



**Nº 10** RIESGOS DE INCIDENCIA INDEBIDA DE  
INTERESES PARTICULARES EN LA FORMACIÓN DE LAS LEYES

---

ISSN: 1657-7736

COLOMBIA - AMÉRICA DEL SUR  
JULIO 2005

#### **JUNTA DIRECTIVA**

Guillermo Carvajalino Sánchez  
Ramiro Santa García  
Juan Luis Mejía Arango  
Rubén Darío Lizalde Montoya  
Doris Eder de Zambrano  
Andrés Echavarría Olano  
Alejandro Linares Cantillo  
Rodrigo Gutiérrez Duque  
Gustavo Bell Lemus

#### **CONSEJO RECTOR**

Andrés Echavarría Olano  
Alejandro Linares Cantillo  
Rodrigo Gutiérrez Duque  
Gustavo Bell Lemus

#### **DIRECTORA EJECUTIVA**

Rosa Inés Ospina Robledo

#### **TRANSPARENCIA POR COLOMBIA**

Calle 92 N0. 16-30 Oficinas 501, 502 y 304  
Bogotá, D.C. Tel.: 622 6562  
[www.transparenciacolombia.org.co](http://www.transparenciacolombia.org.co)

#### **PARTICIPARON EN ESTE NÚMERO**

COORDINADORA DE LA INVESTIGACIÓN  
Marcela Rozo Rincón

GRUPO ASESOR  
Gustavo Bell Lemus  
Humberto de la Calle Lombana  
Gustavo González  
John Cardona  
Roberto Gutiérrez  
Elisabeth Ungar  
Oscar Iván Zuluaga

INVESTIGADOR PRINCIPAL - PRIMERA ETAPA  
Universidad de los Andes  
Profesor Germán Ruiz  
Facultad de Ciencia Política

ASISTENTES DE INVESTIGACIÓN  
Paola Andrea Arjona  
Jenny Martínez

ASISTENTE DEL PROYECTO  
Paola Andrea Zúñiga

AGRADECIMIENTO ESPECIAL A  
Marta Lucía Tamayo Rincón

ASESORIA EDITORIAL  
Jannette Bonilla Torres

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN  
Victoria Peters Rada

ESTUDIO REALIZADO CON  
EL APOYO FINANCIERO DE



**National Endowment  
for Democracy**  
*Supporting freedom around the world*

# C O N T E N I D O

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	4
<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	6
<b>II. CARACTERÍSTICAS GENERALES Y OBJETIVOS DEL ESTUDIO</b> .....	9
<b>III. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN</b> .....	11
<b>IV. MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL</b> .....	15
<b>V. MAPA DE RIESGOS DE INCIDENCIA INDEBIDA</b> .....	51
1. FALTA DE TRANSPARENCIA .....	55
2. ALTA DISCRECIONALIDAD.....	58
3. VACÍOS, TRANSGRESIONES E INCUMPLIMIENTO DE LA LEY QUINTA DE 1992 .....	59
4. INEFICACIA E INEFICIENCIA EN EL PROCEDIMIENTO .....	61
5. FALTA DE CLARIDAD DE LA FIGURA DE CONFLICTO DE INTERESES .....	62
6. PRACTICAS INDEBIDAS DE CULTURA POLÍTICA .....	63
7. DEBILIDADES TÉCNICAS DE LOS CONGRESISTAS Y SUS UNIDADES DE TRABAJO LEGISLATIVO UTL'S .....	65
8. EJERCICIO DESORGANIZADO DEL CABILDEO .....	66
MATRIZ DEL MAPA DE RIESGOS .....	68
<b>VI. CARACTERIZACIÓN DE RIESGOS EN LOS PROCESOS LEGISLATIVOS ESTUDIADOS</b> .....	77
1. TRÁMITE DE LA LEY 550 DE 1999 .....	78
2. TRÁMITE DE LAS LEYES 788 DE 2002 Y 863 DE 2003 .....	97
3. TRÁMITE DE LOS PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO 05 DE 2000 Y 05 DE 2001 .....	122
<b>VII. RECOMENDACIONES</b> .....	141
<b>VIII. ANEXOS</b> .....	151
1. VACÍOS DE LA LEY QUINTA DE 1992 SENADOR DARÍO MARTÍNEZ .....	152
2. FALTA DE TRANSPARENCIA EN EL PROCESO LEGISLATIVO DRA. ELISABETH UNGAR.....	160
3. AUSENCIA DE REGLAS EN EL CABILDEO DR. JUAN MARTÍN CAICEDO FERRER.....	164
4. LIMITACIONES DE LA FIGURA DEL CONFLICTO DE INTERESES SENADOR ANDRÉS GONZÁLEZ .....	168
5. FINANCIACIÓN DE CAMPAÑAS Y PARTIDOS POLÍTICOS DR. HUMBERTO DE LA CALLE LOMBANA. ....	171
<b>VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	191

## PRESENTACIÓN

Para Transparencia por Colombia es muy gratificante presentar la edición N. 10 de la *Colección Cuadernos de Transparencia*. Esta recoge los resultados de más de un año y medio de intenso y riguroso trabajo de investigación, análisis y discusión con múltiples actores sobre los principales riesgos de incidencia indebida de intereses particulares a los que se encuentra expuesta la formación de las leyes en Colombia.

El estudio, realizado con el apoyo de financiero de National Endowment for Democracy, busca entender y ejemplificar las consecuencias que tiene para la formación de las leyes la influencia indebida de intereses particulares por encima del interés general, mediante el uso de mecanismos como el cabildeo y la financiación privada de campañas políticas, entre otros. Pretende también aportar a la comprensión del problema de la *Captura del Estado*, alimentar el debate sobre el tema, e impulsar medidas y reformas por parte del gobierno y del Congreso de la República que aumenten la independencia, la transparencia y la rendición de cuentas en nuestro sistema legislativo.

Para la investigación se partió del análisis de tres procesos legislativos de gran impacto para el país y por ello fácilmente vulnerables a la incidencia de presiones por parte de intereses particulares: la ley 550 conocida como “ley de quiebras”, las leyes 788 de 2002 y 863 de 2002 relacionadas con “reformas tributarias” y los actos legislativos 05 de 2000 y 05 de 2001 que buscaban la “desaparición o modificación de la Comisión Nacional de Televisión”.

La caracterización de los riesgos de incidencia indebida se recoge en un *mapa de riesgos* construido de manera colectiva a partir de talleres y entrevistas, en las que participaron expertos en temas legislativos, congresistas, organizaciones sociales y funcionarios del sector público, y mediante el estudio minucioso de todas las actas de las comisiones y plenarias de cada uno de los procesos analizados. De ahí la importancia del valor testimonial del estudio. De esta manera, el mapa de riesgos muestra los factores de carácter político e institucional que facilitan que los grupos de interés, públicos y privados, incidan en el análisis y aprobación de los proyectos de ley para favorecer sus intereses particulares sobre el interés colectivo. Permite identificar amenazas y vulnerabilidades en el proceso legislativo. Es un referente que puede aportar al diseño y puesta en marcha de medidas preventivas que blinden el proceso legislativo contra los riesgos identificados.

El estudio arroja inicialmente tres conclusiones importantes para el ejercicio de construcción de país en que estamos empeñados colombianas y colombianos:

1. Es claro que el Legislativo en Colombia se ha venido debilitando sistemáticamente frente a los otros poderes del Estado y por ello se ha hecho cada vez más susceptible a presiones indebidas.
2. Hoy tienen más peso, en el trámite legislativo, la interpretación personal y los compromisos políticos que la pormenorizada reglamentación que ofrecen la Constitución Nacional y las respectivas Leyes; las abundantes conductas indebidas se ven favorecidas por el sistemático incumplimiento de las reglas del juego de quienes intervienen en el proceso legislativo, sean ellos congresistas, representantes del Ejecutivo o voceros de grupos específicos de interés.
3. La sociedad civil, como veedora por excelencia de los asuntos de interés general y público, es la gran ausente en el seguimiento y monitoreo al ejercicio legislativo; los actores en el Congreso no asumen a la sociedad civil como un interlocutor exigente al cual rendirle cuentas de sus actos.

La situación encontrada a través del estudio resulta a todas luces peligrosa para el país y para el funcionamiento de un adecuado Sistema Nacional de Integridad, en el que el Legislativo es uno de los pilares fundamentales. Por ello, el Estudio también formula un conjunto de recomendaciones para que la clase dirigente, los sectores políticos, el Estado mismo y la sociedad civil en su conjunto piensen caminos para mejorar la democracia mediante el fortalecimiento de la institución congresional.

Para que el Congreso pueda recuperar su esencia como fiel representante de los intereses colectivos y pueda ejercer de manera legítima su labor legislativa, es necesario adelantar una reforma estructural que pasa, entre otros aspectos, por la definición de reglas claras y precisas frente al ejercicio del cabildeo y a los conflictos de intereses, mayor acceso efectivo de la sociedad a la información legislativa, una más amplia participación ciudadana en los debates, un compromiso de los actores en el proceso de formación de las leyes con la rendición de cuentas a la sociedad civil para que ésta pueda hacer un seguimiento juicioso a la labor de los congresistas, y un Congreso más calificado y más técnico, más abierto, más transparente y más respetuoso.

Por último, quiero agradecer el sistemático y permanente aporte del grupo asesor del estudio, así como las invaluable contribuciones de los panelistas que participaron comentando los resultados del mismo, las cuales también se recogen en esta publicación.

*Rosa Inés Ospina Robledo*

DIRECTORA EJECUTIVA

Mientras las reglas del juego que posibilitan influencias indebidas de intereses particulares en el Congreso y en los partidos políticos no se modifiquen, cualquier intento de solución de otros problemas no contará con una base institucional que garantice procesos más íntegros y transparentes para la toma de decisiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Colombia debe introducir cambios ambiciosos en algunos aspectos del funcionamiento de su régimen político para reducir los riesgos de corrupción<sup>1</sup> en sus instituciones. Mientras las reglas del juego que posibilitan influencias indebidas de intereses particulares en el Congreso y en los partidos políticos no se modifiquen, cualquier intento de solución de otros problemas no contará con una base institucional que garantice procesos más íntegros y transparentes para la toma de decisiones.

La ciudadanía colombiana percibe un creciente desequilibrio entre las Ramas del Poder Público: por una parte, el Legislativo, instancia determinante de la democracia efectiva, se ha venido debilitando y por ende,

1 Para efectos de esta investigación se adoptará la definición de corrupción que manja Transparencia por Colombia. La corrupción es entendida como “el abuso de posiciones de poder o de confianza, para beneficio particular en detrimento del interés colectivo, realizado a través de ofrecer o solicitar, entregar o recibir, bienes en dinero o en especie, en servicios o beneficios, a cambio de acciones, decisiones u omisiones”.

perdiendo capacidad y poder, y por otra, los poderes del Ejecutivo se han venido fortaleciendo en detrimento de funciones propias del Congreso, en especial de aquellas que definen su razón de ser, como son la legislativa y el ejercicio del control político.

Esta asimetría entre los poderes públicos no se limita a la dinámica propiamente política, también está relacionada con la capacidad técnica de uno y otro poder. El Legislativo no sólo es débil frente al Ejecutivo, sino también frente a los intereses del sector privado. Este último cuenta con mayor información y capacidad de análisis, ubicándose en una posición de ventaja frente al Legislativo.

En esta misma línea, la asimetría del Congreso frente al Ejecutivo se profundiza porque la iniciativa legislativa se está desplazando cada vez más del Parlamento al Ejecutivo, y en muchas ocasiones, la agenda legislativa es determinada por el Ejecutivo a través de los mensajes de urgencia con que son radicados los proyectos de iniciativa gubernamental, por lo general, al final de la legislatura, con frecuencia, debatidos sin la suficiente información.

Sumado a lo anterior, la falta de regulación sobre la manera cómo los intereses particulares pueden influir en el Legislativo, ha ocasionado que determinados grupos de interés, por su mayor poder económico, político o de otro tipo, logren una influencia desequilibrada en el proceso legislativo. En muchos casos, gracias a la financiación de las campañas electorales que llevan a los miembros del Congreso a sus cúreles.

Pareciera que estos problemas están en el régimen y no en las personas. Es el régimen político el que impide un mayor fortalecimiento institucional del Congreso, reduciendo las posibilidades de adelantar un ejercicio más técnico en el trabajo legislativo; esto porque privilegia la iniciativa individual sobre cualquier intento por defender intereses colectivos y/o partidistas.

La iniciativa legislativa se está desplazando cada vez más del Parlamento al Ejecutivo, y en muchas ocasiones, la agenda legislativa es determinada por el Ejecutivo.

## ¿QUÉ HACER FRENTE A LAS DIFICULTADES DEL CONGRESO PARA CUMPLIR CON MAYOR RIGUROSIDAD Y TRANSPARENCIA SUS FUNCIONES?

- s Generar institucionalidad.
- s Lograr que el Congreso fortalezca sus capacidades para abordar el cumplimiento de su verdadera esencia.
- s Permitir que su poder no resida en las prebendas que le puede ofrecer el Ejecutivo, ni en la financiación de las campañas y los partidos por parte de intereses privados.
- s Constituirse en el vocero reconocido y legítimo de los intereses de la sociedad, como contrapeso en el difícil balance de la acción de los Poderes Públicos.

Para enfrentar este desafío es necesario recurrir al principal patrimonio con el que cuenta el Congreso: los mismos congresistas y el trabajo que hoy desarrollan ya muchos de ellos, pero que debe convertirse en el signo de la mayoría.

Para enfrentar este desafío es necesario recurrir al principal patrimonio con el que cuenta el Congreso: los mismos congresistas y el trabajo que hoy desarrollan ya muchos de ellos, pero que debe convertirse en el signo de la mayoría.

El Congreso debe ser reconocido por los colombianos y colombianas, como el escenario por excelencia de las grandes decisiones políticas, de la confrontación de ideas, del surgimiento y consolidación de líderes, espacios, movimientos y partidos políticos representativos de las fuerzas sociales tradicionalmente excluidas de los procesos de toma de decisiones. En otras palabras, es inaplazable la efectiva y profunda modernización y fortalecimiento institucional del Congreso como institución democrática por excelencia.

## II. CARACTERÍSTICAS GENERALES Y OBJETIVOS DEL ESTUDIO

Con el interés de aportar al análisis de los aspectos principales en los cuales se debería centrar este cambio político e institucional, la Corporación Transparencia por Colombia –como organización de la sociedad civil dedicada a la construcción de lo público en el país como estrategia central en la lucha contra la corrupción–, desarrolló, con el apoyo financiero de “*National Endowment for Democracy*”, un estudio dirigido a identificar los principales riesgos de incidencia indebida a que está expuesto el proceso de formación de las leyes.

En este estudio, por incidencia indebida de intereses particulares se entiende la acción de agentes privados, grupos de interés o presión y funcionarios públicos con intereses propios que tratan de incidir en el proceso de elaboración o de implementación de las leyes, de manera directa o a través del Gobierno o congresistas, para obtener beneficios privados, en contra del interés general.

Con base en el análisis de *reglas y prácticas* asociadas al proceso legislativo en Colombia y del estudio detallado de tres procesos de trámite

El mapa muestra los factores de carácter político e institucional que facilitan que los grupos de interés, tanto del sector público como privado, logren incidir en la formulación, estudio, aprobación e implementación de los proyectos de ley, para intentar favorecer su interés particular sobre el interés general.

legislativo, seleccionados por considerar que pudieron haber sido particularmente vulnerables a la incidencia de grupos de interés<sup>1</sup>, la investigación permitió la construcción de un mapa de riesgos de incidencia indebida de intereses particulares en el proceso de formación de las leyes.

El mapa muestra los factores de carácter político e institucional que facilitan que los grupos de interés, tanto del sector público como privado, logren incidir en la formulación, estudio, aprobación e implementación de los proyectos de ley, para intentar favorecer su interés particular sobre el interés general.

A su vez, la construcción y debate del contenido de este mapa de riesgos con diversos actores sociales ha permitido derivar unas primeras conclusiones y recomendaciones que Transparencia por Colombia entrega al país.

### OBJETIVOS DEL ESTUDIO

- s Aportar elementos que permitan profundizar en la identificación de los riesgos de incidencia indebida que amenazan al proceso legislativo en Colombia.
- s Alimentar el debate sobre medidas que garanticen el fortalecimiento y legitimación del Poder Legislativo como institución central en nuestro sistema democrático, el cumplimiento de sus objetivos institucionales y el mejoramiento de su credibilidad frente a la ciudadanía.

<sup>1</sup> Las leyes y actos legislativos sobre los cuales se desarrolló la investigación están reseñadas en el Capítulo 3: Metodología de la Investigación.

### III. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

**P**ara caracterizar los riesgos de incidencia indebida de intereses particulares en el proceso de formación de las leyes, se adelantaron los siguientes pasos:

1. *ANÁLISIS DE CONTEXTO:* a partir de una revisión de la Ley 5° de 1992, Reglamento Interno del Congreso, se identificaron las diferentes etapas del proceso legislativo para ubicar allí los momentos críticos del trámite, asociados a la toma de decisiones, que serían la base para identificar posibles eventos de incidencia indebida de intereses particulares en los procesos estudiados.
2. *SELECCIÓN DE LOS PROCESOS LEGISLATIVOS A ESTUDIAR:* con base en la relación de leyes aprobadas en el Congreso en las últimas cinco legislaturas (1999-2003), se revisó en registros de prensa (periódicos y revistas de opinión calificada) cuáles produjeron un mayor debate y fueron objeto de observaciones por parte de columnistas, editorialistas, congresistas, gobierno, o sector privado. De esta revisión resultaron nueve leyes pre-seleccionadas. Posteriormente, se definieron tres criterios que

**S**e reconstruyeron las diferentes etapas del trámite legislativo de las leyes seleccionadas, así como los momentos previos y posteriores al trámite de los mismos.

Con base en estas categorías analíticas y con el objetivo de visualizar la caracterización de los riesgos de incidencia indebida, se organizó un mapa de riesgos en una matriz que combina las diferentes categorías de riesgo con las etapas del proceso legislativo.

permitieron seleccionar los tres procesos legislativos objeto de estudio. Estos criterios fueron los siguientes:

- s *Focalización*: las leyes debían permitir identificar de manera concreta los temas críticos que podían haber motivado a los intereses particulares a intentar influir en los contenidos de las mismas.
- s *Modalidad de incidencia*: las leyes debían contribuir a caracterizar: (i) la influencia ejercida por parte de intereses privados, y (ii) la influencia ejercida por parte del mismo Estado, esto es, incidencia de otras instancias del poder público, o de los propios congresistas, para que se aprobara o no una decisión.
- s *Visualización de riesgos en distintos momentos del trámite*: el proceso de formación debía reconstruirse desde la concreción de la iniciativa, la formulación del proyecto de ley, los debates en comisiones, plenarias y en comisión de conciliación, así como su reglamentación e incluso ejecución, cuando en esta etapa se concretaran los riesgos.

Los siguientes fueron los procesos legislativos seleccionados:

- s *LEY 550 DE 1999*. "Por la cual se autoriza un régimen que promueva y facilita la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley", llamada la ley de intervención económica.
- s *LEY 788 DE 2002*. "Por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial y se dictan otras disposiciones" y Ley 863 de 2003 "Por la cual se establecen normas tributarias, aduaneras, fiscales y de control para estimular el crecimiento económico y el saneamiento de las finanzas públicas", las dos reformas tributarias de la administración Uribe.
- s *LOS PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO 05 DE 2000 Y 05 DE 2001*. "Mediante los cuales se modifican los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución

Política de Colombia", que pretendían eliminar o modificar la Comisión Nacional de Televisión, CNTV.

3. *DOCUMENTACIÓN DE LOS PROCESOS SELECCIONADOS:* El método de investigación se desarrolló a partir de dos técnicas: la documental y la de campo.
- s *La técnica documental:* permitió recopilar la información para construir el marco teórico y conceptual que sustenta la investigación, al igual que reconstruir el trámite que siguieron en el Congreso las leyes seleccionadas. Se consultaron libros, monografías, tesis de grado, artículos de revistas y periódicos, textos de los proyectos y sus modificaciones, sustentaciones de motivos, ponencias y actas de los debates en comisiones y en plenarias.
  - s *La técnica de campo:* con el propósito de complementar el material documental y cualificar el estudio, se desarrollaron 25 entrevistas en profundidad, de carácter estrictamente confidencial por el tipo de información aportada<sup>1</sup> a actores del proceso de formación de las leyes en estudio: ocho Senadores, cuatro Representantes a la Cámara, tres asesores de unidades de trabajo legislativo, dos secretarios de comisión, dos lobbistas y seis expertos en los temas asociados a los procesos legislativos, tres que han trabajado con el sector público y tres del sector privado.<sup>2</sup> Estos testimonios son uno de los insumos más importantes del estudio, pues sirven de soporte para la explicación de cada uno de los riesgos identificados en el mismo. Hasta donde fue posible, se trianguló la información con fuentes secundarias documentales y se corroboró la información testimonial en forma permanente a lo largo del proceso de recolección de la misma información.

---

1 Entrevista de tipo personal no estructurada que se realiza en estudios donde el problema a investigar se relaciona con aspectos confidenciales o delicados, o cuando la presión de un grupo puede afectar las respuestas del entrevistado.

2 Las entrevistas tuvieron un promedio de duración de 90 minutos y fueron realizadas entre mayo y agosto de 2004.

El proceso de documentación permitió recoger información relevante, no solo sobre los tres casos particulares, sino también sobre el proceso legislativo en general.<sup>3</sup>

4. *CONSTRUCCIÓN Y VALIDACIÓN DEL MAPA GENERAL DE RIESGOS DE INCIDENCIA INDEBIDA*: A partir de la información recolectada, se construyó el mapa de riesgos de incidencia indebida en la formación de leyes, el cual se organizó en una matriz que recoge, en un sentido, las distintas etapas del trámite legislativo, y en el otro, las principales categorías analíticas alrededor de las cuales se pueden clasificar los riesgos identificados.

El mapa así construido se discutió y complementó con los elementos obtenidos de su revisión por parte de congresistas y asesores de congresistas, expertos en el trámite legislativo, organizaciones de la sociedad civil que realizan labores de cabildeo en el Congreso, funcionarios del ejecutivo que sirven de enlace con el Congreso y académicos conocedores del tema legislativo.

Con base en los anteriores elementos metodológicos, Transparencia por Colombia abordó los procesos de investigación, análisis e interpretación de la información recolectada.

---

<sup>3</sup> La recolección de la información para la investigación se realizó entre los meses de febrero y septiembre de 2004. El informe final tiene fecha de corte en marzo de 2005, por tanto modificaciones posteriores en la legislación nacional no son tenidas en cuenta en el mismo.

A large, light gray, stylized graphic of an eye or a face, composed of simple curved shapes, occupies the background of the page. It is centered horizontally and vertically.

## **IV. MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL**

---

El Estado colombiano ha adoptado como esquema básico de organización del poder público, el resultado de la aplicación de la teoría de la separación de los poderes de Montesquieu.

