



*República de Panamá*  
*Procuraduría de la Administración*  
*Secretaría Provincial de Colón*

Colón, 24 de Septiembre de 2020  
C-CL-002-20

Licenciada Inés María España  
E. S. M.

**Referencia: Nepotismo en la contratación de servidores públicos.**

Licenciada España:

Por este medio damos respuesta a su nota recibida en esta Procuraduría de la Administración, Secretaría Provincial de Colón el 26 de agosto del corriente, por medio de la cual solicita nuestra opinión sobre” la figura de **Nepotismo** si la misma es aplicable en el caso de un parentesco dentro del primer grado de consanguinidad entre la persona que ejerce un contrato de servicios profesionales y un servidor público Municipal”.

En relación con lo anterior, me permito expresarle que de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 6 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, orgánica de la Procuraduría de la Administración, esta entidad está llamada a **servir de consejera jurídica de los servidores públicos administrativos que consulten su parecer respecto a determinada interpretación de la ley o el procedimiento que debe seguirse en un caso concreto.**

Las consultas deberán estar acompañadas del criterio jurídico respectivo, salvo aquellas provenientes de instituciones que no cuenten con un Asesor jurídico; no obstante, la consulta objeto de nuestra atención, no guarda relación con alguno de los dos supuestos descritos en la disposición previamente citada, pues, del contenido de la misma, se desprende que esta tiene como objeto obtener un pronunciamiento por parte de esta Procuraduría, respecto a la calificación como infracción de las disposiciones relativas al nepotismo.

A pesar de lo anterior, nos permitimos expresar las siguientes consideraciones, con respecto a las disposiciones legales en materia de nepotismo, desde un análisis general de la situación planteada, dejando en claro que con esto no estamos adelantando ningún criterio sobre el particular.

**I. Consideraciones previas.**

Como preámbulo a la respuesta que corresponde ofrecer a su consulta, estimo oportuno anotar que al tenor del artículo 299 de la Constitución Política, son servidores públicos “las personas

nombradas temporal o permanentemente en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo o Judicial, de los municipios, entidades autónomas o semiautónomas; y en general los que perciban remuneración del Estado”; precepto que como ha indicado este Despacho en anteriores oportunidades, ampara a los nombrados temporal o permanentemente en alguna de las entidades que señala dicho artículo y a quienes reciben pagos o salarios por parte del Estado, como contraprestación por servicios prestados en condiciones de dependencia económica y subordinación jurídica.

### **Distinción entre funcionario público empleado mediante contrato y los casos de contratos personales o servicios profesionales**

“También es importante distinguir entre el funcionario público empleado mediante contrato y los casos de contratos personales o servicios con particulares, llámense éstos servicios personales o contratos por servicios profesionales. En los contratos de servicios, la persona contratada no se incorpora a la administración, sino que se limita a realizar únicamente una tarea determinada, igual como podría hacerlo para otros particulares sin que le sean aplicables las normas constitucionales y legales, exigidas al servidor público (servicios profesionales-autónomo). Al respecto, el Tratadista SAYAGUES LASO señala:

“También se ingresa a la función pública por contrato. Son situaciones poco frecuentes, pero existen. No debe confundirse esta hipótesis con el caso de arrendamiento de servicios con particulares. En este último la persona arrienda sus servicios no se incorpora a la administración, limitándose a realizar para ella, determinada tarea, igual como podría hacerlo para otros particulares. En cambio, en aquella la persona se incorpora a la administración, ingresando mediante un contrato que fija determinadas condiciones para la prestación de su actividad personal. La Persona que ingresa a la función pública mediante contrato, no está sustraída totalmente al régimen estatutario general.

...

Es posible por tanto, ingresar al servicio público mediante un contrato en vez del nombramiento en virtud de un Decreto (si es a nivel de Gobierno central); una resolución, (tratándose de instituciones autónomas). A las personas así nombradas se les descuentan del salario, sueldo o remuneración que reciben los montos correspondientes al Impuesto sobre la Renta, Seguro Social y Seguro Educativo...” (Extraído de la Consulta C-154-de 26 de julio de 1993).

De lo anterior, se colige la posibilidad de entrar a la Administración Pública, por distintas modalidades, entre las que podemos destacar los contratos por servicios especiales, con el correlativo deber del Estado de hacerle los descuentos de Ley; **distinto a los servicios profesionales, los cuales se prestan servicios de forma autónoma, y se cargan al reglón de Consultoría, sujetando dicha contratación al procedimiento establecido en la Ley de Contrataciones Públicas.**

En cuanto a este último punto de reflexión, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 6 de agosto de 2014 señaló lo siguiente:

“... ”

Así por ejemplo es evidente que al celebrar una contratación con el Estado, el particular se ve inmerso en una gama de responsabilidades y supervisiones, como son un control previo y control posterior en la Contraloría General de la República, una licitación pública, transparencia, publicidad, así como cualquier cláusula que sea establecida en el contrato, o pliego de peticiones, pero esos son requisitos y condiciones a las que se someten las personas naturales y jurídicas que negocien con el Estado, y esas obligaciones o condiciones que deben cumplir no los convierten en servidores públicos.

Lo anterior obedece a que un contrato público consiste en "un acuerdo de voluntades, celebrando conforme a Derecho, entre dos entidades estatales o un ente estatal en ejercicio de la función administrativa y un particular, sea persona natural o jurídica o consorcio o asociación accidental, nacional o extranjero, del cual surgen derechos y obligaciones para ambas partes y cuya finalidad es de carácter público" (Cfr. Artículo 2, numeral 17 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006).

