



## La reparación de los daños provocados por Odebrecht Entre la urgencia y el reordenamiento de las cosas

César Azabache Caracciolo

### El origen de esta historia

En “Odebrecht. Las cifras de la corrupción”<sup>1</sup> ensayo una aproximación a las cifras que marcan el caso Odebrecht y a la coyuntura que explica la aprobación de la versión original del Decreto de Urgencia 003 en febrero de 2017. Por medio del DU 003, con algún importante retraso, el Ejecutivo ensayó un salto con garrocha para prohibir sin más demora, sin esperar el tiempo que toma un procedimiento judicial, que Odebrecht transfiera sus activos al exterior o venda sus posiciones en los proyectos que manejaba sin hacerse cargo de la reparación que debe pagar al Estado por los daños derivados de los sobornos que ha reconocido haber pagado.

Cualquier abogado que litigue notará que este objetivo se puede alcanzar también con una orden judicial provisional dictada al amparo de un proceso judicial en marcha. En esta parte el DU debe concebirse entonces sólo como una forma de adelantamiento a lo que en teoría debe lograrse ante los tribunales de justicia. Por tanto, constituye una primera señal de alarma que un año después de la aprobación del DU 003 en su primera versión, nadie haya notado que la medida debía ser reemplazada por una orden judicial antes que se cumpla el año de su vigencia.

Además el DU 003 tenía que combinar este primer objetivo con uno segundo: permitir que los proyectos a cargo de Odebrecht puedan continuar, pero en otras manos. Los cuatro principales proyectos en manos de Odebrecht en diciembre de 2016 eran Gasoducto del Sur, Chaglla, Olmos y Chavimochic. Los 4 tenían ofertas de compra antes de las confesiones de Washington. El DU debía dar al mercado una señal que dejara en claro que si Odebrecht había pagado los sobornos que pagó (en realidad más sobornos de los que confesó inicialmente) entonces era Odebrecht quien debía indemnizar al Estado. Las concesiones y operadoras de proyectos no tenían porqué pagar las consecuencias de sus actos. Sin embargo el principal de estos proyectos, el Gasoducto de Sur, colapsó porque en medio del escándalo generado por el caso se volvió imposible asegurar su sostenibilidad financiera<sup>2</sup>. Quizá si el DU se hubiera publicado un par de semanas antes, el ducto habría podido venderse antes de afectarse. La demora en la publicación del DU muestra una segunda señal de alarma.

El mensaje al mercado que suponía la norma (conforme al cual las consecuencias colaterales de los casos de corrupción se concentrarían en Odebrecht y no en las operadoras de los proyectos a su cargo) no llegó nunca. Como ocurre siempre, la incertidumbre espantó a los ofertantes. Tercera señal de alarma: El 2017 terminó sin ninguna transferencia cerrada y el 2018 nos ha recibido con noticias que indican que las de Chaglla y Chavimochic están nuevamente en riesgo de caer.

Entre la promulgación del DU 003 y el presente, ninguna transferencia de activos ha pasado por su tamiz para asegurar al Estado el pago al menos parcial de una reparación que la Procuraduría no ha terminado de estimar aún. En realidad el DU 003 ha servido apenas para sostener una consecuencia colateral incluida en el texto: Autorizar la retención de parte de los pagos que debían hacerse desde el Estado o desde corporaciones públicas peruanas a operadoras de proyectos manejadas por Odebrecht. El resultado, S/ 26 millones retenidos en un fideicomiso que debía tener en sus arcas una cantidad semejante a los US\$ 283 millones que la Contraloría lanzó en enero de 2017 como

---

<sup>1</sup> <https://cesarazabache.files.wordpress.com/2017/02/odebrecht-nota-tc3a9cnica-120218.pdf>

<sup>2</sup> El cierre financiero se produjo a finales de enero de 2017 sin que el concesionario obtenga garantías financieras que respalden el proyecto y produjo la ejecución inmediata de una carta fianza de US\$ 262 millones con cargo al concesionario conforme a los términos del contrato.

primera estimación de daños. Los S/ 26 millones retenidos a lo largo del año son casi lo mismo que el Ministerio Público obtuvo en un solo acuerdo, en enero, como señal simbólica del compromiso de la empresa por entregarle información para comenzar a armar sus casos.