La investigación utiliza el enfoque *neoinstitucionalista*, que aporta a la comprensión del proceso de análisis y aprobación de los proyectos de ley y de los actos legislativos en el Congreso de la República, teniendo en cuenta los marcos de *incentivos, restricciones y sanciones* impuestos a los actores por las reglas del juego. Una aproximación a los riesgos que podrían favorecer una incidencia indebida nos indicaría cambios en algunos aspectos del proceso de formación de las leyes que sería importante abordar para prevenir este tipo de incidencia. Antes de desarrollar este argumento, presentamos una breve aproximación al modelo institucional vigente.

## 1. EL CONGRESO, SUS FUNCIONES E IMPORTANCIA

En una democracia la separación de poderes busca la especialización de las labores dentro del Estado, para responder de la mejor manera a la teoría de gobernar con responsabilidad social. *“El Estado colombiano ha adoptado como esquema básico de organización del poder público, el resultado de la aplicación de la teoría de la separación de los poderes de Montesquieu, con las adaptaciones sobre el reconocimiento de un solo*

*poder y la colaboración entre sus diferentes ramas”*. En ese sentido, al legislativo, al ejecutivo y al judicial les corresponde hacer la ley, aplicarla y resolver los conflictos que resulten de su aplicación.

La rama legislativa tiene como atributos: *“su naturaleza asamblearia que hace referencia a su carácter colegiado; su condición permanente que le otorga cierta autonomía ya que [sic.] no está limitado por decisiones externas produciendo un flujo decisional continuo; y por último, su pluralismo interno en el que existe una diversidad de ‘voces’ que están reglamentadas en una normatividad que permite como mínimo la expresión de la oposición”*.<sup>2</sup>

Dichas características dan origen a tres funciones: la de representación, la legislativa y la de fiscalización y control. La primera, implica ser la voz de los ciudadanos en la toma de decisiones. Esto convierte al parlamento en un espacio privilegiado de deliberación, en donde los grupos sociales pueden dar a conocer sus intereses y resolver conflictos. Así se garantiza que dentro del debate no sólo se aseguren los intereses sociales y el bien común, sino que la oposición pueda tener un espacio de opinión.

La segunda, corresponde al establecimiento de un sistema normativo para el funcionamiento social, en el que las leyes se hagan de acuerdo con el interés nacional. Para cumplir con esta función el parlamento se convierte en un espacio de negociación donde *“(...) los representantes y grupos sociales logren un consenso acerca del marco legal que ha de regir el trasfondo político, económico, social y cultural de la nación”*.<sup>3</sup> De lo contrario, las leyes podrían ser censurables porque crearían privilegios y rentas que no son compatibles con el principio según el cual las personas tendrían la misma probabilidad de ser afectados por las mismas. Es decir, los individuos no serían sujetos de la ley en igualdad de condiciones.

1 RODRÍGUEZ, Libardo. Estructura del poder público en Colombia. Editorial Temis S.A. Bogotá. Colombia. 1999. Segunda Reimpresión de la séptima edición, p. 3.

2 COTTA, Maurizio. Parlamentos y representación. En: PASQUINO, Gianfranco. Manual de ciencia política. Madrid: Alianza, 1990. p. 268.

3 TICKNER, Arlene y MEJÍA, Oscar. Congreso y democracia en los países de la región andina. Deficiencias estratégicas. OEA, CEI y Ediciones Uniandes. 1997. p. 403.

Esto convierte al parlamento en un espacio privilegiado de deliberación, en donde los grupos sociales pueden dar a conocer sus intereses y resolver conflictos.

La importancia de los parlamentos radica en que son instituciones representativas del sistema social, cuya función principal es construir un marco normativo en el que se regulen las relaciones sociales, se preserve el equilibrio de los poderes, y se garantice una toma de decisiones transparente.

La tercera, implica asegurar la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos, así como evitar la concentración del poder y controlar las acciones de las otras ramas, principalmente las del poder ejecutivo.

En ese sentido, la importancia de los parlamentos radica en que son instituciones representativas del sistema social, cuya función principal es construir un marco normativo en el que se regulen las relaciones sociales, se preserve el equilibrio de los poderes, y se garantice una toma de decisiones transparente.

Formalmente, el Congreso dentro del balance de los poderes públicos, tiene funciones definidas y tendría la capacidad para ejercerlas con independencia y en equilibrio con los otros poderes. Adicionalmente, la Constitución de 1991 incidió en lograr un mayor balance a favor del legislativo; sin embargo, las reglas informales determinan que la rama legislativa no posea tal independencia y que el ejecutivo mantenga una predominancia en el balance de poderes en Colombia. En esto juega un papel fundamental la orientación del gasto público, que permite al ejecutivo privilegiar a algunos sectores del Congreso con el fin de movilizar decisiones de su interés, afectando la debida independencia entre estas dos ramas del poder público.

Ahora bien, para entender el funcionamiento del Congreso es necesario realizar una diferenciación conceptual entre el Congreso como institución y el Congreso como organización.

Siguiendo a Prats<sup>4</sup>, el *Congreso como institución* es el sistema de convicciones, valores, principios y reglas de juego correspondientes, incluidas tanto las reglas formales como las informales, que determinan las funciones a desempeñar por la institución parlamentaria: los procesos de elección de sus miembros, el estatuto de los mismos, las pautas básicas de su funcionamiento, así como los modos de relación con los demás poderes

4 PRATS, Joan. Op cit. p. 233.

del Estado, con la sociedad, y los actores sociales en general. En este contexto, se debe evaluar de acuerdo con los valores a los que responde como institución los aspectos de: representación del pluralismo y construcción de consensos, seguridad jurídica, eficiencia económica, equidad, dirección de la sociedad, entre otros.

El Congreso *como organización* se refiere a una realidad diferente: es el conjunto de recursos humanos, financieros, tecnológicos, de competencias y capacidades, que en un momento dado se pone al servicio de las funciones de la institución parlamentaria. El congreso como organización se valora según el cumplimiento de sus fines y objetivos: servir de instrumento para el cumplimiento de las funciones mismas de la institución.

La organización y gestión eficaz y eficiente de estos recursos, capacidades y competencias, es un aspecto clave de la fortaleza o debilidad de los legislativos. Pero resulta radicalmente insuficiente si no se acompaña de una estrategia de fortalecimiento institucional.<sup>5</sup>

## 2. FORMACIÓN DE LEYES: ¿RACIONALIDAD INDIVIDUAL O FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL?

Se han hecho varios intentos por teorizar y entender cuáles son los factores que motivan a los individuos, los gobiernos y las sociedades, a actuar de una u otra manera. En el caso del trámite de una ley, todos los tipos imaginables de incentivos que puedan afectar a individuos, grupos e instituciones que intervienen en su formación, han de entrar, seguramente, a jugar uno u otro papel. No obstante, dependiendo de variadas circunstancias, una pauta específica de motivación tendrá mayor peso y marcará el resultado: la ley. De esto se desprende que las decisiones sociales en torno a una ley estén enmarcadas en concepciones de la sociedad que reflejan de cierta manera posiciones teóricas e ideológicas específicas.

---

5 Ibid. p. 233.

En el caso del trámite de una ley, todos los tipos imaginables de incentivos que puedan afectar a individuos, grupos e instituciones que intervienen en su formación, han de entrar, seguramente, a jugar uno u otro papel.

En el neopluralismo, se reconoce que sólo un limitado rango de grupos sociales dispone del poder y de los recursos para influir en la creación de políticas, es decir, en la formación de las leyes. Aquí juegan un papel privilegiado los grupos empresariales.

En las páginas siguientes nos referiremos brevemente a dichas perspectivas con el ánimo de ilustrar distintos enfoques sobre las opciones que tiene una sociedad para abordar decisiones tan complejas, como las que entrañan la formación de las leyes. Afirmamos desde el título mismo de este documento que el proceso legislativo colombiano está expuesto a riesgos incidencia indebida por parte de intereses particulares y creemos que esto se da porque no se asigna la importancia debida a las instituciones formales. Surge entonces una pregunta: ¿de qué modo los factores institucionales moldean el proceso de formación de las leyes en Colombia? La respuesta puede empezar a plantearse mediante un sucinto examen de algunos enfoques teóricos que nos ayuden a identificar los factores determinantes de las decisiones legislativas en el país.

La investigación de las relaciones entre el Estado y los intereses sociales (intermediación de intereses) estuvo dominada durante mucho tiempo por diferentes versiones del *pluralismo*, desafiado en los años setenta por la teoría *neocorporativista*<sup>6</sup>. A grandes rasgos, el pluralismo defiende la libre competencia como el mejor acuerdo político que puede lograrse. El poder está disperso entre varios grupos de la sociedad que tienen capacidades diferentes y representan intereses diversos; es mediante los organismos y las instituciones gubernamentales que se dirimen los conflictos, actuando el Estado como un árbitro imparcial. En una versión más refinada del pluralismo, en el *neopluralismo*, autores como Charles Lindblom, reconocen que sólo un limitado rango de grupos sociales dispone del poder y de los recursos para influir en la creación de políticas, es decir, en la formación de las leyes. Aquí juegan un papel privilegiado los grupos empresariales<sup>7</sup>.

6 SCHMITTER, Philippe C. and LEHMBRUCH, Gerhard. Trends Towards Corporatist Intermediation. Beverly Hills/London: Sage, 1979.

7 “Para entender el carácter de la política en los sistemas orientados por el mercado no se requiere, sin embargo, ninguna teoría conspiratoria de la política, ninguna teoría sobre los orígenes sociales comunes que unen al gobierno y a los empresarios, ningún debate elemental acerca de una élite del poder establecida por fuerzas encubiertas. Para cumplir su trabajo, los grupos económicos simplemente necesitan incentivos y, por lo tanto, una posición privilegiada en el gobierno y la política”. LINDBLOM, Charles E. Politics and Markets. The World’s Political-Economic Systems. Nueva York: Basic Books, Inc., Publishers, 1977. p. 175. (Traducido por los autores).

Algunos autores definen el *corporativismo* como un sistema en el cual el gobierno concede el reconocimiento oficial a un número limitado de asociaciones de interés, lo que se traduce en una representación monopolista de un sector de la economía y la sociedad ante las autoridades públicas. Dada la complejidad de nuestras sociedades, la idea central de la teoría corporativa es la necesidad de cooperación y de coordinación entre el Estado, el gran capital, los grandes propietarios y los sindicatos más importantes. La finalidad de tal sistema sería la satisfacción de los intereses nacionales, en un contexto donde *“la política pública se moldea por la interacción entre el Estado y los grupos de interés o los grupos reconocidos por el Estado”*<sup>8</sup>. Este enfoque no aporta mucho para entender la incidencia de los intereses particulares en el proceso legislativo en Colombia, porque en el país no se ha desarrollado un sistema capitalista suficientemente sólido que permita que el mercado “solucione” las decisiones de producción, distribución y bienestar. Más bien, sigue predominando una mentalidad rentista que busca transferir riqueza por la vía del control del Estado. Entonces, aunque se presenta cierta competencia corporativista por el control de las decisiones, la debilidad del Estado<sup>9</sup> y la baja incidencia del mercado terminan facilitando que aquellas fuerzas que tienen mayor capacidad de acceso a las instancias de poder incidan de manera estratégica en el diseño de una ley.

Otra concepción que vale la pena mencionar es la del *estatismo*<sup>10</sup>. Se trata, generalmente, de una visión según la cual los problemas morales y sociales no deben ser solucionados por el esfuerzo individual, sino por el Estado. Desde este punto de vista, las instituciones no gubernamentales de

Aunque se presenta cierta competencia por el control de las decisiones, la debilidad del Estado y la baja incidencia del mercado terminan facilitando que aquellas fuerzas que tienen mayor capacidad de acceso a las instancias de poder incidan de manera estratégica en el diseño de una ley.

8 HOWLETT, Michael and RAMESH, M. *Studying Public Policy: Policy Cycles and Policy Subsystems*. Toronto: Oxford University Press, 1995. p. 37. (Traducido por los autores)

9 Debilidad asociada a que “la actual crisis política colombiana es consecuencia de la debilidad del Estado, debido a su incapacidad histórica para integrar el territorio nacional y establecer el monopolio legítimo de la fuerza y de la producción de regulaciones. Por ello, el Estado colombiano no integra ni cohesiona la población ni el territorio, y ha reducido su capacidad para mediar y canalizar los conflictos y tensiones sociales...”. ORJUELA, Luis Javier. La debilidad del Estado colombiano en tiempos del neoliberalismo y el conflicto armado, *Revista Colombia Internacional*, número 49/50, Departamento de Ciencia Política, Universidad de Los Andes.

10 Para profundizar en esta teoría véase CAMMACK, Paul. *Statism, New Institutionalism, and Marxism*. The Socialist Register. London: Merlin Press, 1990.

la sociedad desarrollan una exagerada e insana confianza en la capacidad de las estructuras políticas para remediar los problemas citados. El estatismo afecta de manera directa el principio de subsidiariedad<sup>11</sup> y la esfera de soberanía. La resolución de los problemas sociales, aseguran sus teóricos, debe obtenerse a través de medidas legislativas, cuyo cumplimiento dependerá de la riqueza económica, el capital humano y el poder de coacción del Estado. Mencionamos este enfoque porque formalmente, en Colombia, en la mayoría de los casos, se invoca al Estado para garantizar la defensa del interés público, pero como se verá en el estudio no siempre están dadas las condiciones para que el Estado cumpla adecuadamente esta función.

De otra parte, el estudio tiene en cuenta una teoría normativa y descriptiva, denominada *elección racional*, en la que lo moral ocupa un plano inferior y es fundamental el interés individual. Este enfoque reviste mucha importancia para las ciencias económicas y ha tenido un gran impacto en las ciencias sociales merced al teorema de la imposibilidad de Arrow. Alberto Müller observa que dicho teorema es “*un tópico clásico de la economía neoclásica normativa o economía del bienestar*” y ha ganado este sitio “*por haber mostrado, basándose en supuestos plausibles y de sentido común, que no es posible construir un mapa de elección social a partir de preferencias individuales acerca del conjunto social sin impedir que algún individuo imponga sus preferencias a los demás*”<sup>12</sup>. Este punto será clave para nuestro posterior análisis, para entender el proceso de formación de las leyes en un presidencialismo tan acentuado como el colombiano.

Actuar de  
manera racional  
simplemente  
significa escoger  
del conjunto de  
las alternativas la  
mejor calificada.

Los tres conceptos básicos de la elección racional a la hora de la selección son:

- 
- 11 Subsidiariedad entendida como el principio bajo el cual diversas organizaciones y varias redes de instituciones naturales (como la familia, la vecindad, las iglesias, las organizaciones voluntarias, la prensa libre, etc.), tienen funciones naturales, responsabilidades y obligaciones. En el estatismo ello implica que estas funciones básicas son absorbidas por el Estado.
  - 12 MÜLLER, Alberto E. G. El Teorema de la Imposibilidad de Arrow: Presentación diagramática y breves comentarios. Buenos Aires: Asociación Argentina de Economía Política, 2000. p. 1.

- s el conjunto de las alternativas de acción consideradas racionales satisfacen variadas restricciones lógicas, físicas y económicas;
- s la estructura causal de la situación determina los resultados a los que conduce cada curso de acción; y
- s existe una graduación subjetiva de las alternativas posibles, usualmente derivada de los resultados a los que se quiere llegar.

Actuar de manera racional simplemente significa escoger del conjunto de las alternativas la mejor calificada<sup>13</sup>. La defensa que hacen algunos protagonistas del proceso legislativo en Colombia de la legitimidad de la influencia de los intereses particulares iría en esta dirección. Es más, la defensa que se hace de las contribuciones privadas a las campañas políticas y la financiación privada de los partidos políticos como formas de ayudar al fortalecimiento de la democracia, serían una actuación perfectamente racional. En este orden de ideas, la incidencia quedaría justificada por la racionalidad involucrada en la misma.

Todas estas teorías muestran que hay múltiples maneras de entender las decisiones asociadas a la formación de las leyes. Podría plantearse, por ejemplo, que el individuo adquiere un peso fundamental cuando expresa sus preferencias, y el mercado se encarga de agregar esa expresión a una decisión social; por el contrario, se podría argumentar que este proceso es imposible y que es solo al Congreso, a nombre de los ciudadanos que lo eligieron, a quien compete fijar la regulación. Más adelante analizaremos en qué medida en Colombia, al existir un importante peso de reglas informales, las instituciones formales teóricamente determinan el proceso, pero en realidad en el desarrollo del mismo se presentan riesgos que facilitan que, con frecuencia, se privilegien los intereses particulares por encima del interés general.

La teoría de la elección racional nos servirá también para mostrar que los actores claves encuentran espacios para hacer prevalecer sus intereses

13 ELSTER, Jon. *Rational Choice*. New York: New York University Press, 1986. p. 3. (Traducido y adaptado por el investigador principal).

La teoría de la elección racional nos servirá también para mostrar que los actores claves encuentran espacios para hacer prevalecer sus intereses en la toma de decisiones y que es imprescindible perfeccionar los arreglos institucionales formales para elevar los niveles de eficiencia y equidad de dichas decisiones.

Los procesos de análisis y aprobación de una ley en el Congreso, se entienden como fuertemente influidos por los incentivos y restricciones impuestas por las reglas a los actores políticos, sociales y económicos que adoptan un comportamiento estratégico en función de sus intereses o preferencias.

en la toma de decisiones y que es imprescindible perfeccionar los arreglos institucionales formales (no sólo en términos jurídicos) para elevar los niveles de eficiencia y equidad de dichas decisiones.

Por último, la teoría *neoinstitucionalista*<sup>14</sup> en su versión más concisa y pura, señala que *“las instituciones son importantes para el desarrollo porque determinan la eficiencia y existencia de los mercados, así como de las organizaciones públicas y privadas”*<sup>15</sup>. De suerte que la manera como las instituciones están conformadas *“afectará la forma en que las ideas son o no aceptadas y ciertos intereses son o no canalizados en el proceso de las políticas públicas”*<sup>16</sup>.

El *neoinstitucionalismo* surgió para enfatizar el papel de las reglas del juego y de las organizaciones (actores) en la formulación, implementación y resultados de las decisiones públicas -en nuestro interés, las leyes-. Bajo esta óptica, los procesos de análisis y aprobación de una ley en el Congreso, se entienden como fuertemente influidos por los incentivos y restricciones impuestas por las reglas a los actores políticos, sociales y económicos que adoptan un comportamiento estratégico en función de sus intereses o preferencias. Como veremos en el análisis posterior, este conjunto de intereses o preferencias se ve fuertemente mediado, de una parte, por las acciones del Ejecutivo o de representantes de organismos estatales autónomos y, por la otra, por la influencia de los actores privados organizados, con capacidad de gestión frente al Legislativo.

Las hipótesis utilizadas desde esta corriente son múltiples y complejas, y muchas veces tienen dobles implicaciones. La importancia de la aproximación *neoinstitucionalista* radica especialmente en su capacidad

14 Para mayor información acerca de esta teoría consultar MARCH, James and OISEN, Johan. *The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life*. APSR 78, 1984. pp. 734-749; así como Cammack, Paul. Op. cit.

15 BURKI, Shahid Javed and PERRY, Guillermo E. *Beyond the Washington Consensus: Institutional Matter*. In *Instituciones y Desarrollo*. Washington: Banco Mundial, oct., 1998. p. 17. (Traducido por los investigadores).

16 TUOHY, Carolyn. *Social Policy: Two Worlds*. In ATKINSON, Michael. *Governing Canada: Institutions and Public Policy*. p. 276. (Traducido por los autores)

de explicar, no sólo la adopción de las decisiones en forma de ley, sino también sus resultados en términos de crecimiento del mercado y de competencia. En el proceso legislativo en el Congreso, los incentivos del ordenamiento jurídico, y especialmente del comportamiento tradicional de las comisiones y de las plenarias, condicionarían el desempeño (institucional y organizacional) de la institución parlamentaria.

Entre las variables explicativas más utilizadas por esta literatura se encuentran:

- s el nivel de desarrollo del Estado de derecho,
- s el control del Ejecutivo sobre el Legislativo que determina el papel del Congreso en el proceso legislativo,
- s el número de actores con poder de veto (si este número aumenta se dificulta el trámite de las leyes), y
- s el nivel de descentralización.

Estas dimensiones hacen referencia al grado de facilidad para adoptar y reforzar decisiones que confiere un diseño institucional determinado. Así, un mayor número de actores con poder de veto hace más difícil y costoso tomarlas, pero facilita la participación más amplia de actores en tales decisiones. Lo mismo sucede con el Estado de derecho. Formalmente, el proceso legislativo se fortalece y alimenta con el debate en el Congreso, pero en la realidad, como se verá más adelante, tal debate no es lo suficientemente rico para controlar los riesgos de incidencia indebida de intereses particulares.

En este sentido, es especialmente importante tener presente el énfasis que pone el *neoinstitucionalismo* en la ausencia de ‘almuerzos gratis’, puesto que todo tiene un costo y, por ejemplo, quien desea una estructura más transparente, que escoja más adecuadamente las preferencias de los ciudadanos, también ha de tener presente el potencial costo que para la gobernabilidad pueda tener si los ciudadanos pueden bloquear la acción del Gobierno o del Legislativo. Este ha sido un temor de la política colombiana desde la formación de la República. En la reforma de la Constitución en 1986 y la posterior expedición de la Constitución del 91, se avanzó en el

En el proceso legislativo en el Congreso, los incentivos del ordenamiento jurídico, y especialmente del comportamiento tradicional de las comisiones y de las plenarias, condicionarían el desempeño de la institución parlamentaria.

proceso de participación ciudadana en la política, pero aún se presentan limitaciones en la transparencia de los entes responsables a la hora de decidir sobre asuntos fundamentales para la sociedad.

Entonces, si bien es cierto que el neoinstitucionalismo nos facilita la comprensión del proceso legislativo en el Congreso, nos hace falta un elemento que nos permita entender la racionalidad del Ejecutivo y el Legislativo frente a la influencia de los intereses privados organizados, lo cual los lleva a tomar decisiones racionales y, como ya se señaló, termina imponiendo en muchos casos sus preferencias sobre los intereses generales. Lo anterior en detrimento de la participación de la sociedad, por la vía de su representación en el Congreso, así dicha representación sea limitada. Así, la sociedad carece de las suficientes instancias y los procedimientos que efectivamente le permitan tener la información y contar con los recursos para determinar las prioridades individuales y colectivas.

En este documento no se señalan los riesgos a los que está expuesto el Congreso para tramitar las leyes con el propósito de estigmatizar a esta institución. Se hace con una referencia a enfoques teóricos para enfatizar que la misma, con frecuencia, está dominada por la racionalidad de los involucrados en el proceso, sin la suficiente incidencia de los arreglos institucionales formales. Se propone que lo anterior debería invertirse para que predominaran los arreglos institucionales formales sobre la racionalidad individual, razón por la cual se afirma que se privilegia el enfoque neoinstitucional. Consideramos este elemento esencial, debido a que los arreglos institucionales vigentes favorecen la debilidad organizacional e institucional del Congreso para abordar con independencia y autonomía el debate de los proyectos de ley, facilitando así la incidencia de intereses privados en el trámite de los mismos de dos maneras: indirectamente influyendo en el Ejecutivo, o directamente en el Congreso.

