d. Promover la participación privada, pero considerando que en no todos los proyectos se verificará la rentabilidad económica que espera un inversionista. En algunos casos, no existen incentivos para que los privados desarrollen proyectos de saneamiento, especialmente con las poblaciones más vulnerables. Ese tipo de situaciones deben detectarse y priorizarse para su atención directa por el Estado o por las comunidades (núcleos ejecutores), toda vez que – en lo que respecta al agua – el acceso universal prima sobre la rentabilidad.
- e. Se debe trabajar de la mano con la población beneficiaria para que se atiendan adecuadamente sus necesidades, priorizando lo urgente y así se reduzca el riesgo de conflictos sociales. Este control social debe existir desde el diseño de los proyectos hasta su ejecución y rendición de cuentas, siempre enfocándose en el resultado.
- f. Las diferentes entidades que participan en el sector saneamiento (sin importar el nivel de gobierno o si son públicos o privados) deben trabajar de manera coordinada, intercambiando experiencias y fortaleciendo su capacidad técnica.
- g. En los contratos de APP de saneamiento, una experiencia importante es la referida a la Planta de Tratamiento de Lago Titicaca. Este contrato ha sido resuelto por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento en su calidad de concedente y, hoy en día, se viene discutiendo en sede arbitral. Mientras tanto, el proyecto se encuentra paralizado y se sigue contaminando el lago Titicaca. Si bien el presente artículo no tiene como objetivo analizar tal proyecto, sí podemos señalar que se debe contar con un mecanismo para que en ese tipo de casos la controversia arbitral no detenga el proyecto y pueda ser desarrollado por un tercero, enfocándonos en el resultado.
- h. En los contratos de APP de saneamiento, hemos notado que usualmente el tiempo que toma el ciclo de inversión del proyecto en el marco del Invierte.pe

*Infraestructura para la provisión de los servicios de saneamiento: Diagnóstico, rol de las asociaciones público-privadas y recomendaciones para el cierre de brechas*

es excesivamente largo, lo que genera que - cuando por fin pasa a etapa de transacción - los estudios se encuentran desfasados, haya mayor demanda, la infraestructura previa está en peor estado de lo esperado y se ha solicitado tecnología que ya no es la de última generación. Por ello sugerimos la tramitación eficiente de los proyectos.

Resulta evidente la imperiosa necesidad de contar a la brevedad con una infraestructura que permita prestar servicios de saneamiento con calidad, oportunos y que protejan la salud humana y el medio ambiente. Para ello, se requiere principalmente inversión, tecnología, gestión eficiente y, sobre todo, voluntad institucional de llevar esto adelante. Es una tarea ardua, pero necesaria para dar adecuada tutela a los derechos humanos y brindar una vida digna para todos.

## **Cláusulas penales y protección al consumidor: Desentrañando el análisis de abusividad en la contratación inmobiliaria de masa**

Lucía Sedano Arévalo\*

David Rubio Alcántara\*\*

**Resumen.** - La contratación masiva es un mecanismo que ha servido para reducir los costos de transacción en la contratación inmobiliaria. Sin embargo, dicha práctica no está exenta de generar un menoscabo significativo de los derechos del consumidor, por lo que el Estado sanciona la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos de consumo inmobiliario. En el presente artículo se analiza la abusividad de incorporar una cláusula penal como consecuencia de la resolución contractual derivada del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el consumidor inmobiliario.

**Palabras clave.** - Derecho del Consumidor - Contrato de consumo inmobiliario - Cláusula penal - Cláusulas abusivas - Incumplimiento de pago - Resolución contractual - Indemnización por daños y perjuicios.

**Abstract.** - Standard form contracting is a mechanism that has served to reduce transaction costs in real estate transactions. However, this practice carries significant implications for consumer rights; consequently, the State sanctions the inclusion of unfair contract terms in real estate consumer contracts. This article analyzes the unfairness of including a penalty clause triggered by the termination of a contract due to a consumer's breach of their contractual obligations.

**Keywords.** - Consumer Protection Law - Residential Real Estate Contracts - Liquidated Damages Clause - Unfair Contract Terms - Payment Default - Termination of Contract - Indemnification for Damages.

---

\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asociada del Área de Consumo, Competencia y Propiedad Intelectual de Stucchi Abogados.

\*\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor adjunto del curso de Derechos Reales en la Facultad de Derecho de la PUCP. Asociado del Área Inmobiliaria del Estudio De la Flor, García Montúfar, Arata & Asociados.

\*\*\* Los autores señalan que toda opinión vertida en el presente artículo les es atribuible a título personal y que de ningún modo involucra parecer alguno de las entidades para las cuales prestan sus servicios profesionales.

## **I. Introducción**

En la dinámica actual del mercado, la contratación masiva se ha consolidado como el esquema de contratación por excelencia, en tanto permite a los proveedores reducir significativamente los costos de transacción y estandarizar sus operaciones. Así, esta lógica responde a criterios de eficiencia económica, pues facilita la celebración de un elevado número de contratos bajo condiciones uniformes, disminuyendo los costos asociados a la negociación individual.

Ahora bien, este modelo se ha consolidado con especial intensidad en el ámbito inmobiliario, donde la comercialización de unidades inmobiliarias se realiza, por regla general, mediante contratos estandarizados. Dicha forma de contratación se materializa a través de contratos de adhesión cuyas cláusulas son redactadas de manera previa y unilateral por el proveedor de servicios inmobiliarias (en adelante, la Inmobiliaria) frente a los cuales el consumidor, como parte adherente, no participa en la determinación del contenido contractual y se limita a aceptar o rechazar en bloque las condiciones impuestas, sin una facultad sustancial de negociación.

Así las cosas, la lógica de los contratos de adhesión genera una marcada asimetría entre proveedor y consumidor. Mientras el primero concentra la libertad contractual, entendida como la facultad de definir el contenido del contrato, el segundo conserva principalmente la libertad de contratar, es decir, la posibilidad de elegir con qué proveedor vincularse. Ante este nuevo paradigma de contratación, caracterizado por la desigualdad estructural entre las partes, emerge el Derecho del Consumidor como un régimen especial de tutela.

Es en este contexto que, a través del rol tuitivo del Estado, se justifica la creación de un marco normativo específico, materializado en el Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), orientado a corregir los desequilibrios propios de la contratación masiva y a evitar que dicha desigualdad derive en un menoscabo significativo de los derechos del consumidor. Así, el ordenamiento jurídico regula y sanciona la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión como un mecanismo de protección frente a eventuales excesos del proveedor.

Sin embargo, esta regulación no implica que toda cláusula no negociada ni que toda estipulación que imponga cargas al consumidor deba ser calificada automáticamente como abusiva. Por el contrario, dicha calificación exige un análisis concreto de su finalidad, contenido y efectos, a la luz de la buena fe y del equilibrio contractual.

Bajo esta premisa, el presente artículo analiza la abusividad de la incorporación de una cláusula penal por resolución contractual derivada del incumplimiento de

pago en los contratos de consumo inmobiliario celebrados entre la Inmobiliaria y el comprador final. A partir de la normativa aplicable, la jurisprudencia y la doctrina se concluye que esta cláusula es objetivamente válida, a excepción de que genere un desequilibrio significativo en perjuicio del consumidor.

## **II. ¿Qué son las cláusulas abusivas?**

El inciso 1.c del artículo 1 del Código reconoce expresamente el derecho del consumidor a la protección de su patrimonio frente a prácticas desleales, entre ellas, las cláusulas abusivas. Este reconocimiento impone al proveedor un deber reforzado de actuar conforme a la buena fe, la veracidad y la corrección, tanto en la etapa precontractual como en el contenido mismo del contrato, asegurando que la información brindada no induzca a decisiones de consumo desfavorables.

Sobre esta base, el artículo 49 del Código define las cláusulas abusivas como aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de la buena fe, colocan al consumidor en una situación de desventaja o restringen injustificadamente sus derechos. Así, de acuerdo con la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi (en adelante, la Sala) para determinar la existencia de una cláusula abusiva deben concurrir dos elementos:

- (i) que no haya existido una negociación individual respecto del contenido de la cláusula cuestionada (correspondiendo al proveedor acreditar lo contrario si alega que sí hubo negociación); y,
- (ii) que se verifique una desproporción injustificada entre los beneficios, riesgos y costos asumidos por las partes, en perjuicio del consumidor.

Siendo ello así, conviene resaltar que el solo hecho de celebrar contratos de adhesión o contratos que contengan cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente **no supone necesariamente que el mencionado acuerdo contenga cláusulas abusivas. Es necesario identificar la existencia de una desproporción injustificada en perjuicio de los consumidores.**

En relación con este segundo aspecto, la Sala ha establecido criterios jurisprudenciales para evaluar si una cláusula genera un desequilibrio relevante en la relación de consumo. En particular, corresponde analizar si la cláusula (i) ocasiona una desventaja para los consumidores, (ii) se encuentra inserta en un contrato que, interpretado en conjunto, no justifica dicha desventaja, y (iii) genera una desventaja significativa que desequilibra la relación entre la posición del proveedor y la del consumidor<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Véase el fundamento 57 de la Resolución No. 0611-2022/SPC-INDECOPI, de fecha 28 de marzo de 2022.

