

Panamá, 4 de junio de 2004.

Licenciada
CLARA CEDEÑO
Tesorera Municipal del Distrito de Guararé
Provincia de Los Santos
E. S. D.

Señora Tesorera:

En cumplimiento de nuestra atribución constitucional y legal de servir de consejeros jurídicos a los funcionarios administrativos, nos permitimos ofrecer contestación a la consulta que tuvo a bien elevar a este despacho mediante memorial fechado 18 de febrero de 2004, por el cual solicita nuestro criterio con relación a si la actual Secretaria del Consejo Municipal puede seguir ejerciendo dicho cargo considerando que guarda parentesco en el primer grado de consanguinidad con el Alcalde electo. Según nos informa en su nota, dicha funcionaria es jubilada y ejerce esa función “como servicios especiales” aprobado por el Consejo Municipal.

Como cuestión previa debemos comunicarle que, al tenor de lo establecido en el Artículo 6, numeral 1 de la Ley 38 de 2000, las consultas que eleven los funcionarios públicos a esta Procuraduría deberán estar acompañadas del criterio jurídico respectivo, requisito que le instamos cumplir en futuras oportunidades.

Vistos los aspectos que abarca su consulta y hechas las aclaraciones procedimentales pertinentes, nos permitimos ofrecer contestación en los siguientes términos:

I. Prohibición del nepotismo en la esfera municipal.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el término “nepotismo” proviene del aforismo “nepote”, que hace referencia a los “parientes y privados del Papa”. Conforme a esta fuente, se conoce como nepotismo, la “desmedida preferencia que algunos dan a sus parientes para las concesiones o empleos públicos”.

En sentido jurídico, el nepotismo ha sido definido por el jurista argentino Guillermo Cabanellas de la Torre, de la siguiente manera:

“NEPOTISMO. Corruptela política caracterizada por el favoritismo familiar; por prebendas a los parientes y amigos. El origen de esta actitud poco recomendable, aunque tan humana, parece estar en los Papas, antaño muy inclinados a proteger a los miembros de su familia; en especial, a sus sobrinos, de cuya voz latina (nepos) proviene esta amalgama del factor privado con el desempeño de los puestos públicos o, cuando menos, el nombramiento para ellos, el disfrute de sus honores y la percepción de sus emolumentos. ...”

Como se puede apreciar, se trata de una conducta o actuación apartada de los estándares éticos y morales que deben regir la administración pública, catalogada inclusive, como un acto de corrupción.

Con anterioridad a la vigencia de la Ley 9 de 20 de junio de 1994, sobre Carrera Administrativa, en el ámbito municipal, sólo el artículo 53 de la Ley 106 de 1973, sobre Régimen Municipal, establecía algún grado de prohibición del nepotismo, al excluir la posibilidad de que puedan ser escogidos para ejercer el cargo de Tesorero Municipal el cónyuge, ni los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Alcalde o los Concejales.

Fuera de este caso, no existía a nivel municipal norma que prohibiera a los funcionarios electos (Alcaldes, Representantes de Corregimientos) y designados (Tesorero Municipal), con autoridad nominadora, nombrar familiares y parientes cercanos en los puestos públicos municipales.

Así pues, tal y como expresáramos en criterios anteriores (Ver Consulta 253 de 29 de diciembre de 1993), antes de junio de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley de Carrera Administrativa, los Alcaldes, Tesoreros y Representantes de Corregimientos podían nombrar en cargos públicos del municipio a cualquier persona, aún cuando fueran familiares cercanos.

