

Panamá, 28 de diciembre de 2001.

Doctor

Carlos Barsallo P.

Comisionado Presidente de la
Comisión Nacional de Valores

E. S. D.

Señor Comisionado Presidente:

Con la presente remito nuestro parecer jurídico sobre su consulta administrativa del 20 de noviembre del 2001. Esta consulta dice relación con la interpretación específica del artículo 3 del Decreto Ley 1 de 1999.

La consulta específica es del tenor siguiente:

- 1. ¿Puede considerarse que el ejercicio del comercio que expresa el artículo 3 del Decreto Ley 1 de 1999, abarca el ser Director y/o Dignatario y/o accionista de una sociedad anónima que ejerce efectivamente el comercio en la República de Panamá?*
- 2. ¿Ser Director y/o Dignatario de una sociedad anónima podría configurarse como el ejercicio de actividades o cargo no retribuido contrario o que interfiere con los intereses públicos confiados a su cargo, representa alguna diferencia el recibir dieta en concepto de reuniones de junta directiva o gestiones de la sociedad respecto a este último punto?*

En términos concretos se pregunta si un miembro principal de la Comisión Nacional de Valores (en lo sucesivo la CNV), puede ser a la vez directivo o dignatario de una sociedad anónima, como ejercicio particular.

Opinión de la Procuraduría de la Administración.

Para dar respuesta a su duda, tocaremos el tema de la interpretación de la ley especial, y los fines o cometidos perseguidos por la ordenación del servicio público.

Además transcribiremos la normativa aplicable; en este caso son los artículos 3 y 5 del Decreto Ley 1 de 1999. Veamos:

Normativa aplicable:

"Artículo 3. Comisionados

La Comisión estará compuesta por tres Comisionados nombrados por el Presidente de la República.

Los Comisionados fungirán como funcionarios de tiempo completo y serán remunerados con un sueldo, conforme a lo que al efecto disponga el Órgano Ejecutivo. **Los Comisionados no podrán ejercer profesiones liberales ni el comercio, ni ningún otro cargo retribuido, excepto la enseñanza universitaria. Tampoco podrán ejercer ninguna otra actividad o cargo no retribuido que sea contrario o interfiera con los intereses públicos confiados a su cargo.**

La Comisión elegirá un Presidente de entre sus miembros y, de igual modo, un Vicepresidente para que reemplace al Presidente en sus faltas temporales. Estos nombramientos serán por un término de dos años, que podrá ser prorrogado. El Presidente será el representante legal de la Comisión y su vocero principal, y será responsable de administrar y coordinar las actividades de la Comisión. El Presidente podrá delegar estas funciones en otros Comisionados.

Cuando se produzca la ausencia temporal de alguno de los Comisionados los restantes escogerán del seno de la Comisión a un funcionario que ocupará el cargo hasta que el primero se reintegre a sus funciones. En caso de que la ausencia sea permanente, el funcionario escogido ocupará el cargo hasta cuando sea nombrado un nuevo Comisionado". (La negrita es de la Procuraduría de la Administración)

"Artículo 5. Requisitos para ser Comisionado

Para ser Comisionado se deberán reunir los siguientes requisitos:

1. Ser ciudadano panameño.
2. Observar buena conducta y no haber sido condenado por la comisión de delito alguno ni haber sido sancionado por la Comisión por violaciones del presente Decreto-Ley o de sus reglamentos.
3. Tener título universitario.
4. Tener por lo menos cinco años de experiencia en actividades relacionadas con el mercado de valores o con el sector financiero.
5. **No ser director ni dignatario de una empresa registrada en la Comisión.**
6. No haber sido declarado en quiebra ni en concurso de acreedores, ni encontrarse en estado de insolvencia manifiesta" (La negrita es de la Procuraduría de la Administración)

Aspectos generales del servicio público y la delimitación del tema a tratar.

El empleo o función pública. Concepto

Se trata de una relación de subordinación del sujeto particular frente al Estado, y a través de la cual se establecen derechos, deberes, responsabilidades del servidor público con el ente administrativo en el cual presta sus servicios.

La conducta del funcionario debe ser digna, tanto en la función pública como en el ámbito privado; debe observar buena conducta, mantener el honor y las buenas costumbres.

Ética pública.

El ejercicio de la función pública debe estar signado por la diaphanidad del obrar de sus empleados y funcionarios, fundamentalmente en el manejo de los fondos, del patrimonio y de los procedimientos de actuación y decisión gubernativas. Ello también ha sido explicitado en la Convención Interamericana

contra la Corrupción, entre cuyos propósitos figura el de promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción "en el ejercicio de las funciones públicas y en los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio".

Prohibiciones.

