

Panamá, 10 de julio de 2002.

Licenciado

René Luciani L.

Comisionado Presidente de la

Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor

E. S. D.

Señor Comisionado Presidente:

Con agrado le brindo mi parecer jurídico a su consulta administrativa identificada No.CP-137/RLL/MR/ba relacionada con las inhabilitaciones y limitaciones funcionales de los miembros principales y el Director General de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (en lo sucesivo la CLICAC o simplemente la Comisión).

Los hechos.

Su consulta no parece obedecer a una situación fáctica específica, sino a una solicitud abstracta de interpretación de una norma jurídica; por esta razón, nos limitaremos a brindar algunas ideas respecto de las incompatibilidades e inhabilitaciones, como entes de Derecho Administrativo.

Con todo y lo anterior, se deduce de las explicaciones relacionadas con la interpretación del artículo 109 de la Ley 29 de 1996¹ que se desea saber:

1. ¿Si el ser miembro de una asociación u organización sin fines lucrativos, como pueden ser clubes cívicos o una ONG, está prohibido a la luz del artículo 109 de la Ley 29 de 1996?
2. De ser negativa la respuesta al interrogante anterior, ¿el hecho de pertenecer a una asociación sin fines lucrativos, impide que ésta (el club cívico o la ONG) pueda recibir donaciones de parte de agentes económicos controlados por la CLICAC, en donde trabaja ese miembro de la asociación?

¹ Publicada en la Gaceta Oficial 22, 966 de 3 de febrero de 1996.

La Consulta específica.

Deducimos que lo que se desea saber es en qué consisten las limitaciones para los miembros principales de la Comisión, así como para el Director General, establecidas en el artículo 109 de la Ley 29 de 1996.

Opinión de la Procuraduría de la Administración.

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

Previo a la enunciación de nuestro parecer jurídico, nos permitiremos transcribir la normativa directa y especialmente aplicables, que para el caso presente son los artículos 109 y 110 de la Ley 29 de 1996. Veamos:

Normativa aplicable:

“Artículo 109. Limitaciones. Los miembros de la Comisión y su director general no podrán:

1. Participar en política partidista, salvo la emisión del voto en las elecciones;
2. Ejercer profesiones liberales, el comercio o cualquier otro cargo retribuido, excepto la enseñanza universitaria en horario distinto al de la Comisión;
3. Ejercer cualquier otra actividad o cargo no retribuido que sea contrario o interfiera con los intereses públicos confiados a su cargo.

“Artículo 110. Causales de remoción. Son causales de remoción de los miembros de la Comisión y de su director general, las siguientes:

1. La incapacidad permanente para cumplir sus funciones;
2. No haber llenado los requisitos establecidos para su nombramiento, o perder tales requisitos;
3. La declaratoria de quiebra o el estado de insolvencia manifiesta;

4. Ser condenado por delitos contra el patrimonio, la fe pública o la administración pública;
5. La negligencia reiterada que se manifieste en el desempeño de sus funciones;
6. Infracción a las prohibiciones señaladas en el artículo anterior”.

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

El empleo o función pública. Concepto

Se trata de una relación de empleo o subordinación del sujeto particular respecto del Estado, quien debe cumplir las funciones asignados al órgano institucional sin tener en cuenta la jerarquía, importancia o responsabilidad del cargo que ocupe. En ese cumplimiento de deberes funcionales la normativa jurídica espera que los sujetos sean, imparciales y objetivos en sus decisiones.

Conducta decorosa.

Además de esperar objetividad, la normativa supone que la conducta del agente sea digna, tanto en la función pública como en el ámbito privado. Se presume la buen conducta, el honor y las buenas costumbres. En este sentido, esta conducta y buena disposición es un atributo implícito que debe caracterizar al funcionario público.

Ética pública.

El ejercicio de la función pública debe ser diáfano principalmente en el manejo de los fondos, del patrimonio público, así como en los procedimientos y actuación y decisión. Ello también es implicado el texto de 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 (en especial en fiestas de fin de año o su cumpleaños) 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 puede coexistir o armonizar con ella, por ejemplo, la enfermedad y el buen humor son incompatibles, o la maldad o la envidia con la buena disposición y la solidaridad. Se aplica específicamente a los empleos oficiales o funciones públicas que no se pueden ocupar o ejercer a la vez que otro determinado. En este sentido se puede tener la palabra incompatible como sinónimo de antagónico, inconciliable, opuesto.

