

# Actualidad extranjera

ANÍBAL ZÁRATE<sup>1</sup>

SERGIO CHEMAS VÉLEZ<sup>2</sup>

El pasado 1.º de junio de 2017 se implementaron en Francia las nuevas medidas de transparencia, detección y prevención de la corrupción previstas por la Ley Sapin II<sup>3</sup>. Esta ley, publicada el 10 de diciembre de 2016 en el diario oficial, es la más reciente respuesta del Congreso y del Gobierno de ese país para luchar contra este flagelo.

Transcurridos veintitrés años de la entrada en vigor de la primera Ley Sapin, los franceses se encontraron una vez más con la necesidad de una reglamentación que modernizara y simplificara las operaciones y los controles sobre las actividades económica y política. De acuerdo con el más reciente informe de Transparencia Internacional, que se basa sobre la percepción que de la corrupción tienen actores clave en cada nación examinada, empleando una metodología de encuestas, Francia pasó de ocupar uno de los mejores puestos en el ranking de percepción de la corrupción al obtener el puesto número 23 de 179 países estudiados<sup>4</sup>. Dada la complejidad del fenómeno y en respuesta a un aumento de los niveles percibidos de prácticas corruptas, el ministro de Finanzas, Michel Sapin, el mismo que estuvo a cargo de proponer el proyecto de Ley Sapin I en 1993, ha dicho que el objetivo detrás de la implementación

- 1 Doctor en Derecho Público por la Universidad Paris II, Panthéon-Assas, Paris, Francia. Docente investigador y director del Grupo de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: anibal.zarate@uexternado.edu.co.
- 2 Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Candidato a Magíster en Derecho Comparado con énfasis en Derecho Público de la Universidad Paris I, Pantheon-Sorbonne, y titular de un DSU en Derecho Administrativo de la Universidad Paris II, Pantheon-Assas, Paris, Francia. Asistente investigador del Departamento de Derecho Administrativo Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: sache-mas@gmail.com. Para citar el artículo: ZÁRATE, ANÍBAL, y CHEMAS VÉLEZ, SERGIO. Actualidad extranjera. *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 19, primer semestre, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 19-24. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n19.03>
- 3 La Ley n.º 2016-1691. Nació como proyecto de ley propuesto por el Ministerio de Finanzas, en cabeza de Michel Sapin. La Asamblea Nacional y el Senado deliberaron, y la Asamblea Nacional lo adoptó. Con la decisión del Consejo Constitucional n.º 2016-741 DC del 8 de diciembre de 2016, el presidente de la República, François Hollande, promulgó la ley y ordenó su publicación en el diario oficial para el 10 de diciembre de 2016.
- 4 En el ranking actual de Transparencia Internacional, Colombia ocupa el puesto número 90 de 179.

de la segunda de estas leyes "es poder romper con el círculo vicioso de desconfianza entre los ciudadanos y los actores públicos y privados"<sup>5</sup>.

Pese a que esta ley anticorrupción no constituye el primer intento para frenar la evolución de dicha patología social, siendo posible identificar al menos dos leyes y un número no desdeñable de decretos adoptados durante los últimos cinco años, como lo son la ley del 11 de octubre de 2013 sobre la transparencia en la esfera pública<sup>6</sup> y la del 6 de diciembre de 2013 sobre el fraude fiscal<sup>7</sup>, se cree que puede ser el remedio jurídico a este fenómeno.

Uno de los principales objetivos de la ley consiste en tener un impacto sobre todos los eslabones de la cadena económica<sup>8</sup>, con el fin de incluir aquellas industrias en las que se ha detectado la existencia de prácticas corruptas, así como a agentes grises<sup>9</sup> e incentivos que existen al interior de los mercados. Por consiguiente, las normas que integran la Ley Sapin II contienen varios instrumentos jurídicos que, aunque no hacen parte de una misma disciplina del derecho, se encuentran relacionados por el objetivo común de erradicar y prevenir actos de corrupción en los dispositivos económicos. A manera de ejemplo, se exige una obligación de vigilancia y transparencia a las grandes empresas de más de 500 trabajadores y con ingresos superiores a los 100 millones de dólares, con el propósito de evitar la ocurrencia de malas prácticas al interior de las mismas<sup>10</sup>, al tiempo que se ordena la implementación de un sistema de protección para el "delator" en casos de corrupción y nuevos

5 *Journal la Croix*, "Une nouvelle loi pour plus de transparence économique", 2017, en: <https://www.la-croix.com/Economie/France/Une-nouvelle-pour-plus-transparence-economique-2016-03-30-1200750008> [consultado el 18 de octubre de 2017].

