

APUNTES SOBRE EL ARTÍCULO 3.7 (D) DE LA LEY DE ÉTICA GUBERNAMENTAL

Juan Carlos Corchado Cuevas

Consideraciones preliminares

La Ley de Ética Gubernamental del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Ley Núm. 12 de 24 de julio de 1985, según enmendada, contiene disposiciones que van dirigidas a reglamentar la conducta de los ex servidores públicos. En este escrito, se examinará el Artículo 3.7 (d) de la Ley de Ética Gubernamental con el fin de presentar una perspectiva amplia del contenido de dicha disposición legal.

La Parte I de este trabajo presentará una visión panorámica sobre los componentes jurídicos que sostienen al Artículo 3.7 (d). Se tomará en consideración el origen de la disposición legal, su ámbito de aplicación y el alcance de los conceptos de investigación y examen de auditoría. En la Parte II se analizará cómo el principio de la independencia de criterio es tutelado por el Artículo 3.7 (d). Además, la Parte III expondrá de forma concisa algunas de las expresiones de la Oficina de Ética Gubernamental (en adelante, OEG), al ejercer sus prerrogativas de fiscalización y prevención. Por otro lado, en la Parte IV se discuten los valores éticos que fundamentan la disposición legal. La Parte V del análisis establece un contraste entre la prohibición del Artículo 3.7 (d) y el derecho al trabajo. Se trata con especial atención las similitudes entre la referida prohibición y las cláusulas de no competitividad en las empresas privadas. Finalmente, la Parte VI contiene la conclusión y recomendaciones finales del trabajo.

I. Panorama conceptual del Artículo 3.7 (d) de la Ley de Ética Gubernamental

A. Aspectos generales

El Artículo 3.7 (d) es una de las disposiciones legales dirigidas a reglamentar las actuaciones de los ex servidores públicos del Gobierno. En términos generales, este Artículo establece una prohibición de un año que impide que un ex servidor público pueda ocupar un cargo o tener algún interés pecuniario con una

persona o entidad pública o privada, si durante el año anterior al cese, la agencia para la cual trabajó hubiese efectuado alguna investigación o examen de auditoría a dicha entidad, y el ex servidor público hubiera participado directamente en estos procesos. Expresamente, el Artículo 3.7 (d) establece:

Ningún ex-servidor público podrá, durante el año siguiente a la terminación de su empleo, ocupar cargo alguno ni tener interés pecuniario alguno, con persona o entidad alguna si la agencia, oficina, dependencia o tribunal en que trabajó le hubiese efectuado a dicha persona o entidad alguna investigación, examen de auditoría, en la cual él participara directamente durante el año previo a la terminación de su empleo.

Es importante destacar que el período de la referida prohibición es de un año sí, durante el año anterior al cese, el servidor público realizó una investigación o examen de auditoría a la entidad con la que desea establecer una nueva relación. Bajo estas condiciones, la prohibición de un año que establece el Artículo 3.7 (d) es absoluta y no puede subsanarse por medio de una dispensa. Por tal razón, es irrelevante el resultado de la investigación o los pormenores de la participación del servidor público en el examen de auditoría. El único aspecto importante a determinarse sobre la investigación o examen de auditoría es la fecha en que fueron concluidas por la agencia. Lo anterior es necesario para establecer la aplicación del Artículo 3.7 (d) ya que la prohibición sólo aplica a las entidades intervenidas por el servidor público un año antes de su cese.

Por otro lado, la naturaleza cuasi penal de las disposiciones administrativas que, como el Artículo 3.7 (d), pueden terminar en la imposición de multas, activa las protecciones del debido proceso de ley que obligan a las agencias a establecer criterios razonables a esos efectos. En la formulación de este tipo de disposiciones legales, el Legislador tiene que establecer claramente los elementos constitutivos de las posibles infracciones. Al analizarse el Artículo 3.7 (d) se desprende que, para que se configure una violación al mismo, tienen que estar presentes los siguientes elementos: un ex servidor público que ocupe un puesto o tenga algún interés pecuniario con alguna persona o entidad a la que, durante su desempeño en la agencia, le haya realizado una investigación o examen de auditoría y dicha investigación o auditoría se celebró durante el año previo al cese en la agencia.

En el Caso Núm. 98-05¹ la OEG tuvo la oportunidad de expresarse en torno al propósito que persigue el Artículo 3.7 (d). En el referido caso se determinó que dicho Artículo “tiene como objetivo el velar por la pureza de las investigaciones o auditorías que ciertos organismos públicos realizan sobre otras instrumentalidades públicas o privadas, a fin de lograr la independencia de criterio y objetividad que debe estar presente en toda gestión gubernamental, de modo que las determinaciones que finalmente se tomen no respondan a intereses particulares”. Este objetivo no es caprichoso cuando se considera que, en una democracia, toda gestión dentro de la administración pública debe ser transparente y libre de toda parcialidad ilegal a favor de particulares.

B. Breve trasfondo

El propósito del Artículo 3.7 (d) también puede ser analizado a la luz del origen del mismo debido, en parte, a que dicho Artículo no figuró como una de las restricciones originales a los ex servidores públicos contenidas en la Ley de Ética Gubernamental. Su incorporación al grupo de restricciones a los ex servidores públicos fue producto de la primera reforma amplia efectuada a la Ley de Ética Gubernamental.