### 3. ALGUNOS DESARROLLOS CONCEPTUALES: CABILDEO, CONFLICTO DE INTERESES, CAPTURA DEL ESTADO, Y FINANCIACIÓN DE LA POLÍTICA

Con el propósito de abordar el análisis de los riesgos de incidencia indebida que se pueden presentar en el proceso legislativo y una vez analizado como las distintas corrientes teóricas proponen maneras de explicar la toma de decisiones de los actores involucrados en procesos de intermediación de intereses entre el Estado y los particulares, es necesario revisar algunos conceptos que nos permitan precisar como en ese contexto de intermediación los intereses privados influyen en el proceso de formación de las leyes. A continuación se presentan los desarrollos conceptuales de los temas de cabildeo, conflicto de intereses, captura del Estado, y financiación de la política. Con la orientación que nos da la reflexión teórica presentada, y con los conceptos que desarrollamos en la siguiente sección, podremos analizar el mapa de riesgos de incidencia indebida en el proceso de formación de las leyes, así como la caracterización de los riesgos presentados en los tres casos seleccionados para el estudio.

#### **El cabildeo**

La corrupción es un problema complejo, difícil de comprender y de delimitar. Lo es porque los linderos entre legalidad, ilegalidad, legitimidad e ilegitimidad, son muy difíciles de trazar. Por ejemplo, no es claro que estar dentro de la legalidad me garantice que no esté incurriendo en prácticas corruptas. Igualmente, no es posible determinar de una manera precisa los límites de una influencia legítima por parte de intereses particulares en la formación de una ley, de una influencia ilegítima. Por ejemplo, cuando un grupo económico o un gremio ejerce una presión en el Ejecutivo o en el Congreso para defender un aspecto de un proyecto de ley, es difícil saber si está incurriendo en prácticas corruptas porque habría que aclarar si quien recibe la influencia afronta un conflicto de intereses, o si el mecanismo para ejercer la influencia es aceptable, o si el beneficio de aprobar o negar el aspecto referido es de beneficio general o particular.

La corrupción es un problema complejo, difícil de comprender y de delimitar. Lo es porque los linderos entre legalidad, ilegalidad, legitimidad e ilegitimidad, son muy difíciles de trazar.

El lobby o cabildeo es legal y legítimo, pero ¿de qué manera puede regularse para que los intereses privados y los defensores del interés público sepan hasta dónde puede llegar la influencia de los primeros sobre los segundos, sin lesionar el interés general?

El lobby o cabildeo<sup>17</sup> es legal y legítimo, pero ¿de qué manera puede regularse para que los intereses privados y los defensores del interés público sepan hasta dónde puede llegar la influencia de los primeros sobre los segundos, sin lesionar el interés general? Peor aún, si el cabildeo no está regulado o está mal regulado, la influencia de los intereses privados puede declararse como aceptable, sin hacer evidentes conflictos de interés, permitiendo incluso la captura del Estado y afectando negativamente los recursos y el interés público, en medio de prácticas aceptadas sobre la financiación de la política. En este contexto, los intereses privados pueden influir indebidamente en la toma de decisiones de manera directa, incidiendo en el Gobierno o en el Legislativo, o indirectamente al influir en el Ejecutivo para que éste a su vez influya en el Congreso. Aunque se argumente que la financiación privada de la política contribuye a fortalecer la democracia, también puede contribuir a debilitarla porque se puede convertir en una inversión para condicionar la actividad estatal a los intereses particulares de quienes controlan la financiación y de quienes se ven beneficiados por la misma. En este capítulo desarrollamos los conceptos asociados a estos fenómenos.

El Cabildeo, según Carlos Díaz<sup>18</sup>, es un proceso generalmente abierto y público mediante el cual se busca alcanzar cambios específicos en políticas institucionales. En él, es posible involucrar a varias organizaciones e individuos, los grupos de ciudadanos hacen valer sus derechos para tratar de lograr cambios en la sociedad, a la vez que se recrea la democracia de manera integral y se capacita a los ciudadanos para la influencia política. Es un proceso educativo porque se rescatan tanto los saberes profesionales como los prácticos de los ciudadanos y se fomenta el trabajo de red entre

17 Por cabildear, se entiende la actividad y maña que se realiza para ganarse voluntades en un cuerpo colegiado o corporación. El término cabildeo es sinónimo de intrigar y tiene las siguientes denominaciones en otros idiomas: cabalar en portugués; to lobby en inglés; briguer en francés, e intrigieren en alemán y brigare, en italiano. *Diccionario Universal de Términos Parlamentarios*. <http://www.cddhcu.gob.mx/bibliot/publica/otras/dicjur/dic%20c.htm#a1>.

18 DÍAZ Carlos. Ing. MSc. Director IDMA HUANUCO. Jr. Seichi Izumi 585. Huanuco. Estrategias e instrumentos de lobby político (cabildeo). En <http://www.geocities.com/RainForest/Vines/6274/lobby.htm>.

grupos o instancias civiles, sociales y políticas. En términos generales, el cabildeo es un proceso que implica investigar, llegar a consensos, negociar y se entiende como la posibilidad que tiene la sociedad civil de influir en las decisiones públicas. Se desvirtúa esta noción cuando se excluye de esta posibilidad a una parte importante y mayoritaria de la población.

El cabildeo, según Alfonso Armando Pineiro, “puede ofrecer entre otras las siguientes manifestaciones:

- s intentos de influir en la elaboración, trámite y sanción legislativa;
- s intentos de influir en los programas y plataformas de los partidos políticos;
- s intentos de influir en el proceso de formación de la opinión pública.”<sup>19</sup>

No existe una forma definida de cómo llevar a cabo el cabildeo. La forma más eficaz se define de acuerdo con los objetivos buscados, razón por la cual se pueden presentar casos donde diferentes estrategias se entrelacen.

¿Quién ejerce el cabildeo? Es una actividad ejercida por un grupo o una persona, que representa a uno o más grupos. Este individuo influye sobre los agentes que toman decisiones para que los intereses del movimiento colectivo sean incorporados en el momento de tomarlas. Esto sirve para entender la relación existente entre el cabildeo y los grupos de presión. El cabildeo es un mecanismo empleado por un grupo de interés, que al utilizarlo se convierte en grupo de presión.

### s ***El cabildeo en Colombia***

A partir de la Constitución de 1991, un principio fundamental del Estado social de derecho colombiano es la participación ciudadana, desarrollado a lo largo de la Constitución en numerosos artículos que consagran a su vez diversas instituciones mediante las cuales el ciudadano puede participar

El cabildeo es un proceso que implica investigar, llegar a consensos, negociar y se entiende como la posibilidad que tiene la sociedad civil de influir en las decisiones públicas. Se desvirtúa esta noción cuando se excluye de esta posibilidad a una parte importante y mayoritaria de la población.

19 PINEIRO, Alonso Armando. El quinto poder. Teoría y Práctica del Cabildeo. Profesionales de la Persuasión. Ediciones Macchi. Chile. 1992. p. 33.

en la toma de decisiones públicas<sup>20</sup>. No obstante, la participación ciudadana no se agota en los mecanismos legales consagrados en tales leyes, sino que por el contrario, ésta debe buscarse en todas las instancias de toma de decisiones públicas<sup>21</sup>. El cabildeo es uno de ellos. Aunque en Colombia el ejercicio del cabildeo no se encuentra reglamentado, es practicado por múltiples intereses de la sociedad con el deseo de expresarse en los centros de poder e influir en las decisiones que allí se adoptan.

Pocas investigaciones hasta ahora son conocidas sobre las actividades de cabildeo realizadas en Colombia. Una caracterización de la forma como ésta se realiza la ofrece Alejandro Cardona en su tesis de grado como politólogo<sup>22</sup>, donde refleja que los actores, el contexto, y los diferentes objetivos, deben ser tenidos en cuenta en el momento de llevar a cabo el cabildeo. Las formas más comunes de cabildeo son los eventos sociales, las contribuciones en dinero para las campañas, y el manejo de la información.

Los eventos sociales se realizan con el fin de buscar y crear un ambiente propicio para el grupo de interés y establecer contacto con los actores más importantes del proceso político. Las contribuciones de dinero para las campañas son posibles porque los políticos que quieren seguir con una carrera política tienen en mente el ser reelegidos; lo anterior implica tener recursos para cualquier estrategia electoral y las personas encargadas de hacer lobby utilizan esta necesidad para asegurar lealtades futuras. Finalmente, la información es fundamental para un cabildeo efectivo porque como agregado de datos, sirve o contribuye al análisis de quienes toman decisiones. En la medida en que esta información es costosa y difícil de obtener, los interesados en influir en tales decisiones encuentran en el acceso a información privilegiada un elemento de poder y control sobre los congresistas.

Las formas más comunes de cabildeo son los eventos sociales, las contribuciones en dinero para las campañas, y el manejo de la información.

20 Así mismo, con el fin de implementar tales mecanismos constitucionales, se ha dado desarrollo legal a éstos, en especial mediante las Leyes 131 y 134 de 1994.

21 Es así como, además de la iniciativa legislativa popular, el referendo, el cabildo abierto, la revocatoria del mandato, la consulta popular y el plebiscito, entre otras, la dinámica política va haciendo necesaria la existencia de nuevos mecanismos que permitan y promuevan una adecuada y eficiente participación de la ciudadanía.

22 Cardona Rivas, Alejandro Alberto. Cabildeo: un acercamiento a un fenómeno político poco explorado. Estudio de caso: la ANDI frente a la reforma tributaria del 2000. Tesis de grado (Politólogo), Universidad de los Andes, Bogotá, 2003.

Frente al tema de la regulación del cabildeo en Colombia se han presentado seis iniciativas legislativas en el Congreso y todas han sido archivadas. Todos estos proyectos apuntan a profesionalizar el cabildeo al exigir que el mismo sea ejercido por cabilderos profesionales que sirvan de interlocutores entre los congresistas y los ciudadanos. La idea de reglamentar el ejercicio del lobby en el país ha generado controversia, con posiciones a favor y en contra. Uno de los ponentes argumenta que es necesario que las empresas contraten profesionales para realizar el cabildeo, porque el presidente de una empresa no se puede dedicar a esa tarea. Esto sustituiría el amiguismo por el rigor profesional, haciendo que los procesos legislativos sean más transparentes, y que todos los ciudadanos recuperen la confianza en los congresistas. Por el contrario, otros sectores argumentan que la reglamentación profesional del cabildeo es un atentado al derecho a la participación ciudadana porque las reglas que se pretenden establecer desconocen la forma como se lleva a cabo en la actualidad, y es discriminatorio que un ciudadano cualquiera tuviera que pagar a una firma de cabilderos para expresar sus ideas.

#### 5 *¿En dónde termina el cabildeo y empieza la corrupción?*

Dado que el término cabildeo alude a los esfuerzos por influir en el proceso legislativo y en las decisiones y políticas públicas por parte de grupos particulares a favor de sus intereses, las actividades de cabildeo han sido siempre objeto de sospecha por parte de la opinión pública. Se han asociado a formas de corrupción o influencias indebidas por parte de grupos particulares de interés con mayor poder económico, político u organizativo, que utilizan estas actividades como un instrumento de presión, con lo cual se deja de actuar al servicio del bien común para servir a intereses particulares o privados. Este problema de sospecha y falta de credibilidad se ve incrementado por la falta de reglamentación específica para su ejercicio.

En ese sentido, la dificultad comienza cuando tratamos de definir en qué momento la influencia de los más poderosos deja de ser una actividad aceptable y cuándo empieza a ser indebida. Para tratar de dilucidar el tema es importante tener en cuenta el tipo de influencia que los grupos

Frente al tema de la regulación del cabildeo en Colombia se han presentado seis iniciativas legislativas en el Congreso y todas han sido archivadas. Todos estos proyectos apuntan a profesionalizar el cabildeo al exigir que el mismo sea ejercido por cabilderos profesionales que sirvan de interlocutores entre los congresistas y los ciudadanos.

de interés podrían ejercer en la decisión de las autoridades públicas. Esta influencia puede ser<sup>23</sup>

- s Un cabildeo regulado, como una actividad lícita y legítima en un contexto democrático, para cuyo ejercicio las reglas del juego son claras, se realiza de una manera explícita, pública y transparente y prevé, como contraprestación a los beneficios que el grupo de interés obtenga, la aplicación de una corresponsabilidad social de los beneficiarios, que puede y debe ser verificada de manera concreta. Por ejemplo, una exención tributaria sustentada en compromisos de inversión que generen nuevos puestos de trabajo, o que fomenten las exportaciones, o el desarrollo tecnológico. Un cabildeo de estas características contaría con la legitimidad social y legal necesaria para su ejercicio.
- s Un cabildeo no regulado ni transparente, que beneficia de manera directa los intereses privados sin ninguna claridad sobre cómo estos particulares van a compensar a la sociedad por los beneficios obtenidos. Este se hace sin ninguna transparencia ni sustentación pública y, aunque no es ilegal, promueve decisiones que tienen visos de ilegitimidad e inconveniencia ética. Esta influencia deja de ser cabildeo para, desde la legalidad, asociarse a la corrupción.
- s Una influencia vinculada a comportamientos ilegales, donde la decisión de favorecer intereses privados, que no tiene ninguna contraprestación a la sociedad, va acompañada de la entrega de un soborno o cualquier otra prebenda de beneficio personal a los congresistas a cambio de la posición defendida.

Establecer el límite entre uno u otro comportamiento es muy difícil porque quienes ejercen la acción de lobby tienen, generalmente, todos los elementos para que la misma se enmarque en la ley y para que parezca legítima. Una primera aproximación nos permitirá establecer que el cabildeo deja de ser una actividad legítima, cuando la influencia de los grupos se da en función de los recursos financieros que poseen, y no tanto de los

---

23 Reflexiones sobre el lobby y la captura del Estado adelantadas por el investigador Luis Jorge Garay. Entrevista personal, 2003.

argumentos que presentan para sustentar las posiciones. De igual forma, deja de ser una actividad legítima cuando se emplean amenazas de diversa índole, o cuando comienza con la oferta de prebendas o beneficios económicos de diferente especie, como retribución dentro o al margen de la ley.

### Conflicto de intereses

La Constitución de 1991 emplea expresamente la noción de “conflicto de intereses” en varios artículos, dentro de los cuales se destacan el 182 y el 183<sup>24</sup>. No obstante, la Constitución no definió dicho concepto. “Esta figura pretende evitar que el congresista ejerza sus funciones para favorecer intereses distintos del bien común o que su raciocinio resulte distorsionado por motivaciones personales o particulares. Así mismo, se parte de la base de que en la mayor parte de los casos se trata de consideraciones de orden subjetivo, las que se encuentran libradas a la responsabilidad y a la rectitud de cada miembro del Congreso”<sup>25</sup>.

Las leyes que han desarrollado el concepto de conflicto de intereses lo asocian con la pérdida de investidura<sup>26</sup>. Primero, exigen un *interés directo*,

24 “Artículo 182. Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones.

Artículo 183. Los congresistas perderán su investidura: 1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses...” Constitución Política de Colombia.

25 BRITO, R. Fernando. Pérdida de investidura de los Congresistas. Una sanción de naturaleza política. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Colección Derecho Disciplinario No 8 Bogotá. Agosto de 2004 p54.

26 Como lo menciona Fernando Brito, la pérdida de investidura es una sanción de naturaleza política, la cual se impone a quienes son elegidos popularmente para integrar el Congreso de la República cuando se incurre en algunas de las siguientes causales: por violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, por ausentismo parlamentario y por no posesionarse oportunamente a su cargo. Al decretar dicha sanción, se genera para los congresistas la pérdida de su condición de miembros electos por votación popular y los inhabilita para ser elegidos nuevamente al Congreso y, en consecuencia, se ocasiona la supresión de derechos políticos. La pérdida de investidura fue incorporada en la Constitución de 1991 como respuesta ante los elevados niveles de corrupción registrados en las dos Cámaras legislativas; la extendida clientelización de la política, las prácticas indebidas y perniciosas de tráfico de influencias, y el entrecruzamiento de intereses públicos y privados. Todo esto conducía a que en muchas ocasiones se legislara más para favorecer intereses particulares, que para atender el interés general y los fines propios del Estado.

La Constitución de 1991 emplea expresamente la noción de “conflicto de intereses” en varios artículos, dentro de los cuales se destacan el 182 y el 183. No obstante, la Constitución no definió dicho concepto.

criterio interpretado por la jurisprudencia en sentido estricto. Segundo, requieren que el interés particular sea de unos *sujetos específicos enumerados* en la propia ley, dentro de los cuales se encuentran el congresista, sus socios y familiares cercanos<sup>27</sup>. El conflicto de intereses también se puede presentar para los congresistas que durante el año inmediatamente anterior a su elección, hayan prestado servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente los actos que se encuentren en estudio por parte del Congreso<sup>28</sup>.

Por su parte, el artículo 40 del nuevo Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), amplía más el alcance del conflicto de intereses: *“cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público, deberá declararse impedido”*.

#### § **Conflictos de intereses morales y económicos**

El Consejo de Estado ha sostenido que es posible distinguir entre dos tipos de interés: el económico y el moral. El fundamento de esta distinción es el texto del artículo 182 de la Carta. El interés económico no ha sido objeto de controversia. Su existencia es apreciada a partir de hechos objetivos que podrían llegar a traducirse en un incremento o disminución eventual del patrimonio del congresista, o de los sujetos específicamente señalados en las normas que definen los conflictos de intereses, como los familiares cercanos o los socios de derecho o de hecho. En cambio, respecto del interés moral, se ha presentado un debate entre los magistrados acerca de si puede aplicarse directamente la norma constitucional ante la falta de una definición legal específica de este tipo de interés. Para algunos, lo anterior no es posible porque deben existir reglas claras, expresas y escritas, para que el congresista identifique y manifieste esa clase de limitaciones o de impedimentos. Para otros, es inadmisibles el argumento por el cual sólo en la medida en que el legislador tipifique unas prohibiciones de carácter ético, podría deducirse el impedimento moral.

El Consejo de Estado ha sostenido que es posible distinguir entre dos tipos de interés: el económico y el moral. El fundamento de esta distinción es el texto del artículo 182 de la Carta.

27 Artículo 286 Ley 5 de 1992 Reglamento del Congreso.

28 Artículo 16 Ley 144 de 1994. Conflicto de intereses.

Respecto del conflicto de intereses, se pueden deducir de la jurisprudencia reglas que, si bien no han sido formuladas por el Consejo de Estado, constituyen la razón determinante de las sentencias analizadas. Tales reglas se resumen en dos principios generales. Primero, para que se declare la violación del régimen de conflicto de intereses se debe demostrar que el congresista: (i) sabía de la existencia del conflicto entre el interés particular y el interés general, (ii) el interés particular consiste en un beneficio específico que recaería directamente sobre el congresista, sus familiares cercanos o sus socios y (iii) el congresista participa en el debate correspondiente.

Segundo, no se configura violación al régimen de conflicto de intereses por: (i) el solo hecho de tener intereses privados de orden moral o económico, (ii) no inscribirlos oportunamente en el libro de registro de intereses, o (iii) participar activamente en el trámite de una ley respecto de la cual el congresista se encuentra en igual situación que los demás colombianos, de tal manera que se confunde con ellos frente a una regulación general, impersonal y abstracta, como sucede en materia tributaria para los eventuales conflictos de orden económico, o en materia de desarrollo de un derecho constitucional para los supuestos conflictos de orden moral.

Si bien es cierto que se ha avanzado en la construcción de un marco jurídico y jurisprudencial en materia de conflicto de intereses, no deja de ser éticamente cuestionable que un congresista pueda defender intereses particulares en el trámite de una ley que lo beneficie o que represente una ganancia para quienes financiaron su elección. Lo anterior podría conducir a que un congresista o un grupo de congresistas hipotequen sus decisiones a poderes económicos específicos, y así, se configuraría la captura del Estado como una forma de incidencia indebida que rebasa claramente los límites del cabildeo.

No deja de ser éticamente cuestionable que un congresista pueda defender intereses particulares en el trámite de una ley que lo beneficie o que represente una ganancia para quienes financiaron su elección.

<b>Principios básicos y reglas jurisprudenciales sobre el conflicto de intereses vigentes en Colombia</b>	
<b>Conflictos de orden moral</b>	
<b>SÍ se configura conflicto</b>	<b>NO se configura conflicto</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Cuando el congresista sabe que está siendo investigado penalmente por la comisión de un delito, conoce el objeto de la investigación y participa votando en el trámite de la ley que lo podría beneficiar en el proceso penal correspondiente.</li> <li>- En cuanto al conocimiento, la causal se configura cuando el congresista ha sido vinculado formalmente al proceso mediante el llamamiento a rendir indagatoria, o cuando de las circunstancias del caso se deduce que aún antes de la vinculación, el congresista sabía con precisión cuál es el delito por el cual se le investiga.</li> <li>- En cuanto a la materia del proyecto de ley en cuyo trámite participa el congresista, se configura la causal cuando es de la misma materia penal o cuando a pesar de versar sobre una materia diferente, su efecto incidiría de manera clara en el proceso por el cual se le investiga.</li> <li>- En cuanto al trámite, se configura la causal tanto en el evento de que el proyecto sea aprobado, como cuando no lo sea.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Cuando no sabe que está siendo investigado penalmente y participa en la aprobación de una ley que podría beneficiarlo.</li> <li>- Cuando sabe que está siendo investigado penalmente, pero desconoce el delito específico por el cual se le sigue el proceso.</li> <li>- Cuando sabe que está siendo investigado penalmente y adopta una posición adversa al proyecto que podría beneficiarlo.</li> <li>- Cuando participa en la elección de un alto funcionario sin tener otro interés diferente a cumplir su función, y no espera recompensa política por su voto.</li> <li>- Cuando él o sus familiares o socios presentan acciones contra la Nación para defender sus intereses como cualquier otro ciudadano.</li> <li>- Cuando no se declare impedido para participar en el trámite de una ley de referendo que, aunque afecta su permanencia en el cargo, tiene un alcance general.</li> <li>- Cuando no registre sus intereses privados en el libro respectivo.</li> <li>- Cuando no se pruebe un interés particular.</li> </ul>

<b>Conflictos de orden económico</b>	
<b>SÍ se configura conflicto</b>	<b>NO se configura conflicto</b>
<p>- Cuando el congresista participa en la tramitación de un proyecto de ley que favorece económicamente a una persona jurídica no pública, de la cual él es socio y directivo, de tal forma que él también deriva un beneficio directo y específico.</p>	<p>- Cuando participa en una ley de reforma tributaria que afecta por igual a todos los miembros de la sociedad.</p> <p>- Cuando siendo agricultor recibe subsidios del Estado asignados a ese sector.</p> <p>- Cuando siendo socio de una empresa, participa en el debate y votación de una ley que modifica el régimen jurídico de ésta si hay ausencia de beneficio específico y directo.</p> <p>- Cuando no inscribe su situación económica oportunamente en el libro de registro de intereses.</p> <p>- Cuando la ley o reforma constitucional en cuyo trámite participó eventualmente podría beneficiar a quienes financiaron su campaña electoral.</p> <p>- Cuando es miembro de una corporación con patrimonio independiente al suyo, ya que no se beneficia de manera directa por participar en el trámite de un proyecto de ley que podría favorecer a dicha corporación.</p>

FUENTE: adaptado de Cepeda, Fernando. La pérdida de investidura de los congresistas en Colombia: Análisis de la causal relativa al conflicto de intereses como instrumento para luchar contra la corrupción. Banco Interamericano de Desarrollo Octubre de 2003.