Cuarta señal de alarma: Nadie ha notado tampoco que la retención de parte de los flujos de caja dirigidos a Odebrecht también debería haberse convertido en el resultado de una orden judicial.

Los DU deben operar como puentes temporales que permiten acortar el tiempo que usualmente toma obtener resultados apremiantes. El final de los DU no supone que sus herramientas se perennicen convirtiéndose en leyes. Supone que se conviertan en medidas regulares, no excepcionales. En este caso las medidas regulares son órdenes judiciales que aún no se ha solicitado, y que probablemente será más sencillo obtener si se reforman las leyes del procedimiento judicial.

El DU 003 intentaba suplir medidas que en condiciones estables debían ser adoptadas por los tribunales, no por el Congreso.

## El presente

El corto debate que acabamos de tener sobre la prórroga del DU quedó en evidencia que la nueva urgencia proviene del inminente impacto que puede tener en la economía la expansión de los casos de corrupción a todo el sector infraestructura. El sector de hecho ahora está amenazado por las consecuencias del caso del llamado “Club de la Construcción”; poco menos que un sindicato que entre los años 2011 a 2014, a decir de la Fiscalía, habría pre ordenado las asignaciones de proyectos de Provías Nacional en base a sobornos o influencias indebidas.

En la propuesta lanzada por el Ejecutivo para este caso la intervención sobre las ventas de Odebrecht se mantiene, pero se dirige directamente al 50% del precio neto de cada operación, descontadas cargas directas<sup>3</sup>. La retención de flujos corrientes también se mantiene, pero se aplica al 10% de cada pago. A las empresas que han sido socias de Odebrecht se les impone un fideicomiso obligatorio sobre la mitad de las utilidades o del patrimonio neto derivado de asociaciones público privadas o el 10% del valor de las obras públicas a su cargo. Y a las demás empresas del sector, las vinculadas al llamado “Club”, se les ofrece entrar a un fideicomiso por su propia voluntad, estableciendo que, si deciden hacerlo el fideicomiso tendrá que retener también el 50% de las utilidades o del patrimonio neto derivado de APPs y el 10% de los pagos hechos por el Estado.

Las nuevas competencias del fideicomiso parecen diseñadas para aislar o encapsular los efectos colaterales que los casos en marcha pueden producir sobre cuestiones financieras como el acceso a créditos o fianzas o las tasas de riesgo e interés que se aplican a estos casos. La idea es mantener estos elementos estables en un ambiente controlado para mitigar el nerviosismo del sistema financiero y no paralizar los proyectos en marcha.

Sin embargo, con una prórroga de por medio (que equivale a un atraso adicional de 30 días), el Ejecutivo tendrá que complementar la propuesta con alguna herramienta que congele las cosas, una suerte de *standstill* que impida que los vencimientos de los cronogramas de obras y proyectos en curso causen resoluciones de contratos o nuevos juicios.

Aunque aún faltan precisiones como éstas, el mercado ha reaccionado favorablemente a la alternativa, como se puede confirmar repasando las declaraciones de sus principales voceros en los medios<sup>4</sup>.

Entonces el esquema puede funcionar. Aunque sin duda los 30 días de prórroga anunciada deberán servir para afinar su soporte legal con algo más de precisión.

---

<sup>3</sup> El concepto no es sencillo. Supone que si, al momento de la venta el precio es equivalente a 1,000 pero hay una deuda retrasada a bancos o proveedores o al Estado por 200, entonces la retención se aplique sobre 800.