En ese sentido, el primer criterio exige verificar si la cláusula genera efectivamente una desventaja para el consumidor, lo que implica analizar si la estipulación limita derechos, impone cargas adicionales o reduce las posibilidades de defensa frente al proveedor. El segundo criterio requiere examinar la cláusula dentro del contexto integral del contrato, pues una disposición aislada podría parecer desventajosa, pero resultar razonable si se encuentra compensada por otras condiciones contractuales. Finalmente, el tercer criterio exige que la desventaja sea significativa, es decir, que produzca un desequilibrio relevante entre los derechos y obligaciones de las partes.

En consecuencia, no cualquier diferencia contractual constituye una cláusula abusiva, sino únicamente aquellas que alteran de manera sustancial el equilibrio contractual en perjuicio del consumidor.

Por otro lado, la Sala también ha señalado en reiterados pronunciamientos que la tipificación de la prohibición de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión responde a que, en estos supuestos, los consumidores solo cuentan con la libertad de contratar, entendida como la posibilidad de elegir con qué proveedor vincularse, mas no con la libertad contractual propiamente dicha, esto es, la facultad de definir el contenido del contrato<sup>2</sup>. Esta última se encuentra reservada exclusivamente a los proveedores, sin que exista una negociación real.

Es en ese contexto que la regulación de las cláusulas abusivas surge como un mecanismo de protección destinado a evitar un desequilibrio significativo en las posiciones asumidas por el proveedor y el consumidor. Así, el ordenamiento jurídico ha establecido un marco normativo que delimita el alcance y los criterios de identificación de las cláusulas abusivas.

Por su parte, el artículo 49 del Código define el concepto de cláusula abusiva y fija los parámetros generales para su evaluación, cuya interpretación debe realizarse de manera sistemática con los artículos 50 y 51 del mismo cuerpo normativo, los cuales enumeran determinados supuestos que permiten identificar los casos en los que se configuraría una cláusula abusiva, ya sea de ineficacia absoluta o relativa.

Ahora bien, tal como se ha indicado, resulta necesario resaltar que la calificación de una cláusula como abusiva no se realiza de manera aislada, sino a partir de un análisis integral del contrato, de la naturaleza del bien o servicio ofrecido y de la información proporcionada al consumidor, teniendo siempre en cuenta la asimetría informativa propia de los contratos de adhesión.

---

<sup>2</sup> Véase la Resolución No. 78-2012/SC2-INDECOPI de fecha 11 de enero de 2012, la Resolución No. 1746-2014/SPC-INDECOPI de fecha 28 de mayo de 2014 y la Resolución No. 2002-2017/SPC-INDECOPI de fecha 20 de junio de 2017.

A mayor abundamiento, los **Lineamientos sobre Protección al Consumidor** aprobados en 2022 precisan que la evaluación de una cláusula abusiva debe centrarse en el contenido de la propia cláusula y en el contrato en el que esta se inserta, y no en factores externos como la existencia de un supuesto **mercado** de cláusulas que permita al consumidor elegir entre diferentes condiciones contractuales. En ese sentido, dichos lineamientos señalan que **“el carácter abusivo se encuentra en la apreciación misma de la cláusula cuestionada”**.

En ese sentido, la calificación de una cláusula como abusiva no depende de la existencia de alternativas contractuales en el mercado ni de la eventual posibilidad del consumidor de optar por condiciones distintas ofrecidas por otros proveedores. Por el contrario, **el análisis debe concentrarse en el contenido específico de la cláusula cuestionada y en los efectos que esta produce dentro del contrato en el que se inserta, evaluando su conformidad con los principios de buena fe y equilibrio contractual**.

Lo relevante será, entonces, determinar si la cláusula genera una desventaja injustificada para el consumidor o si restringe de manera irrazonable sus derechos, **lo cual debe evaluarse necesariamente dentro del contexto específico del contrato en el que se inserta** y de la relación de consumo concreta. En ese sentido, no todas las cláusulas que imponen cargas al consumidor serán, por sí mismas, abusivas en todos los supuestos, pues su calificación depende de su finalidad, de su función económica y de los efectos que produce en el caso concreto.

De ahí la importancia del rol del órgano resolutorio, al cual le corresponde desarrollar una labor central en la determinación y evaluación de las cláusulas abusivas de manera individual. Dicho rol, en el ámbito de las relaciones de consumo, corresponde al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), en su calidad de autoridad administrativa de tutela del consumidor (artículo 2, literal d), del Decreto Legislativo No. 1033).

### **III. La función indemnizatoria y compulsiva de la cláusula penal dentro de la contratación inmobiliaria**

El contrato es un acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su voluntad para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica - en esencia - patrimonial. El cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato descansa en el principio jurídico del **pacta sunt servanda**, que se traduce como “los acuerdos deben cumplirse”.

Ahora bien, la inexecución o la ejecución defectuosa o tardía de las obligaciones representa un supuesto patológico dentro de la vida (léase, la etapa de ejecución) del contrato que, indefectiblemente, desvirtúa la finalidad económica y jurídica

perseguida por las partes. En esa línea, el ordenamiento jurídico debe orientarse a desincentivar el incumplimiento de las obligaciones por las partes contratantes y garantizar que los efectos perjudiciales (en la parte fiel del contrato) sean debida y oportunamente indemnizados.

En este contexto, cobra particular relevancia la figura de la **cláusula penal**, institución principalmente orientada a la liquidación anticipada del daño y a la estimulación del cumplimiento de las obligaciones del contrato. En nuestro ordenamiento jurídico, la cláusula penal se encuentra regulada en el artículo 1341 del Código Civil, que a la letra dispone lo siguiente:

**Artículo 1341.- Cláusula penal compensatoria**

El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.

Del texto de la norma, se colige que la aplicación de la cláusula penal tiene como presupuesto la ocurrencia de un incumplimiento contractual, el cual tiene que estar expresamente detallado en el contrato<sup>3</sup>. En esa línea, encontramos acertada la siguiente definición, según la cual la cláusula penal es aquella “convención accesoria, por la que el deudor, si no cumple su obligación principal, queda obligado a dar alguna cosa al acreedor para compensarle de la falta de ejecución del contrato”<sup>4</sup>.

Ahora bien, de la definición citada se desprende que, **la cláusula penal cumple cuando menos una doble función indemnizatoria y compulsiva**. Así, resulta pertinente traer a colación la clásica sentencia del Tribunal Supremo español, Sentencia de fecha 8 de enero de 1957 [RJ 1945/7], en la que definió esta doble función en los términos siguientes:

**Promesa accesoria y condicionada que se incorpora a una obligación principal con doble función reparadora y punitiva**, en cuanto no sólo procura la indemnización en realidad procedente, sino que la vuelve más

---

<sup>3</sup> OSTERLING LETTS, M. y GARCÍA LONG, S. “Psicoeconomía de la Cláusula Penal”. En: Revista de Actualidad Mercantil. Lima, p. 154.

<sup>4</sup> ROCA SASTRE, R. y PUIG BRUTAU, J. “La cláusula penal en las obligaciones contractuales”, p. 269. En: La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal, p. 77.

gravosa para el deudor y establece además un régimen de privilegio en favor del acreedor (énfasis agregado).

Asimismo, en la Sentencia de fecha 16 de abril de 1988 [RJ 1988/3173], el Tribunal Supremo español volvió a definir a la cláusula penal como “obligación accesoria, generalmente pecuniaria, a cargo del deudor y a favor del acreedor, **que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación contractual**, a la vez que **valora anticipadamente los perjuicios que acarrea tal situación**” (énfasis agregado).

Dicho reconocimiento, no solo ha sido reiterado por el supremo tribunal español en reiterada y uniforme jurisprudencia, sino que ha sido de recibo por parte de la doctrina y la jurisprudencia latinoamericana. En sede local, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema ha señalado, en la Casación No. 4603-2009-LIMA, de fecha 12 de agosto de 2010, lo siguiente:

La cláusula penal es la prestación de dar, de hacer o de no hacer libremente pactada con el carácter de pena convencional, con la finalidad de **reforzar el cumplimiento de las obligaciones** y que en caso de incumplimiento total o de cumplimiento, la cláusula penal puede cumplir una **función indemnizatoria o resarcitoria** cuando el incumplimiento del deudor cause un daño al acreedor. (Énfasis agregado).

Con relación a la función compulsiva, es correcto afirmar que, para asegurar el cumplimiento de un contrato (o, en particular, de alguna de las obligaciones principales), las partes contratantes recurren a la incorporación de cláusulas penales (entiéndase, como una suerte de garantía de la obligación). En esa línea, en la Sentencia de fecha 12 de noviembre de 2012 [RJ 2014/5697], el Tribunal Supremo español ha señalado que:

(...) no es necesario valorar si un mero retraso puede generar la resolución del contrato, cuando son las propias partes las que contractualmente determinan los efectos del incumplimiento del pago de una anualidad, **atribuyéndole tan esencial importancia que prevén la resolución del contrato, acompañada incluso de una cláusula penal, lo que refuerza la importancia que las partes dieron al cumplimiento estricto** (énfasis agregado).

