

Implicancias de la Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz en el desempeño de la actividad empresarial

La Ley N° 4 de 31 de marzo de 2010, **Ley de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz” (LMQSC)**, cumple su primer trimestre de vigencia. En virtud de ello, se hace preciso analizar las implicancias que la aplicación de esta ley puede tener en el desarrollo de la actividad empresarial privada, tomando en cuenta que una gran parte de las empresas que se desempeñan en nuestro medio tiene algún tipo de vinculación económica con entidades públicas, ya sea de forma directa o indirecta.

En ese sentido, es preciso advertir que la propia ley menciona que su ámbito de aplicación alcanza a “personas privadas, naturales y jurídicas y todas aquellas personas que, no siendo servidores públicos cometan delitos de corrupción causando daño económico al Estado o se benefician indebidamente de sus recursos” (artículo 5°).

Bajo esta óptica, toda actividad comercial o empresarial que se ejerza en vinculación con entidades públicas, ya sea de forma directa o indirecta, es decir, todo actividad que se ejerza en virtud de un contrato suscrito con entidades públicas pertenecientes a la administración central o a las administraciones autonómicas en cualquier nivel, o incluso en virtud de subcontratación de servicios por parte de empresas que tienen tal vinculación contractual, podrían entenderse comprendidas en el ámbito de aplicación de esta ley.

La actividad empresarial bajo la lupa anticorrupción.

En lo referente a qué podría entenderse como “beneficio indebido con recursos del Estado”, y las especiales implicancias que podría tener este concepto en el examen de las actividades empresariales que se ejercen en vinculación directa o indirecta con alguna entidad pública, llama particular atención lo establecido en el artículo 28° de esta ley y las modificaciones efectuadas en el artículo 222° del Código Penal.

El primero de estos artículos (artículo 28° de la LMQSC) tipifica el delito de “Enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado”, estableciendo que este ilícito penal puede ser cometido por **cualquier persona individual** que “**mediante actividad privada** hubiere **incrementado desproporcionadamente su patrimonio** respecto de sus ingresos legítimos **afectando el patrimonio del Estado**” y que “**no logre desvirtuar tal situación**”. A continuación, esta tipificación amplía su ámbito de aplicación a “**los representantes o ex representantes legales de las personas jurídicas** que mediante actividad privada hubieren **incrementado el patrimonio de la persona jurídica**, afectando el patrimonio del Estado y que no pueda demostrar que provienen de una actividad lícita; adicionalmente, la persona jurídica

restituirá al Estado los bienes que le hubiesen sido afectados además de los obtenidos como producto del delito y será sancionada con una **multa del 25% de su patrimonio.”**

El segundo de los artículos mencionados (artículo 222 del Código Penal), establecía ya desde hace mucho tiempo el delito de “Incumplimiento de contratos”, describiendo como delito a la conducta de cualquier persona que, habiendo suscrito un contrato con una entidad pública, no lo cumpliera sin justa causa, aunque tal incumplimiento no sea intencional.

La LMQSC, novedosamente tipifica el primero de los delitos descritos, previendo una sanción de 3 a 8 años de cárcel, el decomiso de los bienes afectados al Estado y, en el caso de las personas jurídicas, una multa consistente en el 25% del patrimonio empresarial. En cuanto al segundo artículo, si bien esta tipificación data de 1972, la LMQSC eleva la sanción de entre 1 a 3 años, a entre 3 a 8 años, en caso de que el incumplimiento sea doloso y, de 3 meses a 2 años a entre 1 a 4 años, cuando el incumplimiento contractual sea culposos.

El establecimiento de la cuantía de estas sanciones penales obedece, sin duda alguna, a la necesidad del Estado de someter a las empresas relacionadas contractualmente con entidades públicas, a controles más acuciantes en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. No solo es preciso poner atención en las especiales circunstancias que, en caso de surgir divergencias respecto a la ejecución e interpretación de contratos de índole administrativa, rodearán de ahora en adelante al relacionamiento contractual entre empresas privadas y entidades públicas, sino también, en las consecuencias que pudieran derivar de las acciones penales que las entidades públicas pudieran interponer, ante lo que éstas pudieran interpretar como incumplimientos contractuales que caigan dentro de las previsiones de la LMQSC.