## Captura del Estado

En los últimos años se ha ido configurando un nuevo concepto para describir procesos de corrupción en donde las decisiones del Estado están parcial o totalmente dominadas por intereses particulares. Algunos han denominado este fenómeno *Captura del Estado*. Esta busca favorecer, con decisiones u omisiones de altos funcionarios, intereses privados que van en contravía del interés general.

Los esfuerzos hasta ahora realizados por desarrollar el concepto sobre esta dinámica de oferta y demanda de corrupción, han estado a cargo de organismos internacionales como el Banco Mundial -BM- y del Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo -BERD-, así como de autores individuales con especial énfasis en los países en transición de la antigua Unión Soviética.

En Colombia, aunque se ha avanzado en el reconocimiento del problema de la captura del Estado, más allá de algunos estudios de percepción son escasas las investigaciones y análisis académicos que dan cuenta de un modelo explicativo del mismo<sup>29</sup>, que permitan identificar sus causas, costos y consecuencias, y que faciliten la adopción de políticas y acciones para contrarrestar este problema. En la literatura encontramos diferentes enfoques que, aunque son propuestos para documentar la Captura del Estado en países en transición, contribuyen a la comprensión del problema de manera general. Algunos autores, conscientes del papel preponderante que tienen las ramas ejecutiva y legislativa del poder público en el desarrollo político y económico, centran su análisis en estas instituciones. Otros, preocupados por el costo socioeconómico que la corrupción tiene, enfatizan el rol de los agentes que más capacidad y dominio poseen para incidir en las decisiones estatales y así obtener ventajas concretas. A continuación se presentan algunos de estos aportes.

29 Ver OSPINA, Juan Manuel. La Captura del Estado: ¿corrupción o ardid político?. Informe de Consultoría al Banco Mundial para apoyar la capacidad del gobierno en la lucha anticorrupción: lo político en la Captura del Estado. Manuscrito, sin fecha. Ver también GONZÁLEZ, Jorge Iván. La Captura del Estado vista desde los niveles locales. Manuscrito, 22 de septiembre de 2003.

### s *Aportes de los organismos internacionales*

Las investigaciones del BM y BERD desarrolladas de manera empírica<sup>30</sup> por autores como Kauffman, Hellman y Jones<sup>31</sup>, entre otros, conciben el concepto de *captura del Estado* como un tipo de interacción entre el Estado y los actores económicos que se diferencia de la *influencia* (*capacidad de las empresas para tener un impacto sobre la formación de las reglas básicas de juego sin efectuar pagos privados a funcionarios públicos*) y de la *corrupción administrativa* (*pagos privados –sobornos- a funcionarios públicos para distorsionar la implementación de reglas y políticas oficiales existentes*), tanto en sus causas como en sus consecuencias. Es así como la captura es entendida como la capacidad de las empresas para darle forma y afectar la formación de las reglas básicas de juego (*por ejemplo, leyes, regulaciones y decretos*) a través de pagos privados ilícitos y no transparentes a funcionarios públicos y políticos.<sup>32</sup>

El concepto desarrollado por estos organismos ayuda a comprender un fenómeno que trasciende la influencia legítima o ilegítima de intereses privados sobre la toma de decisiones estatales porque “los gobiernos “compran” gobernabilidad “vendiendo” acciones de captura del Estado. En esas condiciones el interés del Estado, es decir, el interés de lo público, se encuentra amenazado”.<sup>33</sup> Los intereses privados van más allá de las formas tradicionales de corrupción para invocar el control parcial o total de partes del Estado. Su control no se limita a influir, sino que busca dominar el proceso de las políticas públicas mediante el control de quienes las formulan. Es entonces, una forma de corrupción que atenta contra los principios de

La *captura* es entendida como la capacidad de las empresas para darle forma y afectar la formación de las reglas básicas de juego a través de pagos privados ilícitos y no transparentes a funcionarios públicos y políticos.

30 Estas Investigaciones se nutren de los resultados del “Estudio de Ambiente de Negocios y Desempeño de Empresas de 1999” en el que se identifican los obstáculos en el ambiente de negocios de 22 economías de transición.

31 HELLMAN, Joel, JONES, Geraint, KAUFMANN, Daniel. *Seize the State, Seize the Day: State Capture, Corruption and Influence in Transition*. Policy Research Working Paper 2444. The World Bank Institute. Septiembre 2000. pp 2-3.

32 Aunque los investigadores reconocen que las empresas no son los únicos actores que pueden capturar el Estado pues esta actividad puede llevarse a cabo por “firmas privadas, líderes políticos y grupos de interés”, centran su análisis en la relación empresas-estado como fundamento del entendimiento de la política de reforma económica que se aplica en los países en transición.

33 OSPINA, Juan Manuel. Op cit. p.10.

soberanía del Estado por parte del pueblo para convertirse en la soberanía del Estado dominada por intereses privados.

§ *Aportes desde las teorías estructural e institucional*

Autores como Bruzt<sup>34</sup> han intentado abordar el problema de la captura del Estado en países en transición, tomando como marco de referencia las teorías estructural e institucional de las ciencias sociales. Bruzt, parte del reconocimiento del peligro que supone el monopolio de la representación del interés público, no sólo por parte de intereses particulares, sino por una sola rama del poder público, y afirma que en aquellos países que carecen de un sistema de pesos y contrapesos entre poderes, es más fácil que los intereses creados de ciertos sectores puedan influir en la toma de decisiones y por ende, obstruir el desarrollo económico.

La contribución fundamental del autor es la comprensión de que la captura del Estado se produce en el nivel institucional y político más alto del Estado, y en señalar como captadores potenciales a los grandes agentes económicos. Esta perspectiva amplía y potencia el concepto de captura, por cuanto señala el predominio de los intereses más poderosos en el control de las decisiones gubernamentales y legislativas. Pero presenta algunas limitaciones porque el tema se aborda desde el lado de la “oferta” dejando de lado la “demanda”, lo cual impide profundizar en los orígenes de la captura, y no desarrolla la manera como ésta se lleva a cabo, ni de qué manera los intereses privados se benefician en aras del interés público.

§ *Aportes desde la elección racional y el neoinstitucionalismo*

Para Omelyanchuk, “las estructuras determinan la captura del Estado como tal”<sup>35</sup>. Así, ésta se define como “la actividad sistemática de los individuos o de los grupos para influir, en su propio beneficio, en la actividad de las principales instituciones estatales usando “mecanismos legales

En aquellos países que carecen de un sistema de pesos y contrapesos entre poderes, es más fácil que los intereses creados de ciertos sectores puedan influir en la toma de decisiones y por ende, obstruir el desarrollo económico.

34 Citado en OMELYANCHUK, Oleksiy. Explaining State Capture and state Capture Modes: The Cases of Russia and Ukraine. Project in Making. Central European University Department of International Relations and European Studies. Budapest. 2001. p.7

35 *Ibíd.* p. 9

nominales”, y para influir en su propio beneficio en la actividad de los políticos de alto nivel generando la provisión ilícita y no-transparente de beneficios privados para ellos<sup>36</sup>”.

Partiendo del planteamiento anterior, y siguiendo los postulados de la elección racional (*en el sentido de que los actores económicos son actores racionales, al maximizar beneficios y minimizar costos*), el único modo racional de mantener sus ventajas es capturar las instituciones estatales donde se concentra la regulación e implementación de políticas, es decir, el poder Legislativo y el poder Ejecutivo. Desde esta aproximación, las causas de la captura se explican por una dinámica entre oferta y demanda, *“la demanda de captura del Estado se presenta por parte de los agentes económicos de gran poder, mientras que la oferta de captura corresponde a las instituciones del Estado”*.<sup>37</sup>

El avance más importante de este enfoque radica en la hipótesis según la cual, Estados con altos niveles de desarrollo de la sociedad civil se exponen en un grado mínimo a que se presente captura, pues se ejerce un efectivo control social sobre la acción gubernamental. En ese sentido, el autor hace una diferenciación cultural e histórica al explicar las posibilidades de captura en relación con la consolidación de una sociedad civil fuerte que controle la acción estatal.

De igual forma, el autor, a la luz de la teoría neoinstitucional, propone que los ajustes institucionales intervienen para formar las estrategias de los agentes económicos en su búsqueda de la captura, a partir de la distribución de poder en los sistemas presidencialistas entre el Presidente, la asamblea y el gabinete.

### s **La Captura del Estado en Colombia**

En el contexto nacional este concepto aparece referenciado en los resultados del estudio *“Corrupción, Desempeño Institucional y Gobernabilidad*

36 *Ibíd.* p. 8.

37 *Ibíd.* p. 13

La demanda de captura del Estado se presenta por parte de los agentes económicos de gran poder, mientras que la oferta de captura corresponde a las instituciones del Estado.

*en Colombia<sup>38</sup>”, como “la capacidad de grupos de interés para influir a través de prácticas corruptas en los procesos de decisión política en los ambientes ejecutivo, legislativo y regulatorio (...). El tema relevante en el campo de la Captura del Estado, es que se hayan establecido mecanismos de presión o incentivos ilegítimos que llevan a los sistemas de decisión estatal a favorecer en forma sistémica intereses privados sobre intereses generales de la población, inhibiendo los contrapesos institucionales y mecanismos de fiscalización y control que deberían hacer prevalecer dichos intereses generales”<sup>39</sup>.*

De acuerdo con sus resultados<sup>40</sup>, el factor decisivo que explicaría la especial gravedad del fenómeno de la corrupción en el país es la fuerte incidencia que, tanto empresarios como funcionarios públicos, le atribuyen a la captura:

Los grandes grupos económicos son percibidos como los actores que más capacidad y dominio tienen para imponer sus intereses ante las altas autoridades públicas, y para influir en la formación de las reglas básicas de juego.

- s Los miembros del congreso, las asambleas departamentales y los concejos municipales son considerados más propensos a esta forma de corrupción que los miembros del ejecutivo.
- s Los grandes grupos económicos son percibidos como los actores que más capacidad y dominio tienen para imponer sus intereses ante las altas autoridades públicas, y para influir en la formación de las reglas básicas de juego.
- s Los niveles de captura de las autoridades legislativas, ejecutivas y territoriales en Colombia son superiores a los niveles que prevalecen en otros países de la región. Según el estudio el nivel de captura del Estado por parte de las elites a parlamentarios en Colombia es de 85%, en Perú es de 77% y en Honduras es de 68%; a autoridades o consejeros municipales en Colombia es de 83%, en Perú es de 70% y en Honduras es de 65%.

38 El estudio fue realizado por el Instituto del Banco Mundial y la Vicepresidencia de la República, con participación de Transparencia por Colombia, entre otras organizaciones de la sociedad civil. Presenta los resultados de una encuesta aplicada en el año 2001 a 8.308 personas, entre empresarios, funcionarios y usuarios de los servicios del Estado.

39 Vicepresidencia de la República, Banco Mundial. Corrupción Desempeño Institucional y Gobernabilidad en Colombia. Bogotá. 2002. P 66.

40 *Ibíd.* pp. 21-26

- s La presión que grupos armados ilegales pueden ejercer sobre las autoridades del orden territorial, constituye una forma de captura tan relevante como las contribuciones electorales con objeto de influenciar las decisiones del orden regulatorio o legislativo.

Adicionalmente, del estudio de Juan Manuel Ospina<sup>41</sup> se puede concluir que:

- s Interesa la captura del Estado en tanto afecta decisiones públicas con contenido o implicaciones económicas.
- s No es una acción que comprometa a una institución pública como tal, sino a alguno o algunos de los miembros en el caso de los cuerpos colegiados, o de los funcionarios con la capacidad para influir en la decisión institucional.
- s No hace referencia a cualquier gestión tendiente a presentar, defender y valorar una posición particular frente a la definición de una política o decisión comprometida con el interés público. Es la ilegalidad o ilegitimidad con que se adelanta la gestión, la que le confiere su connotación de ser socialmente inconveniente y pernicioso. Es lo que la diferencia del cabildeo, actividad legítima y necesaria en una democracia donde se expresan pluralidad de opiniones e intereses.
- s Es un intercambio de favores, en el sentido amplio del término, entre empresarios (incluyendo grupos al margen de la ley) –a título individual, de asociación o de sector– y funcionarios de alto nivel, administrativos o de representación, con competencia para influir directa o indirectamente en la decisión. No exige que medie el lucro económico inmediato para ninguna de las partes, sino el logro de propósitos económicos o de ventajas, generalmente con fines políticos, o el mejoramiento individual de la posición laboral o social.
- s Es claro que la captura del Estado se da, no solo al interferir la aplicación o interpretación de las normas, sino también, y muy frecuentemente, durante el proceso de su elaboración.
- s No toda acción de captura se realiza desde fuera de la legalidad. En la medida en que se trata, finalmente, de la instrumentación utilitaria de

Es la ilegalidad o ilegitimidad con que se adelanta la gestión, la que le confiere su connotación de ser socialmente inconveniente y pernicioso.

41 OSPINA, Juan Manuel. Op. cit. P. 2.

la decisión pública para ponerla al servicio de intereses económicos de índole privada o particular, rebasa los límites de lo ilícito, es decir, del Código Penal, para llegar al terreno de la ilegitimidad normativa y aún política.

A partir de lo anterior, el autor identifica cinco condiciones que pueden actuar como oportunidades o debilidades para que se presente la captura en el país:

- s Formalismo de las medidas de control e informalidad de las relaciones entre los intereses privados y el interés general,
- s La participación ciudadana y la democracia directa son formales y, en la práctica, marginales.
- s El sistema político colombiano ha perdido representatividad y capacidad de premiar y sancionar a políticos y funcionarios.
- s Ambigüedad en la definición concreta del interés general, debilidad del debate y de la acción pública democrática,
- s El Estado y el interés general que debe representar y defender son débiles y su defensa ineficiente.

### **La financiación de la política**

En los últimos años el financiamiento político ha venido cobrando gran importancia, sobretudo por la proliferación de escándalos que asocian la financiación política con una forma de corrupción, lo cual ha puesto al descubierto prácticas ilegales de recaudación y contribución, así como graves debilidades en los mecanismos de control previstos por las legislaciones electoral y de financiamiento político. Temas como el origen de los fondos, el papel de las contribuciones privadas, especialmente cuando provienen de grupos económicos poderosos, y los límites impuestos por la ley a los gastos, se encuentran en el centro del debate en materia de financiación política.

A partir de 1991, Colombia cuenta con un sistema de financiación mixto de campañas electorales y partidos políticos, con preeminencia pública, lo cual busca evitar tanto la excesiva dependencia de los partidos respecto del Estado, como la influencia de empresas sobre los partidos o candidatos

El sistema político colombiano ha perdido representatividad y capacidad de premiar y sancionar a políticos y funcionarios.

a los que apoyan, así como los fenómenos del financiamiento ilegal y del narco-financiamiento.

Frente a la financiación pública,<sup>42</sup> el artículo 109 de la Constitución establece que el Estado contribuirá al financiamiento del funcionamiento de los partidos y movimientos con personería jurídica, las campañas electorales de los partidos y movimientos con personería jurídica y las campañas electorales de candidatos independientes. De igual manera, la ley 130 en el artículo 14 determina que los partidos y candidatos pueden recibir financiación privada, para lo cual el Consejo Nacional Electoral -CNE- impondrá seis meses antes de las elecciones el límite de esta financiación. Las únicas prohibiciones de aportaciones privadas son aquellas que realicen personas físicas o jurídicas extranjeras y las anónimas.

Sobre la fiscalización y rendición de cuentas, los partidos, movimientos políticos y candidatos, deberán presentar ante el CNE informes públicos de los ingresos y egresos anuales del partido o del movimiento antes del 31 de enero de cada año, detallando el destino y ejecución de los dineros públicos que les fueron asignados, los ingresos obtenidos y los gastos realizados durante las campañas.

No obstante, algunos autores han señalado su preocupación por la inoperatividad de los controles previstos: “ante el grado de incumplimiento de la obligación constitucional de rendir informes públicos sobre el origen, volumen y destino de los dineros de las campañas, y ante la imposibilidad práctica por parte del CNE de iniciar (...) procesos investigativos contra los candidatos inscritos a lo largo y ancho de la geografía nacional, se hace necesario reflexionar seriamente sobre otros mecanismos que coadyuven al cumplimiento de la ley”<sup>43</sup>.

42 El presente estudio tiene fecha de corte marzo de 2005. Por tanto, desarrollos legislativos posteriores no son tenidos en cuenta. Tal es el caso del artículo sobre financiación de campañas políticas incluido en la nueva ley de garantías electorales aprobada por el Congreso de la República en junio de 2005. Según el artículo aprobado, 80% de las campañas políticas debe ser financiado por el Estado, y sólo 20% debe ser financiación privada. De igual forma, se autorizó un anticipo de hasta 50% de la financiación de campañas para los candidatos.

Sobre la fiscalización y rendición de cuentas, los partidos, movimientos políticos y candidatos, deberán presentar ante el CNE informes públicos de los ingresos y egresos anuales del partido o del movimiento antes del 31 de enero de cada año.

s **Financiación privada de la política y corrupción**

El dinero en la política aumenta la influencia de quienes financian sobre las decisiones de quienes son financiados. La regulación es muy complicada y su efectividad será siempre muy limitada. Lo es porque la regulación puede incidir en la sofisticación de la financiación por debajo de la mesa y con salvaguardas a cualquier acción judicial. Quienes financian y son retribuidos por esto, lo van a tratar de hacer con o sin regulación. A pesar de esto se han desarrollado varios intentos por regular esta actividad.

Tales intentos no han tenido un impacto importante porque la relación entre la política y el dinero es cada vez más estrecha debido a ciertos factores que la favorecen. Éstos fueron mencionados en el documento preliminar presentado por Humberto de la Calle en la Segunda Reunión Anual del Foro Interamericano sobre Partidos Políticos en diciembre de 2002<sup>44</sup>:

- s *Incrementos de costos.* La casi unanimidad de los analistas considera que los costos de la política ha aumentado considerablemente. A ello han contribuido la fragmentación de los partidos, la excesiva personalización del liderazgo, el debilitamiento de los grandes patrones ideológicos y la incidencia de los medios electrónicos de comunicación.
- s *Concentración de donantes,* por cuanto unos pocos magnates aportan un altísimo porcentaje de los ingresos de candidatos y partidos. Esta circunstancia afecta la transparencia en la toma de decisiones.
- s *Concentración de beneficiarios,* lo cual puede vulnerar la equidad en la contienda democrática.
- s *Dineros oscuros y aportes ilegales,* en la medida en que las denuncias sobre financiación ilegal no respetan fronteras. En algunos casos, el

El dinero en la política aumenta la influencia de quienes financian sobre las decisiones de quienes son financiados. La regulación es muy complicada y su efectividad será siempre muy limitada.

43 SANCHEZ Torres, Carlos Ariel. La financiación de los partidos políticos y las campañas electorales. El caso colombiano. En revista de derecho público. No. 9. Septiembre de 1998. Universidad de los Andes. p. 65.

44 El Foro se realizó en Vancouver, Canadá, como parte del análisis Comparativo sobre Financiamiento de Campañas y Partidos Políticos que conducen la Unidad para la Promoción de la Democracia de la OEA e Internacional IDEA en los 34 países del Hemisferio. Ver también: CARRILLO, Fernando. La financiación de la política en América Latina. Washington, D.C. Banco interamericano de Desarrollo, Abril de 1999. Documento de trabajo. El autor señala en la página 3 que la financiación privada es una fuente fundamental de los gastos electorales y que la fiscalización de campañas y partidos “están en manos de los propios actores, es decir, los legisladores”.

dinero proviene de actividades ilegales, lavado de activos, corrupción y narcotráfico. Parte de la financiación informal, o no reconocida, se deriva de la utilización indebida de recursos y servicios públicos o a través de redes clientelistas<sup>45</sup>.

- s *Debilidad institucional*, porque muchas veces los controles fracasan. La capacidad estatal para hacer cumplir la ley es insuficiente y hay un entorno de impunidad.

En suma, se podría concluir que existen tres problemas centrales que inciden en las relaciones entre el dinero y la política. En primer lugar, la masa de recursos provenientes tanto de poderosos grupos económicos como del narcotráfico, ha estado por fuera de cualquier control formal y se ha mezclado con la corrupción política en la mayoría de los casos. En segundo lugar, la ausencia de mecanismos de control adecuados, así como la ausencia de normas e instrumentos de sanción eficaz para los responsables, ha permitido que quienes incurren en estas prácticas, tanto donantes como beneficiarios, sigan realizándolas sin ningún control o penalización. Por último, la atomización partidista y la tendencia creciente a la privatización de las campañas por parte de profesionales de la política, hacen que cualquier sistema de vigilancia y sanción sea muy difícil o imposible de operar.

Entonces, la financiación privada de los partidos políticos y de las campañas políticas no es una forma de corrupción como tal. Para establecer tal relación es preciso diferenciar dos asuntos: la legalidad de la financiación y al legitimidad de las conductas asumidas por quienes son financiados.

Tal como lo señala Jorge F. Malem<sup>46</sup>, la financiación puede ser legal, si es que cumple con las reglas establecidas al respecto por las normas electorales, ilegal si no lo hace, o irregular si aprovecha (dentro de la legalidad)

45 Algunas conductas que se enmarcan dentro del concepto de clientelismo podrían ser, entre otras: desvío de servicios (empleados que en lugar de sus funciones específicas se dedican a trabajos partidarios), creación de empleos inexistentes, compra de votos, recepción de dinero a cambio de favores y tráfico de influencias.

46 MALEM SEÑA, Jorge F. "La financiación de los partidos políticos y la corrupción: una aproximación conceptual", Elecciones México, No. 5, noviembre 2001-abril 2002, México, pp. 4-6.

La ausencia de mecanismos de control adecuados, así como la ausencia de normas e instrumentos de sanción eficaz para los responsables, ha permitido que quienes incurren en estas prácticas, tanto donantes como beneficiarios, sigan realizándolas sin ningún control o penalización.

vacíos dejados por las normas para amparar tipos de financiación que contradicen la intención de lo definido en las mismas. Sin embargo, sin importar el carácter de legalidad o irregularidad de la financiación, lo que determina su vinculación a la corrupción es el comportamiento de quien la recibe, cuando este agente o partido político toma decisiones o deja de cumplir funciones que le corresponden a cambio de los medios económicos o de otro tipo recibidos.