6 Ley n.º 2013-907 sobre la transparencia en la esfera pública. Esta ley busca evitar conflictos de intereses por parte de los agentes públicos y también reglamenta ciertos aspectos de la financiación de la actividad pública. Ella crea la Alta Autoridad para la transparencia en la vida pública, que tiene como propósito supervisar y registrar las declaraciones hechas por los miembros del gobierno. En las declaraciones se tienen que especificar de forma detallada su situación patrimonial al momento de asumir el cargo y sus potenciales conflictos de interés.

7 Ley n.º 2013-1117 sobre la lucha en contra del fraude fiscal y la gran delincuencia económica. Esta ley, más que todo, modifica normas del código penal, del código de procedimiento penal y del código de procedimiento fiscal.

8 Estudios llevados a cabo por entidades nacionales, como el Servicio Central de Prevención de la Corrupción (1993-2016) y por organizaciones como la Asociación Internacional de Autoridades Anticorrupción y el Grupo de Estados en Contra de la Corrupción (GRECO), le brindan apoyo a los Estados miembros en la estandarización de las reglas en la lucha contra la corrupción. El pasado 24 de agosto de 2017, la GRECO tuvo su reunión plenaria de evaluación y implementación de normativas en el que se encargan de identificar lagunas en las legislaciones y en las políticas nacionales y verifican la ejecución por parte de los Estados miembros de las reformas recomendadas por el Grupo.

9 De acuerdo al término acuñado por LUIS JORGE GARAY, *Narcotráfico, corrupción y Estados*, Debate, 2014.

10 Ley Sapin II, artículo 17.

procedimientos para brindar mayor celeridad<sup>11</sup> a los procesos penales, como también mayor severidad en la aplicación de penas<sup>12</sup>.

En el sector público, esta ley de transparencia y anticorrupción pretende facilitar el acceso a la contratación estatal mediante la simplificación de la multiplicidad de normas jurídicas en la materia y la reglamentación de ciertos modelos de selección de contratistas. El texto legal también prevé un registro minucioso de los lobistas y representantes de intereses privados en el Congreso, el cual tiene como finalidad reglamentar sus actuaciones, imprimiendo mayor transparencia a una de las prácticas más controversiales de las democracias modernas<sup>13</sup>.

Desde el derecho de la organización y para que el entramado contra la corrupción previsto en la ley pudiera ser aplicado de manera eficaz, asegurando el cumplimiento de las exigencias contenidas en la reforma, se creó la Agencia

- 11 La Ley Sapin II, en su capítulo segundo, constituye una red de protección integral para el delator (persona física que de buena fe haya denunciado o señalado cualquier acto susceptible de caracterizar faltas que bajo la ley francesa puedan constituir malas prácticas en temas de corrupción), estableciendo prohibiciones para que esta persona no pueda ser sujeto de despido, sanción o de discriminación directa o indirecta, en especial en materia de remuneración o en la evolución de su carrera o de cualquier otra medida desfavorable por parte de su empleador público o privado; y crea una vía directa y expedita para que la persona pueda denunciar ante la jurisdicción laboral cualquier violación de lo anterior.
- 12 En francés, "*lanceur d'alerte*". Concepto inspirado por la figura del "*whistle blower*" de los Estados Unidos, la cual adquiere importancia en la resolución de casos como Enron (Skilling vs. Estados Unidos) y WorldCom (SEC vs. WorldCom Inc.) y por lo mismo se regularía por leyes norteamericanas como la Sarbanes-Oxley Act de 2002 y la Dodd-Frank Act de 2010. (Consejo de Estado, "*Le droit d'alerte: signaler, trahir, protéger*", Estudios del Consejo de Estado-documentación francesa. Adoptados el 25/02/16 por la Asamblea General Plenaria del Consejo de Estado. En: <http://www.conseil-etat.fr/content/download/59086/527939/version/1/file/2016/pdf>). En Francia, la figura del *lanceur d'alerte* acaba de ser reglamentada por el Decreto n.º 2017-564 del 19 de abril de 2017, sobre los procesos de interpretación de las señales emitidas por los delatores que todavía están en situación de infiltrados, y que entrará en vigor el 1 de enero de 2018. Para más sobre este tema, véase la Decisión n.º 2016-741 DC del 8 de diciembre del 2016 en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2016741DC2016741dc.pdf>.
- 13 Los cabilderos tendrán la obligación de inscribirse en un registro de la Alta Autoridad de la Transparencia para la vida pública, precisar quiénes son sus clientes y acatar las prohibiciones de donaciones y regalos. Es decir, los cabilderos pueden todavía realizar gastos en almuerzos y cenas con sus interesados, pero ya, por ejemplo, no podrán asociarse con gastos en tiquetes para convidar a burócratas o políticos al Roland Garros o a tomar vacaciones. Sin embargo, el proyecto inicial de esta ley, antes de la revisión previa de constitucionalidad de la Ley Sapin II, por parte del Consejo Constitucional Francés, iba más allá, y buscaba que los cabilderos tuvieran que, además de lo anterior, reportar los campos y los intereses específicos que estaban promoviendo en nombre de sus clientes, pero por razones de protección del secreto industrial y de la libre competencia en el mercado, el Consejo Constitucional lo declaró inconstitucional.