Por su parte, con relación a la función indemnizatoria, se sostiene que la cláusula penal tiene como objetivo “limitar la reparación de los perjuicios que pudiera originarse como consecuencia del incumplimiento de la obligación”<sup>5</sup>. En la misma

---

<sup>5</sup> GUTIÉRREZ CAMACHO, W. y REBAZA GONZÁLEZ, A. “Función indemnizatoria de la cláusula penal”. En: Código Civil comentado. Lima, p. 1008.

línea, al analizar el artículo 1152 del Código Civil español, se sostiene acertadamente que una de las funciones principales de la cláusula penal es “la liquidación de los daños derivados del incumplimiento en sustitución del régimen legal de indemnización de los perjuicios por falta de cumplimiento”<sup>6</sup>.

En este orden de ideas, es correcto afirmar que existe consenso - a nivel doctrinario y jurisprudencial - en el reconocimiento de la función dual de la cláusula penal. Sin perjuicio de ello, consideramos necesario mencionar que, para cierto sector de la doctrina esta función dual o ambivalente es apenas parte de una pluralidad de funciones atribuibles a la referida cláusula<sup>7</sup>.

Ahora bien, aun cuando las funciones que cumple la cláusula penal son legítimas y conforme a ley (léase, encuentran sustento normativo en el artículo 1341 del Código Civil), existen supuestos en los cuales su incorporación en un contrato puede resultar abusivo, sobre todo en el marco de una relación de consumo, en los términos del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

En esa línea, el Código señala, en sus artículos 49, 50 y 51, que determinadas cláusulas contractuales son abusivas cuando, de manera contraria a la buena fe, generan un desequilibrio contractual desproporcionado en perjuicio del consumidor y/o limitan el ejercicio de los derechos de este último.

Así las cosas, analizaremos a continuación en qué supuestos la incorporación de cláusulas penales en los contratos de consumo inmobiliario celebrados entre proveedores (Inmobiliarias) y consumidores (compradores finales) son abusivas, a partir de la normativa especial aplicable (léase, el Código) y de los criterios adoptados por la Sala a lo largo de su variada jurisprudencia.

#### **IV. El análisis de la abusividad de las cláusulas penales en los contratos de consumo inmobiliario según la jurisprudencia del Indecopi**

Ahora bien, conviene resaltar que el presente artículo busca analizar la abusividad de incorporar una cláusula penal en un supuesto específico: cuando esta se pacta como consecuencia de la resolución contractual derivada del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el consumidor inmobiliario.

En efecto, en el mercado inmobiliario resulta una práctica recurrente que las Inmobiliarias incluyan en sus contratos cláusulas de penalidad vinculadas al

---

<sup>6</sup> MARÍN GARCÍA, I. (2017). La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal. Madrid, p. 83.

<sup>7</sup> A mayor abundamiento, Castillo Freyre y Osterling Parodi señalan que la cláusula penal no solo cumpliría una función dual (compulsiva y compensatoria), sino que cumpliría, con mayor o menor aceptación por parte de la doctrina, otras funciones, tales como: función punitiva, función de simplificación probatoria, función resolutoria y función de pena de arrepentimiento.

incumplimiento en el pago de las cuotas pactadas para la adquisición de una unidad inmobiliaria.

Así, en términos generales, estas cláusulas prevén que, ante situaciones de incumplimiento por parte del consumidor (como el retraso o falta de pago de las cuotas pactadas), el proveedor inmobiliario pueda resolver de pleno derecho el contrato y, adicionalmente, retener cierto porcentaje de las sumas abonadas, correspondientes al precio del bien. En tal sentido, la cláusula penal opera como una consecuencia económica que deriva del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el consumidor.

No obstante, y aun cuando dicha práctica ha sido recogida de manera expresa en el Código Civil (tal como se ha indicado en el apartado anterior), el Indecopi (léase, la Sala) ha venido desarrollando una postura en la que cuestiona la sola invocación de dicha habilitación normativa como fundamento suficiente para la validez de las cláusulas penales en contratos de consumo. La Sala ha señalado que el hecho de que el Código Civil permita a las partes pactar cláusulas penales no constituye, por sí mismo, un obstáculo para que dichas estipulaciones sean evaluadas bajo los parámetros del régimen de protección al consumidor, particularmente en lo referido a la prohibición de cláusulas abusivas.

Bajo este enfoque, la autoridad administrativa ha sostenido que una cláusula penal puede ser considerada abusiva cuando impone al consumidor una carga onerosa o desproporcionada para el ejercicio de sus derechos, conforme al artículo 47 del Código.

Por ejemplo, en la Resolución No. 2725-2025/SPC-INDECOPI, de fecha 28 de agosto de 2025, referida a un caso de compraventa de un inmueble, la Sala consideró abusiva el incorporar una cláusula equivalente al 30 % del precio de venta del bien en los casos de resolución contractual debido al incumplimientos de las obligaciones del consumidor. Para sustentar dicha conclusión, **la Sala indicó que el proveedor no acreditó de qué manera dicho porcentaje había sido determinado para compensar efectivamente el daño ocasionado por el incumplimiento del consumidor ni la eventual pérdida del costo de oportunidad de la inmobiliaria.**

Además, la autoridad destacó que, como consecuencia de la resolución del contrato, el inmueble retornaba al dominio del proveedor, quien conservaba la posibilidad de volver a comercializarlo en el mercado. En contraste, el consumidor no solo perdía la oportunidad de adquirir la vivienda, sino también una parte significativa de las sumas previamente pagadas o incluso debía asumir una obligación adicional derivada de la aplicación de la penalidad. Bajo estas consideraciones, la Sala concluyó que la cláusula generaba un desequilibrio relevante en perjuicio del consumidor.

Sin embargo, en la Resolución No. 1626-2025/SPC-INDECOPI, de fecha 26 de mayo de 2025, la Sala concluyó que la penalidad equivalente al 10 % del valor del inmueble no constituía una carga onerosa ni desproporcionada para el consumidor. En dicha oportunidad, el órgano colegiado consideró razonable el porcentaje principalmente sobre la base de que no superaba la décima parte del valor del bien y de que el incumplimiento del consumidor podría generar costos asociados a la frustración de la venta y a la posterior comercialización del inmueble.

Lo cuestionable de este razonamiento es que, a diferencia del criterio previamente expuesto por la propia Sala, **no se exigió una acreditación objetiva o documental del perjuicio económico sufrido por el proveedor para justificar la razonabilidad de la penalidad, limitándose el análisis a consideraciones generales sobre los costos que podría enfrentar la inmobiliaria.**

Por lo expuesto, pareciera que la Sala realiza un análisis predominantemente económico para determinar el carácter abusivo de la cláusula penal, sin desarrollar de manera suficiente el **examen de desproporcionalidad injustificada** que exige el control de cláusulas abusivas. En efecto, el hecho de atender principalmente al porcentaje de la penalidad o a su relación con el valor del bien podría conducir a conclusiones que no necesariamente reflejan el verdadero impacto jurídico que la cláusula produce en la relación contractual entre proveedor y consumidor.

En tal sentido, la evaluación de la abusividad no debe centrarse únicamente en el perjuicio económico en términos vinculados a la cuantía de la penalidad, sino en el perjuicio jurídico que la cláusula pueda generar. Esto implica analizar si la estipulación contractual otorga al proveedor una posición excesivamente ventajosa frente al consumidor o si impone a este último obligaciones particularmente gravosas que no encuentran una justificación razonable en la estructura del contrato. En otras palabras, lo relevante no es únicamente el impacto económico de la penalidad, sino en cómo esta cláusula configura la distribución de derechos y obligaciones dentro del contrato, y si esta genera una desventaja significativa en perjuicio del consumidor.

Este criterio ha sido, además, reconocido acertadamente por la propia Sala en anteriores pronunciamientos. Por ejemplo, en la Resolución No. 0611-2022/SPC-INDECOPI, de fecha 28 de marzo de 2022, la Sala precisó expresamente que el parámetro para determinar la existencia de una cláusula abusiva “no es en función al precio del bien o servicio (términos económicos), sino sobre los derechos y obligaciones pactados por las partes (términos jurídicos) con relación a las prestaciones asumidas contractualmente”.

## **V. Criterios para determinar la abusividad de la cuantía de la penalidad por resolución del contrato derivada del incumplimiento de pago**

Ahora bien, debido a la variada e imprevisible jurisprudencia de la Sala, estimamos imperativo fijar criterios objetivos para establecer la abusividad (o carácter abusivo) de una cláusula penal (o penalidad) inserta en un contrato de consumo inmobiliario, cuya ejecución es consecuencia de la resolución del contrato por el incumplimiento de pago de las cuotas pactadas por el consumidor.