La consecuencia de que una persona ejerza un cargo o actividad incompatible con el cargo de Comisionado de la CLICAC, es que sea declarado inhábil para ese cargo o destino público o que se promueva, según se deja ver en el artículo 111 su remoción o destitución. En otras palabras, 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 un defecto o impedimento para ejercer un empleo público. Es aquella circunstancia negativa del individuo, el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo o que le reste meritos para ejercer ciertas funciones en un cargo

determinado y se traduce en la prohibición legal para desempeñarlo independientemente de otros².

¿Qué es la inhabilitación?

Es la forma practica 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 CLICAC.

En el caso bajo estudio, la normativa legal aplicable es tan clara que pareciera no dar lugar a interpretaciones o elucubraciones jurídicas. Por esto se puede decir que los elementos que caracterizan las incompatibilidades funcionales de los Comisionados de la CLICAC, se desprenden directamente de la Ley. En este sentido vemos que la normativa especial alusiva a esta temática establece que:

Los Comisionados y el Director General 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.

De lo dicho se deducen algunos rasgos limitantes de la función pública a los Comisionados de la CLICAC, estos son:

- 1. El ejercicio de unas profesiones liberales.**
- 2. El realizar 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 CLICAC.**
- 5. Pertener a la Junta de Directores de una sociedad (con o sin fines de lucro) relacionada con las labores de control de la CLICAC.**

El enunciado de estos comportamientos vedados tienen como fundamento la defensa de la economía y más genéricamente, de la actuación administrativa, al procurar que las personas investidas del cargo de Comisionados de la CLICAC o su Director General, utilicen su *status* o las circunstancias especiales en que ejercen su tarea en provecho propio o de otras personas o intereses.

² Ver en este orden de ideas el fallo del Consejo de Estado de Colombia numerado 9/88, bajo la ponencia del magistrado Fabio Morón Díaz.

Tal como se plantea la interpretación en esta materia es de carácter restrictiva, y no permite se establezcan requisitos y condiciones distintas a las que expresamente haya establecido el ordenamiento jurídico formal (Constitución Política y ley expedida por el Órgano Legislativo)

Es natural que así suceda, pues la legislación ha sido claramente 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 y la prevalencia del bien general de la colectividad sobre los intereses individuales (económicos, políticos o de cualquier naturaleza) o de grupos.

Ello resulta, además del principio generalmente asumido por el derecho público, que 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 reglamento³.

Las incompatibilidades y las inhabilitaciones operan en el presente y hacia futuro.

Las inhabilitaciones referidas a uno de los Comisionados o al Director General de la CLICAC, deben guardar relación con el cargo que actualmente esté desempeñando como miembro de la Junta de Directores de una empresa dedicada a la intermediación mercantil o la ayuda colaborativa sin fines lucrativos. En consecuencia, no sería suficiente que en el pasado se haya tenido una relación primaria con una empresa dedicada al negocio mercantil; es fundamental que esa vinculación se mantenga en el presente.

Es oportuno señalar que las incompatibilidades no son medidas disciplinarias, y su naturaleza jurídica no se somete a 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.

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 rectora de las reglas de comercialización y la libertad del comercio.

³ Cfr., sent., C-454 de octubre 13 de 1993, del Consejo de Estado Colombiano, m. p. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Uno de los postulados es precisamente el de la moralización de la función pública, que se preserva adecuadamente teniendo en cuenta los siguientes postulados dogmáticos.

Implicaciones de ser miembro o directivo de una sociedad sin fines de lucro

El ejercicio de representación y ejecución de tareas y obras, en nombre de una agrupación o asociación sin fines de lucro no conlleva la incompatibilidad con el cargo de Comisionado o Director General de la CLICAC. En otros términos, el ser miembro de una asociación u organización sin fines lucrativos, como pueden ser clubes cívicos o una ONG, no está prohibido a la luz del artículo 109 de la Ley 29 de 1996.

Por ello el hecho de pertenecer a una asociación sin fines lucrativos, no impide que ésta (el club cívico o la ONG) pueda recibir donaciones; pero si el agente económico que realizó la donación está siendo investigado por la CLICAC, y concretamente, por el Comisionado que pertenece a la asociación sin fines de lucro, por razón de dicha donación; ese funcionario debe declararse impedido del conocimiento de esa causa específica.

Conclusión.

Desde una visual general se puede decir que, si bien un miembro de una asociación no mercantil, no debería impedir el ejercicio de funciones públicas, tratándose de un directivo, si llegara a suceder, en términos específicos, pudiera existir un verdadero y real conflicto de intereses públicos y se debe separar al funcionario del conocimiento de la causa particular, si es que por propia iniciativa no accede voluntariamente a declararse impedido del conocimiento del trámite.

Finalmente, sugerimos se deben estudiar cada caso con sumo cuidado y con ponderación razonada de las probanzas de cada posición.

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

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/15/hf.