Anticorrupción<sup>14</sup>. Esta autoridad es la responsable de supervisar y generar planes nacionales para prevenir comportamientos y actos corruptos, así como para ayudar a detectar brotes de corrupción al interior de las entidades públicas y en los dispositivos económicos. Para el cumplimiento de estos fines, esta institución goza de una independencia funcional en el desempeño de sus misiones de vigilancia y control, pudiendo incluso sancionar prácticas corruptas.

Tratándose de la contratación estatal, el cual es sin duda uno de los sectores que más se percibe por la comunidad como escenario de prácticas corruptas, la primera Ley Sapin de 1993 ya incluía mecanismos de prevención de la corrupción en la esfera económica y en los procedimientos públicos. Si bien la Ley Sapin II mantiene el mismo enfoque, integra y ratifica los decretos del 23 de julio de 2015 y del 29 de enero de 2016 relativos a la contratación estatal y al contrato de concesión<sup>15</sup>. De acuerdo con estos decretos, la contratación aparece como mecanismo de intercambio de bienes y servicios en el que el Estado es generalmente el consumidor, y en donde se debe permitir la realización de procesos de selección que garanticen la libre competencia y la igualdad de trato, al tiempo que se evite la contratación de proyectos costosos o que no sean bien ejecutados. Habida cuenta de la importancia que la contratación pública en el desarrollo de los mercados de los países miembros de la Unión Europea, estas preocupaciones y las estrategias de lucha anticorrupción se han replicado en América Latina, pero con base en justificaciones en el derecho administrativo y en los derechos fundamentales a la igualdad y su materialización secundaria en la libertad de empresa, y no con un enfoque primariamente económico. En el caso colombiano, la contratación pública muestra además la existencia de una coyuntura difícil en la que prevalecen y se configuran muchas de las conductas identificadas como actos de corrupción. Pero, ¿es la solución adoptar nuevos reglamentaciones en materia de contratación?

La descontrolada expedición normativa en el derecho colombiano, expuesta en la gran cantidad de normas vigentes y en el incesante reformismo en materia de contratación pública, ha sido uno de los factores que ha dado lugar a que se generen prácticas corruptas en este sector. En la reforma contenida en la Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, se incluyen cambios orientados a prevenir esta prácticas mediante la ampliación de inhabilidades para contratar

14 Capítulo primero de la Ley Sapin II, en el que se establecen las funciones y la estructura de la Agencia. La nueva agencia reemplazó al Servicio Central de Prevención de la Corrupción (SCPC), que fue creado en la anterior Ley Sapin (1993). La orden ministerial del 14 de marzo de 2017 reglamentó la organización interna de dicha agencia. Sobre este tema, ver: <http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-communiqués-10095/communiqués-de-2017-12858.html>.