En efecto, la determinación de la abusividad de la referida cláusula penal está supeditada a la verificación de si existe o no una desproporción injustificada entre los beneficios, riesgos y costos asumidos por las partes contratantes en detrimento del consumidor. En este contexto, la cláusula penal solo será abusiva en aquellos casos en los que su incorporación dentro de un contrato genere una desventaja significativa en perjuicio del consumidor.

Siendo ello así, somos de la opinión de que el establecimiento de penalidades por resolución contractual derivada del incumplimiento de pago no genera una desventaja desproporcionada en el consumidor, toda vez que la misma es la consecuencia jurídica del incumplimiento de la principal obligación a cargo de este último, esto es, el pago del precio del bien en la forma y oportunidad acordada por las partes (léase, en cuotas mensuales).

Sin embargo, partiendo de la premisa de que las cláusulas en los contratos de consumo no deben generar una desventaja significativa que desequilibre la relación contractual, la cuantía de dicha penalidad no debe establecerse en atención a una finalidad punitiva o sancionadora, sino principalmente en relación con su función indemnizatoria. En otras palabras, su determinación debe restablecer el equilibrio afectado por el incumplimiento del consumidor.

La cuantía de la penalidad debe ser suficiente para compensar los daños patrimoniales y las ganancias dejadas de percibir por parte del proveedor, como consecuencia de la resolución del contrato. Así las cosas, serán abusivas aquellas penalidades por resolución del contrato derivada del incumplimiento de pago cuya determinación o estimación no sea calculada en atención a criterios económicos y jurídicos objetivos, es decir, que contemplen una cuantía excesivamente superior al perjuicio patrimonial efectivamente percibido por el proveedor.

Dicha determinación deberá realizarse tomando en consideración las principales funciones de la cláusula penal en los contratos, es decir, la función indemnizatoria (resarcitoria) y la función compulsiva (preventiva). En lo que respecta a los contratos de consumo inmobiliario, la aludida cláusula tiene como objeto desincentivar el incumplimiento de pago de las cuotas pactadas por parte del

consumidor y, sobre todo, compensar económicamente al proveedor por el perjuicio económico sufrido y las ganancias dejadas de percibir como consecuencia de la resolución del contrato.

En esa línea, en la Sentencia de fecha 27 de noviembre de 2025 [5320/2025], al conocer el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia que determinó la no abusividad de una penalidad por denuncia unilateral del consumidor (entiéndase, resolución unilateral) en el marco de un contrato de mantenimiento de ascensores, el Tribunal Supremo español ha señalado de manera categórica que:

La inclusión de una cláusula penal para el caso de denuncia unilateral del contrato no es per se abusiva. Sin embargo, **esta abusividad sí puede predicarse por el establecimiento de un parámetro para la determinación del importe de la penalidad** que resulte «desproporcionado», por tratarse de una «**indemnización que no se corresponda con los daños efectivamente causados**» (...) (énfasis agregado).

Ahora bien, la resolución de un contrato de compraventa, como consecuencia del incumplimiento de pago de las cuotas mensuales (comúnmente, 3 o más cuotas) por parte del consumidor, produce un perjuicio económico real en la esfera del proveedor, toda vez que este último ha incurrido en una serie de gastos para que la unidad inmobiliaria sea finalmente transferida al consumidor, a lo que se suman los gastos adicionales en los que incurrirá para que el bien sea reincorporado al tráfico comercial (también llamados “gastos de reventa”).

Con relación a este punto, es preciso señalar que, en un caso asociado a la aplicación de una penalidad por resolución unilateral del contrato de compraventa por desistimiento del consumidor, la Sala ha sostenido que:

Debe tenerse en cuenta el costo de oportunidad asumido por la denunciada [el proveedor], ya que **un desistimiento de compra genera gastos relacionados tanto con la inversión inicial realizada para concretar la venta del inmueble, como con la inversión posterior necesaria para ofrecerlo nuevamente a otro comprador**. Esta situación le genera un perjuicio económico, al tener que asumir, además, los gastos de conservación y cuidado del bien<sup>8</sup>.

En este orden de ideas, es correcto afirmar que la aplicación de una penalidad por la resolución del contrato derivada del incumplimiento del pago de las cuotas mensuales, así como por cualquier otro supuesto imputable al consumidor, **tiene**

---

<sup>8</sup> Véase la Resolución No. 1609-2025/SPC-INDECOPI, de fecha 26 de mayo de 2025.

**como finalidad principal compensar al proveedor por el perjuicio económico sufrido como consecuencia del incumplimiento del consumidor.**

Bajo esta premisa, advertimos que el contenido de la indemnización por daños y perjuicios derivada de la resolución del contrato de consumo inmobiliario - por causa imputable al consumidor - debe cubrir tanto el daño emergente como el lucro cesante, de conformidad con lo establecido en el artículo 1321 del Código Civil. El daño emergente se refiere a la disminución de la esfera patrimonial generada por el incumplimiento del contrato, mientras que el lucro cesante está relacionado con la ganancia patrimonial dejada de percibir como consecuencia del incumplimiento contractual<sup>9</sup>.

En esa línea, los programas contractuales - a los que venimos haciendo referencia como contratos de consumo inmobiliario - suelen establecer una penalidad equivalente al 30% del precio de venta pactado si el referido contrato queda resuelto por causa imputable al consumidor, como es el caso de la resolución contractual derivada del incumplimiento de pago de tres o más cuotas mensuales (sucesivas o alternadas).

Con relación a ello, debemos ser enfáticos en señalar que, la estimación de la cuantía de la penalidad (por ejemplo, cuando se fija en atención al 30% del precio de venta del bien) no hace que una cláusula contractual sea per se abusiva, sino que la misma debe ser considerada como tal solamente si la cuantía fijada por el proveedor no se sustenta en criterios económicos y jurídicos objetivos.

En nuestra opinión, la estimación de la cuantía de la penalidad no será abusiva siempre que sea posible verificar que tiene como correlato directo la compensación de los gastos o pérdidas derivadas de la resolución contractual (daño emergente), así como las ganancias dejadas de percibir en caso de pérdida de valor de la unidad inmobiliaria - precio menor de reventa - y los intereses dejados de percibir mientras el bien se mantiene en propiedad del proveedor (lucro cesante).

Así las cosas, consideramos que, por un lado, la compensación por el daño patrimonial padecido por el proveedor debe comprender, cuando menos, los gastos administrativos de la operación de venta primigenia (honorarios de abogados, derechos notariales, etc.), los costos de publicidad y marketing, el pago de impuestos para formalizar la venta del bien (IGV), los costos de refacción, conservación y mantenimiento del bien hasta su recolocación, entre otros. Por el otro, la compensación por el lucro cesante debe comprender el perjuicio en caso de

---

<sup>9</sup> ESPINOZA ESPINOZA, J. (2014). "La perspectiva de modernización del Derecho de las Obligaciones: el estado de la cuestión en la experiencia jurídica peruana". En: *Ius Et Veritas*, (48), p. 115.

que el precio de reventa sea menor al del contrato primigenio, así como otros conceptos financieros relacionados con el flujo de caja del proyecto.

Sin perjuicio de ello, es posible identificar conceptos adicionales a los antes señalados, los cuales pueden ser válidamente considerados como parte del daño patrimonial padecido por el proveedor como consecuencia de la resolución del contrato derivada del incumplimiento de pago, como pueden ser gastos legales en conciliaciones y procesos judiciales derivados de la resolución del contrato, gastos en comunicaciones notariales con los compradores originarios, gastos de publicidad complementaria para la recolocación del bien, entre otros.

En este orden de ideas, es correcto afirmar que, la estimación de la cuantía de la penalidad debe ser realizada por los proveedores (entiéndase, la Inmobiliaria) considerando el costo unitario de toda la amalgama de gastos o pérdidas derivados de la resolución del contrato (por concepto de daño emergente) y del costo de oportunidad relativo a la reventa del bien por un precio menor al primigenio y, además, los intereses dejados de cobrar (por concepto de lucro cesante).

Siendo ello así, es recomendable que los proveedores de servicios inmobiliarios (léase, las Inmobiliarias) establezcan la cuantía de las penalidades en atención a criterios técnicos como el alcance de los conceptos indemnizables (criterios jurídicos) y el perjuicio patrimonial efectivamente padecido y las ganancias estimadas dejadas de percibir (criterios económicos).

Del mismo modo, ante un eventual procedimiento administrativo sancionador en materia de protección al consumidor, es recomendable que los proveedores cuenten con un informe económico que sustente, a partir de estadísticas periódicamente, por qué se ha optado por fijar determinada cuantía de la penalidad en cuestión. Dicho informe, ofrecido como prueba, servirá para acreditar ante la autoridad administrativa que existe una correlación entre la penalidad fijada y el perjuicio patrimonial padecido por el proveedor.