De igual manera, esas personas naturales y jurídicas, están sometidas penalmente, haciendo extensivo en los delitos contra la administración pública (peculado), porque la norma tutela los intereses del Estado, y el bien protegido, resulta ser el Estado, de allí que por esa razón están sometidos a controles, fiscalizaciones, supervisiones, escrutinios, y en fin a que sea público y transparente, cualquier concesión, construcción que se haga para el Estado.

En ese sentido, a juicio del Pleno no se debe confundir la calidad de servidor público con el hecho de que la persona desempeñe una actividad que guarde relación con las funciones de administrar justicia "como por ejemplo acontece en el caso de los liquidadores de un banco, contra los cuales se ha pretendido interponer demandas de amparo como si fueran funcionarios públicos y respecto a lo cual esta Superioridad ha reiterado que no son funcionarios público, sino mandatarios de una sociedad en liquidación (Cfr. Sentencia de 2 de octubre de 1991, EXPORT BUSINESS vs. Liquidadores de Banco Sur). (Cfr. Sentencia del Pleno de 10 de julio de 1998), o con aquellas personas naturales o jurídicas que hayan celebrado con el Estado contrato de arrendamiento, concesión, desarrollo de construcciones o servicios.

De allí que, la definición de servidor público incluida en el artículo

123 numeral 103, el párrafo que incluye a los particulares que manejen fondos o que celebren contrataciones públicas en fin cualquier particular que tenga relación con el Estado, colisione con la definición que establece la Constitución Nacional, de servidor público, porque como hemos venido expresando estos son nombrados por el Estado y, prestan un servicio por el cual recibe una remuneración y un particular que maneje fondos o que celebre contratos con el Estado no es un servidor público, no está nombrado en ningún cargo público, ni forma parte de la planilla estatal.”  
(Subraya y resalta el Despacho)

## **NEPOTISMO**

El nepotismo, en términos generales, es la preferencia, por parte de funcionarios, para designar en cargos públicos a familiares o allegados, no porque tengan los méritos para ocupar dichos cargos, sino por el grado de confianza y lealtad mutua que existe entre el que designa y el designado.

**El artículo 41 del decreto ejecutivo No. 246 de 15 de diciembre de 2004, dispone:**

**"ARTÍCULO 41: NEPOTISMO. El servidor público deberá abstenerse de beneficiar con nombramientos en puestos públicos a su cónyuge, pareja de unión consensual u otros parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad.**

**El servidor público también deberá abstenerse de ejercer la función pública en la misma unidad administrativa o en unidades administrativas que mantengan entre si relaciones de control o fiscalización, y en las que laboren personas incluidas en los mencionados vínculos de parentesco, ya sean originales o sobrevivientes, sin notificar tal situación oportunamente a su superior jerárquico."**

(Subrayamos y resaltamos nosotros)

Como vemos, el artículo citado señala la obligación para el servidor público de abstenerse de beneficiar con nombramientos en puestos públicos, a su cónyuge, pareja de unión consensual u otros parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y de trabajar con estas personas en la misma unidad administrativa o en unidades administrativas que mantengan entre sí relaciones de control y fiscalización, ya sea que el conflicto surja al momento de la contratación o con posterioridad a la misma.

El Decreto Ejecutivo 246 de 2004 también contiene normas sobre conflicto de intereses, las cuales consideramos aplicables a los servidores públicos, por las razones ya expresadas.

Destacamos las siguientes:

"ARTÍCULO 3: PROBIDAD. El servidor público debe actuar con rectitud y honradez, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interpósita persona. Tampoco aceptará prestación o compensación alguna por parte de terceros que le pueda llevar a incurrir en falta a sus deberes y obligaciones."

"ARTÍCULO 24: EJERCICIO ADECUADO DEL CARGO. El ejercicio adecuado del cargo involucra el cumplimiento personal del presente Código Uniforme de Ética y el deber de procurar su observancia por parte de sus subordinados.

El servidor público no debe obtener ni procurar beneficios o ventajas indebidas, para sí o para otros, amparándose en el uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia.

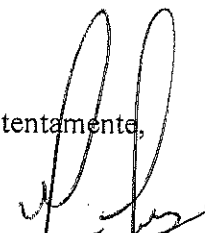
Tampoco debe adoptar represalias de ningún tipo o ejercer coacción alguna contra funcionarios u otras personas, salvo que éstas se enmarquen dentro del estricto ejercicio del cargo."

"ARTÍCULO 39: CONFLICTO DE INTERESES. A fin de preservar la independencia de criterio y el principio de equidad, el servidor público no puede mantener relaciones ni aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo.

Tampoco puede dirigir, administrar, asesorar, patrocinar, representar ni prestar servicios, remunerados o no, a personas que gestionen o exploten concesiones o privilegios o que sean proveedores del Estado, ni mantener vínculos que le signifiquen beneficios u obligaciones con entidades directamente fiscalizadas por el órgano o entidad en la que se encuentre desarrollando sus funciones.

El nepotismo, de acuerdo con el artículo 2 del glosario del Texto Único de la Ley 9 de 1994, que comprende y regula la Carrera Administrativa, aplicable obligatoriamente a todos los Municipios, en virtud del artículo 96 de la Ley 37 de 29 de junio de 2009, que descentraliza la administración pública, establece que el nepotismo es 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.**

Finalmente, sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, enfatizamos que no nos es dable hacer un juicio de valor, en torno a la configuración o no de determinada conducta, atribuible, según su consulta.

Atentamente,  


**Yazmin Cabilla**  
 Jefa de la Secretaría Provincial Colón  
 Procuraduría de la Administración



MINISTERIO PÚBLICO  
 PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN  
 SECRETARÍA PROVINCIAL DE COLÓN

NOMBRE H. J. An  
 HORA 11:00  
 FECHA 8/10/20

