**CASO ODEBRECHT: METODOLOGÍA PARA LA DETERMINACIÓN DEL *QUANTUM* DE LA REPARACIÓN CIVIL EN CASOS DE CORRUPCION EN OBRAS PÚBLICAS, EN EL MARCO DE UN PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ**

El caso del acuerdo suscrito entre Odebrecht S.A. y República Dominicana puede servir de ejemplo para justificar porque no resulta viable considerar el monto de las sumas indebidamente pagadas (**coimas**) como un parámetro útil a efectos determinar un monto como reparación civil en el marco de los procesos por colaboración eficaz. Más allá del monto preliminar que determine la Procuraduría como reparación civil a favor el Estado (el 28 de enero de 2018 el actual Procurador Ad Hoc del Caso Lava Jato ha determinado como monto preliminar 3,468.000 millones de soles, como reparación civil por tres obras, tal como lo declaró en un medio de comunicación; mientras que Odebrecht ha indicado que pagaría 66 millones de dólares, es decir, el duplo de las coimas pagadas en las obras objeto de investigación) debería analizarse esta metodología caso por caso, considerando que en el caso de colaboración eficaz no hay disposiciones legales que establezcan como llegar a dicho *quantum*.

En ese sentido, la metodología propuesta, que es adaptable a todos los casos de colaboración eficaz en donde se investiguen casos de corrupción en el caso de obras públicas o concesiones, puede servir para que se justifique el monto que vaya a determinarse por parte de la Procuraduría Ad Hoc o, de ser el caso, la propia Fiscalía.

1. **Antecedentes**

El acuerdo[[1]](#footnote-1) suscrito entre el Ministerio Público de REPÚBLICA DOMINICANA y la empresa ODEBRECTH S.A., contempla entre otros aspectos, lo siguiente:

1. Odebrecht en los **acuerdos de lenidad** suscritos con Brasil, Estados Unidos de América y Suiza (los ‘Acuerdos de Lenidad"), indicó que “*entre 2001 a 2014 realizó pagos por la suma de más de noventa y dos millones de dólares de los Estados Unidos de América (****US$92,000,000.00****) a funcionarios públicos del gobierno de la República Dominicana, directamente o a través de intermediarios, a los fines de facilitar o asegurar ciertos contratos de construcción de obras de infraestructura en la República Dominicana*" (los "Hechos Declarados y Admitidos").
2. El artículo 6 de la Ley número 448-6 sobre soborno en el comercio y la inversión establece que, en los casos en que el sobornante sea una persona jurídica, será condenado a una multa del **duplo** de las recompensas ofrecidas, prometidas u otorgadas, sin que, en ningún caso, pueda esa multa ser inferior a setenta y cinco salarios mínimos.
3. El Ministerio Público opta por la aplicación de “criterios de oportunidad” y odebrecht se compromete a “cooperar con la investigación en curso” que está siendo realizada por el MP, en aras de determinar los responsables locales de las prácticas de sobornos reconocidos por Odebrecht bajo los Acuerdos de Lenidad.
4. Odebrecht pagará al Estado Dominicano una indemnización ascendente a Ciento Ochenta y Cuatro Millones de Dólares de los Estados Unidos de América (US$184,000,000.00) como resarcimiento de los daños y perjuicios causados al Estado Dominicano por los hechos reconocidos en los Acuerdos de Lenidad, en especial, por los sobornos pagados a funcionarios públicos para obtener la adjudicación de obras de infraestructura, suma que corresponde al **duplo** de las recompensas ofrecidas, prometidas u otorgadas.

Como puede advertirse, el citado acuerdo parte una dato objetivo, esta es, la Ley N°448-6 Sobre el Soborno en el Comercio e Inversión de República Dominicana, cuyo artículo 6 expresamente dispone que *“(...) en los casos que el sobornante sea una persona jurídica, será condenado a una* ***multa del duplo*** *de las recompensas ofrecidas, prometidas u otorgadas (...)”.*

Dicha norma no obstante que regula una pena de multa fue aplicada por el Ministerio Público para determinar el *quantum* de la “reparación civil” en el marco de una colaboración y aplicación de criterios de oportunidad.