Con la promulgación de la Ley 9 de 1994 este panorama da un giro importante, al establecerse en los artículos 44 y 138, numeral 13, la prohibición a los servidores públicos de incurrir en nepotismo, en los siguientes términos:

“Artículo 44. No podrán optar para ocupar puestos públicos, las personas que guardan relaciones de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad con la autoridad nominadora de la misma institución”

La citada disposición niega la posibilidad de *intentar ingresar al servicio público* en una determinada institución, a las personas que tengan vínculo de parentesco con la autoridad competente para formalizar el nombramiento, dentro del tercer grado de consanguinidad que comprende, en la línea recta ascendente a los padres, abuelos y bisabuelos y, en la línea recta descendiente, a los hijos, nietos y biznietos. Igualmente prohíbe el nombramiento de parientes respecto de la familia del cónyuge, dentro segundo grado de afinidad, lo que comprende a los suegros, yernos/nueras y cuñados.

Asimismo, el artículo 138, numeral 13 establece:

“Artículo 138. Se prohíbe a los servidores públicos lo siguiente:

...

13. Incurrir en nepotismo.

...”.

Como se puede apreciar, la norma del artículo 44 deja por fuera algunos supuestos importantes que sin lugar a dudas también constituyen nepotismo, como lo son el nombramiento del cónyuge o pareja de unión consensual. No obstante, estas categorías están debidamente recogidas en la definición legal de “nepotismo”, contemplada en el artículo 2 de la Ley de Carrera Administrativa, disposición que conceptúa esta práctica como *“la falta administrativa en que incurre **la autoridad nominadora** que beneficia con nombramientos en puestos públicos a su **cónyuge, pareja de unión consensual u otros parientes dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad.** También incurre en nepotismo **el servidor público** que, sin notificarlo oportunamente a su superior jerárquico inmediato, ejerza la función pública en la misma unidad administrativa, o en unidades administrativas que mantengan entre sí relaciones de control y fiscalización en las que compartan los mencionados lazos de parentesco original o sobreviniente.”* (el resaltado es nuestro). Esta definición, en concordancia con la prohibición establecida en el artículo 138, numeral 13, constituyen fundamento jurídico suficiente para sustentar que también se incurre cuando la autoridad nominadora beneficia al cónyuge o pareja en unión de hecho, debidamente reconocida, con nombramiento en la misma institución.

Ahora bien, como se desprende de la definición antes citada, no sólo se configura el nepotismo *por acción de la autoridad nominadora*, al efectuar nombramientos de parientes en los términos antes señalados, sino también *por omisión del servidor público*, cuando no notifique a su superior jerárquico, el hecho de que en la misma unidad en que ejerce su cargo, labora otra persona con la que guarda los vínculos antes señalados, o bien la persona con la que guarda el vínculo trabaja *en una unidad diferente, que ejerce o recibe control y fiscalización* con respecto de aquella en la que trabaja el funcionario omiso.

Cabe señalar en este punto, que aplicación supletoria de la Ley de Carrera Administrativa en la esfera municipal, se sustenta en lo dispuesto en los artículos 1 y 5 de la misma, los cuales nos permitimos citar a continuación:

“Artículo 1. La presente Ley desarrolla los Capítulos 1.2.3 y 4 del Título XI de la Constitución de la República de Panamá; regula los derechos y deberes de los servidores públicos, especialmente los de carrera administrativa en sus relaciones con la administración pública, ...”

“Artículo 5. La Carrera Administrativa es obligatoria y será fuente supletoria de derecho para aquellos servidores públicos que se rijan por otras carreras públicas legalmente reguladas, o por leyes especiales.”

De lo anterior se desprende que la Ley 9 de 1994, al desarrollar las normas constitucionales relativas a los Servidores Públicos, aplica a toda persona que reciba remuneración del Estado, abarcando no sólo a los funcionarios del Gobierno Central y entidades autónomas y semi-autónomas, sino también a los servidores públicos que laboran en los municipios de la República; ello aunado a su carácter de norma supletoria, tratándose de carreras públicas legalmente reguladas, salvo ley expresa en contrario.

Definido el concepto legal de nepotismo, los términos en que ha sido prohibido por las leyes de Régimen Municipal y Carrera Administrativa y la aplicabilidad de ésta última en la esfera municipal, toca ahora definir, si en el caso que nos ocupa se produciría o no nepotismo, de seguir ejerciendo el cargo de Secretaria del Consejo Municipal la madre del Alcalde electo.