En primer término, por la cuantía de las penas establecidas en la referida Ley, incluso el incumplimiento culposos de contratos, es decir, aquellos casos en que el incumplimiento no deriva de una acción u omisión premeditada, está sujeta a la posibilidad de someter a los personeros de las empresas denunciadas a detención preventiva, ya que esta medida cautelar es aplicable cuando el delito que se investiga tiene una pena privativa de libertad cuyo máximo legal es de 3 o más años, como precisamente es el caso de la última parte del ahora modificado artículo 222° del Código Penal.

Por otro lado, lo establecido en el artículo 28° de la LMQSC, fuera de la multa del 25% que podrá ser aplicada sobre el patrimonio de la empresa, permitirá recaer incluso sobre el patrimonio de los accionistas o socios de empresas sobre las que exista sospecha de haberse beneficiado indebidamente de recursos públicos, lo que podría suponer que la responsabilidad civil por la comisión de este delito sobrepasa el límite que el propio Código de Comercio

establece a esta responsabilidad, cuyos artículos 195 y 217 precisamente limitan la responsabilidad civil de los socios al monto de sus aportes o acciones.

En ambos casos, es decir, cuando el delito es cometido por personas naturales o por empresas, la hermenéutica probatoria que las entidades públicas denunciante o querellante emplearán, consistirá en señalar que el patrimonio del agente del delito se ha incrementado con cierta desproporción respecto a los beneficios que la provisión del bien o del servicio supuso para la entidad pública, invirtiéndose la carga de la prueba para exigir a los imputados la demostración de que el incremento patrimonial bajo sospecha, en realidad no proviene de actividades ilícitas. Con ello, más allá de la polémica surgida en torno a si esta inversión en la carga probatoria, que hasta antes de la promulgación de la LMQSC regía únicamente en materia laboral, respeta o no el principio de presunción de inocencia dentro del sistema procesal penal de corte garantista que rige en nuestro país, supone que los particulares (personas o empresas) que tengan alguna vinculación contractual con el Estado, deberán poner especial cuidado en la elaboración y consolidación de su registros contables y estados financieros, respaldando adecuadamente todos su movimiento económico.

Severidad en el procesamiento de delitos de corrupción.

Por otro lado, la LMQSC establece la modificación de las normas procesales comunes para el caso de procesamiento de los delitos tipificados en esta Ley. Dentro de estas modificaciones, podemos destacar la creación de Jueces y Tribunales de Sentencia especializados en materia de lucha contra la corrupción, la posibilidad de continuar la sustanciación de los procesos en rebeldía de la parte imputada, la no procedencia de la suspensión condicional de la pena establecida para delitos tipificados en la mencionada Ley y la imprescriptibilidad de la acción penal por delitos de corrupción, cometidos por funcionarios y servidores públicos

Asimismo, es preciso hacer notar que los artículos 19° y 20° establecen la exención del secreto en materia comercial, bancaria, tributaria, de seguros y valores, para el Ministerio de Lucha contra la Corrupción, Ministerio Público, Unidad de Investigaciones Financieras y Procuraduría General del Estado y que, de conformidad a lo establecido en el artículo 1552° del Código Civil, modificado por la LMQSC, el Ministerio de Lucha contra la Corrupción puede pedir la anotación preventiva de bienes, acciones y derechos ante los registros públicos, y que esta medida precautoria tiene una vigencia de 4 años cuando es solicitada por esta institución, siendo que en los demás casos esta medida precautoria tiene una vigencia máxima de 2 años.