La normativa establece una serie de prohibiciones entre las que merecen destacarse: la imposibilidad de acumular dos o más empleos públicos, patrocinar trámites o gestiones de terceros vinculados con su función, recibir directa o indirectamente beneficios originados en licitaciones o contratos de la administración, utilizar con fines particulares los bienes, elementos o útiles destinados al servicio oficial.

Asimismo, al agente estatal le está prohibido dirigir, administrar, asesorar, patrocinar o representar a personas que gestionan o explotan concesiones o privilegios de la administración; mantener vinculaciones que le signifiquen beneficios u obligaciones con entidades directamente fiscalizadas por la dependencia en la que presta servicios; realizar propaganda o proselitismo político en ocasión del ejercicio de sus funciones; recibir dádivas u obsequios con motivo del desempeño de sus funciones.

Las inhabilitaciones e incompatibilidades funcionales.

¿Qué se entiende por incompatibilidad funcional?

En términos generales se dice que una cosa es incompatible con otra cuando ambas no pueden coexistir o armonizar entre sí. Se aplica específicamente a los empleos oficiales o funciones públicas que no se pueden ocupar o ejercer a la vez. En este sentido se pueden tener la palabra incompatible por sinónimo de antagónico, inconciliable, opuesto.

La consecuencia de que una persona ejerza un cargo o actividad incompatible con el cargo de comisionado de la CNV, es que sea declarado inhábil para ese cargo o destino público. La inhabilitación tendría la consecuencia de impedir que una persona ejerza o siga ejerciendo el cargo público. En todo caso la causal de incompatibilidad es primero y lo siguiente es la inhabilitación.

¿Qué es pues la incompatibilidad?

Es aquella circunstancia negativa del individuo, el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo o que le reste méritos para ejercer ciertas funciones en un cargo determinado y se traduce en la prohibición legal para desempeñarlo independientemente de otros.

¿Qué es la inhabilitación?

Es la forma práctica y activa de impedir que una persona afectada de cierta incompatibilidad, ejerza o siga ejerciendo un destino oficial y tiene como objeto primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos.

Elementos que configuran la incompatibilidad funcional para los miembros Comisionados de la CNV.

Coincidimos con la asesora legal de la CNV, en el sentido de que la normativa sobre el tema es tan clara que pareciera no dar lugar o elucubraciones jurídicas. Por esto se puede decir que los elementos que caracterizan las incompatibilidades funcionales de los Comisionados de la CNV, se desprenden directamente de la Ley. En este sentido nos permitimos transcribir dos párrafos de la normativa, alusivos a esta temática.

“Los Comisionados no podrán ejercer profesiones liberales ni el comercio, ni ningún otro cargo retribuido, excepto la enseñanza universitaria. Tampoco podrán ejercer ninguna otra actividad o cargo no retribuido que sea contrario o interfiera con los intereses públicos confiados a su cargo”.

“Para ser Comisionado se deberán reunir los siguientes requisitos: No ser director ni dignatario de una empresa registrada en la Comisión”

De las normas transcritas se resaltan algunos rasgos limitantes de la función pública a los comisionado de la CNV, estos son:

- 1. El ejercicio de profesiones liberales.**
- 2. Dedicarse el comercio (ser comerciante).**
- 3. Realizar otro cargo público retribuido.**
- 4. Realizar una actividad pública o privada no retribuida que interfiera con su labor de comisionado de la CNV.**
- 5. Pertenecer a la Junta de Directores de una sociedad relacionada con el negocio bursátil, que este registrada ante la CNV.**

El enunciado de estas limitaciones tienen por fundamento la defensa de la probidad y más genéricamente, de la actuación administrativa, en este caso de la CNV, al prevenir se utilice el *status* o las circunstancias especiales de sus miembros.

La legislación ha sido clara, exigente y estricta con los potenciales servidores públicos titulares del cargo de Comisionados, buscando preservar la necesaria

imparcialidad del aparato estatal en el proceso económico de la Bolsa y la prevalencia del bien general de la colectividad sobre los intereses (económicos, políticos o de cualquier naturaleza) de grupos.

Ello resulta, además del principio general asumido por el Derecho Público, pues los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y para ello ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento¹.

Sobre las inhabilitaciones que se endilguen a alguno de los comisionados de la CNV, se deben referir a cargos actuales simultáneas a su condición de miembro de la Junta de Directores de una empresa dedicada a la intermediación bursátil. En consecuencia, no sería suficiente que en el pasado se haya tenido una relación primaria con una empresa dedicada al negocio de bolsa; es fundamental que esa relación se mantenga en el presente.

Las incompatibilidades e inhabilidades sobrevinientes.

