

Bullard Falla Ezcurra +

"El reto Odebrecht para un gobierno de estreno", por Maribel Aparicio¹, Asociada del área de Litigio Arbitral

El espiral de corrupción en el que se ha visto envuelta Odebrecht en todos los países donde ejecuta mega proyectos, ha hecho que los diferentes Estados se ocupen de tomar medidas en salvaguarda de sus intereses.

El Perú no ha sido ajeno a esta situación. En los últimos meses, el ejecutivo ha emitido una serie de normas que, entre otras cosas, buscan satisfacer a una opinión pública ansiosa por ver un gobierno firme, que castigue la corrupción de manera ejemplar y no permita la desaceleración del crecimiento del país.

Dentro de las medidas tomadas por parte del Ejecutivo, el pasado 13 de febrero entró en vigencia el Decreto de Urgencia N° 003-2017 que identificó dos objetivos clave: (i) preservar la capacidad de cobro de reparaciones civiles a favor del Estado; y, (ii) evitar la paralización de obras públicas y asociaciones público privadas.

La norma -que claramente se emitió pensando en Odebrecht- le resulta aplicable desde que incorpora dentro de los sujetos comprendidos en su alcance, a cualquier empresa cuyos funcionarios hubieran reconocido la comisión de delitos de corrupción en el Perú o el extranjero.²

Para la consecución de sus objetivos, la norma dispone de una serie de medidas. Así, con el objeto de salvaguardar la capacidad de cobro del Estado, la norma genera entre otras consecuencias, que Odebrecht no pueda transferir al exterior sus capitales. Dispone también la retención de pagos que el Estado tuviese que efectuar a su favor³; y plantea que se constituirá un fideicomiso como destino de dichas retenciones.

Sin embargo, para la consecución del segundo objetivo, la norma no ofrece aún grandes soluciones. Se establece –por cierto, no con mucha claridad- que las Empresas puedan ser sustituidas dentro de un plazo de 90 días hábiles, en aquellos contratos asociativos o consorcios suscritos con el Estado. La norma no establece un marco reglamentario para esta sustitución y reconoce que se aprobarán lineamientos para ello.

Si bien entendemos que esta norma constituye solo un primer paso, nos parece que resulta apremiante la necesidad de acelerar la adopción de medidas concretas que garanticen que los proyectos en marcha, no se pararán. Para ello, resulta insuficiente considerar que se sustituirá a Odebrecht únicamente en los contratos de construcción suscritos con el Estado en el marco de la ley de contrataciones. Como es sabido, Odebrecht es aun titular de importantes

¹ Asociada en Bullard Falla Ezcurra+.

² La norma resultará también aplicable a cualquier empresa condenada por este tipo de delitos. Naturalmente, para que se configure este supuesto de hecho, deberá contarse con una sentencia consentida o ejecutoriada, por lo que por el momento no parecería haber pronto ninguna otra empresa sobre la cual esta norma extienda sus efectos.

³ Hasta por un monto equivalente al promedio de margen neto de ganancia, después de impuestos, de los últimos 5 años en proyectos similares.

concesiones⁴ cuyo futuro parece hoy totalmente incierto. El Estado debe ofrecer luces ante esta incertidumbre.

Como quiera que los proyectos presentan distintos grados de avance, vemos que sería muy conveniente que el gobierno concentre sus esfuerzos en hacer un diagnóstico caso por caso, para evaluar la mejor forma de lograr la salida de Odebrecht, dentro del marco de la ley. La labor desde luego no será sencilla, pero parece indispensable.

Vemos también muy importante que este diagnóstico repare en cuan avanzado se encuentra el proyecto y quiénes son los actores del mercado involucrados en el mismo. Así, en caso se verificara que no existe corrupción en los socios, subcontratistas, proveedores y demás participantes, lo más eficiente será establecer un marco legal adecuado que permita su continuidad en el proyecto. Desvincularlos y/o reiniciar desde cero estos proyectos, representaría un retroceso y desperdicio de recursos que no deberíamos estar dispuestos a asumir. Imaginemos solamente la cantidad de dinero que se perdería en equipos e infraestructura ya existente, que sin protección ni mantenimiento se perdería definitivamente.

Asimismo, desde considerarse que los cambios en subcontratistas o proveedores que llevan a cabo trabajos dentro de una concesión, implican necesariamente una serie de sobrecostos. Por un lado, habrá que desmovilizar a los contratistas originales y por otro movilizar a los nuevos contratistas, con los importantes costos que ambas actividades suponen.

De igual forma, la curva de eficiencia demorará en alcanzarse ya que retomar el ritmo de trabajo en una obra parada es algo que no sucede de la noche a la mañana. Finalmente, podrán presentarse también problemas de interface entre los contratistas respecto a las responsabilidades y garantías de los trabajos. Así, en caso de presentarse defectos, habrá siempre discusiones entre los contratistas que participaron, y cada uno buscará que la culpa caiga en el otro. En una situación como esta, en última instancia, el Estado no tendrá una contraparte clara a la cual reclamar.

Transcurridos poco más de 6 meses desde la toma de gobierno, el ejecutivo afronta un difícil reto con el caso Odebrecht. Sin lugar a dudas, es un reto complejo con muchas aristas que cuidar. Dentro de las alternativas de solución, existirán algunas más polémicas que otras, pero nos parece que las dificultades existentes, en ningún caso podrán justificar la inacción. Esperaremos atentos las próximas medidas del gobierno.

⁴ Si bien el contrato del Gaseoducto del Sur Peruano ha sido resuelto por el Estado, Odebrecht es aún titular de importantes proyectos como las Irsas, Chavimochic, Olmos, Chaglla e incluso Líneas del Sur donde aún mantiene una participación minoritaria.