Ahora bien, **en el caso peruano** no existe una ley similar que sea aplicable a los casos “bajo investigación”. Por ende, no resulta viable considerar el monto de las sumas indebidamente pagadas (**coimas**), o su duplo, como un parámetro útil a efectos determinar un monto indemnizatorio en el marco de los procesos por colaboración eficaz.

En ese sentido, bajo tales consideraciones y apelando a criterios económicos, mediante el presente documento, se plantea una metodología para la determinación del *quantum* la reparación civil en aquellos procesos.

Imaginemos que a la fecha se tienen 4 procesos penales en marcha, sobre 4 obras distintas de gran envergadura, en el que se investiguen presuntos hechos de corrupción del grupo ODEBRECHT. Asimismo, partamos del supuesto de que sobre las 4 obras se ha tomado conocimiento que la utilidad neta de dicha empresa fue de 600 millones de soles, tal como se señala en el siguiente cuadro:

|  |  |
| --- | --- |
| **PROYECTOS DE OBRAS PÚBLICAS O CONCESIONES** | **UTILIDAD NETA TOTAL DE ODEBRECHT:** |
| 1. Obra 1 | 600 millones |
| 1. Obra 2 |
| 1. Obra 3 |
| 1. Obra 4 |

En base a esos datos, puede elaborarse una metodología para determinar el quantum de la reparación a favor del Estado.

1. **Propuesta y análisis.**

Debe precisar dos conceptos “hecho ilícito” y “sanción”. El primero refiere, en términos genéricos, a la contravención de las normas y el segundo a la consecuencia de las mismas. Asimismo, es necesario indicar que todo sistema punitivo, en esencia, tiene una naturaleza **disuasiva** (preventivo) y **represiva**, es decir, pretende evitar la comisión de ilícitos y, eventualmente, castigar su comisión.

Ahora bien, en un escenario de racionalidad toda sanción a imponer debe evitar que la actividad ilícita sea más rentable que dar cumplimiento a lo dispuesto por el ordenamiento, toda vez que *“(...) una persona comete un agravio si la utilidad esperada excede la utilidad que obtendría empleando su tiempo y recursos en otras actividades”[[2]](#footnote-2),* es decir, tendré más incentivos de incurrir en hechos ilícitos si mis costos son muy bajos en relación a las ganancias que obtendría.

Además, toda sanción que pretenda disuadir y reprimir conductas ilegales debe tener en consideración que las personas racionales tendrán mayores incentivos de incurrir en hechos ilícitos cuando la probabilidad de ser detectado, procesado y sancionado es baja, en sentido, contrario, si un Estado es eficiente y eficaz en detectar, enjuiciar y sancionar a los delincuentes serán escasas las motivaciones de delinquir.

En consecuencia, al momento de imponer una sanción sea cual fuere debe valorarse escrupulosamente el beneficio ilícito y la probabilidad de detección a efectos de determinar su cuantía.

Según doctrina autorizada el pago de **la reparación civil tiene un efecto intimidatorio (disuasivo) y al igual que la pena en sentido estricto es una sanción**[[3]](#footnote-3). En ese sentido, estando a la carencia de criterios para determinar el monto de reparaciones civiles en el marco de los acuerdos de colaboración eficaz resultaría válido aplicar las pautas expuestas precedentemente.

Para tal efecto, se ha de observar lo siguiente:

**El beneficio ilícito (B).-** Es el beneficio real obtenido producto de la comisión de hechos ilícitos, es decir, refiere a aquella ganancia que nunca debió generarse en un escenario de cumplimiento legal. Su cuantificación es sencilla en los hechos que generan rentabilidad.

**Probabilidad de detección (P).-** Refiere a la posibilidad, medida en términos porcentuales, de que la comisión del hecho ilícito sea **detectado, enjuiciado y sancionado**. La elección y asignación de un valor (porcentaje) determinado debe ser motivado apelando a criterios como la **complejidad del caso**, **número de implicados**, **eficacia estatal en la lucha contra la delincuencia**, entre otros.