Estas inhabilidades e incompatibilidades, consagradas en la ley, tienen por objeto asegurar que en materia de control del sistema de negociación bursátil, se cumplan los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad, previstos en la Constitución y la ley para la función administrativa. Se intenta evitar que represente al Estado quienes se ubican en alguna de las situaciones contempladas por los artículos 3 y 5 del Decreto Ley 1 de 1999.

Ahora bien, como tales incompatibilidades e inhabilidades no siempre surgen desde el comienzo del ejercicio de la función pública, debe la ley ocuparse en la determinación clara de las reglas que han de observarse si ellas aparecen de manera sobreviniente, esto es, cuando la relación laboral o funcional ya se había establecido o dentro del tiempo o período de funciones ya iniciado. Para dejar esto claro, a nuestro juicio, podrían considerarse criterios establecidos por miembros de la CNV a fin de definir por acuerdo, en que casos proceden las incompatibilidades.

Las consecuencias señaladas en la norma no corresponden a sanciones o castigos derivados de la conducta observada por la persona en la cual recae la incompatibilidad o inhabilidad, por lo cual, para que estas situaciones se configuren no hace falta establecer la culpabilidad de aquella. Es decir que las incompatibilidades no son medidas disciplinarias, y su naturaleza jurídica no se identifica al sometimiento de todo un proceso administrativo sancionador, sino al contrario; se refiere a la simple constatación objetiva del acaecimiento de hechos que la ley no permite o prohíbe.

¹ Cfr., sent., C-454 de octubre 13 de 1993, del Consejo de Estado Colombiano, m. p. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Las previsiones mencionadas no tienen, pues, un sentido sancionatorio sino el carácter de reglas objetivas, correspondientes a situaciones de la misma índole, en guarda de la pureza y la transparencia de la gestión pública.

La ética pública y las inhabilitaciones funcionales

Según se reconoce, las inhabilitaciones son exigencias dirigidas a que la Administración Pública se adecue a cánones éticos. Esto ya que la ética, sin duda alguna, ha cobrado una extraordinaria importancia como medio para enfrentar la crisis de valores comunes y la expansión de las irregularidades administrativas. Y las incompatibilidades e inhabilitaciones se orientan a evitar una falta a la moral pública como lo es "el abuso de poder público para obtener beneficio particular".

En este orden ético, se quiere revertir la visión general del público que ve a los funcionarios, y estos a su vez se ven a sí mismos, como un cuerpo no responsable ante la colectividad a quienes ellos han prometido servir. Por esto hoy en día aparecen criterios moralizantes, para hacer ver al servicio público, como una resultante del ejercicio de cargos públicos, en función de los intereses generales. El concepto de servicio público, en su actual sentido social y legal, es la acción humana (oficial) que no puede ni debe, violar las normas legales y los principios de la ética, orientados al bien común.

Un conocido juez peruano lo explicó de esta manera:

"Los funcionarios públicos se encuentran en una relación fiduciaria con respecto a las personas que los eligieron o los designaron para que los representen... En su carácter de depositarios de la confianza pública, ellos están bajo una obligación de servir al pueblo de la mejor manera posible. En el desempeño de sus funciones tienen la obligación de demostrar toda la capacidad e inteligencia que les sean posibles, de ser diligentes y concienzudos, de ser objetivos y razonables y, por sobre todas las cosas, mostrar que actúan de buena fe, con honradez e integridad..."

Las inhabilitaciones procuran erradicar la cultura de las irregularidades administrativas.

Solicitarle o exigirle al funcionario que tenga directa relación con una sociedad mercantil, que se relaciona con el ejercicio de sus funciones, dejar la función pública es contribuir decididamente a revertir la cultura de la deshonestidad.

Esta cultura tiene algunas condiciones básicas:

1. La existencia de una amplia tolerancia social hacia el goce de privilegios privados; permite que prevalezca una moralidad del lucro privado sobre la moralidad cívica.
2. La escasa vigencia de la idea de Nación y la ausencia de una solidaridad amplia fundada en el bienestar común.

Efectos negativos de no proceder conforme a la moral pública.

Efectos económicos

Dieter Frisch, el ex-Director General de Desarrollo de la Comisión Europea, ha observado que la acciones afectas a irregularidades administrativas aumenta los costos de los bienes y servicios; incrementa la deuda de un país (y ello conlleva los futuros costos recurrentes); conduce al relajamiento de las normas de modo que se adquieren bienes que no cumplen las normas establecidas o la tecnología inapropiada o innecesaria; y puede resultar en la aprobación de proyectos basados en el valor del capital involucrado en los mismos, más que en la mano de obra (lo que es más lucrativo para el que auspicia la irregularidad), pero puede ser menos útil desde el punto de vista del desarrollo.

En consecuencia, se distorsionan los incentivos económicos. Los mejores negocios no dependen de la competitividad de las empresas sino de su capacidad de influir en los responsables de tomar las decisiones sobre las contrataciones y licencias oficiales. Se afecta así la eficacia de la economía de mercado.