Así “es posible formular una crítica moral o política a una determinada forma de financiación irregular sin que su validez sea parasitaria del juicio jurídico. La defensa que intentan desarrollar algunos políticos acusados de actos de corrupción de que aún no han sido condenados por sentencia firme, pierde de ese modo su plausibilidad. Se puede ser un corrupto sin haber cometido un delito. Se puede establecer de ese modo una diferencia nítida entre responsabilidad moral, política o jurídica en las acciones de financiamiento de los partidos políticos. Así mismo es posible señalar que la no ilegalidad de una acción no implica su legitimidad. Que una determinada fuente de financiación no sea declarada ilegal no implica su legitimidad.”<sup>47</sup>

En este contexto, la financiación estatal, privada o sus diversas combinaciones no ofrece suficientes garantías contra los riesgos de corrupción porque siempre es difícil definir y limitar la influencia que se puede establecer por efecto de la financiación. El tema de la financiación de la política sigue en la mira del debate público sin encontrar una solución aceptable. La financiación estatal o la mixta (con múltiples reglamentaciones) no garantizan que algunos intereses particulares no queden sobre-representados en las decisiones, porque siempre pueden aportar por debajo de la mesa, y porque sus exigencias a la hora de tomar decisiones a su favor no siempre pueden detectarse claramente y mucho menos penalizarse<sup>48</sup>.

Es posible señalar que la no ilegalidad de una acción no implica su legitimidad. Que una determinada fuente de financiación no sea declarada ilegal no implica su legitimidad.

47 Ibid. p. 6

48 DE LA CALLE, Humberto. Op cit. p. 5. El autor argumenta al respecto que es posible que la financiación estatal simplemente “aumente el dinero gastado, en vez de sustituirlo”, es decir, que “la prohibición puede acrecentar el monto de dinero no registrado formalmente”.

Lo anterior podría señalarnos que la solución no está asociada estrictamente al modelo de financiación o a la penalización de su incumplimiento, sino a nuevas prácticas de control social y de responsabilidad pública de quienes reciben y aportan a la política. Esto no se podrá implementar mientras los partidos políticos y su trabajo parlamentario no sean la base del debate público y de la elaboración, aprobación y seguimiento de las políticas públicas.

Este amplio marco teórico soporta el proceso de investigación y análisis de los tres procesos legislativos estudiados y es la base para la caracterización de los riesgos de incidencia indebida identificados y sistematizados en el mapa de riesgos.



A large, stylized graphic of an eye in shades of gray, serving as a background for the page. The eye is composed of a large outer curve, a smaller inner curve, and a circular iris area.

**V. MAPA DE RIESGOS  
DE INCIDENCIA INDEBIDA**

---

La metodología de mapa de riesgos es una herramienta útil para identificar amenazas y vulnerabilidades y para contar con un referente que facilite el diseño e implementación de medidas preventivas.

El análisis realizado es el insumo básico para la construcción del mapa de riesgos de incidencia indebida en el proceso de formación de las leyes, producto fundamental del estudio y base de las conclusiones y recomendaciones del mismo.

### EL MAPA DE RIESGOS COMO HERRAMIENTA DE DIAGNÓSTICO

Un mapa de riesgos es un instrumento mediante el cual se identifican factores o situaciones internas y externas que pueden entorpecer el normal desarrollo de cualquier gestión.

Partiendo de que el riesgo se define genéricamente como la incertidumbre respecto de la ocurrencia de un evento, y aplicando este concepto a nuestra delimitación temática, Transparencia por Colombia define Riesgos de Incidencia Indebida de Intereses Particulares como la probabilidad de que se presente este tipo de incidencia en el marco de un proceso específico, en este caso, el de la formación de las leyes.

Los riesgos, en la medida en que son una probabilidad, no permiten inferir en ningún caso un hecho cierto. Adicionalmente, los riesgos se predicen de los ambientes o escenarios institucionales (las reglas del juego que regulan el proceso legislativo) y no de las personas, teniendo en cuenta que a pesar de que los individuos tengan la opción de involucrarse en prácticas corruptas o de permitir una incidencia indebida, depende directamente de la institución favorecer las condiciones que incentiven, repriman o permitan tales conductas

La experiencia de Transparencia por Colombia en el desarrollo y aplicación de diversas herramientas metodológicas que contribuyen a prevenir la corrupción, la ha llevado a trabajar con base en mapas de riesgos como instrumento básico de diagnóstico sobre los factores que favorecen o facilitan la ocurrencia de corrupción en distintas etapas de los procesos de gestión pública, en particular en los momentos críticos de toma de decisiones.

Reconociendo que el proceso de toma de decisiones nunca está exento de riesgos, la metodología de mapa de riesgos es una herramienta útil para identificar amenazas y vulnerabilidades y para contar con un referente que facilite el diseño e implementación de medidas preventivas que permitan blindar el proceso contra los riesgos identificados y evitar la presencia de los efectos indeseables que generan tales prácticas.

El mapa de riesgos ha sido elaborado para suministrar un cuadro general, no detallado, del proceso de formación de las leyes. No tiene la pretensión de suministrar un retrato completo de los factores de riesgo de cada una de las etapas del mismo, sino resaltar la presencia o ausencia de los principales factores que las pueden afectar en los momentos críticos del trámite, asociados a la toma de decisiones.

El mapa se propone, entonces, identificar y visibilizar las características de las reglas del juego y las prácticas que aumentan o favorecen el riesgo de incidencia indebida. En ninguna circunstancia tales riesgos pue-

El mapa se propone, entonces, identificar y visibilizar las características de las reglas del juego y las prácticas que aumentan o favorecen el riesgo de incidencia indebida.

den asociarse con indicios, y menos aún con una prueba de la incidencia indebida como tal.

#### MATRIZ DEL MAPA DE RIESGOS

La información recolectada permitió definir para el mapa de riesgos ocho categorías generales, en torno a las cuales se presentan las situaciones de riesgo en el proceso estudiado. Estas son:

1. Falta de transparencia
2. Alta discrecionalidad
3. Vacíos, transgresiones e incumplimiento de la Ley Quinta de 1992
4. Ineficacia e ineficiencia en el procedimiento
5. Falta de claridad de la figura de conflicto de intereses
6. Practicas indebidas de cultura política
7. Debilidades técnicas de los congresistas y sus Unidades de Trabajo Legislativo UTL's
8. Ejercicio desorganizado del cabildeo

En la matriz del mapa de riesgos estas categorías se cruzan con las diferentes etapas del proceso legislativo:

1. Elaboración de los proyectos
2. Reparto de los proyectos
3. Definición y publicación del orden del día de las sesiones
4. Debates en comisiones y en plenarios (*asignación de ponentes, acumulación de proyectos, elaboración de las ponencias, presentación y publicación del informe de ponencia, discusión sobre la ponencia y presentación de las enmiendas, y votaciones*)
5. Comisiones de conciliación
6. Implementación de la Ley

El mapa de riesgos de incidencia indebida que presenta este estudio ha sido enriquecido, de manera particular, con los aportes del senador Darío Martínez en el panel de presentación de los resultados del mismo.<sup>1</sup>

Los intereses del sector privado, aspiran a afectar la creación de las leyes buscando obtener un tratamiento preferencial, sin que exista una clara y verificable corresponsabilidad social frente a los beneficios otorgados.

<sup>1</sup> Realizado el 2 de junio de 2005. Contó con la participación de los siguientes panelistas Dr. Humberto de la Calle Lombana: Financiación de campañas y partidos políticos; Senador Darío Martínez: Vacíos de la Ley Quinta de 1992; Dra. Elisabeth Ungar: Falta de Transparencia en el proceso legislativo; Senador Andrés González: limitaciones de la figura del conflicto de intereses; Dr. Juan Martín Caicedo Ferrer: Ausencia de reglas claras en el Cabildeo.

## INCIDENCIA INDEBIDA

La incidencia indebida se ampara en un abanico muy amplio de conductas, que van desde el mal uso del ejercicio legítimo del lobby, pasando por la exigencia de decisiones legislativas a cambio de la financiación de campañas - *configurando escenarios de captura del Estado*-, llegando hasta el ofrecimiento de dádivas o prebendas a congresistas a cambio de sus decisiones. Y se ve favorecida por la falta de claridad o cumplimiento de las reglas del juego que determinan la conducta de los actores -Congreso, Ejecutivo, grupos de interés- en el proceso legislativo.

### ACTORES GENERADORES DE RIESGOS DE INCIDENCIA INDEBIDA<sup>2</sup>

El estudio permitió identificar dos tipos de actores generadores de riesgos de incidencia indebida:

- s *La incidencia por parte de intereses del sector privado*, que hace referencia a la manera como intereses privados, básicamente de tipo económico, aspiran a afectar la creación de las leyes buscando introducir o cambiar textos que beneficien a sus empresas o sectores para obtener un tratamiento preferencial, sin que exista una clara y verificable responsabilidad social frente a los beneficios otorgados.
- s *La incidencia de agentes del Estado*, en la que otras instancias del poder público o los propios congresistas buscan afectar la creación de las leyes para que se apruebe o no una decisión que los favorezca de forma individual.

### ANÁLISIS DE LAS CATEGORÍAS DEL MAPA DE RIESGOS

#### 1. Falta de transparencia

Se da por situaciones o conductas que limitan el acceso de la ciudadanía en general y de los propios congresistas a información fundamental que

<sup>2</sup> Por no ser del propósito de la investigación, no se analizó la incidencia por parte de grupos armados al margen de la ley o del narcotráfico.

La transparencia es elemento fundamental para el control de los intentos de incidencia indebida en la formación de las leyes.

facilita el adecuado debate de los proyectos de ley y el control social sobre la gestión del legislativo.

Es generalmente aceptado por los especialistas en el tema de prevención de la corrupción, que los procesos de gestión pública que tienen alta visibilidad de los procedimientos con los cuales operan, y que permiten que sus resultados sean sometidos a un juicio externo, tienen una menor probabilidad de que se presenten hechos de corrupción. De aquí el énfasis de las convenciones internacionales contra la corrupción y de la legislación nacional sobre la importancia y prioridad de avanzar en los mecanismos de transparencia de los asuntos públicos.

Esta falta de información clara, oportuna y suficiente, evita a la vez que se desarrollen ejercicios sistemáticos de control social sobre la labor legislativa y demuestra que, con frecuencia, no hay rigor en la aplicación de las disposiciones sobre transparencia que contiene la Ley Quinta de 1992.

#### RIESGOS EN TRANSPARENCIA

- Falta de valoración en la exposición de motivos de los beneficios y perjuicios generados por el proyecto de ley para la sociedad;
- Falta de confiabilidad de la información presentada;
- Ausencia o inoportunidad en la publicación del orden del día de las sesiones, de las ponencias, o de las actas de conciliación;
- Ruptura de la unidad de materia vía inclusión de “*micos*”;
- Debates desarrollados con poca profundidad por falta de información suficiente y decisiones tomadas sin suficiente información;
- Ausencia de un mecanismo obligatorio de votación nominal, lo que puede conducir a que los parlamentarios aprueben decisiones que favorecen intereses particulares, sin asumir responsabilidad política por esas decisiones;
- Utilización de los medios de comunicación para presionar la adopción de posiciones. Presiones del gobierno frente a los medios, presiones de los privados que tiene amistades fuertes en los medios o presiones de privados, dueños de los medios. Este tipo de incidencia es muy grave, por el alto nivel de concentración que tienen los medios del país;
- Debates con poca participación y profundidad;
- La falta de información puede aumentar el poder del ponente y/o presidente de la comisión o de la respectiva cámara para orientar la discusión;
- Decisiones en manos de unos pocos que tienen toda la información y capacidad de orientar la discusión y la votación;
- Poca participación ciudadana en el proceso legislativo.

Desde una perspectiva política la transparencia se entiende como un medio – no es un fin en si mismo- de la relación entre el Estado y la sociedad, con gran potencial para la democratización de esa relación. Por lo tanto, es un recurso determinante en la redistribución del poder entre la administración pública y la ciudadanía.

La transparencia es elemento fundamental para el control de los intentos de incidencia indebida en la formación de las leyes. En la medida en que se visibilizan las justificaciones y planteamientos, que hacen parte de los debates, se permite al público en general y en particular a los sectores interesados conocer sobre los asuntos tratados, asumir posiciones y buscar los canales institucionales para manifestarlas en el escenario legislativo, haciendo contrapeso a decisiones que pueden estar favoreciendo un interés particular.

En la medida en que los arreglos institucionales favorecen la transparencia, habrá un mayor número de agentes informados participando y exponiendo sus preferencias en el proceso de debate de los proyectos de ley, lo que disminuye las posibilidades de que un solo agente imponga su interés particular.

El mapa de riesgos en este aspecto ofrece un conjunto de prácticas que restringen el acceso a información completa sobre los procesos legislativos, hecho que aumenta el poder de quienes sí la poseen y pueden poner este poder al servicio de los intereses particulares. Esta falta de información clara, oportuna y suficiente, evita a la vez que se desarrollen ejercicios sistemáticos de control social sobre la labor legislativa y demuestra que, con frecuencia, no hay rigor en la aplicación de las disposiciones sobre transparencia que contiene la Ley Quinta de 1992 (Reglamento Interno del Congreso).

Un aspecto adicional identificado en la investigación es la poca participación ciudadana en el proceso legislativo, resultado en gran medida, de los problemas que la ciudadanía experimenta para acceder a la información de los proyectos de ley en las distintas etapas y de los limitados

Este margen de discrecionalidad hace vulnerables a los responsables frente a intentos de incidencia indebida por parte de agentes o grupos de interés.

espacios de participación ciudadana que se generan durante el estudio de las iniciativas.

Estos factores, además de la debilidad de las organizaciones de la sociedad civil para ejercer control social sobre el trámite de las leyes limitan las condiciones para que la ciudadanía pueda detectar a tiempo fallas en el funcionamiento del proceso legislativo y para que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

## 2. Alta discrecionalidad

En el caso de la gestión legislativa se encuentra que, a pesar de estar vigente el reglamento del Congreso -Ley Quinta de 1992- que fija los pro-

### RIESGOS EN ALTA DISCRECIONALIDAD

- Uso insuficiente de mecanismos que faciliten a los congresistas conocer la opinión de sectores sociales que pueden ser afectados por los cambios legislativos, llevando al Congreso a tomar decisiones que favorecen intereses particulares de poderosos grupos económicos;
- La posibilidad de no dar trámite a un proyecto de iniciativa popular a pesar de contar con amplio respaldo ciudadano;
- La discrecionalidad de los presidentes de las comisiones para la asignación de los ponentes, vulnerando el derecho al pluralismo político y la representación de las minorías ;
- Discrecionalidad de los secretarios de comisión para informar sobre los proyectos objeto de acumulación;
- Discrecionalidad de los ponentes para acumular, proponer o rechazar proyectos;
- Discrecionalidad para otorgar el uso de la palabra violentando el derecho a la representación;
- Discrecionalidad de los presidentes de las cámaras para escoger a los conciliadores (imposición de la voluntad del presidente);
- En el proceso de información a las plenarias de las cámaras sobre las decisiones tomadas, no es obligatorio dar lectura a las actas de conciliación;
- En la etapa de ejecución, la discrecionalidad del Ejecutivo para reglamentar la ley sin obligación alguna de consulta ciudadana, haciendo al Ejecutivo vulnerable a intentos de incidencia indebida.

La Ley Quinta, sufre de vacíos en temas que podría haber definido y que, al no estar establecidos, favorecen el surgimiento de riesgos de incidencia indebida.

cesos y procedimientos para el trámite legislativo, dentro del mismo están establecidas una serie de funciones que cumplen los responsables con alto nivel de discrecionalidad, y frente a cuyo ejercicio, no existe una disposición de rendición de cuentas sobre los criterios aplicados. Lo anterior, entendiendo la rendición de cuentas como la acción de justificar las decisiones tomadas ante el resto del Congreso y ante la opinión pública en general.

La existencia de este margen de discrecionalidad hace vulnerables a los responsables frente a intentos de incidencia indebida por parte de grupos de interés, en la búsqueda de que quien es responsable utilice su discrecionalidad para favorecer los intereses particulares del grupo. Aplicando los principios de la teoría neoinstitucional, este espacio de discrecionalidad, determinado por las reglas del juego, es un incentivo que vale la pena controlar en un esfuerzo por reducir los factores que favorecen la incidencia indebida, ya sea estableciendo procedimientos de decisión colegiados o usando los mecanismos de participación ciudadana como las audiencias públicas.

### **3. Vacíos, transgresiones e incumplimiento de la Ley Quinta de 1992**

La Ley Quinta, como todo marco normativo, sufre de vacíos en temas que podría haber definido y que, al no estar establecidos, favorecen el surgimiento de riesgos de incidencia indebida y dejan abiertos espacios en temas tan importantes como la designación de ponentes, el proceso de elaboración y debate de la ponencia y la manera de conciliar las diferencias entre textos de Senado y Cámara. Aquí hay otro espacio, desde el neoinstitucionalismo, para definir o clarificar reglas del juego que reduzcan incentivos y controlen esos riesgos.

Además de lo anterior y más grave aún que la ausencia de algunas reglas del juego claras, en el ejercicio de construcción del mapa de riesgos se ha encontrado que con frecuencia se incumplen los procedimientos dispuestos en el reglamento, lo que aumenta el riesgo de incidencia indebida amparado en esas transgresiones.

¿Cuál es el principio de responsabilidad que se aplica en el Congreso cuando ni siquiera quienes tienen la responsabilidad de hacer las leyes, son estrictos en cumplir las que a ellos les rigen?

### RIESGOS EN TRANSGRESIONES Y VACÍOS DE LA LEY QUINTA

Entre las transgresiones vale la pena mencionar conductas como:

- El incumplimiento de plazos en la elaboración de ponencias, lo que se aprovecha para demorar los debates de los proyectos;
- El incumplimiento a la obligación de dar lectura a los informes de ponencia cuando esta no ha sido publicada, lo que lleva al Congreso a debates sin la suficiente información y aumenta el poder del ponente quien está en una situación ventajosa frente a sus colegas por su manejo privilegiado de información;
- El orden del día lo elaboran exclusivamente los presidentes de las comisiones o de las plenarias, y no las mesas directivas como lo ordena la Ley 5;
- Discrecionalidad en el manejo de la agenda del orden del día, sin respetar las excepciones constitucionales a que está obligada.

Entre los temas en los cuales la Ley Quinta no es suficientemente clara o tiene defectos de diseño, y que valdría la pena desarrollar, están:

- La ausencia de disposiciones sobre estudios técnicos y jurídicos previos a la presentación de los proyectos;
- No hay criterios establecidos para seleccionar ponente, por lo que el proceso está expuesto a que se negocien nombres o a que se asigne por costumbre a quien tradicionalmente ha manejado el tema;
- Las disposiciones de trámite con mensaje de urgencia, o proyectos cuyo debate se aborda de forma precipitada al final de las legislaturas, en los dos casos, limitando las posibilidades de un debate amplio e informado;
- El primer debate de los proyectos en las comisiones constitucionales es sustituido por informes de comisión accidental para segundo debate;
- Se puede presentar la reapertura de votaciones ya consumadas en diferentes sesiones, creando inseguridad jurídica;
- La ausencia de reglas claras para la conciliación de textos entre Senado y Cámara, lo que se puede utilizar para introducir ajustes en los textos de las leyes en la Comisión de Conciliación, cuyo debate no es forzoso explicar a las plenarias;
- Sólo se puede apelar la negativa de un proyecto. Se necesita precisar legislativamente la apelación de los artículos negados, y reglamentar ambas apelaciones cuando las sesiones de las comisiones son conjuntas;
- No existe un procedimiento especial y por separado para el trámite de los actos legislativos, generando incoherencias y vicios de procedimiento.

Al respecto cabe preguntarse ¿cuál es el principio de responsabilidad que se aplica en el Congreso cuando ni siquiera quienes tienen la responsabilidad de hacer las leyes, son estrictos en cumplir las que a ellos les rigen.

#### 4. Ineficacia e ineficiencia en el procedimiento

De acuerdo con el sistema de análisis desarrollado por Klitgaard “*puede esperarse que la corrupción aumente con el grado de ineficiencia en el cual se desarrolla la actividad de las instituciones, con la discrecionalidad de los funcionarios, con el grado de monopolio sobre los servicios que se prestan, con los ingresos que puedan obtenerse en las actividades corruptas, con una baja probabilidad de ser descubierto, con unos bajos castigos para las actividades corruptas y con una baja sanción social sobre los individuos corruptos*”<sup>3</sup>.

En el análisis de los riesgos de incidencia indebida en el proceso de formación de las leyes se encontraron una serie de prácticas que se amparan en los procedimientos establecidos, pero que se constituyen en una aplicación ineficiente o ineficaz de los mismos, y en esta medida no contribuyen a la transparencia en el proceso, ni a la discusión juiciosa y profunda de los proyectos y pueden facilitar que a su interior se puedan encubrir acciones de incidencia indebida.

##### RIESGOS EN INEFICACIA E INEFICIENCIA EN EL PROCEDIMIENTO

- La manipulación del orden del día en el cual se incluyen o no proyectos, o se decide sobre cambios en la sesión, lo que permite acelerar o frenar el trámite de proyectos de acuerdo con los intereses que pueda haber detrás. Esta falta de certeza en las reglas del juego afecta, además, de manera seria las posibilidades de ejercicios de control social;
- La proposición de enmiendas sin profundizar en sus posibles orígenes y beneficiarios;
- La votación en bloque de artículos, sin discusión detallada de los temas allí incluidos, puede permitir el “paso” de decisiones que favorezcan algún interés particular;
- El debate acelerado de proyectos al final de la legislatura que impide un análisis juicioso y una votación más informada;
- La práctica de dejar para reglamentación temas que deberían ser definidos por la ley, lo que aumenta el poder del Ejecutivo y además permite la toma de decisiones importantes en un ámbito en el que la discrecionalidad es mucho más alta, de nuevo aumentando la vulnerabilidad del Ejecutivo frente a intentos de incidencia indebida;
- La acción pública de inconstitucionalidad que se puede ejercer en cualquier tiempo contra las leyes crea una inmensa inseguridad jurídica.

Se encontraron una serie de prácticas que se amparan en los procedimientos establecidos, pero que se constituyen en una aplicación ineficiente o ineficaz de los mismos.

3 Robert Klitgaard, *Controlling Corruption*, Berkeley, University of California Press, 1988.

## 5. Falta de claridad de la figura de conflicto de intereses

Uno de los principales riesgos a que está sometido el trámite legislativo en Colombia es el de la falta de claridad sobre el alcance de esta figura que no ha sido suficientemente definida y regulada en las normas y, por tanto, se ha venido desarrollando a través de la jurisprudencia<sup>4</sup>. Sin embargo, no se ha avanzado lo suficiente para darle mayor poder y efectividad al mecanismo.

En la práctica, estamos ante una figura que es fundamental para el blindaje del proceso legislativo contra la incidencia indebida de intereses particulares, no solo de los propios congresistas y de sus familiares cercanos, sino también de aquellos grupos de interés que por diversos motivos, tienen posibilidades de influenciar las posiciones asumidas por los parlamentarios.

Sin embargo, por la falta de claridad en las reglas del juego que la rigen, no logra prevenir adecuadamente este tipo de influencias; de hecho, la jurisprudencia vigente deslinda la financiación de campañas de los elementos generadores de inhabilidad para los congresistas, lo que genera un riesgo gigantesco de incidencia indebida por efectos de esta financiación.

En palabras de los entrevistados en el estudio, la figura de conflicto de intereses *“es improcedente y propia de la patria boba, no previene ni permite hacer una rendición de cuentas claras a la gente. A la luz de lo que hoy está vigente un congresista no podría votar nada. El objetivo de la figura era controlar el conflicto de interés, pero se convirtió en algo general”*<sup>5</sup>.

