

OPINIÓN N° 044-2020/DTN

Entidad: Ministerio Público

Asunto: Impedimentos

Referencia: a) Carta N°000023- 2020- MP-FN-GG
b) Carta N°000031- 2020- MP-FN-GG

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, el Gerente General del Ministerio Público, señor Abel Rubén Cartolin Príncipe formula consultas sobre el impedimento contemplado en el literal “r”, del numeral 11.1., del artículo 11 de la Ley.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N° 30225.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente desde el 30 de enero de 2019.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente desde el 30 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1 *“¿El impedimento previsto en el literal “r” del artículo 11° de la Ley de Contrataciones del Estado, debe ser aplicado por la Entidad actualmente, aun cuando el aporte se haya efectuado antes de la incorporación del citado literal en la Ley de Contrataciones del Estado?”*

Marco constitucional sobre la aplicación de las normas en el tiempo

2.1.1 En principio, debe mencionarse que la Constitución, en su artículo 103, señala que “(...) *La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley (...)*”.

Asimismo, el artículo 109 de la Constitución dispone que “*La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte*”.

En virtud de las citadas disposiciones se desprende que, en materia de aplicación de las normas en el tiempo, en nuestro ordenamiento rige la denominada *teoría de los hechos cumplidos*, es decir que la ley es obligatoria desde su entrada en vigencia, esto es, desde el día siguiente a su publicación en el diario oficial, y se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte¹.

Al respecto, resulta pertinente traer a colación lo señalado en el numeral 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional derivada del Expediente N° 0002-2006-PI/TC, el cual refiere lo siguiente: “*Diez – Picaso, (...) sostiene que en el momento en que una ley entra en vigor, despliega, por definición, sus efectos normativos y debe ser aplicada a toda situación subsumible en su supuesto de hecho; luego no hay razón alguna por la que deba aplicarse la antigua ley a las situaciones, aún no extinguidas, nacidas con anterioridad (...)*”.

De esta manera, se aprecia como regla general que la ley se aplica a los hechos y situaciones que surjan desde que entra en vigencia y también a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, lo cual incluye a aquellas surgidas bajo la legislación anterior y que aun produzcan efectos, salvo que la misma ley establezca algún tipo de excepción.

Aplicación de la normativa de contrataciones del Estado en el tiempo

2.1.2 Tal como se indicó en el numeral anterior, la ley es obligatoria desde su entrada en vigencia, es decir, desde el día siguiente a su publicación en el diario oficial, y se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, salvo disposición expresa de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

En ese contexto, la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley establece que “*Los procedimientos de selección iniciados antes de la entrada en vigencia de la presente norma se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria*”. (El subrayado es agregado).

Así, la propia Ley contempla una disposición transitoria que tiene por objeto regular los procedimientos de selección iniciados antes de su entrada en vigencia, estableciendo que estos continúen rigiéndose por las normas vigentes al momento de su convocatoria; de tal manera que esta permite la **aplicación ultractiva de la**

¹ Sobre el particular, puede consultarse: Rubio Correa, Marcial (2015). *El Título Preliminar del Código Civil. Undécima Edición*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, pp. 45-69.

anterior Ley, siempre que se haya convocado el respectivo procedimiento de selección bajo dicho marco normativo.

Como se observa, dicha disposición transitoria establece la aplicación ultractiva de la anterior normativa de contrataciones del Estado, lo que configuraría una **excepción** a la regla de aplicación inmediata de la ley desde su entrada en vigencia.

Por tanto, si la convocatoria de un procedimiento de selección se realizó durante la vigencia de la anterior Ley y del anterior Reglamento, el desarrollo de éste debe efectuarse empleando dicha normativa de contratación pública, a fin de mantener inalterables las condiciones de selección y generar seguridad jurídica, para así promover una mayor participación de proveedores en los procesos de contrataciones del Estado.

Aplicación del impedimento contemplado en el literal “r” del numeral 11.1., del artículo 11 de la Ley.

- 2.1.3. En primer lugar, debe indicarse que la Ley permite que toda persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, que cumpla con los requisitos previstos en esta, pueda ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en los procesos de contratación que las Entidades llevan a cabo para abastecerse de los bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, **salvo que se encuentre inmersa en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley.**

Dicho lo anterior, se debe anotar que el 30 de noviembre de 2017 se publicó en el diario oficial “El Peruano” la Ley 30689 “*Ley que modifica el Título VI de la Ley 28094, Ley de Organizaciones Políticas, y la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, con el Fin de Prevenir Actos de Corrupción y el Clientelismo en la Política*”. Esta Ley, vigente desde el 01 de diciembre de 2017, incorporó el literal “r” en el numeral 11.1., del artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Según este dispositivo se encuentran impedidas de ser participantes, postoras, contratistas o subcontratistas: “*las personas jurídicas nacionales o extranjeras que hubiesen efectuado aportes a organizaciones políticas durante un proceso electoral, por todo el periodo de gobierno representativo y dentro de la circunscripción en la cual la organización política beneficiada con el aporte ganó el proceso electoral*”.

