

Panamá, 20 de septiembre de 2004.

Honorable señor
CARLOS CHAVARRÍA
Alcalde Municipal del Distrito de Portobelo
Provincia de Colón.
E. S. D.

Señor Alcalde:

En cumplimiento de nuestra atribución constitucional y legal de servir de consejeros jurídicos a los funcionarios administrativos, nos permitimos dar contestación a la consulta que tuvo a bien elevar a este despacho mediante memorial fechado 5 de septiembre de 2004, por el cual solicita nuestro criterio con relación a si “la señora Odalis Ceballos, actual Tesorera Municipal, escogida por el Consejo Municipal el 2 de septiembre del presente año, puede ejercer dicho cargo considerando que guarda parentesco de afinidad con usted, pues es su cuñada.

Antecedentes:

Según nos indica en su nota, el Consejo Municipal en sesión realizada el 2 de septiembre, escogió como Tesorera a la señora Odalis Ceballos, para el primer período. Sin embargo, le preocupa dicho nombramiento toda vez que la señora Odalis Ceballos, **tiene un vínculo familiar estrecho con usted; pues es la tía de sus hijos**; a pesar de que su esposa falleció, la relación familiar se mantiene, y le interesa conocer si este nombramiento no es violatorio de las disposiciones legales vigentes.

Vistos los aspectos que abarca su consulta, debemos indicarle que sobre estos temas la Procuraduría de la Administración, se ha pronunciado, por lo que, nos permitimos desarrollar brevemente dicho criterio 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 descendente, 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 la 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 Tesorera Municipal cuñada del Alcalde electo.

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

Conforme al Artículo 52 de la Ley 106 de 1973 en cada Municipio habrá un Tesorero Municipal escogido por el Consejo Municipal por un período de dos años y medio, el cual podrá ser reelegido.

Por su parte el artículo 53 de la citada Ley 53, establece que no podrán ser escogidos **Tesorero Municipal**, el cónyuge ni los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad **o segundo de afinidad del Alcalde o los Concejales ni quienes hayan sido condenados por delitos contra la cosa pública.**

Los Tesoreros Municipales **sólo podrán**¹ ser destituidos por la corporación respectiva en los siguientes casos:

¹ Sobre el anterior particular, hay que señalar que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en fallo de 28 de septiembre de 1984, con relación a la demanda de inconstitucionalidad del artículo 10 de la ley 22 de 30 de enero de 12961, que también usaba la frase “sólo podrán ser destituidos”, declaró inconstitucional la frase “**sólo podrán**”, por que equivale a

1. Incumplimiento de sus deberes 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.

El Reglamento Interno de los Consejos Municipales establecerá el procedimiento para la comprobación de los hechos y la determinación de la responsabilidad de los servidores públicos mencionados.

En cuanto a su remuneración, el artículo 54 señala que los Tesoreros Municipales devengarán emolumentos que señala el Consejo Municipal.

Debe destacarse, que el cargo de Tesorero Municipal, es sumamente importante, pues es un agente de manejo y como tal, tiene responsabilidades frente a la administración municipal, de allí que el artículo 56 de la Ley 106 de 1973 señale que antes de entrar a ejercer sus cargos los Tesoreros Municipales y demás funcionarios de manejo, deberán prestar fianza por la cuantía que establezca la Contraloría General de la República. (V. Ley 32 de 1984.)

Las primas de la póliza respectivas serán pagadas de los fondos municipales. **Los Tesoreros Municipales deberán declarar ante un Notario Público sus bienes o rentas dentro de los cinco (5) días siguientes a la toma de posesión y hasta cinco (5) días después de cesar en sus funciones. Estas declaraciones serán protocolizadas gratuitamente por el Notario.** (Resaltado de la Procuraduría).

El agente de manejo, recauda, paga dineros de una entidad pública o, en general, administra bienes de ésta. Por lo tanto, su cargo debe ser transparente, pues su actuación esta relacionada con los fondos y bienes que recibe, maneja, custodia o administra dentro de un período determinado.