## **VI. Conclusiones**

Los contratos por adhesión son un mecanismo ampliamente empleado por proveedores inmobiliarios para contratar con una multiplicidad de consumidores, puesto que permite reducir costos de transacción al no tener que negociar caso por caso el contenido de las cláusulas del contrato, sino que las mismas son previamente predispuestas por el proveedor.

Las cláusulas predispuestas o no negociadas son abusivas siempre que generen perjuicios injustificados en los derechos de los consumidores como consecuencia del desequilibrio contractual generado. Con el objeto de salvaguardar los derechos e intereses de los consumidores, el Estado ha creado un régimen especial de tutela

(Código de Protección y Defensa del Consumidor) que sanciona la incorporación de cláusulas abusivas.

En ese contexto, la autoridad administrativa ha venido evaluando la abusividad de las cláusulas penales incorporadas en los contratos de consumo inmobiliario, sin tomar en consideración las funciones de este tipo de cláusula y su influencia en la determinación de la cuantía de la penalidad.

La cláusula penal cumple cuando menos una doble función indemnizatoria y compulsiva, por lo que su incorporación en un contrato de consumo inmobiliario no es per se abusiva, sobre todo cuando esta es pactada como consecuencia de la resolución contractual derivada del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el consumidor.

En atención a ello, consideramos que la incorporación de penalidades por la resolución del contrato derivada del incumplimiento de pago no genera una desventaja desproporcionada al consumidor, puesto que la misma es consecuencia del incumplimiento de la principal obligación a cargo de este último.

Del mismo modo, la cuantía de la penalidad no será abusiva siempre que se sustente en criterios económicos y jurídicos objetivos, como es la compensación al proveedor por el perjuicio económico sufrido (daño emergente y lucro cesante) como consecuencia del incumplimiento del consumidor.

## Crisis del órgano de apelación de la OMC: Reforma del ESD

Humberto Zúñiga Schroder\*\*

**Resumen.** - El presente trabajo trata sobre la crisis actual del órgano de apelación de la Organización Mundial del Comercio y su impacto en el sistema de solución de diferencias. Examina cómo la paralización del órgano de apelación ha afectado la eficacia del procedimiento previsto en el ESD, que incluye consultas y grupos especiales. Asimismo, analiza las negociaciones en curso orientadas a reformar dicho mecanismo.

**Palabras clave.** - Organización Mundial del Comercio - Órgano de Apelación - Disputas comerciales - Trump - EE. UU.

**Abstract.** - This paper examines the ongoing crisis of the Appellate Body of the World Trade Organization and its impact on the dispute settlement system. It analyzes how the paralysis of the Appellate Body has undermined the effectiveness of the procedure established under the Dispute Settlement Understanding, which includes consultations and panel proceedings. It also assesses the ongoing negotiations aimed at reforming this mechanism.

**Keywords.** - World Trade Organization - Appellate Body - Trade disputes - Trump - USA.

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Edimburgo. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico.

\* El autor desea agradecer a Cesar Ramos Rojas, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, por su colaboración en la redacción del presente artículo.

## I. Preámbulo: ¿Qué es la OMC?

Brevemente, la Organización Mundial del Comercio (OMC) es un organismo internacional que aborda y regula las normas vinculadas con el comercio entre Estados. Según su acuerdo fundacional, su principal objetivo es impulsar el comercio como un medio para mejorar el nivel de vida, generar empleos de calidad y fomentar el desarrollo sostenible<sup>1</sup>. Actualmente, la OMC cuenta con 166 miembros<sup>2</sup>, entre ellos el Perú, e inició funciones en 1995, reemplazando al denominado “Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio” (GATT, por sus siglas en inglés), creado luego de la Segunda Guerra Mundial, en 1947<sup>3</sup>.

## II. El ESD Y el sistema de solución de diferencias

El Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) es el instrumento legal dentro del paquete de normas incluido en la carta fundacional de la OMC que regula la resolución de disputas derivadas de la aplicación de medidas que puedan obstaculizar el comercio internacional<sup>4</sup>. Cabe destacar que, desde su establecimiento en 1995, en el marco de la OMC, se han presentado 644 disputas, las cuales han generado la publicación de más de 350 fallos (esto, según datos de la OMC, a enero de 2026).

Brevemente, el mecanismo de solución de diferencias regulado en el ESD se desarrolla en tres etapas clave<sup>5</sup>:

- i. Consultas: Los miembros intentan resolver la disputa a través del diálogo y la negociación. Esta fase busca alcanzar un acuerdo amistoso.
- ii. Grupos especiales (llamados también “paneles”): Si las consultas no tienen éxito, cualquier miembro puede solicitar el establecimiento de un grupo especial o “panel”, conformado generalmente por tres expertos en comercio internacional. Son órganos *ad hoc* que analizan la disputa y emiten un informe con conclusiones y recomendaciones relacionadas con el fondo de la

---

<sup>1</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC). *¿Qué es la OMC?* [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/whatis\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/whatis_s.htm). y DIVISIÓN DE INFORMACIÓN Y RELACIONES EXTERIORES. (2015). *Entender la OMC* (5a ed.) OMC. [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/understanding\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/understanding_s.pdf)

<sup>2</sup> En su mayoría, países; aunque también se incluyen en este listado territorios aduaneros con autonomía en sus relaciones comerciales exteriores, como lo puede ser, por ejemplo, el territorio aduanero distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu (Taipei chino).

<sup>3</sup> JACKSON, J. H. (1997). *The world trading system: Law and policy of international economic relations* (2nd ed.). MIT Press.

<sup>4</sup> Evidentemente, contar con un mecanismo de este tipo refleja la necesidad que tienen los miembros no solo de cumplir con sus obligaciones en el marco del régimen multilateral de comercio, sino también de sancionar aquellas conductas que impliquen una infracción a las reglas OMC.

<sup>5</sup> VAN DEN BOSSCHE, P., & ZDOUC, W. (2017). *The law and policy of the World Trade Organization: Text, cases and materials* (4th ed.). Cambridge University Press.

controversia. Si se determina que una medida es incompatible con las normas de la OMC, se puede recomendar su eliminación.

- iii. Órgano de Apelación (OA): Si una de las partes no está conforme con la decisión del panel, puede recurrir al OA, un órgano colegiado permanente de siete miembros encargado de revisar los aspectos jurídicos del fallo, y que puede confirmar, modificar o revocar la decisión materia de apelación. Cabe precisar que, en caso la parte perdedora no cumpla con los informes del mecanismo de solución de diferencias, puede estar sujeta a sanciones, típicamente a través de un aumento de aranceles.

### **III. Situación actual del Órgano de Apelación**

Habiendo expuesto de manera sucinta las distintas etapas en una disputa dentro de la OMC, es importante señalar que, para que el OA pueda operar, debe contarse con al menos tres jueces en funciones, de un total de siete. Sin embargo, su nombramiento requiere el consenso de los 166 miembros de la OMC, lo cual puede permitir que cualquier Estado bloquee nuevas designaciones. En este contexto, durante el primer gobierno de Donald Trump (2017-2021), el OA ha quedado inoperativo debido a la negativa de dicho país a aprobar el nombramiento de nuevos jueces –o la ratificación de los ya designados– lo cual redujo progresivamente su número hasta dejarlo por debajo del quórum mínimo requerido, el 11 de diciembre de 2019. Como consecuencia de ello, el OA dejó de poder resolver apelaciones; situación que ha impedido la conclusión de disputas comerciales, ya que el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) no puede adoptar informes finales sin un fallo definitivo en segunda instancia. Esto ha llevado al sistema de solución de diferencias de la OMC a una crisis sin precedentes.

¿Cuáles han sido las razones que generaron esta postura de EE. UU.? Brevemente, dicho país ha argumentado que el OA ha excedido su mandato en varias formas, presentando una serie de críticas<sup>6</sup>:

- Incumplimiento del tiempo límite: EE. UU. sostiene que el OA ha incumplido constantemente con la fecha límite obligatoria para decidir las apelaciones.
- Uso de precedentes como jurisprudencia obligatoria: Aunque las decisiones previas del OA no son formalmente vinculantes, EE. UU. considera que el órgano ha tratado sus fallos como si fueran precedentes obligatorios.

---

<sup>6</sup> MORALES, R. (2020). Estados Unidos critica poder del Órgano de Apelación de la OMC. *El Economista*. <https://www.economista.com.mx/empresas/Estados-Unidos-critica-poder-del-Organo-de-Apelacion-de-la-OMC-20200414-0036.html>. Ver también HORN, H. Y MAVROIDIS, P.C. (2025). Why the US and the WTO should part ways". En Centre for Economic Policy Research (CEPR): <https://cepr.org/voxeu/columns/why-us-and-wto-should-part-ways>.

- Muchas decisiones del OA han sido desfavorables para las políticas comerciales de dicho país, especialmente en casos relacionados con medidas antidumping, lo que ha generado la percepción de un sistema sesgado en su contra.

Ahora bien, es importante señalar que el bloqueo estadounidense no solo responde a críticas sobre el funcionamiento del OA, sino también a una postura más amplia respecto del sistema multilateral de comercio. En particular, EE. UU. considera que la OMC no ha sido efectiva para abordar las prácticas comerciales de China<sup>7</sup>, incluyendo subsidios estatales y robo de propiedad intelectual, lo que ha generado una creciente desconfianza hacia este sistema.