15 Decretos n.º 2015-899 y n.º 2016-65, respectivamente.

con el Estado, la extensión de la responsabilidad de los partícipes en el sistema de compras públicas y la responsabilidad de los servidores públicos que omiten tomar medidas de carácter sancionatorio contractual ante el conocimiento de hechos de corrupción. Ahora bien, sonados escándalos como los de Odebrecht muestran no solo la insuficiencia que han tenido los mecanismos represivos en derecho nacional, sino la complejidad del fenómeno de la corrupción, en la que los participantes en el negocio corrupto se valen de sofisticadas redes de contactos en distintos países, y cómo a través de diferentes empresas que se constituyen se logran evadir controles y ocultar el beneficio económico derivado del soborno<sup>16</sup>.

Para el caso francés, la Ley Sapin II impone al Gobierno la obligación de crear un código de contratación estatal el cual, según lo dispuesto en el artículo 34, deberá adoptarse en los próximos dos años a partir de su entrada en vigencia. Este código facilitará el acceso a un texto unificado que contendrá todas las disposiciones relativas a la contratación estatal y en el que se tiene previsto abordar los temas de las nuevas modalidades de publicidad y de las fórmulas de competencia que han evolucionado en el seno de la Unión Europea.

Ahora bien, cuando se mira este asunto en contexto y a través de un análisis comparativo, se observa que aún en el marco de la Unión Europea la contratación pública sigue siendo un aspecto que genera inquietud por las oportunidades de corrupción y el desperdicio de recursos que ello implica, aunque en un grado mucho menor de lo que sucede en países en vía de desarrollo como Colombia. Más allá del debate relacionado con una reglamentación de todos los aspectos propios de la contratación estatal, surge el interrogante de si en verdad la discusión debe centrarse en los mecanismos de selección de contratistas o proveedores del Estado, o si por el contrario, es necesario revisar otros aspectos del proceso de contratación, del cual el mecanismo de selección es solamente uno de sus componentes, en la estructura misma del proceso como un conjunto<sup>17</sup>. Esto, con el fin de poder comprender realmente la dimensión del problema y tratar de ofrecer soluciones más integrales, especialmente partiendo de la premisa de que la única manera de cambiar el comportamiento de los partícipes en la contratación pública, y especialmente de las Administraciones públicas, es si se diseñan los incentivos correctos que permitan no sacrificar imperativos de eficacia y eficiencia, por los intereses particulares de

16 Ver "¿Qué es el caso Odebrecht? Claves para entender el millonario escándalo de corrupción", disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/que-es-el-caso-odebrecht-claves-para-entender-el-millonario-escandalo-de-corrupcion-articulo-678886> [consultado el 20 de octubre de 2017]; y "Odebrecht y su telaraña de corrupción", en: <http://www.elespectador.com/noticias/economia/odebrecht-y-su-telarana-de-corrupcion-articulo-671723> [consultado el 20 de octubre de 2017].

17 MÓNICA SOFÍA SAFAR DÍAZ, "Contratación pública y corrupción", en *La corrupción en Colombia*, t. IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia (en imprenta).

los involucrados en el proceso de contratación<sup>18</sup>, de manera que el objetivo principal de cumplimiento de políticas públicas se logre, asunto que, como lo indican algunos doctrinantes, "en nuestro medio actualmente debe tener más relevancia que el logro de un mercado cuasi perfecto con base en la fuerte posición del Estado como consumidor"<sup>19</sup>.

- 18 De acuerdo a la definición empleada por organismos internacionales, la corrupción es entendida como mal uso del poder contrario al interés general. Para el Banco Mundial, la corrupción consiste en un "*abuse of public office for private gain*" (World Bank, *Strengthening World Bank Group Engagement on Governance and Anticorruption*, 2007. p. 67). Las Naciones Unidas encuentra que la corrupción es el abuso de lo público para obtener una ganancia privada, pero añade que esta es el resultado de una "pobre gobernanza" (United Nations Office on Drugs and Crime, *The Global Program Against Corruption: UN Anti-Corruption Toolkit*, 5, 3rd ed., 2004). Entre las organizaciones que definen la corrupción de la misma forma encontramos también al Banco Africano de Desarrollo, al Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, o el Banco Interamericano de Desarrollo, vid. Int'l Fin. Insts. Anti-Corruption Task Force, *Uniform Framework for Combating Fraud and Corruption*, 2006.
- 19 MÓNICA SOFÍA SAFAR DÍAZ, "Análisis económico de la contratación estatal", en *X Jornadas de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 220.