Como se puede apreciar, aquellas personas jurídicas que, durante un proceso electoral, hubiesen efectuado aportes a organizaciones políticas no podrán participar de los procedimientos de selección ni contratar con el Estado, siempre que dicha organización política hubiese ganado el respectivo proceso electoral. Este impedimento será aplicable por todo el periodo de gobierno representativo y dentro de la circunscripción en la cual la organización política beneficiada con el aporte ganó el proceso electoral.

Ahora bien, respecto de la aplicación de este impedimento en el tiempo, corresponde reiterar que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional, la Ley se aplica a los hechos y situaciones que surjan desde que entra en vigencia y también

a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, lo cual incluye a aquellas surgidas bajo la legislación anterior y que aun produzcan efectos.

Por tanto, el impedimento en análisis será aplicable (con el alcance temporal y espacial establecidos en la Ley) a los procedimientos de selección que se convoquen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 30689, es decir, a aquellos procedimientos de selección convocados a partir del 01 de diciembre de 2017. En otras palabras, si ante un procedimiento de selección convocado a partir del 01 de diciembre de 2017, se identificara que una persona jurídica (nacional o extranjera) hubiese efectuado aportes a una organización política que resultó ganadora del proceso electoral respectivo, dicha persona jurídica se encontrará impedida de participar en tal procedimiento de selección, siempre que dicho procedimiento se encuentre dentro del ámbito espacial y temporal del impedimento.

Cabe precisar que, conforme a lo señalado en el numeral 2.1.2. de la presente Opinión, este impedimento no es aplicable a los procedimientos de selección convocados hasta antes del 01 de diciembre de 2017.

2.2 ***“Una persona jurídica nacional o extranjera que aportó a una organización política cuyo candidato ganó el último proceso electoral correspondiente (Presidencial y Congresal: 2016; Regional y Municipal: 2018), puede contratar con el Ministerio Público?”*** (sic).

2.2.1 Las consultas de este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas a la interpretación de la normativa de Contrataciones del Estado, sin hacer alusión a situaciones particulares o casos concretos. En tal medida, no puede definir si una persona determinada puede, o no, contratar con una Entidad en particular como, por ejemplo, con el Ministerio Público. No obstante, se brindarán alcances generales respecto del ámbito espacial y temporal del impedimento contemplado en el literal “r” del numeral 11.1., del artículo 11 de la Ley.

2.2.2 En primer término, se debe considerar que este impedimento fue incorporado a la Ley de Contrataciones del Estado, como parte de las disposiciones implementadas por la Ley 30689. Esta circunstancia da luces respecto de su finalidad, pues de acuerdo con esta última ley, se incorpora el literal “r” en el artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado con la finalidad de ***“prevenir los actos de corrupción y clientelismo en la política”***.

Sobre el particular se debe mencionar que las nociones de corrupción y clientelismo se encuentran estrechamente vinculadas.

De acuerdo con el artículo 3 del D.S. N°042- 2018- PCM, “Decreto Supremo que establece medidas para fortalecer la integridad pública y lucha contra la corrupción”, se entiende por **corrupción** al *“mal uso del poder público o privado para obtener un beneficio indebido; económico, no económico o ventaja directa o indirecta; por agentes públicos, privados o ciudadanos; vulnerando principios y deberes éticos, normas y derechos fundamentales”*.

Por su parte, el Diccionario de Español Jurídico de la Real Academia ha definido el **clientelismo**² como aquel “*sistema de protección y amparo con que los poderosos patrocinan a quienes se acogen a ellos para ingresar o ascender en el servicio público*”.

Considerando estas definiciones de corrupción y clientelismo, así como el texto del literal “r” del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, se puede afirmar que el legislador ha considerado que **la circunstancia de que una persona jurídica hubiese aportado (durante el proceso electoral) a una organización política que resultó ganadora del proceso electoral, podría desembocar en un ulterior favorecimiento a dicha persona jurídica aportante en los procedimientos de selección convocados por entidades que se encuentren dentro de la “circunscripción en la cual la organización política beneficiada con el aporte ganó el proceso electoral”.**

La situación descrita implicaría una transgresión a los principios de integridad, igualdad y competencia que rigen las contrataciones públicas y, por esta razón, el legislador ha considerado que – a fin de evitar su configuración- la persona jurídica aportante debe encontrarse impedida de participar en los procedimientos de selección y de contratar con el Estado.