Evidentemente, la reciente “guerra comercial” iniciada por Trump, a raíz de sus intereses sobre Groenlandia –aranceles unilaterales a ser impuestos, en principio, a ocho países europeos– sin recurrir previamente al régimen OMC, a fin de modificar los aranceles previamente negociados y consolidados<sup>8</sup>, solo permite colegir que la postura de este país en la designación de nuevos jueces no cambiará, lo cual no permite dar visos de solución al problema<sup>9</sup>.

#### **IV. Necesidad de abordar el problema**

A lo largo de su existencia, el sistema de solución de diferencias de la OMC ha permitido solucionar un número significativo de disputas comerciales<sup>10</sup>, lo cual demuestra su importancia para los miembros de dicha organización. No obstante, para comprender mejor el impacto del bloqueo al nombramiento de nuevos jueces del OA, resulta relevante examinar la evolución del número de consultas solicitadas desde 1995:

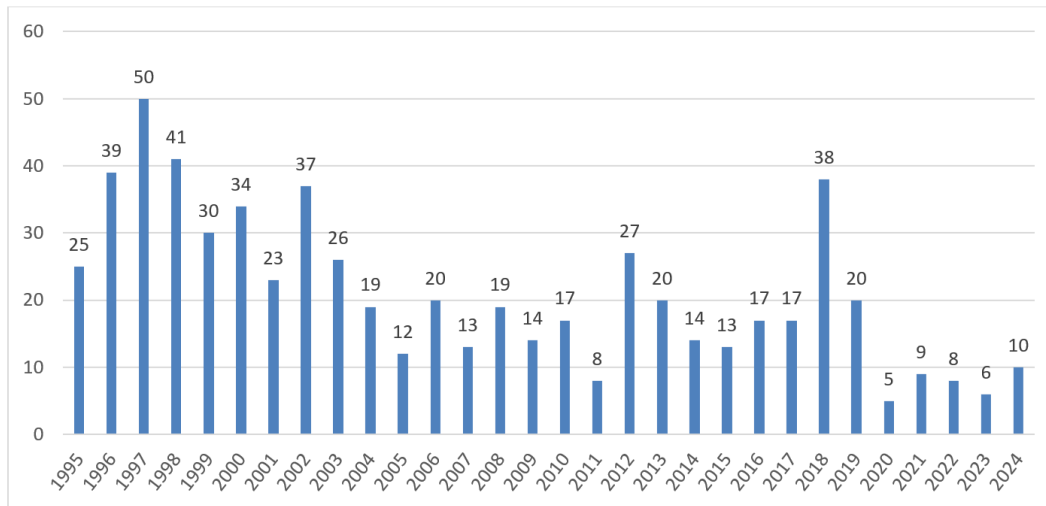
---

<sup>7</sup> HORTON, B., & HOPEWELL, K. (2021). *Lessons from Trump's assault on the World Trade Organization*. Chatham House. <https://www.chathamhouse.org/2021/08/lessons-trumps-assault-world-trade-organization>.

<sup>8</sup> Los aranceles consolidados son aquellos resultantes de la negociación entre miembros. En tal sentido, cualquier modificación o incremento de estos requiere un proceso de consulta entre miembros y, de ser el caso, compensaciones, todo ello en el marco del régimen OMC.

<sup>9</sup> Cabe destacar que esta política de imposición de aranceles a distintos países no es novedad, habiendo recurrido frecuentemente a anuncios de este tipo luego de asumir su segundo mandato.

<sup>10</sup> DAVEY, W. (2005). The WTO dispute settlement system: The first ten years. *Journal of International Economic Law*, 8(1), 17-50 pp.



Fuente: OMC. (2026) [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/disputats\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/disputats_s.htm)

Tal como mencionara en un anterior trabajo (2025)<sup>11</sup>, exceptuando el año anterior, desde el 2020 las solicitudes para el inicio de consultas han mostrado una tendencia decreciente, lo cual podría encontrar su explicación en la no operatividad del OA<sup>12</sup>. Esta idea es compartida también por otros autores, por ejemplo, Peixoto y Maquieira, quienes señalan lo siguiente, al abordar esta reducción progresiva del número de disputas iniciadas ante este organismo internacional:

Si bien no hay análisis concretos sobre las causas de ese fenómeno, podría indicar varias tendencias, no excluyentes: el sistema está cayendo en desuso, las disputas se resuelven mayormente en etapas anteriores no reportadas o hubo paulatinamente mayor adecuación de la política comercial de los países a las reglas de OMC. Asimismo, y vinculado con eso, **el sistema de solución de controversias está atravesando una profunda crisis, mayormente con relación a su segunda instancia, vale decir, el Órgano de Apelaciones (OA)**<sup>13</sup>. (Énfasis añadido)

Frente a ello ¿qué solución se ha planteado para hacer frente a la crisis actual al interior de la misma OMC? Brevemente, en la 12 Conferencia Ministerial de junio de 2022<sup>14</sup>, los miembros reconocieron la existencia de una preocupación común con

<sup>11</sup> ZÚÑIGA, H. (2025). *Una breve mirada al Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio*. Pólemos. <https://polemos.pe/una-breve-mirada-al-sistema-de-solucion-de-diferencias-de-la-organizacion-mundial-del-comercio/>

<sup>12</sup> PALAU, N., & GUARIN, G. (2020). *La crisis del Órgano de Apelación: no hay remedio*. ACUERDOS. <https://acuerdosrevista.mincit.gov.co/articulos/la-crisis-del-organo-de-apelacion-no-hay-remedio>.

<sup>13</sup> PEIXOTO BATISTA, J., & MAQUIEIRA, J. (2023). El rol actual de la Organización Mundial del Comercio en la gobernanza multilateral del comercio: crisis y continuidades. *Desafíos*, 35 (Especial), 1-26 pp. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/desafios/a.13235>

<sup>14</sup> La Conferencia Ministerial es el órgano supremo de la OMC. Se reúne cada dos años y en ella están representados todos sus miembros, con capacidad para la adopción de decisiones, las cuales pueden comprender cualquier asunto de los Acuerdos Comerciales Multilaterales. Véase, sobre

respecto al sistema de solución de diferencias –incluidas aquellas relacionadas con el OA– y acordaron celebrar debates con la finalidad de reestablecer un sistema enteramente asequible y operacional para la totalidad de miembros a más tardar en 2024 (plazo que no se cumplió), siendo que este compromiso fue reafirmado en la 13 Conferencia Ministerial, celebrada en el primer trimestre de 2024. Como parte de este esfuerzo, se designó a la Embajadora Usha Chandnee Dwarka-Canabady (Mauricio) como Facilitadora, encargada de liderar reuniones periódicas con los jefes de delegación para identificar soluciones concretas a los desafíos del sistema de solución de diferencias<sup>15</sup>. Más recientemente, en diciembre del 2024, el Presidente del Consejo General, embajador Petter Ølberg, destacó los avances efectuados, pero al mismo tiempo reconoció el hecho de que los miembros no habían alcanzado aún el mandato encomendado, y resaltó la necesidad de que se celebrasen consultas sobre este tema en el 2025<sup>16</sup>.

## **V. Negociaciones para modificar el ESD: las 12 cuestiones temáticas**

Como se ha señalado en el apartado anterior, la crisis actual del órgano de apelación ha puesto sobre el tapete la urgente necesidad de restablecer el sistema de solución de diferencias en el corto plazo. No obstante, el interés en reformar este mecanismo data de tiempo atrás<sup>17</sup>. En particular, fue en la Conferencia Ministerial de Marrakech de 1994 donde los miembros del entonces GATT acordaron realizar un examen exhaustivo de las normas y procedimientos de solución de diferencias hasta los cuatro años posteriores de la entrada en vigor de la OMC<sup>18</sup>, con el objetivo de determinar si tales normas debían mantenerse, modificarse o eliminarse.

Pese a la existencia de este plazo inicial, el examen antes señalado no se completó en el plazo previsto, y las negociaciones avanzaron lentamente hasta después de la Conferencia Ministerial de Seattle (1999), siendo que, en la Conferencia Ministerial de Doha (2001), se acordó continuar el análisis del ESD, con el propósito de introducir mejoras y aclaraciones. Inicialmente, el plazo para concluir este proceso fue fijado para mayo de 2003, aunque este se amplió en varias

---

el particular, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC). Las Conferencias Ministeriales. [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/minist\\_s/minist\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/minist_s.htm)

<sup>15</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC). *Reforma de la Solución de Diferencias*. [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/dispu\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_s.htm).

<sup>16</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC). *El Presidente del Consejo General celebra los "importantes avances" en las conversaciones sobre la reforma de la solución de diferencias*. [https://www.wto.org/spanish/news\\_s/news24\\_s/gc\\_17dec24\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/news_s/news24_s/gc_17dec24_s.htm)

<sup>17</sup> STEGER, D. (2012). The future of the WTO dispute settlement system. *Journal of International Economic Law*, 15(2), pp. 427–453.