<sup>4</sup> Sólo a modo de ejemplo: <http://accesoperu.com/167945-Propuesta-de-ley-que-sustituye-a-DU-003-otorga-certidumbre-a-continuidad-de-proyectos>

## La opción de una ley

En la propuesta enviada al Congreso hay dos herramientas que sin duda alguna requieren de una ley. Los bancos deben adquirir competencia permanente para crear fideicomisos de pago de reparaciones civiles<sup>5</sup> y emitir fianzas que sean aceptadas por los Jueces cuando debe asegurarse el pago de una reparación por los daños causados<sup>6</sup>. Estas medidas, de hecho, no tienen porqué restringirse a casos de corrupción. Deberían alcanzar cualquier tipo de caso en que una compañía se vea expuesta por la provocación de daños de envergadura, tengan estos relación con cuestiones tributarias, ambientales o de cualquier tipo.

Pero claro, hasta aquí nos hemos referido a fideicomisos y fianzas voluntarias promovidas por las propias empresas incluidas en casos penales para contener los efectos colaterales que en los casos en marcha pueden provocar sobre su posición en el mercado. Junto a este esquema, el DU 003 original estableció un fideicomiso obligatorio, que la reciente propuesta del Ejecutivo sugiere extender a las socias de Odebrecht. La imposición del deber de aportar fondos a un fideicomiso obligatorio requiere sin duda de una orden judicial. Las ordenes judiciales necesitan términos de referencia establecidos en el Código de Procedimientos o en el Código Procesal. La ley que buscamos entonces debe contener una reforma a las normas sobre procedimientos judiciales que fije los términos en que deben dictarse, ejecutarse y removerse las órdenes que imponen fideicomisos obligatorios. En tanto tal ley se discute y aprueba, no veo inconveniente en que la ampliación del alcance del fideicomiso del DU 003 se disponga mediante un nuevo DU. Pero esa opción supone dejar en claro que la medida sólo puede sostenerse por un DU mientras el Congreso reforma las reglas del procedimiento y la procuraduría logra homologar el resultado de la medida ante un Juez.

## La colaboración eficaz de las personas jurídicas

También requiere de una ley la creación del procedimiento de colaboración eficaz para personas jurídicas. En este caso se trata de un procedimiento diferenciado del que ya se aplica a las personas físicas<sup>7</sup>, tanto en su utilidad como en sus consecuencias.

Como sabemos, los procedimientos de colaboración sirven para que el solicitante obtenga beneficios a cambio de información que pueda desembocar en una intervención en flagrancia sobre un crimen en marcha o en el hallazgo de evidencias escondidas que sean útiles para los tribunales<sup>8</sup>. La colaboración de una persona jurídica con la justicia puede producir libremente procedimientos de entrega de documentos y de presentación de testigos, que en este caso serían tales en tanto no sean ellos mismos responsables de un crimen propio. En este caso los testigos que pueden ser presentados por la empresa son testigos de historias parciales, testigos de hechos que ellos mismos pueden percibir como neutros o poco relevantes, pero que se convierten en piezas importantes

---

<sup>5</sup> Es evidente que el Estado se siente cómodo entregando estas herramientas al Banco de la Nación. Pero no encuentro una razón que impida que fideicomisos como el del DU sean constituidos en los bancos comerciales.

<sup>6</sup> En nuestro país no existen fianzas aplicables a casos legales. Las fianzas comerciales tienen plazos de caducidad y requieren de renovaciones que incomodan tanto a los jueces que las leyes de procedimiento no las aceptan. Actualmente en el Perú las consecuencias civiles de un caso sólo se resuelven empleando cauciones, que importan la creación de fondos colaterales congelados en el Banco de la Nación a la espera del final de un procedimiento judicial. Las cauciones funcionan bastante bien cuando se trata de asegurar el pago de montos pequeños y medianos. Pero no resuelven el problema de aseguramiento de pagos por volúmenes importantes como los que se relacionan con el caso Odebrecht. Para asegurar el pago de reparaciones de estas dimensiones se requieren líneas de financiamiento. Y estas no están disponibles entre nosotros ni han sido contempladas en la propuesta del Ejecutivo.