Las acciones que ejerce el funcionario de manejo debe estar enmarcado dentro de los principios de probidad administrativa, y en un sentido más amplio de probidad pública. El legislador patrio, al establecer limitaciones en la ley para ejercer el cargo de Tesorero Municipal, lo hace precisamente para evitar que medien **vínculos parentales entre los funcionarios públicos que puedan entorpecer y**

“únicamente”, excluyendo otras que surgen de los artículo 295 y 297 de la Constitución Nacional. De aquí la frase “sólo podrán” del artículo 55 de la ley 106 de 1973 es inconstitucional ya que los Tesoreros Municipales, al igual que los Notarios Públicos, también pueden ser destituidos por las causales contempladas en los artículos 295 y 297 de la Constitución Nacional”. (GARCIA, Carlos Martín. “El Magistrado Molino Mola expone brillante tesis jurídica sobre funcionarios públicos”-EL PANAMÁ AMÉRICA, Panamá, jueves 7 de marzo de 1996, pág. 3.A)

desviar la buena marcha de la Administración Pública y en todo caso no comprometan la moral de la misma.

Este despacho ha sido del criterio que por ética y moral, en una institución pública del Estado, sea nacional o municipal, no debe existir por lo menos relaciones de parentesco dentro del 3º grado de consanguinidad y segundo de afinidad entre las autoridades nominadoras y las personas que vayan a ocupar un cargo en dicha institución.

El punto donde estriba, la duda es que si ha muerto la hermana de la Tesorera, la cual fue esposa del señor Alcalde Electo, debe entenderse extinguido el vínculo parental o de afinidad con la Tesorera actual. Y si se debe entender que extinguido el vínculo conyugal, se extingue la relación parental entre la Tesorera Municipal y el Alcalde.

Somos de la opinión que al extinguirse el vínculo conyugal, la relación parental en este caso, de afinidad que unía a la Tesorera Actual con el Alcalde Electo, desaparece; es decir, el vínculo que se formó a través del matrimonio, entre su hermana y el Alcalde se extingue, por lo tanto, la condicionante legal desaparece a la muerte de su hermana, pues a través de esta última es que se daba el vínculo entre la Tesorera y el Alcalde, en consecuencia, no existe impedimento legal, sin embargo sí consideramos que se da un impedimento moral, pues aún cuando no exista el vínculo legal entre el Alcalde y la Tesorera, aquella relación con los hijos del Alcalde siendo aquella su tía y éstos sus sobrinos, y al existir esa relación estrecha con el Alcalde y la Tesorera, tal como lo afirma el propio Jefe de la Administración Municipal en su nota, si limita a la Tesorera a ocupar el cargo por razones de moralidad administrativa.

Cabe destacar que, la probidad administrativa está insita en el control y debe concluir en un ejemplo para toda la sociedad en función a los principios esenciales de moralidad y ética pública. Los criterios de probidad importan en el proceso de concientización de aquellos que desempeñan labores en el sector público; los cuales deben demostrar en la tarea encomendada un absoluto respeto a los valores que conlleva la ética funcionarial, la cual a nuestro juicio, es elemental para el ejercicio de las atribuciones legales y constitucionales.

La razón sine quo non, de estos controles éticos administrativos, se basa en el principio general del Derecho que le exige al Jefe de la Administración Municipal, como administrador de la cosa pública, así como al órgano colegido, Consejo Municipal, la necesaria rendición de cuenta y su transparencia en la gestión municipal.

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

1. La autoridad nominadora, para los efectos, del Tesorero 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 o del Alcalde, tal como lo indica el artículo 53 de la Ley 106 de 1973, incurrirá en falta administrativa de nepotismo, en los términos señalados en la Ley de Carrera Administrativa.
2. 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 con otros, los mencionados lazos de parentesco, original o sobreviviente.
3. La actividad de recaudación y pagaduría que ejerce el tesorero en la administración municipal, por su naturaleza, es delicada, por lo tanto, requiere transparencia en sus actuaciones administrativas; de existir una relación parental entre el aspirante con cualquiera de los Concejales o el Alcalde, esto limitaría el cargo de tesorero.
4. 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 y de manejo 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, contenido del programa de funcionamiento de inversiones públicas municipales**.
5. Podemos entonces concluir que si bien la muerte de la esposa del Alcalde Electo, extingue ese vínculo legal entre la Tesorera y el Alcalde, este despacho es de opinión que existe un impedimento moral para ocupar el cargo de Tesorera, por razones de probidad administrativa y pública.
6. Las autoridades del gobierno municipal son representantes de los ciudadanos y éstos tienen derecho a exigir una conducta moral y de ética, en el ejercicio de sus funciones así como, pedir rendición de cuentas de aquellos; por ello, es de capital importancia que sus actuaciones sean transparentes, independientes de toda relación parental que pudiera existir aun cuando esta se hubiese extinguido legalmente, pues el impedimento moral se mantiene en el tiempo.

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/20/hf.