<sup>18</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC). *Negociaciones para mejorar los procedimientos de solución de diferencias*. [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/dispu\\_negs\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_negs_s.htm).

ocasiones, hasta que el primero de agosto de 2004 el Consejo General<sup>19</sup> acordó otra prórroga sin fijar un nuevo plazo<sup>20</sup>.

Dicho esto, queda claro que, ante la actual crisis del Órgano de Apelación, los miembros de la OMC han reconocido la urgencia de modificar el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) y de retomar el examen previamente señalado, con miras a restablecer el funcionamiento adecuado del sistema. Este proceso de revisión se ha organizado en torno a doce cuestiones temáticas<sup>21</sup>, que han sido abordadas de manera secuencial y focalizada por el grupo de negociación desde noviembre de 2016. Gracias a esta metodología, se han registrado avances en las siguientes áreas clave:

- Soluciones mutuamente convenidas
- Derechos de los terceros
- Información estrictamente confidencial
- Secuencia
- Cuestiones posteriores a la retorsión
- Transparencia y escritos *amicus curiae*
- Plazos
- Reenvío
- Composición de los grupos especiales
- Flexibilidad y control de los Miembros
- Cumplimiento efectivo
- Intereses de los países en desarrollo, con inclusión del trato especial y diferenciado

---

<sup>19</sup> El Consejo General es el máximo órgano decisorio permanente de la OMC en Ginebra, ubicado por debajo de la Conferencia Ministerial, y que reúne a representantes de todos los miembros para supervisar el funcionamiento diario, tomar decisiones políticas y actuar como Órgano de Solución de Diferencias (OSD) y de Examen de Políticas Comerciales. Véase, sobre el particular, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC). Consejo General. [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/gcounc\\_s/gcounc\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/gcounc_s/gcounc_s.htm)

<sup>20</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC). *Negociaciones para mejorar los procedimientos de solución de diferencias.* [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/dispu\\_negs\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_negs_s.htm)

<sup>21</sup> ZÚÑIGA, H. (2025). *Una breve mirada al Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio.* Pólemos. <https://polemos.pe/una-breve-mirada-al-sistema-de-solucion-de-diferencias-de-la-organizacion-mundial-del-comercio/>

Dentro de este marco, se han emitido opiniones favorables, por ejemplo, sobre los siguientes temas:

- Suspender el procedimiento ante los grupos especiales y órgano de apelación cuando ambas partes lo soliciten conjuntamente, con el fin de facilitar la negociación de una solución mutuamente acordada<sup>22</sup>.
- Ampliar la participación de terceros en el procedimiento, reconociéndoles el derecho a que les sean notificadas todas las comunicaciones por escrito de las partes<sup>23</sup>.
- Facilitar la implementación del mecanismo de reenvío<sup>24</sup>, a fin de que pueda utilizarse cuando el Órgano de Apelación determine que no está en condiciones de completar su análisis debido a la ausencia de hechos no controvertidos en el expediente o a la falta de constataciones fácticas suficientes por parte del grupo especial<sup>25</sup>.
- Se ha alcanzado un acuerdo provisional en torno al texto que precisa la competencia técnica que deben reunir los profesionales que forman parte de los grupos especiales, quedando pendiente definir la posibilidad de reforzar la eficacia del proceso de selección previsto en el artículo 8 del ESD<sup>26</sup>.
- Si bien se ha alcanzado un acuerdo provisional sobre un texto relativo a la notificación de las medidas adoptadas en el contexto de una autorización para aplicar medidas de retorsión<sup>27</sup>, la cuestión de fondo que aún debe resolverse es cómo optimizar las medidas correctivas previstas en el ESD, de modo que la totalidad de Miembros pueda acceder, cuando sea necesario, al remedio más eficaz posible<sup>28</sup>.

---

<sup>22</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC). Órgano de Solución de Diferencias. Informe del presidente, embajador Ronald Saborío Soto. En *WTO Documents Online* (TN/DS/27). <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/TN/DS/27.pdf&Open=True>.

<sup>23</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC). Órgano de Solución de diferencias. (2019). Informe del presidente, embajador Coly Seck. En *WTO Documents Online* (TN/DS/31). <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/TN/DS/31.pdf&Open=True>.

<sup>24</sup> Brevemente, en el reenvío, el OA devuelve un caso al Grupo Especial, cuando es de la opinión que faltan hechos o pruebas suficientes para completar su análisis legal.

<sup>25</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC). Órgano de Solución de Diferencias. Informe del presidente, embajador Ronald Saborío Soto. En *WTO Documents Online* (TN/DS/26). <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/TN/DS/26.pdf&Open=True>.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>27</sup> En términos generales, las medidas de retorsión implican la suspensión de la aplicación de concesiones u obligaciones que la parte afectada en una controversia puede implementar, respecto de la otra parte. Estas medidas deben ser temporales, a fin de incentivar el cumplimiento del otro país. Su regulación se encuentra contenida en el párrafo 7 del artículo 3 del ESD.

<sup>28</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC). Órgano de Solución de Diferencias. Informe del presidente, embajador Ronald Saborío Soto. En *WTO Documents Online* (TN/DS/26).

Es importante destacar, nuevamente, que estas negociaciones se han venido trabajando de manera secuencial y centrada desde noviembre de 2016; es decir, las reuniones son llevadas a cabo a fin de abordar una de las cuestiones antes reseñadas, tras lo cual el grupo de negociación pasa a ocuparse de otra<sup>29</sup>. Queda, evidentemente, por ver a futuro cuál es el resultado final del texto negociado y consensuado, lo cual, nuevamente, pareciera que no será materializado en el corto plazo.

## **VI. Comentarios sobre las negociaciones para modificar el ESD y recomendaciones**

Como ha podido apreciarse, existe el interés de modificar el ESD, debido no solo a la crisis actual del órgano de solución de diferencias, sino atendiendo también a un compromiso que los miembros habían adquirido décadas atrás. No obstante, surge la pregunta: ¿qué hacer para solucionar el impase actual, entiéndase, un sistema sin un órgano de apelación? ¿existe alguna solución inmediata que podría plantearse? ¿hay alguna reforma necesaria que no se ha planteado?

Brevemente, atendiendo a la coyuntura actual, dieciséis miembros de la OMC –en el 2020– establecieron un mecanismo alternativo para resolver disputas comerciales<sup>30</sup>: el Acuerdo de Arbitraje de Apelaciones Provisionales de Múltiples Partes (*Multi Party Interim Appeal Arbitration Arrangement*<sup>31</sup>). Este sistema, basado en el artículo 25 del ESD, permite a los países participantes recurrir a un arbitraje en lugar del proceso tradicional de apelación. Al día de hoy, 33 miembros, incluido el Perú<sup>32</sup> se habían adherido a este acuerdo, cuya implementación ha permitido resolver diversas disputas, mientras que otras aún están en curso. No obstante, este acuerdo no pretende ser una solución permanente, sino una alternativa transitoria para mitigar el impacto en la crisis del órgano de apelación.

Además de esta medida, algunos expertos han sugerido recurrir a foros regionales como la Alianza del Pacífico o el Tratado Integral y Progresista de Asociación

---

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/TN/DS/26.pdf&Open=True>.

<sup>29</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC). Negociaciones para mejorar los procedimientos de solución de diferencias. [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/dispu\\_negs\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_negs_s.htm).

<sup>30</sup> Geneva Trade Platform. (2025). *Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement (MPIA)*. [https://wtoplurilaterals.info/plural\\_initiative/the-mpia/](https://wtoplurilaterals.info/plural_initiative/the-mpia/).

<sup>31</sup> CHOI, B. (2023). *Three Years of the Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement: An Interim Evaluation of Arbitration as a Means to Appeal WTO Panel Reports*. Kluwer Arbitration Blog. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/08/11/three-years-of-the-multi-party-interim-appeal-arbitration-arrangement-an-interim-evaluation-of-arbitration-as-a-means-to-appeal-wto-panel-reports/>

<sup>32</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC). *Alternative Dispute Resolution Procedures*. [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/altlds\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/altlds_e.htm)

Transpacífico (CPTPP) para resolver disputas comerciales<sup>33</sup>. Sin embargo, esta opción es limitada, ya que solo puede ser utilizada por los miembros de estos acuerdos, excluyendo a terceros Estados ajenos a dichos bloques. Por lo tanto, esta estrategia no aborda el problema de fondo del sistema multilateral de solución de diferencias.

Dicho esto, consideramos interesante explorar mecanismos alternativos para resolver disputas, tales como los buenos oficios, la conciliación y la mediación, contemplados en los artículos 3.12 y 24.2 del ESD, aplicables cuando al menos una de las partes involucradas sea un país en desarrollo o menos adelantado<sup>34</sup>.