En ese sentido, a modo de ejemplo, el factor (p) asume el valor de 1 cuando el 100 % de los hechos ilícitos son detectados, enjuiciados y sancionados por el Estado.

Puede asumir los siguientes valores:

|  |  |
| --- | --- |
| **NIVEL DE PROBABILIDAD** | **FACTOR (porcentaje de probabilidad)** |
| TOTAL O MUY ALTA | 1 (100%) |
| ALTA | 0,75 (75%) |
| MEDIA | 0,5 (50%) |
| BAJA | 0,25 (25%) |
| MUY BAJA | 0,1 (10%) |

**Sanción (S).-** Es el *quantum* mínimo que se le podrá imponer a una persona por la comisión del hechos ilícitos. Se obtiene dividiendo el **beneficio ilícito** entre la **probabilidad de detección**. **Entiéndase a la reparación civil como un tipo de sanción.**

Lo expuesto *ut supra*, matemáticamente se expresa de la siguiente manera:

**Donde:**

S= Sanción (Reparación Civil)

B= Beneficio ilícito (obtenido por el administrado al incumplir la norma)

P= Probabilidad de detección (identificar criterios propios de la colaboración eficaz, naturaleza de los delitos, participación de la empresa, complejidad del caso a razón de la cantidad de personas involucradas, entre otros)

1. **Aplicación de la metodología**

El beneficio ilícito se obtiene accediendo a la pericia contable o cualquier otro medio de prueba que contenga el monto de la ganancia neta percibida, este valor es objetivo.

La probabilidad de detección asume valores de 0,1 a 1 dependiendo del caso. La elección de un valor dentro de aquel rango amerita una debida motivación. En el caso de corrupción es muy claro que la capacidad de detección es muy bajo, dado que se desarrolla en un entorno diseñado para ocultar dichas ilegalidades o bajo un patrón criminal muy complejo y sofisticado en cada una de las etapas de la contratación pública.

En el caso concreto el beneficio ilícito asciende a 600, 000 y la probabilidad de detección, considerando la complejidad del caso, número de potenciales implicados y la ausencia de eficacia estatal en la lucha contra este tipo de casos de gran envergadura, asume el valor de 0,25.

Estando a dichos valores procedemos a calcular:

**Observaciones:**

Cuando se considera 0,25 como probabilidad **detección, enjuiciamiento y sanción**, el beneficio ilícito se cuadruplica.

De otro lado, cuando se considera 0,5 como probabilidad **detección, enjuiciamiento y sanción** el beneficio ilícito solo se duplica.

1. **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:**
   1. La reparación civil, conforme a la doctrina citada, tiene una naturaleza de sanción, por ende, su imposición debe tener un efecto disuasivo y represivo, es decir, la reparación civil a favor del Estado no debe estar determinada solamente por el monto (ya sea multiplicado por dos, tres o más veces) de las coimas o sobornos pagados a los funcionarios.
   2. Resulta viable la aplicación de la presente metodología, basada en criterios económicos, a la cuantificación de la reparación civil en el marco de los procesos por colaboración eficaz vinculados a los proyectos citados en los antecedentes del presente documento, toda vez que la normativa vigente aplicable a este tipo de acuerdos no suministra pautas ni metodologías al respecto.
   3. Finalmente, con la aplicación de la metodología propuesta se priva a los responsables de los montos indebidamente percibidos y se castiga su comportamiento probabilístico, toda vez que en un escenario de racionalidad (en el cual actúan los agentes económicos), cuando un sujeto decide vulnerar las normas no sólo evalúa los beneficios que obtendrá a consecuencia de su actuar ilegal, sino también la probabilidad de que eventualmente sea detectado, enjuiciados y condenado.

1. Suscrito el 16 de marzo de 2017 [↑](#footnote-ref-1)
2. BECKER, Gary. *Crimen y Castigo: un enfoque económico*. En: Derecho y economía: una revisión de la literatura. Andrés Roemer (compilador), Fondo de Cultura Económica, México, primera reimpresión 2002, p. 392. [↑](#footnote-ref-2)
3. Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de derecho penal: parte general.* Tercera edición*.* Lima: EDDILI, 2005, p.500. [↑](#footnote-ref-3)