Específicamente, la Ley Núm. 150 de 22 de diciembre de 1994 enmendó sustancialmente la Ley de Ética Gubernamental e incorporó, entre otras cosas, un nuevo inciso (d) al Artículo 3.7 contenido en dicho orden normativo. En términos generales, las enmiendas realizadas a la Ley de Ética Gubernamental en el año 1994, tuvieron el efecto de ampliar el articulado de la Ley para prevenir los conflictos de intereses reales y aparentes.² Es en este contexto que se incorporó la prohibición de un año a los ex servidores públicos que realizan investigaciones o exámenes de auditoría.

La Ley Núm. 150, antes citada, en lo pertinente a este escrito, añadió a la Ley de Ética Gubernamental una disposición similar a la que ya el Legislador había incorporado a la Ley Núm. 9 de 24 de julio de 1952, según enmendada, conocida como la Ley de la Oficina del Contralor de Puerto Rico. La restricción contenida en el Artículo 3.7 (d) tiene la misma finalidad de una disposición análoga contenida en la Ley de la Oficina del Contralor. Específicamente, la Ley Núm. 119 de 21 de julio de 1988 enmendó la Ley Núm. 9, antes citada, para adicionar un Artículo 16-A a los fines de prohibir, por el término de un año, a los servidores públicos de la Oficina del Contralor que realizan funciones de

auditoría que presten sus servicios en cualquier agencia en la que hayan participado en cualquier labor de auditoría. La violación al Artículo 16-A constituye un delito grave y el servidor público que fuere convicto estará sujeto a pena de reclusión, pago de multa, el pago de tres veces el beneficio obtenido e inhabilitación para ocupar cualquier cargo público. En lo pertinente, el Artículo 16-A de la Ley de la Oficina del Contralor establece:

Ningún funcionario o empleado regular, transitorio o por contrato de la Oficina podrá, durante los doce (12) meses consecutivos siguientes a la fecha en que deje de prestar servicios en la misma, por sí o a través de cualquier persona jurídica, sociedad, asociación o entidad de la que sea empleado, socio o accionista prestar servicios a ninguna agencia del Gobierno del Estado Libre Asociado de Puerto Rico en la que dicha Oficina haya realizado cualquier labor de auditoría.

La prohibición antes establecida será de aplicación cuando la persona:

- (a) Haya participado directamente en la labor de auditoría de la agencia o haya supervisado dicha labor de auditoría;
- (b) la auditoría se haya realizado durante el año anterior a la fecha en que la persona haya cesado en su puesto o a la fecha de terminación de cualquier contrato de servicios con dicha Oficina.

Curiosamente, ya desde 1988 el Legislador conocía la carencia normativa que tenía la Ley de Ética Gubernamental para prevenir la práctica de algunos auditores de la Oficina del Contralor de renunciar a su posición para trabajar en unidades gubernamentales que éstos habían auditado previamente. Según la Exposición de Motivos de la citada Ley Núm. 119, esta práctica “resulta contraria a las más sanas normas de ética del servicio público, ya que se presta para hacer ofertas favorables a [los servidores públicos] con el propósito de afectar los resultados de las auditorías o investigaciones que realiza la Oficina del Contralor”. Ante esta situación, la Exposición de Motivos de la citada Ley claramente expresa que la Ley de Ética Gubernamental “carece de disposiciones para prohibir de forma expresa, clara y precisa tan indeseable práctica”. Aún así, el Legislador no enmendó la Ley de Ética Gubernamental, sino que optó por atacar directamente el problema con los auditores de la Oficina del Contralor.

Ahora bien, la realidad jurídica del Puerto Rico actual es que las funciones de investigación y auditoría no se limitan a la Oficina del Contralor. Por el contrario, cada vez son más las agencias administrativas con funciones de auditoría e investigación. El Legislador entendió necesario hacer extensiva la prohibición de los auditores de la Oficina del Contralor a todos los ex servidores públicos con funciones similares.

C. Ámbito de aplicación

Uno de los elementos pertinentes al momento de evaluar cualquier disposición que establezca alguna restricción a las actuaciones de los ex servidores públicos es, hacia cuáles sujetos está dirigida la disposición. Sobre este particular es necesario señalar que, contrario a la mayoría de las disposiciones de la Ley de Ética Gubernamental, la restricción establecida por el Artículo 3.7 (d) está dirigida específicamente a los ex servidores públicos de cualquiera de las Ramas de Gobierno: Ejecutiva, Legislativa y Judicial. Así las cosas, aunque la conducta ética de los servidores públicos de las diversas ramas de gobierno está regulada por diferentes cuerpos legales y reglamentarios, las restricciones a las actuaciones de los ex servidores públicos están establecidas principalmente por la Ley de Ética Gubernamental.

En este punto es importante aclarar a quién se le considera un ex servidor público de conformidad con la Ley de Ética Gubernamental. Sobre este particular, la OEG ha sostenido que, una vez aceptada la renuncia, la persona se convierte en un ex servidor de la agencia que realizó la investigación y por consiguiente, tiene que esperar el transcurso de un año desde esa fecha para otorgar un contrato con la agencia, persona o entidad a quien le hizo la investigación.³

Aunque no debe haber duda de que el Artículo 3.7 (d) sólo puede ser infringido por los ex servidores públicos, el mensaje del referido Artículo tiene un impacto sobre otros sujetos de derecho. En efecto, inicialmente la prohibición no estaba dirigida a los servidores públicos sino a las agencias que eran investigadas o auditadas por éstos.

Ahora bien, actualmente, la referida restricción crea un anuncio de que el servidor público que participó en un examen de auditoría o investigación está excluido del mercado de empleo por el periodo de un año. En otras palabras, el referido Artículo envía un aviso tanto al ex servidor que está en busca de empleo, como a las agencias o empresas que desean contratar los servicios de éste, debido

a que este tipo de restricciones a las actuaciones de los ex servidores públicos tienen el efecto de excluirlos por un año del mercado de empleo, con relación a todas las entidades gubernamentales o privadas que investigó o auditó.