La jurisprudencia vigente deslinda la financiación de campañas de los elementos generadores de inhabilidad para los congresistas, lo que genera un riesgo gigantesco de incidencia indebida por efectos de esta financiación.

4 Ver Sentencias del Consejo de Estado: Sentencia No. 130 radicada el 20 de noviembre de 2001. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo – Magistrado Ponente Germán Rodríguez Villamizar. Sentencia No. 132 radicada el 2 de octubre de 2001. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo – Magistrada Ponente Ana Margarita Olaya Forero. Sentencia No. 447 radicada el 3 de septiembre de 2002. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo – Magistrado Ponente Roberto Medina López.

5 Entrevista.

También señalan “*Los conflictos de interés son generalizados y se presentan en casi todas las leyes, lo que produce “trancos legislativos”, yo considero que debe modificarse la legislación referente a los conflictos de interés, para que el proceso sea más efectivo.*”<sup>6</sup>

#### RIESGOS EN LA FALTA DE CLARIDAD DE LA FIGURA DE CONFLICTO DE INTERESES

- Riesgo general de falta de claridad en la figura y de su preocupante desvinculación con la financiación de las campañas políticas,
- La participación activa en los debates de personas a quienes se les ha aceptado un impedimento por conflicto de intereses;
- El hecho de que personas impedidas votan impedimentos de los demás;
- La no aceptación de declaraciones de impedimentos para efectos de mantener el quórum;
- El hecho de que los parlamentarios sean presionados para asumir una u otra posición con amenazas de demandas de pérdida de investidura por presuntos conflictos de intereses.
- Los impedimentos por conflicto de intereses adolecen de una completa reglamentación, tanto para el legislativo, como para el ejecutivo.

### 6. Prácticas indebidas de cultura política

Muchas de las prácticas y tradiciones del Congreso en el juego de intereses políticos y en el manejo de las relaciones, son dinamizadoras de riesgos de incidencia indebida en la formación de las leyes, ya que reflejan un tipo de relaciones políticas mediadas por el interés de conservar o fortalecer las posiciones de poder y de favorecerse de ellas y, por lo tanto, por su necesidad de garantizar las condiciones políticas y financieras que permiten esa permanencia.

Varias de estas prácticas corresponden a manipulación de los procedimientos y son utilizadas para dar mayor o menor impulso a los proyectos

Muchas de las prácticas y tradiciones del Congreso reflejan un tipo de relaciones políticas mediadas por el interés de conservar o fortalecer las posiciones de poder y de favorecerse de ellas.

6 Entrevista

de ley, detrás de lo cual hay, con frecuencia, intereses de los parlamentarios de obtener algún tipo de beneficio de parte del(los) interesado(s) en el trámite de los mismos.

Allí, entonces, se configura un incentivo para una decisión racional de un grupo de interés, sea este el Ejecutivo -que en aras de impulsar una iniciativa de su interés puede incurrir en prácticas clientelistas o de manejo del presupuesto a favor de los intereses de los congresistas-, o de una empresa o un gremio, que pueden tomar medidas que motiven una determinada decisión, configurando una forma de captura del Estado e incluso con el riesgo de llegar a involucrar otras modalidades de corrupción.

De otra parte, la excesiva personalización de las iniciativas en el Congreso, sumada a la inexistencia de trabajo en bancadas, no sólo dificulta organizar la representación política y el fortalecimiento de los debates, sino la rendición de cuentas institucional y personal. Así mismo, la ausencia de posiciones de partido, influyen para que en muchos casos las decisiones se adopten basadas en el llamado “colegaje” por encima de la argumentación y la conveniencia pública.

Esta situación es grave ya que, el tradicional comportamiento individualizado de los congresistas los hace especialmente vulnerables a intentos de incidencia indebida por parte de intereses particulares. Esto porque no se ven obligados a concertar una posición política frente a los temas por parte del grupo, el movimiento o la bancada y además porque, al no existir la obligación de votaciones nominales, se diluye la responsabilidad de los congresistas frente a las decisiones tomadas.

En últimas, los congresistas no están necesariamente rindiendo cuentas de sus decisiones individuales ante el Congreso ni ante sus electores y pueden ser más fácilmente manipulables por los financiadores de sus campañas o por ofrecimiento de prebendas o beneficios a cambio de asumir determinadas posiciones.

La ausencia de posiciones de partido, influyen para que en muchos casos las decisiones se adopten basadas en el llamado “colegaje” por encima de la argumentación y la conveniencia pública.

### RIESGOS ORIGINADOS EN PRÁCTICAS INDEBIDAS DE CULTURA POLÍTICA

- La manipulación para disolver el quórum con el fin de impedir el debate o la votación de las iniciativas;
- Usar avalanchas de impedimentos injustificados para aplazar o hundir los proyectos de ley;
- Toma de decisiones basadas en el colegaje por encima de la argumentación y la conveniencia pública;
- Los mensajes de urgencia del gobierno, una vez presentados, pueden ser retirados o movidos según la conveniencia política;
- La tradición de toma de decisiones individuales y no por bancadas, lo que facilita la negociación individual de contraprestaciones;
- Del otro lado, están los riesgos de ofrecimiento de beneficios, prebendas o favores a los congresistas a cambio de las posiciones que asuman, así como la adopción de una posición determinada a cambio de la financiación de campañas políticas.

## 7. Debilidades técnicas de los congresistas y sus Unidades de Trabajo Legislativo, UTL's

Este es un aspecto en el que el Congreso como institución se ve sometido a riesgos por debilidades en su funcionamiento como organización. El Congreso no cuenta con suficientes dispositivos institucionales que apoyen de manera efectiva a los Congresistas en el análisis de temas técnicos y especializados, que les soporten su capacidad de análisis sobre las materias en debate y favorezcan la independencia frente a los grupos privados de interés quienes buscan presentar la información con su propio sesgo.

Estas limitaciones del soporte técnico del Parlamento dificultan actuar con independencia frente a los grupos de interés, ya sean otros poderes del Estado o los intereses privados, los cuales sí suelen tener una gran fortaleza técnica, capacidad de recolección y análisis de información y de producción de documentos, que son ofrecidos a los parlamentarios para tratar de convencerlos sobre su interés particular.

El Congreso no cuenta con suficientes dispositivos institucionales que apoyen de manera efectiva a los Congresistas en el análisis de temas técnicos y especializados.

El fortalecimiento e institucionalización permanente de un órgano técnico propio del Congreso que apoye el desarrollo de estudios técnicos y jurídicos independientes, es clave para impedir esta asimetría en la información. Así mismo, un mayor esfuerzo de cualificación técnica de los equipos de las UTL's contribuiría con este propósito de garantizar un soporte técnico permanente a los congresistas en los temas que son de su especial interés político.

#### RIESGOS DE LAS DEBILIDADES TÉCNICAS DE LOS CONGRESISTAS Y SUS UTL'S

- Muchos parlamentarios carecen de suficiente conocimiento técnico sobre la mayoría de los temas que se debaten en el Congreso;
- La tradición de designación de profesionales de UTL's por factores políticos conduce a que: 1) dediquen su esfuerzo a actividades políticas, y 2) no tengan la suficiente capacidad técnica para suplir las necesidades de asistencia de los congresistas.

Estas limitaciones del soporte técnico del Parlamento dificultan actuar con independencia frente a los grupos de interés, ya sean otros poderes del Estado o los intereses privados.

#### 8. Ejercicio desorganizado del cabildeo

A pesar de ser el cabildeo un mecanismo legítimo dentro de nuestro sistema democrático, al no estar reguladas las condiciones en que se puede ejercer, está sujeto a importantes riesgos de incidencia indebida.

La ausencia de una definición formal de las reglas del juego genera incentivos para la incidencia indebida, sin imponer ningún tipo de restricciones ni sanciones que limiten el comportamiento de los actores, lo que facilita la influencia de intereses privados a través del cabildeo.

Los actores se manifiestan individual o gremialmente en su relación con los congresistas o con el Ejecutivo para buscar beneficios y, en esta búsqueda -por la falta de reglamentación- es fácil que se de una incidencia indebida.

Esta situación le ha venido quitando credibilidad al instrumento y generando en el imaginario de la opinión pública una asociación frecuente entre cabildeo y corrupción, lo cual le afecta a su vez la credibilidad del ejercicio legislativo como un todo. Por eso parecería razonable que se regulara esta actividad, para reforzar su legitimidad y los mecanismos de control alrededor de su ejercicio.

Hoy el cabildeo se refleja en el aprovechamiento de contactos personales de los grupos de interés con miembros del Gobierno y/o con los congresistas o sus asesores para que sus intereses particulares se vean reflejados en el texto, por lo que sólo quienes tiene capacidad de gestión frente al Gobierno y al Congreso pueden incidir en el contenido de las leyes.

#### RIESGOS DEL EJERCICIO DESORGANIZADO DEL CABILDEO

- Se utiliza el cabildeo para lograr la introducción de artículos en los proyectos de beneficio para grupos particulares;
- Se puede negociar la asignación de ponentes por parte del gobierno o de algunos gremios;
- Se introducen elementos en las ponencias o aún se participa directamente en su elaboración;
- Se presiona a los congresistas en los debates y en las votaciones para que asuman determinadas posiciones;
- Se realizan múltiples reuniones por fuera del Congreso sobre las cuales no hay actas ni conocimiento público de los términos de la discusión. Muchos arreglos allí predefinidos se llevan a las sesiones formales, en las que no se rinden cuentas de las motivaciones de las decisiones;
- Cuando las leyes ya han sido aprobadas, el ejercicio del cabildeo se realiza frente al Ejecutivo para buscar incidir en la reglamentación.

A continuación se presenta la matriz del mapa de riesgos identificados en el estudio, según las diferentes etapas del proceso legislativo.

**MAPA DE RIESGOS DE INCIDENCIA INDEBIDA DE INTERESES  
PARTICULARES EN EL PROCESO DE FORMACION DE LAS LEYES<sup>7</sup>**

RIESGOS ASOCIADOS A		FALTA DE TRANSPARENCIA	ALTA DISCRECIONALIDAD	VACÍOS Y/O TRANSGRESIONES A LA LEY 5TA DE 1992
ETAPAS DEL PROCESO LEGISLATIVO				
1. ELABORACIÓN DEL PROYECTO	(i) Falta de valoración en la exposición de motivos de los beneficios y perjuicios generados por el proyecto de ley para la sociedad.	(i) Uso insuficiente de mecanismos para conocer la opinión de sectores sociales afectados.		(i) Ausencia de disposiciones sobre estudios técnicos y jurídicos previos a la presentación de los proyectos.
	(ii) Información para la elaboración de los proyectos no es confiable.	(ii) Posibilidad de no dar trámite a un proyecto de iniciativa popular.		
2. REPARTO DEL PROYECTO				(i) La Ley 5ª favorece la asignación de los proyectos a Comisiones de acuerdo con su jerarquía/tipo/rango más que con su materia, lo que hace perder especialidad en el debate
3. DEFINICIÓN Y PUBLICACIÓN DEL ORDEN DEL DÍA DE LAS SESIONES	(i) Ausencia o inoportunidad en la publicación del orden del día de las sesiones.			(i) El orden del día lo elaboran exclusivamente los presidentes de las comisiones o de las plenarias, y no las mesas directivas como lo ordena la ley 5ª.
	(ii) Mala o tardía comunicación del orden del día para conocimiento de todos los interesados.			(ii) Manejo de la agenda del orden del día de las sesiones sin respetar las excepciones constitucionales a que está obligada.
4. DEBATES EN COMISIONES Y PLENARIAS	4.1. Asignación de Ponentes		(i) Discrecionalidad del presidente de las comisiones para la asignación de los ponentes, vulnerando el derecho al pluralismo político y la representación de las minorías.	(i) No hay criterios establecidos para seleccionar ponentes, por lo que el proceso está expuesto a que se negocien nombres o a que se asigne por costumbre a quien tradicionalmente ha manejado el tema.

<sup>7</sup> Recoge aportes particulares del Senador Darío Martínez.

INEFICACIA E INEFICIENCIA EN EL PROCEDIMIENTO	FALTA DE CLARIDAD DE LA FIGURA DE CONFLICTO DE INTERESES	PRÁCTICAS INDEBIDAS DE CULTURA POLÍTICA	DEBILIDADES TÉCNICAS DE LOS CONGRESISTAS Y SUS UNIDADES DE TRABAJO	EJERCICIO DESORGANIZADO DEL CABILDEO
	(i) Algunos proyectos pueden venir impulsados por terceros a solicitud de congresistas o funcionarios con impedimentos.	(i) Excesiva personalización de las iniciativas -Inexistencia de bancadas-.	(i) Insuficiente conocimiento y asistencia técnica a parlamentarios.	(i) Grupos de interés pueden ejercer presión sobre los congresistas o el Ejecutivo, o incidir directamente en la redacción del proyecto.
(i) Manipulación del orden del día permite acelerar o frenar el trámite de proyectos.				
(ii) Falta de certeza en las reglas del juego afecta posibilidades de control social.				
		(i) Cadena de favores entre los ponentes y el presidente de la comisión. Los ponentes se pueden asignar también en función de tener una proporción entre bancadas, o por solicitud de un parlamentario al presidente de la comisión.		(i) Se negocia la asignación de ponentes por parte del gobierno o de algunos gremios.

Continuación

Continúa

RIESGOS ASOCIADOS A ETAPAS DEL PROCESO LEGISLATIVO	FALTA DE TRANSPARENCIA	ALTA DISCRECIONALIDAD	VACÍOS Y/O TRANSGRESIONES A LA LEY 5TA DE 1992
<b>4. DEBATES EN COMISIONES Y PLENARIAS</b>  4.2. Acumulación de Proyectos  4.3. Elaboración de las ponencias  4.4. Presentación y publicación del informe de ponencia  4.5. Discusión sobre la ponencia y presentación de enmiendas	(i) Falta de mecanismos de comunicación sobre los proyectos que se encuentran radicados en la otra cámara sobre la misma materia.	(i) Discrecionalidad de los secretarios de comisión para informar la existencia de los proyectos que son objeto de acumulación.	
		(ii) Discrecionalidad del ponente para acumular o proponer el rechazo de los proyectos o de partes de ellos.	
	(i) Ruptura de la unidad de materia vía inclusión de <i>micos</i> .		(i) Incumplimiento de plazos en la elaboración de la ponencia.
	(i) No publicar oportunamente el informe de ponencia.		(i) Transgresión al término definido para presentar la ponencia se aprovecha para demorar los debates de los proyectos.
	(i) Debates desarrollados con poca profundidad y participación, y decisiones tomadas sin la debida información.	(i) Discrecionalidad para otorgar el uso de la palabra violentando el derecho de la representación.	(i) Incumplimiento de la obligación de dar lectura a informes de ponencia, cuando no ha sido publicada.

Continuación

*Continúa*

INEFICACIA E INEFICIENCIA EN EL PROCEDIMIENTO	FALTA DE CLARIDAD DE LA FIGURA DE CONFLICTO DE INTERESES	PRÁCTICAS INDEBIDAS DE CULTURA POLÍTICA	DEBILIDADES TÉCNICAS DE LOS CONGRESISTAS Y SUS UNIDADES DE TRABAJO	EJERCICIO DESORGANIZADO DEL CABILDEO
			(i) La ausencia de conocimiento técnico puede generar dependencia de los congresistas y sus UTL hacia el funcionario gubernamental, el cabildero o el experto. Hacen falta centros de documentación y oficinas especializadas.	(i) Los lobbystas pueden incidir en las ponencias a través de la información que suministran para promover su interés particular.
(i) Poca participación y prelación de algunas posiciones (creerle a los ponentes) por desconocimiento de los temas que se discuten.	(i) Participación en debates de personas con impedimentos.	(i) Toma de decisiones basadas en el "colegaje" por encima de la argumentación y la conveniencia pública.	(i) Debilidad en el debate por la dificultad del Congreso para generar información de manera autónoma.	(i) Presión de los lobbystas a los parlamentarios durante los debates.

*Continuación*

Continúa

RIESGOS ASOCIADOS A		FALTA DE TRANSPARENCIA	ALTA DISCRECIONALIDAD	VACÍOS Y/O TRANSGRESIONES A LA LEY 5TA DE 1992
ETAPAS DEL PROCESO LEGISLATIVO				
4. DEBATES EN COMISIONES Y PLENARIAS	4.5. Discusión sobre la ponencia y presentación de enmiendas	(ii) La falta de información puede aumentar el poder del ponente y/o presidente para orientar la discusión.		(ii) Falta de claridad en los procedimientos se puede aprovechar para dilatar las discusiones de contenido.
		(iii) Utilización de los medios de comunicación para presionar la adopción de posiciones (amenaza de escándalos o no darles cubrimiento a los congresistas en los medios de comunicación)		(iii) Mensaje de urgencia del Ejecutivo limita debate amplio e informado.
				(iv) El primer debate de los proyectos en las comisiones constitucionales es sustituido por informes de comisión accidental para segundo debate.

Continuación

Continúa

INEFICACIA E INEFICIENCIA EN EL PROCEDIMIENTO	FALTA DE CLARIDAD DE LA FIGURA DE CONFLICTO DE INTERESES	PRÁCTICAS INDEBIDAS DE CULTURA POLÍTICA	DEBILIDADES TÉCNICAS DE LOS CONGRESISTAS Y SUS UNIDADES DE TRABAJO	EJERCICIO DESORGANIZADO DEL CABILDEO
(ii) Enmiendas sin profundizar en sus posibles orígenes y beneficiarios.	(ii) Los mecanismos existentes para controlar la participación de congresistas con intereses particulares en el trámite de un proyecto son insuficientes y poco operativos.	(ii) Manipulación para disolver el quórum e impedir debate o votación de iniciativas.	(ii) La carencia de conocimiento técnico podría hacer difícil que los congresistas definan el alcance del proyecto e identifiquen los intereses particulares que se benefician con el mismo.	(iii) Reuniones por fuera del Congreso generan arreglos predefinidos sobre los que no se rinden cuentas.
(iii) Debate acelerado al fin de legislatura impide análisis juicioso y votación informada.	(iii) Personas impedidas votan impedimentos de los demás (figura del carrusel).	(iii) Avalancha de impedimentos injustificados para aplazar o hundir proyectos de ley.	(iii) La carencia por parte de los congresistas y sus UTL de instrumentos adecuados para analizar las propuestas legislativas, impide conocer sus antecedentes o posibles consecuencias, al tiempo que genera un profundo desequilibrio entre la rama legislativa y otros actores.	
(iv) Generar vicios de procedimiento para que un proyecto, que no responde a intereses particulares, sea "tumbado" por la Corte Constitucional.	(iv) No aceptación de impedimentos para mantener el quórum. (v) Amenaza de demanda de pérdida de investidura de los congresistas. (vi) La reglamentación y jurisprudencia sobre conflicto de interés son muy débiles en relación con la financiación de campañas.	(iv) Los mensajes de urgencia del gobierno, una vez presentados, pueden ser retirados o movidos según la conveniencia política. (v) Presión para adopción de posiciones a cambio de financiación de campañas. (vi) Ofrecimiento de beneficios, prebendas o favores a cambio de toma de decisiones, no sólo por parte de intereses privados, sino también de agentes estatales.	(v) Las UTL pueden desviarse de sus funciones de asesoría técnica y estar enfocados en funciones políticas o de aprovechamiento económico.	

Continuación

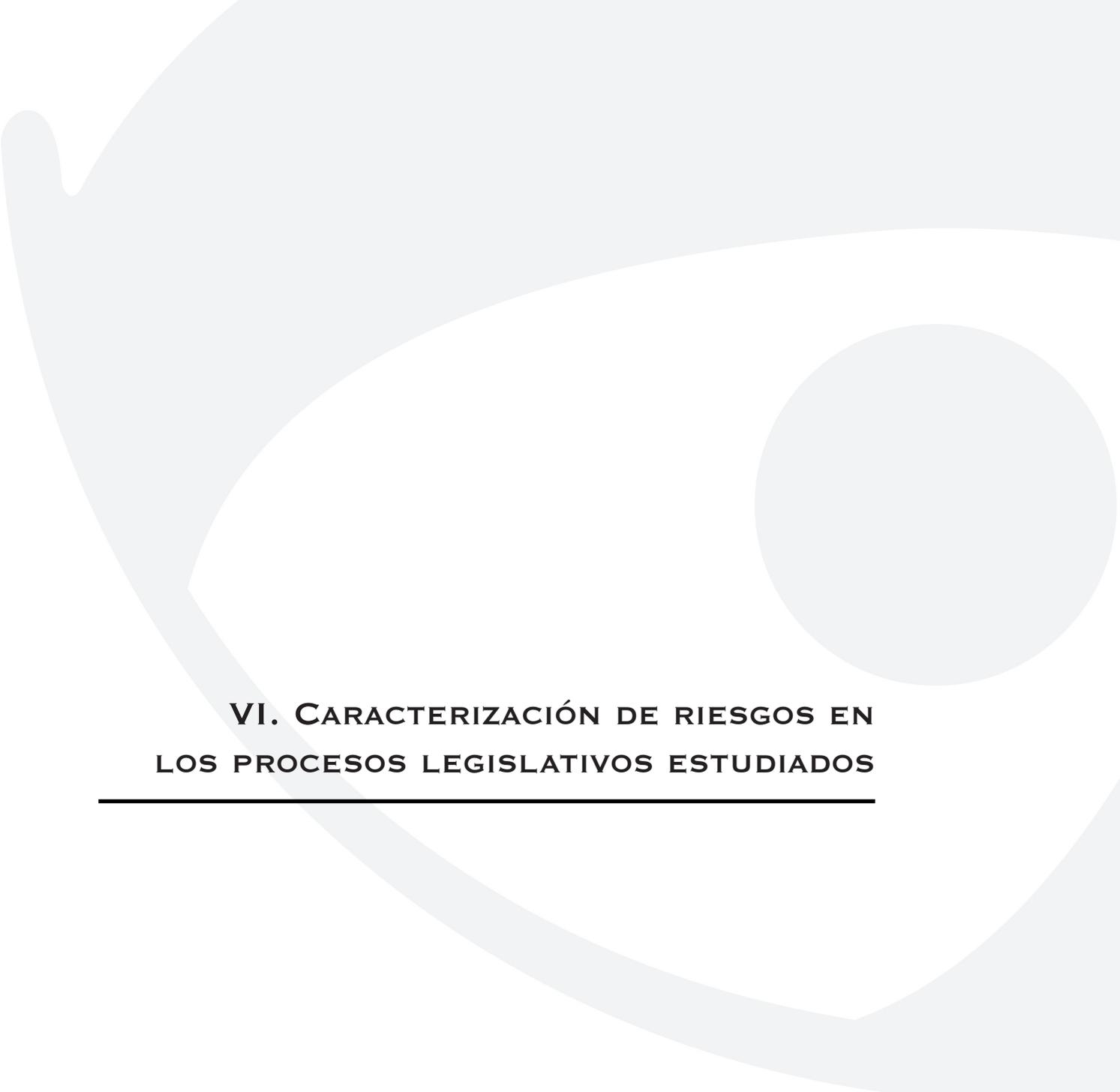
Continúa

RIESGOS ASOCIADOS A		FALTA DE TRANSPARENCIA	ALTA DISCRECIONALIDAD	VACÍOS Y/O TRANSGRESIONES A LA LEY 5TA DE 1992
ETAPAS DEL PROCESO LEGISLATIVO				
4. DEBATES EN COMISIONES Y PLENARIAS	4.6. Votaciones	(i) Falta de publicidad de las decisiones de los congresistas por ausencia de votación nominal obligatoria.	(i) El procedimiento de registro manual puede ser utilizado por los secretarios como mecanismo para afectar el quórum.	(i) Aprobar artículos sin el quórum decisorio puede usarse como mecanismo para hundir los proyectos por vicios de procedimiento. (ii) Se puede presentar la reapertura de votaciones ya consumadas en diferentes sesiones, creando inseguridad jurídica. Las mayorías deben darse en la sesión respectiva.
	5. COMISIONES DE CONCILIACIÓN	(i) Votaciones de textos conciliados sin suficiente información (solamente se informa a la plenaria el número de artículo que se acoge de una cámara pero no su contenido).  (ii) Restricción a la participación de grupos de interés diferentes al gobierno en las reuniones de conciliación.	(i) Discrecionalidad de los presidentes de las cámaras para escoger a los conciliadores (imposición de la voluntad del presidente).  (ii) Se puede cambiar la esencia de los textos definitivos. (iii) En el proceso de información a las plenarios de las cámaras sobre las decisiones tomadas, no es obligatorio dar lectura a las actas.	(i) Ausencia de reglas claras sobre la manera de conciliar los textos entre Senado y Cámara.
6. IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY		(i) la reglamentación abre espacios para el aprovechamiento de beneficios particulares	(i) Discrecionalidad del Ejecutivo para reglamentar, sin obligación de consulta a terceros.  (ii) La reglamentación puede no reflejar el espíritu parlamentario.	(i) Sólo se puede apelar la negativa de un proyecto. Se necesita precisar legislativamente la apelación de los artículos negados y reglamentar ambas apelaciones cuando las sesiones de las comisiones son conjuntas.
GENERAL A TODAS LAS ETAPAS		(i) Insuficiente participación de la sociedad civil en el seguimiento a los procesos legislativos, en particular a través de ejercicios de control social al cumplimiento de las disposiciones legales del trámite		