II. Análisis concreto del supuesto objeto de la presente consulta.

Conforme al Artículo 25 de la Ley 106 de 1973 cada Consejo Municipal tendrá un Secretario que no será concejal, el cual será elegido por el seno del Consejo Municipal.

Por su parte el artículo 29 establece que los Secretarios de los Consejos Municipales tendrán un período de cinco (5) años y sólo podrán ser destituidos por el respectivo Consejo, en determinados casos, a saber:

1. Incumplimiento de sus deberes, competencia y lealtad como servidores públicos.
2. Condena por falta cometida en el ejercicio de sus funciones o por delito común; y
3. Mala conducta en el ejercicio de sus funciones.

En cuanto a su remuneración, el artículo 28 señala que el Secretario será retribuido con fondos municipales.

Hilando lo anterior al supuesto objeto de su consulta desprendemos, con meridiana claridad, lo siguiente:

1. La autoridad nominadora, para los efectos del Secretario del Consejo Municipal es el propio Consejo, por lo que, de incurrir este órgano municipal en el nombramiento de algún pariente o allegado de alguno de sus miembros en el cargo de Secretario, el Consejo, como órgano colegiado incurriría en la falta administrativa de nepotismo, en los términos señalados en la Ley de Carrera Administrativa.
2. Igualmente incurriría en nepotismo el Secretario del Consejo, en el evento que, culminado su período, fuere nombrado nuevamente para el período subsiguiente y, aún guardando vínculo de parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad; o siendo el cónyuge o pareja en unión de hecho de una de las nuevas autoridades municipales que han de ejercer algún grado de control y fiscalización de las actuaciones del Consejo (el Tesorero Municipal o el Alcalde),

no notificare de este hecho a su superior jerárquico el Consejo) para que proceda a su separación del cargo.

En el supuesto específico que nos ocupa, resulta fácilmente constatable, al tenor de las atribuciones legales del Alcalde y del Consejo, la existencia de funciones de control entre ambas autoridades del Gobierno Municipal. Así por ejemplo, podemos mencionar entre las más importantes la función del Consejo de estudiar, evaluar y aprobar el presupuesto de rentas y gastos municipales (art. 17, numeral 2) como correlativa función de control frente a la atribución del Alcalde de presentar el proyecto de acuerdo de presupuesto de rentas y gastos, contentivo del programa de funcionamiento de inversiones públicas municipales.

Por lo anterior, con relación al supuesto objeto de su consulta, somos del criterio de que, de ser un hecho notorio el vínculo de parentesco entre la actual Secretaria del Consejo y el Alcalde Electo, el nuevo Consejo Municipal de Guararé que se instale a partir del 1 de septiembre de 2004 no podría reelegir en su cargo a dicha funcionaria y de hacerlo, ésta tendría la obligación legal de presentar su renuncia al cargo.

3. El Secretario del Consejo Municipal es un servidor público nombrado para un período de cinco años, que recibe remuneración del Estado (con fondos municipales), por lo que, a nivel presupuestario, su remuneración debe cargarse al código de gasto de personal fijo (001) del municipio y no al código de gasto de servicios especiales (177), ya que se trata de un cargo que siempre va a existir en la estructura de personal del Municipio, aunque la persona que lo ocupe en un determinado período sólo esté llamada a hacerlo por 5 años. Vencido su período, otra persona lo ocupará y así sucesivamente. Como se ve, no se trata de la contratación un servicio técnico especializado de carácter ocasional o periódico, como lo sería, por ejemplo, un servicio especial de auditoría externa. De lo anterior se desprende, además, que debe aplicarse a su salario los descuentos de ley (impuesto sobre la renta, décimo tercer mes y seguro educativo).

Esperando de este modo haber esclarecido suficientemente su inquietud, nos suscribimos, no sin antes expresarle las seguridades de nuestro más alto aprecio y distinguida consideración.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/dc/hf.