Del panorama anterior se puede argumentar que las restricciones establecidas en el Artículo 3.7 tienen un efecto similar al de las cláusulas de no competitividad contenidas en los contratos de las entidades privadas. Este tema en particular, y su relación con el derecho al trabajo, será discutido en la Parte V de este escrito.

D. Sobre la investigación y el examen de auditoría

Al analizar las disposiciones pertinentes de la Ley de Ética Gubernamental, se hace evidente que las mismas no contienen definiciones de los términos *investigación* y *examen de auditoría* comprendidos en el Artículo 3.7 (d). Por tal razón, es necesario utilizar referencias extrínsecas a la Ley de Ética Gubernamental para elaborar definiciones precisas de los términos que no han sido expresamente definidos por el Legislador. Ahora bien, en el ordenamiento jurídico vigente, todo proceso intelectual encaminado a desarrollar, o proporcionarle contenido, a las expresiones del Legislador tiene que ajustarse al fundamento racional o fin esencial de la ley y la política pública que inspiró a la misma.⁴

De entrada, se destaca el hecho de que la OEG no ha tenido muchas oportunidades para impregnar de contenido jurídico los términos *investigación* y *examen de auditoría*. No obstante, en la OPC-01-365 de 9 de agosto de 2001, la OEG reiteró el principio general de que “el concepto de auditar e investigar es uno amplio, y de esta forma se extiende a la persona que supervisa a quien directamente hace la auditoría o investigación”.

Por otro lado, en el Caso Núm. 98-05 la OEG se expresó específicamente sobre los términos *investigar* y *examen*, dejando a un lado el término auditoría. No obstante, la OEG correctamente tomó como referente principal la definición de los términos *investigación* y *examen*, contenida en el Diccionario de la Real Academia Española, para construir los axiomas jurídicos a base del uso común del lenguaje. Además, en el caso específico de la palabra *investigación*, el análisis tomó en consideración que este término estaba antecedido por la palabra *alguna*, adjetivo de cantidad que se aplica indeterminadamente a una o varias personas o cosas respecto a otras.

Según la definición de la OEG, basada en el Diccionario de la Real Academia Española, *investigar* es hacer diligencias para descubrir una cosa y realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre determinada materia. Por su parte, *examen* se define como indagación y estudio que se hace acerca de las cualidades y circunstancias de una cosa o de un hecho. El análisis lingüístico de la OEG en el referido caso concluyó que:

[D]entro de los conceptos investigación y examen se encuentra incluida toda aquella actividad, incluso la intelectual, realizada con el propósito de aumentar el conocimiento en cierta materia. De acuerdo con esta definición, la realización de actos específicos tendentes a descubrir prueba sobre un hecho o materia, sólo es una parte, quizás la más abarcadora pero no lo es todo. A tono con esto, el ejercicio mental de evaluar o indagar sobre un hecho específico forma parte del proceso denominado por el Artículo 3.7 (d) como “investigación”.

En la OPC-97-120 de 2 de mayo de 1997, la OEG definió el término *investigación* como el procedimiento mediante el cual se verifica el cumplimiento de las leyes y normas que rigen una actividad determinada. Evaluados los hechos en esta opinión, la OEG determinó que el proceso de inspeccionar y conceder licencias para el establecimiento y operación de ciertos negocios está comprendido dentro del ámbito de la prohibición del Artículo 3.7 (d).

La definición anterior, fue reiterada en la OPC-99-129 de 7 de abril de 1999, en la que la OEG señaló que “el propósito primordial de un procedimiento investigativo es el de descubrir y procurar evidencia para proveerle a la agencia elementos de juicio para decidir si va a continuar con algún procedimiento adjudicativo, de encontrar suficientes hechos que lo justifiquen”. Por tal razón, el Artículo 3.7 (d) aplica cuando un servidor público pasa de una agencia fiscalizadora a otra agencia gubernamental que fuera investigada por éste con el propósito de concederle una serie de permisos.

Entendidos los conceptos de *investigación* y *examen*, en el contexto del Artículo 3.7 (d), corresponde evaluar el término *auditoría*. Al momento de la redacción de este escrito, los casos relacionados al Artículo 3.7 (d) traídos ante la consideración de la OEG no han hecho necesario que se establezca en detalle el alcance del término *auditoría*, a la luz de la Ley de Ética Gubernamental.

Ahora bien, lo anterior no impide que se pueda establecer una definición del concepto *auditoría* que esté en armonía con las interpretaciones realizadas por la OEG al Artículo 3.7 (d).

Ante esta situación, se puede recurrir a la metodología de interpretación utilizada por la propia OEG para delimitar el alcance de los términos *investigación* y *examen*. El Diccionario de la Real Academia Española no arroja mucha luz al respecto, ya que la definición de la palabra *auditoría* no se ajusta al uso común de esta palabra en el entorno local. Ahora bien, el verbo *auditar* es definido por el referido Diccionario como examinar la gestión económica de una entidad a fin de comprobar si se ajusta a lo establecido por ley o costumbre.

Al analizar la definición del verbo *auditar*, se puede observar que la misma relaciona el concepto de *examen* junto con otros dos elementos importantes: una gestión y una ley o costumbre. Así las cosas, se puede argumentar que una auditoría es un examen a una gestión particular para determinar si la misma se realiza de conformidad con una serie de normas preestablecidas. Esta construcción sistemática de la definición de *auditoría* puede tener sentido, pero carece de una fuente extrínseca a la Ley de Ética Gubernamental que le otorgue validez jurídica.