En cuanto al plazo de prescripción de los delitos tipificados por esta ley, cuyos agentes son personas particulares, es decir, el plazo dentro del cual se puede ejercer la acción penal, de acuerdo a la modulación de las penas previstas, se tiene que el delito de enriquecimiento ilícito

de particulares con afectación al Estado, prescribe en el plazo de 8 años, al igual que el incumplimiento de contratos, cuando en este último delito existe dolo en el elemento subjetivo, mientras que en el caso de incumplimiento culposo, el plazo de prescripción es de 5 años. En todos los casos, de conformidad a lo establecido en el artículo 30° del Código de Procedimiento Penal, el inicio del término de la prescripción comienza a correr desde la media noche del día siguiente al que se cometió el delito o desde que cesó su consumación. En el caso de los tipos penales analizados, la LMQSC no prevé su clasificación como delitos de comisión continua, sino que se trataría de delitos de comisión instantánea, por lo que el plazo de la prescripción en el caso de los delitos analizados comienza a correr desde el día siguiente al de la comisión del hecho.

El arbitraje como vía solución de conflictos originados en relaciones contractuales con entidades públicas.

Antes de concluir este análisis, es preciso mencionar que gran parte de los contratos administrativos que se suscriben en nuestro medio contienen cláusula arbitral, a fin de sustanciar mediante arbitraje la solución a los conflictos que pudieran surgir acerca de la interpretación y cumplimiento de estos contratos.

Por supuesto, no es posible someter a arbitraje cuestiones que afecten al orden público; sin embargo, es preciso analizar en cada caso el alcance de la cláusula arbitral y, en todo caso, prever cualquier conflicto que pudiera suscitarse en la interpretación de un determinado contrato en lo referente a la forma en que deben cumplirse las obligaciones que de él emergen, evitando que los personeros de las entidades públicas pudieran apreciar el conflicto desde la óptica penal.

De conformidad a lo establecido en el artículo 3° de la Ley N° 1770, pueden someterse a arbitraje, pueden someterse a arbitraje las controversias surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas contractuales o extracontractuales de las partes, mediante el ejercicio de su libre arbitrio sobre derechos disponibles y que no afecten al orden público, antes, en el transcurso o después de intentado un proceso judicial, cualquiera fuere el estado de éste, extinguiéndolo o evitando el que podría promoverse. Sin embargo, el arbitraje, *per se*, no posee un efecto extintivo respecto a las acciones penales; empero, es posible que un arbitraje o una vía conciliatoria oportunamente interpuestas puedan constituirse en una forma análoga a la prejudicialidad (artículo 309° del Código de Procedimiento Penal), a través de la que es posible intentar la suspensión de una acción penal ya iniciada.

Por tanto, la inclusión de cláusulas arbitrales en contratos administrativos podría proporcionar una adecuada salida a cualquier conflicto que se presente en la ejecución de un determinado contrato.

Prevención y gestión de riesgo.

A manera de conclusión en virtud de todo lo mencionado precedentemente, consideramos que es importante que las empresas privadas que poseen vinculación directa o indirecta con el Estado o con entidades públicas pertenecientes a cualquier nivel de la administración pública, realicen controles periódicos y detallados acerca de las obligaciones que deben cumplir en virtud de contratos administrativos que hayan suscrito con tales entidades, a efectos de evitar, en lo posible, caer en divergencias y desacuerdos respecto a la ejecución o interpretación de estos contratos. Esta labor implica, por supuesto, el contar con contratos claros y precisos en cuanto a sus alcances, así como la estipulación de cláusulas que señalen inequívocamente qué eventos pueden entenderse como causal de resolución de un determinado contrato, siendo pertinente también, realizar una gestión preventiva respecto a todo desacuerdo que pudiera surgir entorno a la interpretación o ejecución de un contrato determinado.

Asimismo, es preciso tener un conocimiento en materia penal y, particularmente de las normas especiales que la Constitución Política del Estado, la Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz, el Código de Procedimiento Penal y otras leyes y reglamentos conexos como la Ley SAFCO y su sistema de administración de bienes y servicios, establecen como efecto de la decisión política del Estado boliviano de hacer de la lucha contra la corrupción un quehacer prioritario, dotado de normas e instituciones exclusivamente dedicadas a la gestión de esta política de Estado.

Miranda & Asociados pone a disposición de Ud. y de su empresa, su conocimiento y experiencia profesional en materia constitucional, penal y administrativa, así como nuestra experiencia en procesos de contratación pública, para la gestión preventiva y la resolución de conflictos emergentes de divergencias en la ejecución o interpretación de contratos administrativos.

La Paz, 23 de julio de 2010