Impacto Político

El impacto político puede medirse a través de diversos elementos. Las irregularidades reproducen y consolidan la desigualdad social y preservan las redes de complicidad entre las élites políticas y económicas. Respecto a la clase política consolida las clientelas políticas y mantiene funcionando los instrumentos ilegales de control. Respecto al aparato administrativo, perpetúa la ineficiencia de la burocracia y genera formas parasitarias de intermediación. Todo esto conduce a la pérdida de credibilidad en el Estado y a la erosión de la legitimidad necesaria para su funcionamiento adecuado.

Impacto Social

Se acentúa las diferencias sociales al limitar el papel del Estado como mediador de las demandas de los distintos grupos sociales. Las clases populares o marginales se ven sometidos a un proceso de exclusión social y político ya que la

corrupción los aleja del sistema formal y los obliga a acceder de manera informal a sus medios de subsistencia.

Principios éticos que pretenden resguardar las inhabilitaciones

Sólo a través de códigos éticos, coordinados y discutidos con el personal en un proceso permanente, es posible lograr que el personal se identifique con las reglas de una gestión de la función pública esencialmente técnica y políticamente imparcial. Un buen ejemplo del esfuerzo de sintetizar los criterios y principios éticos, en el campo público, lo es el Informe NOLAN.

Toda administración moderna debe guiarse por un cuerpo de principios que rija la relación entre los funcionarios públicos y los particulares; la Comisión NOLAN del Reino Unido presentó en 1995 los siguientes principios:

1. Neutralidad: Quienes ocupan cargos públicos deben tomar las decisiones basadas en el interés público. No deberían hacerlo guiados por posibles beneficios materiales o financieros, ni según el bienestar de sus familiares, amigos o conocidos.
2. Integridad: Los funcionarios públicos no pueden aceptar ningún tipo de prestación financiera o de cualquier otra índole proveniente de organizaciones o personas, que comprometa sus responsabilidades como funcionario público.
3. Sinceridad: Los funcionarios públicos deben ser tan sinceros como les sea posible, con respecto a las decisiones y acciones que tomen. Deberían explicar la razón de sus decisiones y restringir la información sólo cuando el interés público así lo requiera.
4. Honestidad: Los funcionarios públicos tienen la obligación de declarar cualquier interés privado relacionado con sus responsabilidades públicas, y deben tomar todas las medidas que sean necesarias para resolver cualquier conflicto que surja a fin de proteger el interés público.

Elementos especiales de fondo de las sociedades anónimas:

- A. Es la reunión de dos o más personas formalizadas en una asociación con fines de lucro.
- B. El establecimiento de aportes de los socios en dinero o en especie.
- C. Fin económico común.

- D. Afecto societatis, que entre los socios exista una verdadera intención de estar reunidos en sociedad para obtener ganancias.
- E. El capital social representa entonces el resultado de una determinación convencional previamente aceptada por todos los accionistas y formado mediante el aporte que cada uno ha realizado o se compromete a efectuar.
- F. El capital social está dividido en acciones. Se emplea el término acción no sólo para indicar una fracción del capital social, sino también para el conjunto de los derechos del accionista así como también para el documento que se le entrega acerca de su derecho de participación.

Finalmente, sí se puede considerar que el ejercicio del comercio que expresa el artículo 3 del Decreto Ley 1 de 1999, abarca el de ser Director y/o Dignatario y/o accionista de una sociedad anónima que ejerce efectivamente el comercio en la República de Panamá.

Igualmente, el ser Director y/o Dignatario de una sociedad anónima sí podría configurar el ejercicio de actividades que interfieren con los intereses públicos confiados a su cargo. Esto con independencia de si cobra o no una retribución de la sociedad anónima, o si, por el contrario, recibe dieta en concepto de reuniones de Junta Directiva o gestiones de la sociedad. El hecho de conformar y gestionar (dirigir como dignatario) una sociedad de este tipo evidentemente persigue que la empresa o persona jurídica obtenga lucro o beneficios, y si esos ingresos pueden poner en peligro la imparcialidad y objetividad del funcionario, este debe separarse del cargo, pues evidentemente se dan conflictos de intereses.

La lógica de esta incompatibilidad se encuentra en el hecho moralizante pretendido por el ordenamiento jurídicos de que los Comisionados de la CNV, sean persona con auténtico valor moral y por ello actúen siempre en función de un ideal valioso, en un horizonte más amplio, más humano: el bien público al cual se compromete cuando tomó posesión de su cargo.

Con la pretensión de haber colaborado con su Despacho, quedo de usted, atentamente,

Original) LICDA. ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
Firmado) Procuradora de la Administración

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/15/hf.