La naturaleza particular de la palabra *auditoría* permite que se utilice un diccionario especializado para entender su significado. El Diccionario para Contadores Kohler define la palabra *auditoría* como cualquier investigación sistemática o evaluación de los procedimientos u operaciones con objeto de determinar la conformidad con el criterio prescrito. Nótese que tanto la definición de *auditoría*, como la de *examen* e *investigación*, tienen elementos comunes que las relacionan a tal grado, que es difícil establecer unas diferencias tajantes entre cada uno de estos términos. En este sentido, se puede sugerir que la auditoría es un tipo de investigación, así como que toda investigación requiere de un examen, y que la auditoría conlleva un examen de conformidad con criterios determinados.

Debe considerarse que lo más relevante con relación a la interpretación del alcance de los términos contenidos en el Artículo 3.7 (d) es la intención legislativa. En el contexto de la Ley Núm. 150, antes citada, el Legislador expresó en la Exposición de Motivos que era “imperativo ampliar el alcance de las prohibiciones [de la Ley de Ética Gubernamental] para evitar todo posible conflicto que le restan al pueblo la confianza en su Gobierno y en sus funcionarios públicos”. Teniendo este contexto como norte, se

puede concluir que las interpretaciones a los términos *investigación* y *examen de auditoría* deben hacerse de una manera amplia, para que se cumpla con la encomienda legislativa de prevención de conflictos de intereses.

II. La independencia de criterio

Uno de los principios de sana administración que el Artículo 3.7 (d) persigue fomentar es la independencia de criterio en el ejercicio de la función gubernamental. Para lograr su objetivo, dicha disposición establece una prohibición a los ex servidores públicos que pretende evitar que cualquier persona, natural o jurídica, que sea investigada o auditada por un servidor público, ejerza alguna influencia indebida en el ánimo del investigador o auditor, que tenga el resultado de frustrar la esencia misma de su función pública. En este sentido, el Artículo 3.7 (d) reconoce que la independencia de criterio que debe tener todo servidor público, que realiza una investigación o auditoría, podría ser afectada si la entidad concernida le ofrece un contrato o empleo. Es decir, dentro de un sinnúmero de escenarios posibles, puede suceder que una entidad ofrezca a un servidor público, que la está investigando, una serie de beneficios futuros con la condición de que éste no produzca un informe negativo producto de su investigación o examen de auditoría.

Así las cosas, la OEG ha recalcado que el Artículo 3.7 (d) tiene el objetivo de prevenir que, en un análisis retroactivo de las circunstancias que dan pie a una investigación o examen de auditoría, se cuestione la integridad de los servidores públicos que participaron de estas actividades. La utilidad del mecanismo preventivo contenido en el referido Artículo es que protege la integridad, pureza, y transparencia de los procesos de auditoría llevados a cabo en el gobierno.

Resulta meridianamente claro que nuestro ordenamiento jurídico reconoce la independencia de criterio como un principio fundamental en la gestión pública que no representa una excepción, sino la regla. Ahora bien, lo que no está claramente establecido es la definición de lo que constituye independencia de criterio en el ejercicio de la función gubernamental. En términos generales, la independencia de criterio es una condición del ejercicio de la auditoría y la investigación. La misma constituye un elemento distintivo de la administración de control gubernamental y posee dos componentes importantes: uno funcional y otro individual o personal.

En términos funcionales, la independencia de criterio se refiere a que el servidor público puede realizar sus funciones de conformidad con la competencia y jurisdicción que le ha sido delegada por Ley, a la agencia para la cual trabaja. En el ejercicio de estas competencias, el servidor público no puede ser influenciado por criterios parcializados procedentes de la jerarquía organizacional. Desde esta perspectiva, la independencia de criterio adquiere un sentido instrumental que permite que los servidores públicos que realizan investigaciones y auditorías realicen sus funciones protegidos por un engranaje jurídico e institucional ético.

Por su parte, la independencia de criterio también tiene una dimensión personal que está representada por la posibilidad de que el servidor público pueda desarrollar su trabajo de forma objetiva y sin interferencias externas. En el desempeño de la función gubernamental, el criterio técnico tiene que determinar las acciones de la auditoría, en lugar de cualquier consideración particular. Así las cosas, en el plano personal, la independencia de criterio permite al investigador o auditor emitir una opinión propia, asumiendo la responsabilidad por la misma, sin aceptar influencias orientadas a modificar su opinión injustificadamente.

Al establecerse que el Artículo 3.7 (d) tiene la intención de impulsar la independencia de criterio en el ejercicio de la función pública, forzosamente se tiene que contestar una interrogante: ¿cómo logra su propósito? Ello, debido a que el referido Artículo vincula la obtención de beneficios por un servidor público, con posterioridad a su cese en su agencia, con el desempeño actual de dicho servidor público. De esta forma, la disposición legal persigue evitar un conflicto de intereses actual, mediante la prohibición de una conducta futura. Cabe destacar que la Ley de Ética Gubernamental y el Reglamento de Ética Gubernamental, Reglamento Núm. 4827 de 20 de noviembre de 1992, contiene una serie de disposiciones que están orientadas a combatir los conflictos de intereses, reales o aparentes, en el ejercicio de la función pública.

Lo anterior, permite argumentar que el propósito del Artículo 3.7 (d) no se limita a prevenir los conflictos de intereses potenciales que resultan del desempeño de la delicada función pública de investigar y auditar, sino que también evita que las referidas funciones estén impregnadas de apariencia de conflicto de intereses.