Continúa

INEFICACIA E INEFICIENCIA EN EL PROCEDIMIENTO	FALTA DE CLARIDAD DE LA FIGURA DE CONFLICTO DE INTERESES	PRÁCTICAS INDEBIDAS DE CULTURA POLÍTICA	DEBILIDADES TÉCNICAS DE LOS CONGRESISTAS Y SUS UNIDADES DE TRABAJO	EJERCICIO DESORGANIZADO DEL CABILDEO
(i) Votación en bloque de artículos sin discusión detallada de los temas allí incluidos.		(i) Manipulación del quórum decisorio vía impedimentos injustificados, inasistencia a las sesiones o abandono del recinto.  (ii) Tradición de toma de decisiones individuales frente a los temas y no por bancadas.		(i) Presiones a los congresistas para votar de una manera u otra.
(i) Es un espacio de decisión donde participan muy pocos tomando decisiones sobre los puntos más controvertidos				
(i) Dejar para reglamentación temas que deberían ser definidos en la ley. (ii) La acción pública de inconstitucionalidad que se puede ejercer en cualquier tiempo contra las leyes crea una inmensa inseguridad jurídica.	(i) Puede configurarse una puerta giratoria entre reglamentadores y sujetos de reglamentación.			(i) En leyes aprobadas, presiones al Ejecutivo para incidir en reglamentación.
	(i) Los impedimentos por conflicto de intereses adolecen de una completa reglamentación, tanto para el Legislativo, como para el Ejecutivo.		(i) Designación de profesionales de UTL's por factores políticos: 1) conduce a que dediquen su esfuerzo a actividad política, 2) no suplan necesidades de asistencia técnica.	



A large, light gray, stylized graphic of an eye or a lens, composed of several overlapping curved shapes, serves as a background for the page. The graphic is centered and occupies most of the page's width and height.

## **VI. CARACTERIZACIÓN DE RIESGOS EN LOS PROCESOS LEGISLATIVOS ESTUDIADOS**

---

A finales de los 90, el país atravesó una grave recesión económica. Como consecuencia, se presentaron un número creciente de concordatos y liquidaciones.

En el proceso recolección y análisis de la información sobre los tres procesos de trámite legislativo revisados en el estudio, fue posible caracterizar un número importante de los riesgos sistematizados en el mapa general de riesgos de incidencia indebida en la formación de las leyes. La descripción de estos resultados se presenta a continuación:

### 1. TRÁMITE DE LA LEY 550 DE 1999

*"Por la cual se autoriza un régimen que promueve y facilita la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley"*

### s Antecedentes y contexto

A finales de los 90, el país atravesó una grave recesión económica. La combinación de elevadas tasas de interés y de devaluación, unida a la reducción de la demanda y la mora en el pago por parte de sus clientes, hizo crítica la situación de las empresas del sector real, minó la capacidad de pago de los deudores, y disminuyó sus posibilidades de acceso a nuevos créditos. Como consecuencia, se presentaron un número creciente de concordatos y liquidaciones<sup>1</sup>. Sumado a lo anterior, se presentó el sobreendeudamiento y la notable reducción de los ingresos de las entidades territoriales que se vieron abocadas a entrar en suspensión de pagos, amenazando la generación de empleo y la estabilidad social del país.

En estas condiciones, el régimen vigente en materia de acuerdos concursales<sup>2</sup> no respondía a las particularidades de la crisis. Por ello, el Estado intervino con un marco normativo que facilitara las condiciones para la reactivación de las empresas viables que incluyó, además, mecanismos para la reestructuración del pasivo de las entidades territoriales. El objetivo del proyecto era, entonces, *“dotar a deudores y acreedores de incentivos y mecanismos adecuados para la negociación, diseño y ejecución conjunta de programas que les permitieran normalizar su actividad productiva y, al mismo tiempo, atender sus compromisos financieros”*<sup>3</sup>.

Adicionalmente, la Ley respondió a las recomendaciones de distintos organismos internacionales como la Comisión Económica para América

1 “La peor crisis económica del país en los últimos 70 años, no sólo dejó 3 millones de desempleados, sino que le asestó un duro golpe al sector privado. (...) Según el balance dado a conocer por Confecámaras durante 1999, las 1000 empresas más grandes país -medidas por activos- perdieron \$2.5 billones de pesos, cuando un año antes habían ganado \$1.7 billones. Es decir, el bajonazo fue de 240%. Como resultado de ello, el número de empresas que entró a concordato fue de 196, con activos por \$1.15 billones. Por el lado de las pequeñas y medianas la situación fue parecida. Cerca de 160 sociedades liquidadas que manejaban \$630.000 millones en activos”. El Espectador, edición del 26 de septiembre de 2000. Económico 2B.

2 Acuerdos entre acreedores y las empresas con problemas financieros para lograr el pago de las deudas los primeros, y la viabilidad del negocio los segundos.

3 Exposición de motivos, Proyecto de Ley 145 de 1999 Cámara. Gaceta del Congreso No. 390 Año VII.

El Estado intervino con un marco normativo que facilitara las condiciones para la reactivación de las empresas viables que incluyó, además, mecanismos para la reestructuración del pasivo de las entidades territoriales.

Latina y el Caribe -CEPAL- y el Banco Mundial, que reclamaban al Gobierno la adopción de normas y principios que condujeran a la transparencia de la gestión gubernamental, con el fin de mejorar la eficiencia y disminuir riesgos de desestabilización, pero sobre todo, a lo consagrado en los compromisos asumidos en el marco del acuerdo extendido o *Política de Ajuste Estructural de las Finanzas Públicas*<sup>4</sup>, suscrito con el Fondo Monetario Internacional, FMI. En ese orden de ideas, la Ley 550 de 1999 responde a criterios de sostenibilidad del sistema financiero y la integridad de los mercados a través de dos aspectos básicos: principios de gobierno corporativo y sistemas de insolvencia y derechos de acreedores.

La Ley respondió a las recomendaciones de distintos organismos internacionales como la Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL- y el Banco Mundial, pero sobre todo, a lo consagrado en los compromisos asumidos en el marco del acuerdo suscrito con el Fondo Monetario Internacional, FMI.

- 
- 4 Dicho acuerdo fue la respuesta a las crisis financieras asiáticas, dando como resultado unos lineamientos muy claros: políticas interiores y entorno económico mundial sano. Por lo tanto, “dentro de ese entorno económico internacional, el denominado sistema financiero internacional es un punto central. En esta dirección, se encuentran temas como el de la transparencia y la responsabilidad, la implementación de los códigos de buenas prácticas, la liberalización de los mercados de capitales, el papel del sector privado en la prevención y solución de las crisis, y el mejoramiento en los sistemas de control de los mercados financieros”. VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, 28-31 Octubre. 2003. SÁNCHEZ, Carlos Ariel. Ajuste estructural, Estado eficaz y reformas al control. Universidad del Rosario. Bogotá. p.7. En: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0047114.pdf>.
- 5 De conformidad con lo establecido por los artículos 163 y 164 de la Ley 5 de 1992 “El Presidente de la República podrá solicitar trámite de urgencia para cualquier proyecto de ley. En tal caso, la respectiva cámara deberá decidir sobre el mismo dentro del plazo de treinta días. Aún dentro de este lapso, la manifestación de urgencia puede repetirse en todas las etapas constitucionales del proyecto. Si el Presidente insistiere en la urgencia, el proyecto tendrá prelación en el orden del día excluyendo la consideración de cualquier otro asunto, hasta tanto la respectiva cámara o comisión decida sobre él. Si el proyecto de ley a que se refiere el mensaje de urgencia se encuentra al estudio de una comisión permanente, ésta, a solicitud del Gobierno, deliberará conjuntamente con la correspondiente de la otra cámara para darle primer debate. El Congreso dará prioridad al trámite de los proyectos de ley aprobatorios de los tratados sobre derechos humanos que sean sometidos a su consideración por el Gobierno.”

## INFORMACIÓN BÁSICA DEL TRÁMITE DEL PROYECTO

**Nombre del Proyecto:** “Por el cual se autoriza un régimen que promueve y facilita la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de la regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley”.

**Objetivo:** Dotar a deudores y acreedores de incentivos y mecanismos que sean adecuados para la negociación, diseño y ejecución conjunta de programas que le permitan a las empresas privadas colombianas normalizar su actividad productiva y, al mismo tiempo, atender sus compromisos financieros.

**Autores:** Ministro de Hacienda y Crédito Público y Ministro de Desarrollo Económico y Social.

**Radicación:** 29 de octubre de 1999 en la Cámara de Representantes con mensaje de urgencia<sup>5</sup>.

**Primer debate en las comisiones terceras conjuntas de la Cámara de Representantes y el Senado de la República:** 1 de diciembre de 1999.

**Ponentes:**

*Representantes a la Cámara:* Oscar Darío Pérez, Rafael Amador, Dilia Estrada, Oscar González, Fernando Tamayo, Freddy Sánchez, Julián Silva, Luis Felipe Villegas, Zulema Jattin y César Mejía. *Senadores:* Luis Guillermo Vélez, Gabriel Zapata Correa y Augusto García Rodríguez.

**Subcomisión accidental para primer debate al capítulo de reestructuración de las entidades territoriales:** *Senadores:* Luis Fernando Londoño, José Gómez Hermida, Jaime Dussán, y *Representantes:* William Cubides, Rubén Darío Quintero, y Gustavo Petro.

**Segundo debate en la plenaria del Senado:** 16 de diciembre de 1999.

**Ponentes:** *Senadores:* Luis Guillermo Vélez, Gabriel Zapata Correa y Augusto García Rodríguez.

**Segundo debate en la plenaria de la Cámara:** 16 de diciembre 1999.

**Ponentes:** *Representantes a la Cámara:* Oscar Darío Pérez, Rafael Amador, Dilia Estrada, Oscar González, Fernando Tamayo, Freddy Sánchez, Julián Silva, Luis Felipe Villegas, Zulema Jattin y César Mejía.

**Comisión de Conciliación:** 16 de diciembre de 1999.

**Miembros Comisión de Conciliación:** *Senadores:* Luis Guillermo Vélez, Augusto García, Piedad Zuccardi y Gabriel Zapata. *Representantes:* Luis Carlos Saavedra, Luis Carlos Ordosgoitia, Oscar Darío Pérez y Adolfo León Palacios.

**Sanción Presidencial:** 30 de diciembre de 1999.

### s **Riesgos de incidencia indebida identificados en el proceso**

De acuerdo con las fuentes de información consultadas, los riesgos de incidencia indebida de intereses particulares en el trámite de esta Ley se asocian principalmente con falta de transparencia, trámite acelerado por efecto de la fecha tardía de radicación y el mensaje de urgencia, las debilidades técnicas de los congresistas y sus unidades de trabajo y a las debilidades en la reglamentación del cabildeo.

#### a. Falta de Transparencia

##### s **Falta de valoración de los beneficios y perjuicios generados por el proyecto de ley para la sociedad**

Este riesgo se ve reflejado, según las fuentes, en no haber valorado adecuadamente dos aspectos:

- s El que la ley pudiera ser aprovechada por empresas no viables o que no estaban efectivamente afectadas por la crisis de finales de los noventa sino que ya venían con problemas anteriores, y
- s Que las empresas favorecidas por la ley entraban a competir en desigualdad de condiciones con aquellas que habían hecho esfuerzos e inversiones para adecuarse a los rigores de la apertura económica, y que no tenían problemas financieros en ese momento. Los testimonios presentados a continuación reseñan estas preocupaciones:

*“La ley crea desventajas entre las empresas porque si una empresa entra a la ley 550 no tiene el apremio de las deudas, es decir, está en ventaja con alguien que debe hasta la camisa. Se configuró una especie de competencia desleal”<sup>6</sup>.*

*“La ausencia de un proceso técnico exigente para determinar la viabilidad de las empresas es otro punto de preocupación. En teoría, la Ley 550 está dirigida a facilitar la recuperación de empresas viables. Sin embargo, para expertos como Jaime Vargas, de Andersen Legal, es claro que no todas las empresas que se acogen a la ley lo son. Muchas están comprando tiempo, apostándole a la recuperación económica”<sup>7</sup>.*

El que la ley pudiera ser aprovechada por empresas no viables o que no estaban efectivamente afectadas por la crisis de finales de los noventa sino que ya venían con problemas anteriores.

6 Entrevista.

Otro aspecto en el que los entrevistados señalan insuficiente valoración de los perjuicios de la ley, en relación con la cultura de la legalidad, se expresa en la creación de un marco normativo especial en materia tributaria, con la exclusión respecto a las obligaciones negociables (art. 52), la exoneración del impuesto por renta presuntiva (art. 53), la creación de un régimen especial para retención en la fuente (art. 54), y la suspensión en los procesos de cobro coactivo vigentes en ese momento y regulados por el estatuto tributario<sup>8</sup>. En opinión de algunos, durante la sustentación y trámite de la ley no se consideró seriamente la posibilidad de que la creación de un marco de regulación especial con respecto al pago de impuestos, podría crear la percepción de que se estaba justificando una apropiación indebida de recursos públicos:

*“El problema de la ley es que posibilita el riesgo moral. En una situación normal, en cualquier negocio, los inversionistas y los financistas son conscientes de lo que arriesgan, el nivel de riesgo está claro porque cuentan con información. Con la ley 550 esto cambia. La ley lo envuelve todo permitiendo que cosas que antes se consideraban delitos, como apropiarse del IVA o de la retención en la fuente, que le pertenecen a la sociedad, se configuren y no haya sanción... Antes se respondía a nivel personal por evasión, pero la ley permitió que... se negociaran los plazos para pagar las obligaciones, como si fuera una simple deuda a un banco y no un mal uso de los recursos que son públicos. Una empresa no puede darse el lujo de recaudar y luego apropiarse del dinero recaudado, por que no es de ella... Aquí lo que se hizo fue convertir un riesgo financiero en un riesgo moral”.*<sup>9</sup>

#### 5 **Ruptura de la unidad de materia vía inclusión de “micos”**

Según las fuentes, este riesgo se concreta en el artículo 79 de la ley que se refiere a la vigencia de la misma, y en el cual se introdujo un inciso

7 Revista Dinero, “Tiempo de cambiar”, Edición 146, del 26 de junio de 2003.

8 De acuerdo con el art. 55 de la ley 550 de 1999, “lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 845 del Estatuto Tributario no es aplicable a las cláusulas que formen parte de los acuerdos de reestructuración celebrados de conformidad con la presente ley, en lo que se refiere a plazos. Igualmente, el artículo 849 del Estatuto Tributario, no es aplicable en el caso de los Acuerdos de Reestructuración, y la Administración Tributaria no podrá adelantar la acción de cobro coactivo durante la negociación del acuerdo”.

9 Entrevista

En teoría, la Ley 550 está dirigida a facilitar la recuperación de empresas viables. Sin embargo, para expertos, es claro que no todas las empresas que se acogen a la ley lo son. Muchas están comprando tiempo, apostándole a la recuperación económica”.

En el artículo 79 de la Ley se introdujo un inciso sobre el tema de garantías de terceros, que no se relaciona para nada con la materia del artículo. Aquí se conforma lo que se llama un “mico”, ya que se incorpora a última hora, en la plenaria de la Cámara, una disposición que debería haber sido considerada y debatida en la comisión especializada respectiva.

sobre el tema de garantías de terceros<sup>10</sup>, que no se relaciona para nada con la materia del artículo. Aquí se conforma lo que se llama un “mico”, ya que se incorpora a última hora, en la plenaria de la Cámara, una disposición que debería haber sido considerada y debatida en la comisión especializada respectiva, ubicándola además en un artículo distinto al que debería ocupar por unidad de materia (Artículo 14: Efectos de la iniciación de la negociación). Los expertos en la ley coinciden en afirmar que esta disposición refleja un beneficio claro para algunas empresas y que de haber sido incluida en el lugar correcto, podría haber retrasado la aprobación de la ley porque seguramente habría forzado su regreso para ser considerada en Comisión, so pena de generar un vicio de trámite. En la práctica, por falta de tiempo, esto habría hundido la iniciativa:

*“En la ley, yo he encontrado micos, gorilas y gotzilas. Por ejemplo, una de las desarticulaciones que tiene la ley está incluida al final en el artículo 79; en primer lugar, está en el lugar equivocado porque debería estar en el artículo 14 y segundo, ese párrafo refleja un beneficio claro en cuanto a las garantías de las deudas adquiridas antes y después de entrar en vigencia la ley 550. Es una figura que sólo beneficia a terceros que han entrado en la ley”.<sup>11</sup>*

*“Para identificar los intereses hay que mirar como entra el proyecto, como sale el articulado después de los debates y demás procesos y el texto final. Mire por ejemplo el tema de las garantías a terceros, esto implica un riesgo para el comerciante. La última versión del proyecto, discutido a última hora, libera esa garantía.”<sup>12</sup>*

10 “El párrafo primero del artículo 14 de esta ley sólo se aplica a las garantías de terceros otorgadas con posterioridad a su entrada en vigencia. Las garantías preexistentes sólo podrán hacerse efectivas si transcurrido el plazo previsto en el artículo 27 de esta ley no se celebra un acuerdo; mientras tanto, podrán practicarse medidas cautelares; y la iniciación y la continuación de procesos judiciales contra el garante, al igual que la ejecución de las garantías reales o fiduciarias, se sujetarán a lo dispuesto en el literal b) del párrafo segundo del artículo 14 de esta ley. El párrafo segundo del artículo 14 de esta ley se aplica respecto de garantes personas naturales que hayan otorgado la garantía después de la vigencia de esta ley.” En Gaceta del Congreso No. 576 Año VIII. La proposición fue hecha por el Representante Oscar Darío Pérez en la plenaria de la Cámara e incorporada en el Artículo 79: Vigencia.

11 Entrevista

12 Entrevista

La concreción de este riesgo refleja los efectos de los “micos” en donde, como en este caso, se introducen a ultima hora elementos nuevos en leyes, que no se debaten con el suficiente rigor en todas las etapas del proceso ni por las instancias que originalmente lo deberían haber hecho, y termina validándose vía Comisión de Conciliación elementos que no tienen suficiente análisis y pueden ser aprovechados para beneficiar intereses particulares.

### s *Incumplimiento de la publicación oportuna del informe de ponencia*

Otro riesgo asociado a la falta de transparencia que se pudo verificar en este proceso fue la no publicación oportuna del informe de ponencia. Aún cuando el Reglamento del Congreso establece que *“la iniciación del primer debate no tendrá lugar antes de la publicación del informe respectivo”*<sup>13</sup>, y que para agilizar el trámite del proyecto el Presidente de la Comisión podría autorizar la reproducción del documento por cualquier medio mecánico para distribuirlo entre los miembros de la Comisión, en el trámite de la Ley 550 se dio primer debate al proyecto sin cumplir con estos dos requisitos. En el actas de la sesión aparecen registradas las manifestaciones de varios congresistas al respecto:

*“No lo conozco, como me imagino le pasa a la mayoría, el texto completo ni la ponencia porque apenas nos la están presentando, pero tampoco conozco en detalle el articulado”*<sup>14</sup>; *“Aquí habría que dejar constancia de que la ponencia no la tenemos nosotros ni está publicada, entonces me voy a basar exclusivamente en el proyecto del Gobierno”*<sup>15</sup>; *“No votaría el proyecto, no porque no sea necesario, sino fundamentalmente porque la verdad es que no ha habido oportunidad de conocerlo”*<sup>16</sup>; *“Como no tenemos ponencia, y hoy no tenemos nada que votar, creo que debiéramos levantar para que nos entreguen la ponencia, la analicemos y convoquemos para mañana o el lunes”*<sup>17</sup>.

13 Artículos 156 y 157 de la Ley 5 de 1992. La ponencia se publicó hasta el 13 de diciembre en Gaceta del Congreso No. 543 de 1999. El Proyecto está dividido en seis títulos y consta de 72 artículos; se encuentra con su respectivo pliego de modificaciones.

14 Acta de Comisión 03 del 01 de diciembre de 1999. Cámara. Intervención del Senador José Antonio Gómez Hermida.

15 *Ibíd.* Intervención del Representante Gustavo Petro Urrego.

16 *Ibíd.* Intervención del Representante Rubén Darío Quintero.

17 *Ibíd.* Intervención del Senador Jaime Dussán.

“No votaría el proyecto, no porque no sea necesario, sino fundamentalmente porque la verdad es que no ha habido oportunidad de conocerlo.”

La propuesta del Senador Dussán de levantar la sesión hasta que la ponencia fuera entregada y analizada no fue acogida. El debate continuó desarrollándose a pesar de que algunos de los presentes hicieron explícitos los riesgos que conlleva el no conocer la ponencia y, por tanto, no contar con la información suficiente para realizar un debate juicioso.

Las dificultades que enfrentan los congresistas para contar con la información de manera oportuna y suficiente es, sin duda, una de las grandes limitantes para adelantar ejercicios legislativos que les permitan una más efectiva participación en los debates. Además de esto, tras la falta de información oportuna es fácil que pasen, sin notarse, medidas que pueden estar favoreciendo indebidamente algún interés particular.

§ ***La falta de información puede aumentar el poder del ponente y/o presidente para orientar la discusión***

El riesgo anterior se ve reforzado por el poder que alcanzan los ponentes de la iniciativa, por el desequilibrio en la información frente a los demás parlamentarios. Esto conduce, con frecuencia, a que los parlamentarios voten con un sentido de “colegaje” por encima de la argumentación y la conveniencia pública, otro de los riesgos identificados en el estudio:

*“porque no conozco el texto de la ley, estoy confiando en la buena fe, en la sapiencia por parte de los ponentes, no conozco la ley porque hasta hoy la presentaron, pero estoy dando un voto de confianza a los ponentes, al Gobierno colombiano y a los miembros de mi bancada, a quienes les he consultado y me han dicho que es un proyecto bueno, que es un proyecto que vale la pena apoyar”.<sup>18</sup>*

Frente a lo anterior, preocupa que no se den las condiciones de tiempo e información que permitan al Congreso profundizar en los análisis, de tal manera que todos y cada uno de los parlamentarios pueda votar con co-

18 Acta No. 085 de la sesión ordinaria del 15 de diciembre de 1999. En Gaceta del Congreso No. 600 del 28 de diciembre de 1999. Intervención del Representante Tarquino Pacheco Camargo.

El debate continuó desarrollándose a pesar de que algunos de los presentes hicieron explícitos los riesgos que conlleva el no conocer la ponencia y, por tanto, no contar con la información suficiente para realizar un debate juicioso.

nocimiento de causa y con la debida convicción, dado que es en ellos en quienes los colombianos han delegado su capacidad de decisión para el diseño del marco legal que a todos nos rige.

### **b. Vacíos y/o Transgresiones a la Ley 5 de 1992**

#### **s Mensaje de urgencia del Ejecutivo limita debate amplio e informado**

Este riesgo se hizo evidente desde la elaboración misma del proyecto. En palabras de uno de los propios gestores de la ley 550: *“la figura del concordato no era aplicable en una crisis sistémica como la que se estaba viviendo en el 99, por lo tanto, surgió la necesidad de hacer un diagnóstico, del cual resultó un documento de trabajo que terminó en un proyecto a las carreras que se presentó al Congreso que incluía un mecanismo de intervención.”*<sup>19</sup>

La urgencia del trámite también se justificó en que *“el clima que se había generado con la ley 546 de Vivienda ocasionó una animadversión de los acreedores financieros. Las entidades financieras tenían cerrados los créditos. Si esto era para prevenir, tenía que salir rápido ya que los balances del 99 se presentaban en abril y se necesitaba un nuevo marco legal que permitiera la presentación de unos balances favorables para las empresas, si no, todas iban a estar en quiebra. Por otro lado se debía aprovechar la Gran Alianza por el Cambio para aceptar el proyecto de ley.”*<sup>20</sup>

Las consecuencias prácticas de esta preparación y trámite urgente del proyecto, que se radicó además cuando la legislatura estaba próxima a terminarse, se sintieron en la baja calidad y profundidad del debate. Como se puede ver en las actas, los participantes en los debates protestaron en reiteradas ocasiones ya que, aun reconociendo la importancia de la iniciativa, no encontraban las garantías de tiempo para poderla revisar a profundidad:

*“El problema de estos proyectos es que estamos sobre el tiempo, nosotros terminamos sesiones el 16 de diciembre y estamos sobre el tiempo, eso no quiere decir que*

---

19 Entrevista

20 Ibid.

El trámite en estas condiciones de velocidad y falta de transparencia de un proyecto de semejante trascendencia, en el cual se cifraban las esperanzas para sacar de la crisis a un número importante de empresas del sector productivo, señala la vulnerabilidad en la cual se encuentra con frecuencia el Congreso.

*tengamos que aprobar los proyectos sin leerlos, sin debatirlos o sin discutirlos*<sup>21</sup>; *“No hemos tenido tiempo de nada, acaban de entregarnos esta ponencia señor Ministro, es un proyecto sumamente importante y delicado, tienen que respetar también al Congreso, es que no podemos nosotros en las Comisiones estar bajo la premura y presión del tiempo, que si no se aprueban en estos 5 minutos se acaba el país, pues no se va acabar el país señor Ministro y señores Congressistas, jalémosle al respeto a todos, somos las comisiones económicas las más importantes del Congreso de la República y esto no se puede tramitar así a los empujones señor Ministro y señor Presidente*<sup>22</sup>.

*“Creo que toda esta agenda legislativa tan importante que ha presentado el gobierno al Congreso de la República desafortunadamente se presentó tarde, [lo] que hace que 4 o 5 proyectos importantes y trascendentales para el país estén saliendo o vayan a salir casi que a la fuerza del Gobierno Nacional arriesgando muchos de ellos la parte jurídica en el control de la Corte respectiva, por eso quiero saber señores de la Mesa principal, coordinadores si el proyecto debe salir hoy porque yo creo que la gran mayoría de los compañeros presentes no conocemos el proyecto y... creo que hoy propondría que el Gobierno Nacional nos dé una explicación de este proyecto a los ponentes, a los miembros de las comisiones para poder lógicamente actuar en el mismo y votar de conformidad con nuestros criterios.*<sup>23</sup>

Sin duda, el trámite en estas condiciones de velocidad y falta de transparencia de un proyecto de semejante trascendencia, en el cual se cifraban las esperanzas para sacar de la crisis a un número importante de empresas del sector productivo, señala la vulnerabilidad en la cual se encuentra con frecuencia el Congreso, frente a presiones muy fuertes por las urgencias del Ejecutivo, abriéndose espacios de riesgo que se podrían evitar con un debate más pausado y a profundidad sobre cada uno de los temas abordados en los proyectos de ley.

21 Ibid. Intervención de la Representante Dilia Estrada.

22 Ibid. Intervención del Senador José Antonio Gómez Hermida.

23 Acta de Comisión 03 del 01 de diciembre de 1999. Cámara. Intervención del Representante Rubén Darío Quintero.

### c. Ineficacia e Ineficiencia en el procedimiento

#### s *Dejar para reglamentación posterior temas que deberían ser definidos claramente en la ley*

En el caso de la Ley 550 este riesgo se ve reflejado en dos temas: (i) insuficiente claridad en los lineamientos para la selección de los promotores<sup>24</sup>, y (ii) falta de definición de los plazos para resolver objeciones por parte de la Superintendencia de Sociedades. Estos dos temas se han prestado para problemas de manejo en la implementación de la Ley.

Respecto al primer tema, la falta de criterios y procedimientos claros sobre la selección de los promotores, ha llevado a excesos y favorecimientos, a través de prácticas clientelistas y amiguistas. En palabras de los entrevistados: *“Aunque la ley tiene el mérito de haber funcionado bien, existen varios factores de riesgo como el tema del proceso de selección de los promotores, muchos de ellos han sido elegidos a dedo y hay que tener cuidado porque al aprobar una empresa que se acoge a la ley, la rehabilitan como sujetos de créditos”*<sup>25</sup>.

*“Ahora, el promotor va a salvar la actividad de la empresa, esa es una competencia que le designa la Superintendencia de Sociedades, la reglamentación daba lugar al nombramiento a dedo por la Superintendencia, inclusive algunos son nombrados por política o favores políticos (recomendados por políticos), buscan esas posiciones como un escampadero, un negocio.”*<sup>26</sup> *“Usted encuentra todo tipo de promotores porque no existieron criterios de selección, entonces todo el mundo se coló. Para ser promotor sólo se requiere ser presentado por un gremio, y estos recomendaron a sus amigos.”*

24 “ARTICULO 7. PROMOTORES Y PERITOS. La respectiva Superintendencia o la Cámara de Comercio, según sea el caso... designará a una persona natural para que actúe como promotor en el acuerdo de reestructuración... Los promotores participarán en la negociación, el análisis y la elaboración de los acuerdos de reestructuración en sus aspectos financieros, administrativos, contables, legales y demás que se requieran... La integración y la actualización de las listas de personas elegibles como promotores... se harán con sujeción a los requisitos de idoneidad profesional, posibilidad de actuación directa en el lugar del domicilio principal de los empresarios, solvencia moral e independencia que se prevean en el reglamento que al efecto expida el Gobierno Nacional.” Ley 550/93.

25 Entrevista

26 Entrevista

“Usted encuentra todo tipo de promotores porque no existieron criterios de selección, entonces todo el mundo se coló. Para ser promotor sólo se requiere ser presentado por un gremio, y estos recomendaron a sus amigos.”

*ser promotor sólo se requiere ser presentado por un gremio, y estos recomendaron a sus amigos. Se dice que se paga para que les den procesos.”<sup>27</sup>*

*“El proceso de selección ha tenido diferentes criterios. Al principio, mientras se integraban las listas se utilizaron las listas de los contralores, se podría decir que se elegían a dedo pero con criterios como el reconocimiento profesional, pero esto no presentó problemas... Hoy estoy seguro que en el comité se necesita un ojo externo... El tema de la selección de los promotores se puede reglamentar más, este tipo de procesos no puede depender de la buena intención de la gente.”<sup>28</sup>*

Al respecto señalaban también los medios de comunicación: *“La rentable condición de liquidador o promotor de empresas en estos tiempos de crisis, orientada principalmente a formalizar los trámites exigidos en la Ley 550 de 1999, no está sometida a procesos de meritocracia. Así se acaba de comprobar en la Superintendencia de Sociedades, donde el titular de este despacho nombró al esposo de una prima hermana para esta misión, que ya asumió adelantando seis casos con notables honorarios... Se trata de un profesional con experiencia en varias empresas de la Costa Atlántica, casado con Margarita Danies, prima hermana del superintendente Rodolfo Danies. Según el alto funcionario, en este caso no hay nepotismo, porque Navarro Vergara no es familiar suyo y tiene todos los méritos para participar en los procesos de liquidación que se tramitan ante el organismo de control. “Además, yo no lo escogí, fue un comité especializado el que seleccionó a los liquidadores”, agregó Danies.”<sup>29</sup>*

Ahora bien, con respecto a los plazos para resolver objeciones, al no estar reglamentados se está posibilitando que los procesos se dilaten, lo que puede favorecer, en criterio de los entrevistados en el estudio, a las empresas inviables que están tratando de ganar tiempo:

*“La ley se desarrolla en dos etapas, primero, el nominador designa un promotor, en los primeros cuatro meses se determinan los acreedores, y luego se asignan los*

“En la Superintendencia de Sociedades, el titular de este despacho nombró al esposo de una prima hermana para esta misión, que ya asumió adelantando seis casos con notables honorarios...”

27 Entrevista

28 Entrevista

29 ¿Asignaciones a dedo en el organismo de control?. El Espectador. Periodismo Investigativo. Edición del 1 de febrero de 2004.

*votos de acuerdo con la contabilidad de la empresa. La asistencia a las reuniones con los acreedores no era obligatoria, entonces si no estaban de acuerdo con la decisión que se tomaba en la reunión, denunciaban su objeción en la Superintendencia. Eso ha servido para demorar los procesos, un proceso que normalmente se desarrolla en ocho meses, con una objeción se puede demorar 26 meses.”<sup>30</sup>*

#### **d. Falta de claridad en la figura del conflicto de intereses**

La falta de claridad en el alcance de la figura del conflicto de intereses<sup>31</sup> dificulta la protección de los procesos legislativos frente a manejos indebidos, básicamente porque su diseño, reglamentación y desarrollo jurisprudencial no han contribuido a que prevenga los males para los cuales está diseñada. Al revisar las actas de los debates sobre la Ley 550, se encuentra que tan sólo un Representante se declaró impedido para participar en el proyecto<sup>32</sup>. Al indagar con los entrevistados sobre este tema se presentan las siguientes perspectivas:

*“si existían [impedimentos], los congresistas no lo sabían porque las leyes económicas benefician a todo el mundo; ya existe legislación sobre eso, la ley material que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas de carácter general no crea conflicto de intereses. Si las situaciones son de índole general, no hay conflicto de intereses”.*<sup>33</sup>

*“es un tema complicado porque en el Congreso hay empresarios, terratenientes, ganaderos, etc. y la norma sobre conflictos de intereses tiene muchas dificultades. Potencialmente, todos y ninguno están inmersos en causales de inhabilidad. Es muy complejo saber quién se puede beneficiar con la aprobación de una ley como*

30 Entrevista

31 Recordemos que se configura un conflicto de intereses de orden económico cuando el congresista participa en la tramitación de un proyecto de ley que favorece económicamente a una persona jurídica no pública, de la cual él es socio y directivo, de tal forma que él también deriva un beneficio directo y específico.

32 Acta de Plenaria No. 086 de la sesión ordinaria del 16 de diciembre de 1999. En Gaceta del Congreso No. 601 de 1999.

33 Entrevista

Al revisar las actas de los debates sobre la Ley 550, se encuentra que tan sólo un Representante se declaró impedido para participar en el proyecto.

*ésta porque muchos congresistas tienen negocios. Luis Guillermo Vélez tiene una empresa de carros, pero no creo que haya utilizado la ley para favorecerse.”<sup>34</sup>*

*“Si ustedes miran la formación de las leyes encuentran que casi ningún parlamentario se declaró impedido en la redacción del articulado y que más de un parlamentario utilizó posteriormente la ley para su propio beneficio, pero con cosas supremamente sutiles”<sup>35</sup>.*

La diversidad de criterios así expresados muestra como este tema de los conflictos de interés es aun muy difuso, a pesar de su importancia para garantizar la independencia del parlamento en su proceso de toma de decisiones. Lo anterior es grave porque esta figura termina perdiendo toda su fuerza en vez de ser un soporte a la legitimidad del ejercicio legislativo.

#### **e. Debilidades técnicas de los congresistas y sus unidades de trabajo**

La carencia de conocimiento técnico es uno de los factores que dificulta el que los congresistas puedan identificar hasta dónde los proyectos de ley pueden estar favoreciendo un interés particular. Además, hace al legislativo dependiente, en términos de información y de análisis, de los insumos que le ofrecen tanto el ejecutivo como los lobbystas. En el trámite de la ley 550, la complejidad técnica del proyecto evidenció la existencia de estos riesgos:

*“El proyecto es un ladrillo grueso, es muy técnico y muy pocos lo leen y lo entienden... El problema para discutir este tipo de leyes se asocia con la Ley 5, los congresistas carecen de asesoría técnica de alto nivel para la redacción de los proyectos, desde el gobierno y los privados se sabe cómo golear al Congreso, y es con documentos técnicos. El Congreso presenta 3 problemas grandes para la discusión de los proyectos. el alto grado de informalidad, zonas grises y no se presenta mucho debate porque no se sabe de los temas”<sup>36</sup>.*

34 Entrevista

35 Entrevista

36 Entrevista

“Más de un parlamentario utilizó posteriormente la ley para su propio beneficio, pero con cosas supremamente sutiles.”

*“Definitivamente, mejor información permite ejercer mayor presión. Debería existir una unidad de apoyo para contrarrestar la información que le da el privado, el sindicato etc., al congresista. Mientras no se tenga ese apoyo se depende de muchos para tomar la decisión.”*<sup>37</sup>

*“Las leyes técnicas pasan fácil...La ley [550] es un test de inteligencia, es muy técnica”.*<sup>38</sup>

#### **f. Ejercicio desorganizado del cabildeo**

A pesar de la importancia de la ley para “salvar” de la quiebra a un importante número de empresas, los entrevistados no dejan de señalar su percepción de que algunos sectores aprovecharon su particular capacidad de lobby para beneficiarse de manera especial por las disposiciones de la ley:

*“No hubo influencia de sindicatos sino de empresarios... hubo gran participación de las textileras. La ley benefició a muchas compañías, sobretodo a dos grandes del sector textil. Este sector tenía problemas por el tema algodonero y pensional... Los monopolios grandes jugaron un papel fundamental, defendiendo sus propios intereses para que sus empresas no se quebraran. Todo se argumentó con el tema del empleo. El Grupo de Ardila Lulle, que es un grupo de presión poderoso fue uno de los que mas presión ejerció. Él quería salvar a Coltejer, porque si se iba a quiebra eso podía afectar a las otras empresas del grupo... Detrás del proyecto hay dos temas macro: los intereses particulares de los gremios y el tema del desempleo. En Colombia hay quienes legislan en pro de quién financió su campaña, por su caudal electoral o para sus negocios.”*<sup>39</sup>

*“Los grandes beneficiados fueron aquellos que tuvieron la suficiente capacidad de gestión para movilizar las opiniones en pro del proyecto... En alguna reunión de una empresa del sector financiero se habló de no aceptar una empresa en 550 porque era inviable y no podía responder por sus pasivos, pero hubo presiones fuertes por parte de la Presidencia de la República y eso finalmente se aceptó”.*<sup>40</sup>

37 Entrevista

38 Entrevista

39 Entrevista

40 Entrevista

“Los monopolios grandes jugaron un papel fundamental, defendiendo sus propios intereses para que sus empresas no se quebraran. El Grupo de Ardila Lulle, que es un grupo de presión poderoso fue uno de los que mas presión ejerció.”

### s Reflexión final

Después de analizar la información aportada por las fuentes sobre la Ley 550/93 es posible ver como un proceso legislativo que era necesario y conveniente para enfrentar una coyuntura económica complicada para el país, y que ha producido beneficios importantes en muchos casos<sup>41</sup>, fue sometido en su trámite a una serie de situaciones generadoras de riesgos que favorecen el aprovechamiento indebido por parte de intereses particulares.

Una ley con unas características técnicas tan complejas, que se tramitó sin la suficiente información disponible y sin el tiempo requerido para haber subsanado, a través de un debate amplio y profundo, las limitaciones en su comprensión, no parece haber permitido a una buena parte de los miembros del Congreso una adecuada conciencia de todas las consecuencias derivadas de la misma, ni les permitió detectar los posibles vacíos que podrían tener efectos negativos en su ejecución.

Estos vacíos, no cubiertos adecuadamente por la reglamentación, le han quitado efectividad a la ley. Así lo registraban los medios escritos: *“A pesar de sus innegables ventajas, los dos primeros años de la aplicación de la ley han puesto de manifiesto ciertos problemas prácticos que afectan la celeridad con que se llevan a cabo los procesos de negociación, a la vez que han evidenciado serios problemas de fondo que ponen en entredicho el logro de su principal objetivo: recuperar empresas viables.”*<sup>42</sup>

---

41 Hasta el 5 de febrero de 2005 existían 1051 empresas aceptadas en acuerdo de reestructuración, de las cuales la Superintendencia de Sociedades dispone de información financiera para 968 empresas que equivalen a un 92.1%. En total, las empresas suman 72.185 empleados, 10.827.725 millones de activos, 7.514.564 millones de pasivos, y un total de 3.313.160 millones de patrimonio. En acuerdo se encuentran 561 empresas grandes, 486 medianas, 551 pequeñas y 66 microempresas. En promedio, las empresas toman de 8 a 24 meses para firmar el acuerdo. De las 1051 empresas admitidas o convocadas a un acuerdo de reestructuración, 845 ya realizaron la determinación de sus derechos de votos y acreencias, 779 firmaron el acuerdo, 275 se fueron a liquidación, a 4 se les revocó la aceptación o convocatoria al acuerdo, 1 fue devuelta a concordato, y 14 han cumplido el acuerdo. Información tomada de [www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?Mival=sec&dir=234](http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?Mival=sec&dir=234).

42 Revista Dinero. “Tiempo de cambiar”. Edición 146 del 26 de junio del 2003.

Lo que se ha visto en la etapa de implementación es que los vacíos dejados por el trámite de la ley y por su reglamentación han abierto espacio para el aprovechamiento indebido de la misma, alejándose en algunos aspectos del propósito de la norma, lo que se ve reflejado en tres manifestaciones preocupantes:

- s el apalancamiento financiero de empresas que no ameritaban acogerse a la Ley,
- s el aplazamiento de la inviabilidad de empresas que no habían solucionado sus problemas de competitividad en desmedro de empresas que sí lo habían hecho, y
- s la utilización de las demoras en la solución de objeciones por parte de la Superintendencia para mantener, por períodos mucho más largos de los previstos, la suspensión de acciones coactivas por la mora en el pago de obligaciones tributarias a la DIAN y la exigencia de atención de los pasivos pensionales<sup>43</sup>.

Detrás de lo anterior, están en parte las dificultades que ha mostrado el Ejecutivo para ejercer un adecuado control. Detrás de muchos de los riesgos señalados se encuentra el débil papel asumido por la Superintendencia de Sociedades, la cual no solo ha mostrado problemas en los relacionado con la falta de claridad en la selección y designación de los promotores: *“Antes tenía un rol activo, hoy es el convidado de piedra. No actúa ni para prevenir ni para sancionar. No está tomando medidas frente a casos donde los informes muestran problemas serios y es muy importante que se ejerza control. No verifican el estudio de viabilidad que las empresas deben presentar al acogerse a la Ley; no han hecho nada por garantizar que los códigos de conducta empresarial se cumplan”*<sup>44</sup>.

En términos del cabildeo ejercido durante el debate del proyecto de ley, este caso nos muestra como la falta de reglamentación del mismo

43 *“La experiencia en los procesos concursales muestra que cuando los empresarios van camino a la quiebra, empiezan a buscar crédito con el sector financiero, luego con proveedores y, una vez llegan al límite con ellos, toman platas del Estado (aportes y retenciones). Por esas circunstancias, varios se apalancaron con dineros del Estado, eso se justificó por la situación del país, aunque otros lo pueden haber hecho de mala fe”*. Entrevistas.

44 Entrevistas.

Los vacíos dejados por el trámite de la ley y por su reglamentación han abierto espacio para el aprovechamiento indebido de la misma, alejándose en algunos aspectos del propósito de la norma.

hace que este recurso democrático y legítimo no ofrezca las suficientes garantías de participación a todos los afectados por la legislación. En este caso, parecen haber estado representados los grandes intereses económicos, pero no se encuentra reflejada la posición de grupos más vulnerables que han sido los más perjudicados en la implementación de la ley, como son los proveedores de las empresas: *“Suele ser complicado demostrar estos criterios para pagarles a algunos acreedores minoritarios. Generalmente, se trata de proveedores pequeños, cuyos estrechos márgenes y reducida capacidad financiera les impiden sobrevivir con su cartera atrasada durante la fase de negociación. Para muchos de ellos, tener más de un cliente en Ley 550 significa el fin”*.<sup>45</sup>

Tal vez un proceso más informado, mejor analizado y debatido a profundidad, permitiendo que los distintos detalles e implicaciones de la ley fueran entendidos y valorados por los congresistas, habría logrado blindar la ley contra los riesgos de incidencia indebida y prevenir la ocurrencia de efectos negativos que le quitan brillo a esta importante iniciativa legislativa. Si duda, unas reglas del juego mejor diseñadas para fortalecer la institución del Congreso, además de su estricto acatamiento más allá de las urgencias e intereses de distintos actores, incluido el gobierno, son una necesidad prioritaria para fortalecer el debate y la decisión informada en procesos legislativos relacionados con temas tan complejos como el reseñado.

---

45 Revista Dinero. “¿Ley 550 o régimen de insolvencia?”. Edición 204 del 28 de abril de 2004.