- 2.2.3 Ahora bien, en relación con la materia de la consulta, es pertinente reiterar que de acuerdo con el texto del literal “r” del numeral 11.1. del artículo 11 de la Ley, la persona jurídica que hubiese realizado aportes a una organización política que hubiese ganado el proceso electoral correspondiente se encontrará impedida de ser participante, postora, contratista o subcontratista “**por todo el periodo de gobierno representativo**” y “**dentro de la circunscripción en la cual la organización política beneficiada con el aporte ganó el proceso electoral**”

Como se puede apreciar, los alcances espacial y temporal del impedimento aplicable a la persona jurídica aportante, dependerán del tipo de “gobierno representativo” al que hubiese accedido la organización política beneficiada con el aporte, luego del proceso electoral correspondiente (Presidencia de la República, Congreso, Gobiernos Regionales y Locales, etc.). Ello resulta natural, pues se entiende que el beneficio que podría obtener la persona jurídica aportante en los procesos de contratación pública dependerá del grado de influencia o poder que ostente la organización política beneficiada, lo cual dependerá – a su vez- del cargo público que hubiese obtenido como resultado de la correspondiente justa electoral.

- 2.2.4 Expuesto lo anterior, se puede afirmar que el impedimento será aplicable, en el ámbito temporal, por el periodo de duración que la normativa correspondiente hubiese determinado para cada uno de los cargos de elección popular (Presidencia de la República, Congreso, Gobiernos Regionales y Locales, etc.). Esta interpretación resulta coherente con la finalidad del dispositivo en análisis, pues **se entiende que la organización política beneficiada con el aporte realizado durante el proceso electoral, tendrá la posibilidad de favorecer a la persona jurídica aportante durante el periodo que dure el cargo obtenido y respecto de**

² Fuente: <https://dej.rae.es/lema/clientelismo>

aquellas contrataciones que, en razón del cargo al que se accedió por elección, se encuentren bajo su ámbito de influencia directa

Respecto del ámbito espacial, se debe mencionar que el término “circunscripción”, para este impedimento en particular, no debe ser entendido haciendo énfasis en su sentido territorial, sino como aquel ámbito en el que –de acuerdo con la normativa correspondiente- la organización política beneficiada con el aporte, al haber resultado ganadora del correspondiente proceso electoral, puede favorecer, en los procedimientos de selección convocados, a la persona jurídica aportante. Esta interpretación guarda coherencia con la finalidad del impedimento, la cual consiste en evitar prácticas que perjudiquen el correcto desarrollo de las contrataciones públicas, tales como el clientelismo y la corrupción.

Siendo así, se puede afirmar que la persona jurídica que, durante un proceso electoral, hubiese aportado a la organización política que hubiese resultado ganadora, no se encontrará impedida de participar en aquellos procedimientos de selección en los que dicha organización política –en virtud de la normativa que determina el poder que ostenta- no pueda favorecerla. Esta situación podría presentarse en aquellos procedimientos de selección llevados a cabo por entidades que, de acuerdo con la normativa que determina sus funciones, no se encuentran dentro de ámbito de poder de aquellos cargos cuyo acceso se encuentra sometido a la realización de elecciones previas.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 El impedimento contemplado en el literal “r” del numeral 11.1. del artículo 11 de la Ley será aplicable a los procedimientos de selección que se convoquen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 30689, es decir, a aquellos procedimientos de selección convocados a partir del 01 de diciembre de 2017. En otras palabras, si ante un procedimiento de selección convocado a partir del 01 de diciembre de 2017, se identificara que una persona jurídica (nacional o extranjera) hubiese efectuado aportes a una organización política que resultó ganadora del proceso electoral respectivo, dicha persona jurídica se encontrará impedida de participar en tal procedimiento de selección, siempre que dicho procedimiento se encuentre dentro del ámbito espacial y temporal del impedimento.
- 3.2 El impedimento será aplicable, en el ámbito temporal, por el periodo de duración que la normativa correspondiente hubiese determinado para cada uno de los cargos de elección popular (Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales y Locales, etc.).
- 3.3 Respecto del ámbito espacial, el término “circunscripción”, para este impedimento en particular, no debe ser entendido haciendo énfasis en su sentido territorial, sino como aquel ámbito en el que – de acuerdo con la normativa correspondiente- la organización política beneficiada con el aporte, al haber resultado ganadora de correspondiente proceso electoral, puede favorecer en los procedimientos de selección convocados a la persona jurídica aportante. En sentido contrario, la persona jurídica que, durante un proceso electoral, hubiese aportado a la organización política que hubiese resultado ganadora, no se encontrará impedida de participar en aquellos procedimientos de selección en los que dicha organización

política –en virtud de la normativa que determina el poder que ostenta- no pueda favorecerla.

Jesús María, 23 de junio de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC