

Panamá, 24 de agosto de 2001.

Licenciado

Joaquín E. Jácome Diez

Ministro de Comercio e Industrias

E. S. D.

Señor Ministro:

En cumplimiento de nuestras funciones como Asesores de los funcionarios de la Administración Pública, nos permitimos ofrecer contestación a su Nota DM No. 678-2001 de 9 de julio del 2001, llegada a la Procuraduría de la Administración el 11 de julio del 2001. Mediante ese escrito tuvo a bien elevar una “Consulta Administrativa” a este Despacho, relacionada con las medidas administrativas de definición y acreditación de responsabilidades a algunos representantes del sector privado, en ejercicio accidental de funciones públicas.

La “Consulta”.

Concretamente se nos pregunta lo siguiente:

1. ¿Qué ocurre en el supuesto de que un representante del sector privado al que no se le puede aplicar o iniciar un proceso administrativo toda vez que no cuenta con la investidura de funcionario público, más en ejercicio de su condición de miembro de la Comisión para las Negociaciones Comerciales Internacionales, creada mediante Ley 33 de 16 de julio de 1999 y del acceso a este tipo de documentos viola la confidencialidad de los mismos?
2. ¿Sobre quién recae bajo este supuesto la responsabilidad o incluso penal, si este fuese el caso, sobre el funcionario público que en el ejercicio de sus funciones y cumpliendo con la mencionada Ley 33 de 1999, entrega documentos confidenciales a un comisionado representante del sector privado o sobre este representante, y si es así, cuál es la norma legal que contemplaría esta situación?

De estas dos preguntas se puede inferir que la cuestión de derecho dice relación con saber si los empleados accidentales o particulares en ejercicio de funciones públicas, son

responsables ante la Ley. Y de serlo, qué régimen jurídico de responsabilidad les aplica. Esto ya que, siendo personas privadas, podría serles aplicable, con exclusividad, para el caso de falta a las normas de confidencialidad; las normas de responsabilidad penal, y no las de responsabilidad disciplinario-administrativa.

Criterio de la Procuraduría de la Administración.

Metodología expositiva.

En primera instancia, estudiaremos la figura de los funcionarios accidentales o la denominada descentralización por colaboración; y luego, la figura del régimen de responsabilidad de los particulares en ejercicio de funciones públicas.

Ahora bien, como quiera que su “consulta” dice relación con dos posibles supuestos de responsabilidad: la del funcionario accidental (el particular en funciones públicas) y la de los funcionarios regulares que le permitieron a aquél el acceso a la información que usó indebidamente para su propio beneficio, antes reproduciremos la norma jurídica específica que regula el tema de la confidencialidad de los documentos públicos, que como bien señala usted, es el artículo 70 de la Ley 38 de 2000.

Norma jurídica específicamente aplicable.

“**Artículo 70:** Al expediente sólo tienen acceso, además de los funcionarios encargados de su tramitación, las partes interesadas, sus apoderados, los pasantes de éstos, debidamente acreditados por escrito ante el despacho, y los abogados, sin perjuicio del derecho de terceros interesados en examinar el expediente u obtener copias autenticadas o certificaciones de la autoridad respectiva, siempre que no se trate de información confidencial o de reserva que obedezca a razones de interés público, o que pueda afectar la honra o el prestigio de las partes interesadas, conforme a las disposiciones legales vigentes.

Cuando se trate de obtener copias de documentos o certificaciones que versan sobre información confidencial, aquéllas se emitirán únicamente a solicitud de autoridad, del Ministerio Público, de los tribunales o de cualquier dependencia estatal que haga constar que la requiere para tramitar o resolver asunto de su competencia, en cuyo caso dicha autoridad debe cuidar que la información se maneje con igual carácter.

La calificación de confidencialidad de una información deberá ser objetiva y ceñirse a las condiciones establecidas en

leyes vigentes. El funcionario no podrá negarse a dar una información, so pretexto de que es confidencial o de acceso restringido, si ésta no se encuentra previamente clasificada como información confidencial o de acceso restringido, si ésta no se encuentra previamente clasificada como información confidencial o de acceso restringido en normas legales vigentes”.

(Modificado por la Ley No. 45 de 27 de noviembre de 2000, publicado en la Gaceta Oficial No. 24,191.)

Primer supuesto de responsabilidad: la del funcionario accidental.

La descentralización por colaboración

Debe puntualizarse que el acrecentamiento de las tareas que el Estado moderno debe asumir, y en particular de aquellas que el poder ejecutivo desempeña, condujo al afianzamiento progresivo de una tendencia, que tuvo sus manifestaciones iniciales en el derecho público francés, y que justamente estriba en autorizar el ejercicio de funciones administrativas a particulares más allá del marco de la concesión, pues, rebasando ese ámbito limitado y tradicional, se buscó el concurso de sectores no estatales mediante modalidades novedosas de acción que en algunos eventos pretenden la integración de personas particulares a las estructuras administrativas, y en otros, favorecen la existencia de entidades pertenecientes al sector privado a las que el Estado les asigna determinadas funciones públicas, con el objeto de satisfacer, por ese medio, intereses de carácter general.

La presencia de organizaciones de naturaleza privada en la realización de actividades administrativas, de las cuales el Estado es titular originario, doctrinariamente es concebida como una especie de la denominada descentralización por colaboración, lo que permite afirmar sin lugar a dudas, que la función administrativa no atañe de manera exclusiva al poder público sino que también incumbe a personas privadas, aspecto este último que se inscribe dentro de la perspectiva, más amplia, de la participación de los administrados “en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación”. (Se subraya).

“**Artículo 22.-** Para poder demandar la revisión las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición que se trate; y, en ejercicio de la acción popular, cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, en cualquier caso en que la Administración haya incurrido en injuria contra derecho”. (Subraya la Procuraduría de la Administración)

Para mayor referencia según lo enseña la doctrina (entre los autores es importante el aporte de Rolando E. Pantoja Bauzá)¹, dos son los criterios fundamentales que se han tenido en cuenta para definir el acto administrativo: el orgánico o formal y el objetivo o material. Esas clasificaciones tienen fundamentalmente en cuenta el órgano que produce los diferentes actos jurídicos del Estado, para proceder a clasificarlos como legislativos, administrativo o judiciales o el contenido y naturaleza de esos actos.

Con todo, y dicho muy sintéticamente, ese enfoque no es bastante para dar cuenta de la variada posición de la ley, al menos en Panamá. En efecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y reiterados dictámenes consultivos de la Procuraduría de la Administración, dan cuenta para afirmar que la intervención del órgano no califica necesariamente al acto de legislativo o de administrativo. Además, en forma excepcional, es cierto, muchas veces los órganos judiciales del Estado profieren actos administrativos.

Tenemos, pues, que tanto el órgano legislativo, como el judicial pueden, en Panamá emitir actos de naturaleza administrativa. Y que, igualmente el poder administrativo, o mejor, si se prefiere, el órgano ejecutivo, puede emitir leyes en sentido material.

Frente a esa realidad del derecho positivo nacional, se puede afirmar que entre nosotros se ha acogido el principio: el fondo determina la competencia, y por ello que los actos administrativos sean controlados, en el nivel jurisdiccional, por los Magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, y, en sede administrativa por el Ente Activo de la Administración.

El desempeño de funciones administrativas por particulares, es una posibilidad reconocida y avalada constitucional y legalmente, opera por ministerio de la ley y, en el caso de las personas jurídicas, no implica mutación en la naturaleza de la entidad a la que se le atribuye la función, que conserva inalterada su condición de sujeto privado sometido al régimen de derecho privado en lo atinente a la organización y desarrollo de las actividades anejas a su específica finalidad.

Resulta ineludible precisar que las personas jurídicas privadas aunque se hallan esencialmente orientadas a la consecución de fines igualmente privados, en la medida en que hayan sido investidas de la facultad de ejercer funciones administrativas, participan de la naturaleza administrativa, en cuanto toca con el ejercicio de esas funciones, en cuyo desempeño ocupan la posición de la autoridad estatal gozando, por ende, de las prerrogativas del poder público y encontrándose, en consecuencia, sometidas a la disciplina del derecho público; de modo que los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que, según el artículo 2 de la Ley 38 de 2000, guían el desarrollo de la función administrativa, les son por completo aplicables.

¹ In: Concepto de acto administrativo, Editorial Jurídica de Chile 1960.

El régimen de derecho administrativo sujeta a la persona privada que cumple función administrativa a la consiguiente responsabilidad y le impone el despliegue de una actuación ceñida a lo expresamente autorizado y permitido para la consecución de la específica finalidad pública que se persigue; ello se erige en una garantía para el resto de los asociados y justifica la operancia de los controles especiales que, normalmente, se ubican en cabeza de la administración pública.

Ejemplos de asignaciones de funciones públicas a los particulares, desde la Carta Política y, que constituye expresión prístina de sus postulados y principios que promueven la participación ciudadana en la gestión de lo público, son la disposiciones constitucionales que hacen posible el ejercicio permanente de la función pública por particulares, tales son los casos de los notarios, de las autoridades indígenas en ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, y de la prestación de servicios públicos como los de comunicación, producción y distribución de energía eléctrica, entre otros, o de las juntas directivas de ciertas instituciones.

En la oportunidad presente, la Procuraduría de la Administración opina que, frente a los ciudadanos, la Administración Pública debe hacerle frente a la responsabilidad derivadas de los actos realizados por los particulares en funciones públicas. Claro está, la Administración está en la obligación de repetir en contra de aquellas personas privadas, que por su actuación hayan producido perjuicios patrimoniales en contra del Estado. Todo esto, dentro del régimen de responsabilidad administrativa controlada por la Sala tercera de lo Contencioso Administrativo y penal de encajes en las normas del Código Penal.

Frente a la propia administración, ella puede denunciar al particular ante la jurisdicción penal a fin que se castigue en ese ámbito represivo, dicha conducta. Y si del delito se derivan daños patrimoniales, en el mismo proceso se deben hacer valer las indemnizaciones y reparos civiles inherentes.

En este sentido es aplicable el artículo 171 A del Código Penal, luego de ser reformado por medio de la Ley 39 de 19 de julio de 2001. Veamos:

Artículo 3. Se adiciona el artículo 171 al Código Penal, así:

Artículo 171 A. El servidor público o el particular que como empleado, directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad pública o privada en que el Estado tenga participación económica, haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, incurrirá en prisión de 2 a 6 años e inhabilitación para ejercer funciones públicas por el mismo término de la pena principal. (Ver el artículo 3 de la Ley 39 de 2001, publicada en la Gaceta Oficial 24,350 de 23 de julio de 2001)

Conclusión.

Es un hecho cierto derivado del artículo 3 de la Ley 39 de 2001 que los documentos oficiales si bien le son confiado a los funcionarios de la Administración, estos no pueden usarse indebidamente.

Igualmente, dedúcese de lo expuesto que el funcionario accidental (el particular en funciones públicas) puede haber causado daños tanto a la Administración como a los particulares que se encuentran en un mercado libre, privados de la información económica de la cual dispuso esa persona. Por esto, cabría una doble responsabilidad. Primero frente a los ciudadanos competidores empresariales y frente a la Administración. En el primer supuesto la Administración debe hacerle frente a dicho reclamo y luego repetir en contra del funcionario accidental. En el segundo supuesto, la administración puede exigir penal o civil.

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

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/15/hf.