III. Expresiones de la OEG sobre el Artículo 3.7 (d)

La OEG ha tenido la oportunidad de expresarse en torno a la aplicabilidad del Artículo 3.7 (d) a hechos específicos mediante dos mecanismos diferentes: las resoluciones y las opiniones consultivas. Las resoluciones se emiten en el contexto de las prerrogativas de fiscalización de la OEG, mientras que las opiniones consultivas constituyen una de las herramientas de prevención utilizadas por la Agencia. Estos dos instrumentos organizacionales de la OEG, aunque surgen de facultades institucionales diferentes, han sido fundamentales en el desarrollo interpretativo del Artículo 3.7 (d) y, por consiguiente, en la articulación de una política pública uniforme al respecto.

Entendido lo anterior, procede primero analizar algunos de los pronunciamientos de la OEG sobre el Artículo 3.7 (d), realizados en el ejercicio de sus prerrogativas de fiscalización. En términos del componente de fiscalización de la OEG, el Caso Núm. 98-05, antes citado, constituye un precedente acertado que permite la aplicación del Artículo 3.7 (d) a diversas situaciones de hechos.

En dicho caso, un servidor público, a quien se le había “delegado la delicada encomienda de conducir los procesos investigativos” de una agencia fiscalizadora, realizó, antes de un año de su renuncia, un contrato con un municipio que había tenido asuntos bajo la consideración de su agencia. En términos generales, los referidos asuntos requirieron la participación decisional discrecional del servidor público al asignarlos a los funcionarios bajo su supervisión, firmar las hojas de trámites, firmar las evaluaciones iniciales realizadas por los referidos funcionarios y endosar con sus iniciales borradores de cartas del Jefe de la Agencia Ejecutiva. Ahora bien, al momento de la renuncia del servidor público, en ninguno de estos asuntos existía un informe final concluyendo que fuera necesaria una investigación.

Ante el cuadro fáctico anterior, la OEG conceptuó que no es necesario que exista una investigación formal para que aplique la prohibición contenida en el Artículo 3.7 (d), debido a que el servidor público, aunque no participó en un proceso de investigación formal conforme a los trámites internos de la Agencia Fiscalizadora, intervino en el proceso de evaluación encaminado a determinar si procedía una investigación. Sobre este particular, la OEG enfatizó que “el proceso evaluativo es la génesis del proceso investigativo, es decir, ambas gestiones intelectuales prácticas no son excluyentes, y sí parte de un proceso integral

encaminado al fiel cumplimiento de la política pública que encarna el estatuto”. Añadió que la “etapa evaluativa o fase inicial tiene una importancia particular, ya que, sin dar paso a una investigación formal, puede incluso recomendarse el archivo del planteamiento pudiéndose frustrar los fines fundamentales de la Ley”.

La OEG concluyó que los trámites administrativos establecidos en las guías internas de la Agencia Administrativa en cuestión no “pueden interpretarse como una restricción a aquello que el Legislador expresamente entendió necesario prohibir en la conducta de un ex servidor público”. En este sentido, la OEG dejó claro que el concepto de investigación del Artículo 3.7 (d) no estaba supeditado a la expedición de una orden de investigación formal, conforme el procedimiento establecido en la reglamentación interna de la Agencia Fiscalizadora. Así las cosas, el Caso Núm. 98-05 desarrolló el alcance de la restricción del Artículo 3.7 (d), de forma tal, que se fortaleciera la política pública de cero tolerancia a la corrupción.

Por otro lado, la OEG también ha fortalecido el contenido jurídico del Artículo 3.7 (d) por medio de opiniones consultivas. Así por ejemplo, en la OPC-99-129, citada, la OEG evaluó una consulta en la que un ex miembro de una Junta deseaba cambiar de trabajo y convertirse en Ayudante del Jefe de una Agencia Ejecutiva que había presentado ante la Junta una serie de documentos donde solicitaban el otorgamiento de unas dispensas. El servidor público había participado directamente en ambas peticiones realizadas por la Agencia Ejecutiva, emitiendo un voto concurrente a favor de que se otorgasen las dispensas. Además, participó en la evaluación y aprobación de otros proyectos sometidos por la Agencia ante la consideración de la Junta.

La OEG utilizó la jurisprudencia del Tribunal Supremo relacionada a las funciones y deberes de la referida Junta y determinó que se configuraba una investigación, conforme lo establecido en el Artículo 3.7 (d), ya que esta entidad pública ejercía un papel fiscalizador. Los miembros de la Junta, participaban en la promulgación de política pública y tenían la obligación de velar porque se cumpliesen fielmente las disposiciones de esa política pública. Ante esta situación, la OEG concluyó que, a tenor con lo dispuesto en el Artículo 3.7 (d), el ex servidor público tenía que esperar un año, luego de su terminación como miembro de la Junta, antes de trabajar en la Agencia Ejecutiva.

Por su parte, en la OPC-96-24, citada, un servidor público de una Agencia Fiscalizadora deseaba conocer si podía aceptar un empleo en otra Agencia en un período de tiempo menor de un año al cese de sus funciones. Durante el año previo a su renuncia, el servidor público había participado en una investigación sobre una funcionaria pública que trabajaba en la Agencia en la cual él deseaba trabajar.

La OEG determinó que, según la intención del Artículo 3.7 (d), al servidor público le era de aplicación el mismo, debido a que participó directamente en una investigación que su Agencia había realizado a una servidora pública de la Agencia que interesaba trabajar, sin que hubiese transcurrido un año desde que sería ex servidor público de la Agencia. Por tal razón, el ex servidor público tenía que esperar el transcurso de un año desde que fuera aceptada su renuncia para ocupar un puesto o para otorgar un contrato con la Agencia que había investigado.