¿Por qué formulamos esta sugerencia? Fundamentalmente, por las enseñanzas obtenidas de la llamada “Guerra del Banano” – un conflicto que surgió debido al trato preferencial que la Unión Europea (UE) concedió a las importaciones de esta fruta provenientes de ciertos países de África, Caribe y Pacífico (ACP), perjudicando a varias economías latinoamericanas,<sup>35</sup> y que representa la controversia comercial más extensa en la historia de la OMC.

No nos extenderemos en los pormenores de esta disputa; basta señalar que esta fue resuelta de manera satisfactoria gracias al uso de estos mecanismos alternativos. De hecho, como consecuencia de esta prolongada controversia, el 8 de noviembre de 2012, la UE y 10 países latinoamericanos pactaron un acuerdo vinculante, con una serie de compromisos arancelarios aplicables a este producto<sup>36</sup>. Es decir, una diferencia comercial eventualmente puede conducir a la firma de un acuerdo entre las partes involucradas.

Continuando con esta idea ¿cuál sería la lógica de utilizar estas herramientas? Como sabemos, históricamente los miembros de la OMC han recurrido a mecanismos “contenciosos” (paneles y órgano de apelación) para resolver sus disputas. De hecho, los medios “amigables” antes señalados (buenos oficios, conciliación o mediación) fueron invocados solo una vez, en el marco de esta “guerra” bajo análisis, lo cual deja en claro la reticencia de los miembros a recurrir a este tipo de soluciones<sup>37</sup>. No obstante, estos mecanismos existen y deben ser

---

<sup>33</sup> Por ejemplo, véase GALLARDO-SALAZAR, N., & TIJMES-IHL, J. (2021). La Alianza del Pacífico y el CPTPP: ¿alternativas para la solución de diferencias ante la OMC? *Derecho PUCP*, (86), 39-72 pp. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202101.002>.

<sup>34</sup> Sobre este punto, y en una línea similar, véase NOTTAGE, H., Resolving the Banana Trade Wars: Evidence that Alternative Dispute Resolution Can Settle Major Trade Disputes (January 06, 2025). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=5199567> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5199567>

<sup>35</sup> INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK. *La guerra del banano*. BID. <https://cleiman.com/intal/?p=790#3>.

<sup>36</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC) (2012). Acuerdo histórico pone fin a 20 años de diferencias entre la UE y América Latina sobre los bananos. *World Trade Organization - Home Page*. [https://www.wto.org/spanish/news\\_s/news12\\_s/disp\\_08nov12\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/news_s/news12_s/disp_08nov12_s.htm).

<sup>37</sup> NOTTAGE, H., Resolving the Banana Trade Wars: Evidence that Alternative Dispute Resolution Can Settle Major Trade Disputes (January 06, 2025). Available at SSRN:

explotados. Como bien menciona Nottage, un factor esencial para el éxito de la guerra del banano fue un deseo deliberado de las partes de alejarse de los litigios hacia una solución pacífica que concilie los intereses de las partes a través de una resolución alternativa de disputas<sup>38</sup>. Queda por ver si, frente a la situación actual del ESD, los miembros cambian de paradigma y asumen la voluntad de explorar esta posibilidad a fin de resolver sus diferencias. Esta opción se encuentra abierta.

Ya para concluir, consideramos que hay aspectos que necesitan atención, especialmente en el contexto actual. Por ello, enfocaremos este comentario en los grupos especiales, particularmente en las listas de expertos elaboradas a partir de las nominaciones hechas por los miembros. En resumen, según el artículo 8.4 del ESD, “la Secretaría mantendrá una lista indicativa de personas, funcionarios gubernamentales o no...”, para que la selección de los miembros de los grupos especiales sea más fácil. Es importante destacar que, si bien los Miembros regularmente proponen nombres para incluir en esta lista, no es requisito aparecer en ella para ser designado como miembro de un grupo especial en una controversia. No obstante, conforme al párrafo 1 del artículo mencionado, los integrantes de los grupos especiales deben cumplir, como mínimo, con los siguientes requisitos:

(...) personas muy competentes, funcionarios gubernamentales o no, a saber, personas que anteriormente hayan integrado un grupo especial o hayan presentado un alegato en él, hayan actuado como representantes de un Miembro o de una parte contratante del GATT de 1947 o como representantes en el Consejo o Comité de cualquier acuerdo abarcado o del respectivo acuerdo precedente o hayan formado parte de la Secretaría del GATT, hayan realizado una actividad docente o publicado trabajos sobre derecho mercantil internacional o política comercial internacional, o hayan ocupado un alto cargo en la esfera de la política comercial en un Miembro”.<sup>39</sup>

Como puede observarse, los integrantes de la lista indicativa deben contar con experiencia en temas de comercio internacional, ya sea a nivel académico y/o profesional. Evidentemente, contar con personas calificadas otorgará mayor legitimidad al sistema y generará mayor confianza entre los Miembros que deciden recurrir a la vía jurisdiccional multilateral. Es importante destacar que, aunque el ESD no establece expresamente la renovación periódica de dicha lista, se sugiere que esta se actualice cada dos años. Por ello, es importante que cada uno de los 166 miembros actuales asuma el compromiso de nominar únicamente a

---

<https://ssrn.com/abstract=5199567> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5199567>. p. 293. Sobre este punto, el autor señala: “article 3.12 of the DSU has only been invoked once- to resolve the bananas dispute described in this article”.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 297.

<sup>39</sup> Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD). (1995). Anexo 2 del Acuerdo de Marrakech. [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/dsu\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dsu_s.htm).

personas con las credenciales académicas y/o profesionales adecuadas, partiendo de lo señalado en el artículo 8.1 del ESD antes citado. Pese a ello, hay miembros que no han asumido con la responsabilidad del caso este compromiso: a manera de ejemplo, de la revisión de la “Lista indicativa de expertos gubernamentales y no gubernamentales que pueden ser integrantes de grupos especiales” para los años 2007 y 2024 (documentos WT/DSB/44<sup>40</sup> y WT/DSB/44/Rev.63, respectivamente) es posible apreciar que hay miembros que no han modificado o actualizado en absoluto sus listas (solo por citar algunos, tenemos a Bolivia, Islandia, Liechtenstein, Madagascar, Nepal, entre otros) y otros que las han modificado mínimamente (por ejemplo, en 17 años el Perú tiene a los mismos cuatro integrantes, habiéndose solo incorporado un nuevo experto adicional a dicha relación).

Para cerrar esta idea; aunque el ESD no reconoce de manera expresa la renovación periódica de la lista indicativa, nos adherimos a las recomendaciones formuladas por la OMC, en el sentido de que, para que el sistema mantenga credibilidad, la lista de expertos debería ser actualizada cada dos años, gracias al envío periódico, por parte de los miembros, de los currículos actualizados de aquellos expertos en asuntos OMC que, o bien deberían mantenerse en la citada lista, o bien deberían ser eliminados<sup>41</sup>. Esto resulta esencial, a efectos de fortalecer la credibilidad de los grupos especiales, sobre todo en un contexto en el cual, nuevamente, no contamos con OA.

## **VII. Conclusiones**

Los problemas que actualmente se encuentra atravesando el ESD, explorados a lo largo del presente trabajo, han socavado el mecanismo de solución de diferencias dentro del régimen OMC. El mandato de Donald Trump como presidente de EE. UU. genera incertidumbre adicional, poniendo en duda la posibilidad de una pronta reactivación del sistema, lo cual resalta la importancia de dar seguimiento a los compromisos asumidos en la 12ª Conferencia Ministerial y reafirmados en la 13ª Conferencia Ministerial, a efectos de solucionar el impase.

A pesar del contexto desafiante, las negociaciones para reformar el ESD han permitido alcanzar acuerdos valiosos orientados a fortalecer la eficiencia y agilidad del sistema sin comprometer su solidez ni la previsibilidad de sus normas. Estas reformas buscan preservar el carácter técnico y jurídico del mecanismo, adaptándolo a la evolución del comercio global, y sin erosionar la confianza de los Miembros. No obstante, es fundamental proceder con cautela. Las modificaciones al ESD deben estar estratégicamente calibradas para no debilitar su estructura legal

---

<sup>40</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC). Secretaría. (2007). WT/DSB/44

<sup>41</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC). Secretaría. (2024). WT/DSB/44/Rev.63. OMC. Lista indicativa de expertos gubernamentales y no gubernamentales que pueden ser integrantes de grupos especiales.

ni su operatividad. La prioridad en las reuniones ha sido que la reforma garantice la estabilidad del sistema multilateral, permitiendo que continúe resolviendo disputas entre los Miembros de manera pacífica y predecible.

El éxito de este proceso dependerá del compromiso de los Miembros de la OMC para alcanzar una solución aceptable para todas las partes. Sin embargo, el contexto geopolítico actual añade una capa adicional de complejidad, con tensiones comerciales entre actores clave como Estados Unidos y China, así como la influencia de otros Estados en las negociaciones. En este escenario, queda por ver si los Miembros lograrán construir el consenso necesario para restablecer plenamente el sistema de solución de diferencias; algo de vital importancia en el escenario actual.