<sup>7</sup> Sobre el que, por cierto, el Ministerio Público acaba de presentar una iniciativa de reforma.

<sup>8</sup> Los procedimientos de colaboración eficaz no debería generar testimonios, ya que las personas físicas que han cometido delitos y solicitan beneficios pierden la condición de imparcialidad que exige la ley a un testigo. Pero esta es una discusión demasiado extensa para este papel de trabajo.

cuando se relacionan con un rompecabezas más grande, que se articula fuera de sus ojos. Se trata del encargado de una oficina de pagos que atendió a determinada persona en determinada fecha, o de una secretaria que puede explicar el sentido de determinada conversación telefónica. Estos testigos pueden ni siquiera ser conscientes de la utilidad de sus relatos. Por ende, merecen la protección del sistema. Pueden no saber a qué están expuestos. Estos testigos merecen una inmunidad simbólica<sup>9</sup> que les permita testificar con libertad y libres de temores a represalias.

Si una empresa está en posición de cooperar con las autoridades es porque ella misma ha acogido en su seno a por lo menos una persona física que ha cometido un crimen. Y aquí se presentan dos posibilidades que deben ser consideradas por una Ley. O la empresa en realidad se ha desligado de esa persona física, y en este caso puede estar interesada incluso en litigar contra ella, o la empresa se acoge a los beneficios como parte del esquema general de rendición o colaboración del responsable del crimen.

En el primer caso no encuentro que quepan restricciones imaginables a las opciones de colaboración, protección de testigos e incluso beneficios susceptibles de ser otorgados a la empresa que coopera con la justicia. Pero en el segundo, cuando por distintas razones posibles la empresa debe ser concebida como una organización sujeta al control de quien ha cometido un crimen, las cosas pueden ser distintas.

Cuando el responsable de un delito es además el controlador de una persona jurídica, entonces es imposible que los acuerdos de cooperación se celebren por separado. En este caso el acuerdo de colaboración de la persona jurídica debe entenderse como un acuerdo subordinado al que pide para sí el responsable del crimen. Y en consecuencia se hace posible que haya que ampliar el acuerdo principal para que determinados trabajadores o empleados de la empresa puedan ser alcanzados por los beneficios que él persigue<sup>10</sup>.

Los casos medios se presentan cuando no queda claro si el principal responsable de los crímenes en discusión controla o no a una empresa. Sólo en estos casos la ley debería imponer como condición para un acuerdo que el responsable del crimen sea desvinculado de la empresa.

Los beneficios posibles deben alcanzar desde la abstención de la fiscalía hasta la reducción de las consecuencias accesorias al delito, incluso la inhabilitación, y desde la remisión de la reparación civil hasta reducción proporcional del monto a pagar por los daños cometidos.

Pero además de una medida que permita que quienes deben responder por un delito cooperen con la justicia, una ley como esta debería dejar en claro (parece no estar del todo claro entre nosotros) que incluso fuera del marco de la colaboración eficaz las empresas que decidan no controvertir con el Estado pueden fijar con las procuradurías reparaciones civiles equilibradas en base a una negociación directa, sea que estos montos correspondan o no a una medición precisa de los daños efectivamente cometidos.

Pero, nuevamente, se trata de una reforma a los Códigos usuales y no de una ley especial.

Lima, 15 de febrero de 2018

---

<sup>9</sup> Si son inocentes *en realidad* no la necesitan. Pero si no están en posición de conocer sus propios riesgos, necesitan que el sistema *les garantice* que sus declaraciones no serán usadas contra ellos para hacer posible que testifiquen en un ambiente espontáneo.

<sup>10</sup> En estos casos la ley debe ser especialmente meticulosa al elegir cuales de estos trabajadores o colaboradores pueden ser presentados como testigos ante los tribunales y respecto a qué hechos. Como hemos dicho la llave más importante de estas normas consiste en evitar que ella sirva para “comprar” testigos de interés.