IV. En busca del valor ético tras la disposición estatutaria

En este punto es menester hacer un paréntesis, y dejar a un lado la interpretación puramente jurídica del Artículo 3.7 (d), para enfatizar los valores éticos contenidos en la referida disposición legal. El problema principal que este acercamiento plantea es que la mayoría de los enunciados de la ética gubernamental están contruidos en función del valor relativo de las normas, es decir, el criterio valorativo rector de la conducta de los servidores públicos se fundamenta en una ética utilitarista, que basa sus apreciaciones, sobre lo que es correcto, en el beneficio de una norma o prohibición, en lugar de los valores éticos intrínsecos de éstas. Por lo anterior, una evaluación convencional del Artículo 3.7 (d) constituye una apreciación de la disposición legal que atiende principalmente el beneficio que ésta produce.

Al hacer una radiografía moral del Artículo 3.7 (d), se puede apreciar que dicho Artículo está impregnado de una serie de valores éticos que son independientes al beneficio que produce la norma. Si bien es cierto que la prevención de los actos de corrupción por parte de los servidores públicos que auditan o investigan es uno de los beneficios que provee el Artículo 3.7 (d), también es correcto afirmar que, como se intimó en la Parte II de este escrito, la eliminación de la apariencia de ilicitud, dentro de la estructura organizacional de las Agencias Gubernamentales, representa una aspiración ética autónoma reconocida por dicho Artículo.

Lo anterior da base a que se puedan utilizar los beneficios que produce la disposición ética para encontrar el valor intrínseco de la misma. Así por ejemplo, uno de los resultados de la aplicación del Artículo 3.7 (d) es la protección del patrimonio público. Esta finalidad del referido Artículo se fundamenta principalmente en el valor ético de la confianza, entendido de una forma amplia y dinámica capaz de reflejar diversos niveles de relaciones dentro de las estructuras organizacionales públicas y privadas. La confianza, como una construcción ética fortalecida por otros valores como la responsabilidad ciudadana, el respeto a la dignidad humana y la justicia, sobrepasa los linderos de la protección del patrimonio público y se posiciona como un principio de eficiencia organizacional que actúa sobre todo el quehacer humano. Así las cosas, se puede aseverar que en el reconocimiento de los valores éticos dentro de las estructuras organizacionales de las Agencias Gubernamentales se encuentra la génesis del desarrollo de la ética pública.

Por otro lado, el Artículo 3.7 (d) también tiene el beneficio de aumentar la confianza del pueblo en las gestiones de auditoría gubernamental. Para que esta utilidad de la norma ética sea real, es necesario que las gestiones gubernamentales encaminadas a la realización de una investigación o examen de auditoría estén constituidas en torno a los principios éticos de la honradez, la lealtad y la imparcialidad. La convergencia de estos principios en el desempeño de los servidores públicos que tienen a su cargo investigaciones o exámenes de auditoría, produce la independencia de criterio necesaria para la realización de una función pública libre de actuaciones ilegales y de la apariencia de conflictos de intereses.

La importancia de considerar el valor intrínseco de las normas contenidas en la Ley de Ética Gubernamental, y otras disposiciones que reglamentan la conducta ética de los servidores públicos, radica en que este análisis permite la identificación de principios generales que son de aplicación a diversas situaciones que no se circunscriben a la gestión pública. Ahora bien, una vez se identifican estos valores, los mismos pueden ser incorporados a la cultura de la ética gubernamental para maximizar el rendimiento y el potencial del sector público. Además, la correcta identificación de los valores que fundamentan las normas éticas permite el impulso de políticas públicas integradas, cuyo fin sea el desarrollo de estructuras éticas administrativas y organizacionales que fomenten la corrección y la excelencia en la gestión gubernamental.

V. Sobre las restricciones a los ex servidores públicos y el derecho al trabajo

En el ordenamiento jurídico puertorriqueño, la existencia de una norma fundamentada en un valor ético o moral no constituye, en sí misma, una garantía de su legalidad. Así las cosas, es necesario analizar el Artículo 3.7 (d) a la luz de los principios legales que inciden sobre la capacidad de las personas de obtener y mantener un empleo, para determinar su validez jurídica. Primeramente, la Sección 16 del Artículo II de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico reconoce los derechos de los empleados al establecer que:

Se reconoce el derecho de todo trabajador a escoger libremente su ocupación y a renunciar a ella, a recibir igual paga por igual trabajo, a un salario mínimo razonable, a protección contra riesgos para su salud o integridad personal en su trabajo o empleo, y a una jornada ordinaria que no exceda de ocho horas de trabajo. Sólo podrá trabajarse en exceso de este límite diario, mediante compensación extraordinaria que nunca será menor de una vez y media el tipo de salario ordinario, según se disponga por ley.

Por otro lado, el Artículo 1207 del Código Civil de Puerto Rico consagra el principio de la libertad de contratación. El referido Artículo establece que “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”. En este sentido, los contratos de empleo constituyen la ley suprema entre las partes. Ahora bien, la libertad contractual entre un patrono y empleado no es irrestricta, ya que los contratos no pueden ser contrarios a la ley, la moral y el orden público.

Es importante destacar que la referida libertad contractual consagrada en el Artículo 1207 está condicionada a que todo contrato esté fundamentado en el principio de la buena fe contractual. Por tal razón, el Artículo 1210 del Código Civil establece que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

Ante el marco legal en materia del derecho al trabajo y contractual discutido anteriormente, es forzoso concluir que el ordenamiento jurídico puertorriqueño protege la libertad personal de los individuos para que puedan determinar autónomamente su

ocupación o empleo. Lo anterior plantea la interrogante de si el Artículo 3.7 (d) representa una limitación a la libertad individual de escoger un empleo. La contestación a esa interrogante tiene que ser en la afirmativa. Ahora bien, el derecho de empleo no es absoluto ya que los tribunales han reconocido instancias donde se puede limitar la libertad contractual de los individuos, específicamente, por medio de las cláusulas de no competencia.

Una cláusula de no competencia es un acuerdo incluido en un contrato por el que una persona, que cesa su relación contractual con otra persona, asume la obligación de no competir con la referida persona, en un mercado determinado y por un periodo de tiempo determinado. La parte que se obligó a no competir, queda completamente excluida del ejercicio de determinada actividad comercial, industrial o profesional. En términos jurídicos, las cláusulas de no competencia pueden construirse como una obligación de no hacer, asegurada por una estipulación, o cláusula penal, en la que se establece que se tiene que pagar una determinada cantidad en caso del incumplimiento.

En el caso *Arthur Young & Co. v. Virgilio Vega III*, 136 D.P.R. 157 (1994), el Tribunal Supremo de Puerto Rico se expresó sobre los requisitos necesarios para que un acuerdo de no competitividad sea razonable. En términos generales, este tipo de cláusulas es razonable si protege simultáneamente los intereses legítimos del patrono sin imponer una carga excesiva al empleado y sin perjudicar al público en general. Específicamente, el Honorable Tribunal expresó:

Para ser razonable, un acuerdo de no competir debe reunir los siguientes requisitos: (1) debe ser necesario para proteger un interés legítimo del patrono, (2) no debe imponer al empleado una carga demasiado onerosa, (3) no debe afectar demasiado al público. Además, se debe considerar el área en que se le prohíbe competir al empleado, la duración de dicha restricción, el tipo de clientes que le está vedado atender, así como el tipo de servicios que se le prohíbe rendir. Se presupone, además, que el acuerdo de no competir es incidental a un contrato de trabajo, y que ha mediado causa adecuada. (Citas omitidas.)

Como se intimó anteriormente en este trabajo, las restricciones establecidas en el Artículo 3.7 tienen un efecto similar al de las cláusulas de no competitividad contenidas en los contratos de las entidades privadas. Es decir, tanto las restricciones a las actuaciones de los servidores públicos como las cláusulas de no competitividad,

tienen el efecto de limitar el ejercicio del derecho al trabajo y la libertad contractual de las personas. Las referidas figuras jurídicas tienen el mismo impacto en los sujetos de derecho pero diferentes orígenes, ya que la primera surge por virtud de ley y, la segunda, por virtud de un contrato entre partes. Ambas construcciones jurídicas inciden sobre el desempeño de los trabajadores o servidores públicos después de renunciar, teniendo en cuenta su desempeño anterior.

Debido a que el Artículo 3.7 (d) tiene el efecto de limitar la libertad contractual de ciertos ex servidores públicos de la misma forma en que lo hacen las cláusulas de no competencia, es posible utilizar de manera análoga los criterios de validez de las referidas cláusulas establecidos por el Tribunal Supremo, para evaluar la legitimidad de la prohibición establecida en dicho Artículo. Esta evaluación permitirá impartirle fuerza a los principios éticos consagrados en el Artículo 3.7 (d).

El primer criterio para determinar la razonabilidad de la prohibición de un año, contenida en el Artículo 3.7 (d), apunta a si la limitación tiene el efecto de proteger un interés legítimo del patrono. Sin duda, existe un interés legítimo de la agencia fiscalizadora, como organismo instrumental del Estado, de que todos los procedimientos de investigación y auditoría sean llevados a cabo de forma íntegra, tanto en hecho como en apariencia. La prohibición de un año del Artículo 3.7 (d) se justifica debido a que la misma tiene una doble función: eliminar la apariencia de conflictos de intereses y prevenir que las investigaciones y auditorías gubernamentales sean frustradas porque se trate de influenciar en el ánimo de los servidores públicos que las realizan.

Por otro lado, el segundo criterio persigue proteger a los empleados para que las acciones de sus patronos no le impongan una carga demasiado onerosa. La prohibición que impone el Artículo 3.7 (d) es que los ex servidores públicos que participaron en una investigación o examen de auditoría no pueden contratar con las entidades que investigaron o auditaron por el período de un año a partir del cese del servidor público. La prohibición está expresamente dirigida a excluir de las posibilidades de empleo de los ex servidores públicos sólo a aquellas entidades con las que éstos tuvieron alguna participación directa durante el año previo a la terminación de su empleo. En este sentido, la carga no es onerosa, pues, está claramente fundamentada y limitada en materia de tiempo y sujetos.

El último criterio de evaluación toma en consideración si el público se afecta por la limitación al trabajador. Este criterio no es del todo pertinente, ya que responde principalmente a consideraciones del mercado que no se relacionan directamente al servicio público. No obstante, cabe destacar que el Artículo 3.7 (d) tiene el efecto de aumentar la confianza del público en la integridad de las investigaciones y exámenes de auditoría que se realizan en el gobierno.

A tono con los criterios discutidos, se puede aseverar que el Artículo 3.7 (d) no afecta irrazonablemente el derecho al empleo ni la libertad contractual que gozan los ex servidores públicos de las tres ramas de gobierno. Todo lo contrario, el referido Artículo está fundado en criterios que permiten armonizar los derechos individuales de los ex servidores públicos y el interés legítimo del Estado de que las gestiones gubernamentales se realicen correcta y eficientemente.

VI. Reflexiones finales

Durante las líneas anteriores se pretendió llevar al lector por una ruta de análisis y comprensión de una disposición legal que sólo representa un grano de arena en el universo que constituye el *ethos* gubernamental: el Artículo 3.7 (d) de la Ley de Ética Gubernamental. La realidad es que las violaciones a dicho Artículo se dan en el marco de la cotidianidad del desarrollo de relaciones y oportunidades entre los servidores públicos y demás individuos. Por esta razón, se hace necesario una reflexión profunda y continua sobre cuáles deben ser los valores que fundamenten el quehacer público, con particularidad los procesos de investigación y auditoría.

Los procesos de investigación y auditoría realizados por las entidades fiscalizadoras del gobierno están diseñados para fomentar una gestión pública de excelencia, proteger el patrimonio público y ayudar al sostenimiento de la confianza pública en las instituciones gubernamentales. La mera posibilidad de que los mecanismos de control de la administración pública sean vulnerados, provoca una inestabilidad moral peligrosa para cualquier sistema de gobierno democrático basado en la confianza y respeto ciudadano. Es por ello, que el ordenamiento democrático puertorriqueño exige un esfuerzo multisectorial para desarrollar estructuras administrativas y organizacionales que pongan freno al avance de la corrupción gubernamental y propicien un desempeño gubernamental óptimo.

Disposiciones como el Artículo 3.7 (d) que, además de poseer una finalidad práctica, están basadas en principios éticos de aplicación general, son necesarias para el fortalecimiento de la confianza pública en las instituciones y procedimientos gubernamentales. Ahora bien, la integridad de los procesos de investigación y auditoría es una responsabilidad de todos los ciudadanos y no se puede circunscribir a una prohibición legal dirigida a unos ex servidores públicos. Ante la incapacidad de los modelos tradicionales de la ética gubernamental en proveer alternativas para desarrollar una sana administración pública, es necesaria la creación de una estructura organizacional en el sector público, capaz de proveer las herramientas adecuadas para que los servidores públicos puedan realizar una labor eficiente y cuenten con los recursos necesarios para evaluar su gestión, atemperándola a las exigencias de excelencia gubernamental.

NOTAS

¹ Véase, *OEG v. Santiago Martínez Miranda*, Caso Núm. 98-05 de 30 de agosto de 1999. Resolución de 8 de noviembre de 1999 del Tribunal de Apelaciones, KLRA-99-00621. *Certiorari* denegado por el Tribunal Supremo, CC-1999-988.

² Para detalles sobre el alcance de la citada Ley Núm. 150, véase la Carta Circular Núm. 96-08 de 19 de junio de 1996.

³ Véase, OPC-96-244 de 8 de mayo de 1996.

⁴ Véase, *Velázquez v. A.R.P.E.*, 128 D.P.R. 513 (1991).

REFERENCIAS

- Real Academia Española. 2001. *Diccionario de la Lengua Española*. España: Real Academia Española.
- Kohler, Eric L. [Traducción: Cardenas, R.] 1974. *Diccionario para Contadores*. Mexico: UTEA, SA.
- Garner Bryan A. 2001. *A Dictionary of Modern Legal Usage*. New York: Oxford University Press.
- Campbell Black, Henry. 1990. *Black's Law Dictionary*. Minnesota: West Publishing Co.
- Sanín, Javier. 2002. *Por una Ética Civil Democrática*. Seminario Internacional: "Los desafíos éticos del desarrollo". Biblioteca digital de la Iniciativa Interamericana de Capital Social, Ética y Desarrollo www.iadb.org. Retirado el 7 de septiembre de 2004.

Leyes y Reglamentos

Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.
Código Civil de Puerto Rico.

La Ley de Ética Gubernamental y su Reglamentación

Ley de Ética Gubernamental del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Ley Núm. 12 de 24 de julio de 1985, según enmendada.

Ley Núm. 150 de 22 de diciembre de 1994.

Ley de la Oficina del Contralor de Puerto Rico, Ley Núm. 9 de 24 de julio de 1952, según enmendada.

Ley Núm. 119 de 21 de julio de 1988.

Opiniones Consultivas de la OEG

OPC-96-244 de 8 de mayo de 1996.

OPC-97-120 de 2 de mayo de 1997.

OPC-99-129 de 7 de abril de 1999.

OPC-01-365 de 9 de agosto de 2001.

Cartas Circulares

Carta Circular Núm. 96-08 de 19 de junio de 1996.

Casos

OEG v. Santiago Martínez Miranda, Caso Núm. 98-05 de 30 de agosto de 1999. Resolución de 8 de noviembre de 1999 del Tribunal de Apelaciones, KLRA-99-00621. *Certiorari* denegado por el Tribunal Supremo, CC-1999-988.

Velázquez v. A.R.P.E., 128 D.P.R. 513 (1991).

Arthur Young & Co. v. Virgilio Vega III, 136 D.P.R. 157 (1994).

DATOS BIOGRÁFICOS DEL AUTOR

Juan Carlos Corchado Cuevas obtuvo el grado de Bachillerato en Administración de Empresas, con concentración en Contabilidad, de la Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras. Posteriormente, cursó estudios en la Escuela de Derecho, de la referida universidad, donde completó el grado de Juris Doctor y además obtuvo una Licenciatura en Derecho de la Universidad de Barcelona. Está admitido al ejercicio de la profesión legal en el Tribunal Supremo de Puerto Rico y en el Tribunal Federal, Distrito de Puerto Rico. Actualmente, se desempeña como Subdirector del Área de Auditoría de Informes Financieros de la Oficina de Ética Gubernamental.