



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 1 de octubre de 2021
C-157-21

Señor
Javier Carrizo E.
Gerente General del
Banco Nacional de Panamá (BNP)
Ciudad.

Ref.: Obligación de la toma de posesión del cargo por parte de los Miembros de la Junta Directiva del Banco Nacional de Panamá.

Señor Gerente General:

En ejercicio de nuestras atribuciones constitucionales y legales, como Asesores y Consejeros de los funcionarios de la Administración Pública, nos permitimos ofrecer contestación a la Consulta que tuvo a bien elevar a esta Procuraduría de la Administración, mediante Nota N°.2021(03000-01)40 de 20 de agosto de 2021, relacionada con la *obligación de la toma de posesión del cargo por parte de los miembros de la Junta Directiva del Banco Nacional de Panamá, así como a cuál entidad le correspondería emitir la reglamentación respectiva.*

Este Despacho es del criterio que, los Miembros de la Junta Directiva del Banco Nacional de Panamá, deberán **tomar posesión del cargo ante el ente nominador¹ para la respectiva formalización y perfeccionamiento del nombramiento**, toda vez que ejercen una función pública en razón de las atribuciones legales que desempeñan dentro de esta entidad bancaria, para lo cual dicha toma de posesión, se efectuará luego de su nombramiento por parte del Órgano Ejecutivo y posterior ratificación por el Órgano Legislativo.

Habiéndose establecido lo anterior, por otra parte, respecto a su interrogante en torno a cuál entidad le corresponde emitir la respectiva reglamentación, podemos indicarle que para las posteriores acciones de tomas de posesión de los Miembros de la Junta Directiva, la reglamentación de estos actos administrativos deberá ser efectuada y ser responsabilidad del **Banco Nacional de Panamá, tal cual como dichos aspectos están siendo incluidos dentro de las adecuaciones que se realizan al reglamento interno de la Junta Directiva, según lo indicado** en el Memorando N°.2021(03000-02)72 de 21 mayo de 2021, emitido por el Gerente Ejecutivo de Asesoría Legal del Banco Nacional de Panamá, a fin de cumplir con las normas legales vigentes.

Es importante en primera instancia indicarle que, la orientación brindada a través de la presente consulta, no constituye un pronunciamiento de fondo, o un criterio jurídico concluyente que

¹ Órgano Ejecutivo

determine una posición vinculante, en cuanto al tema consultado; no obstante, a manera de orientación y de forma objetiva, nos permitimos contestarle en los siguientes términos:

Fundamentos Jurídicos de la Procuraduría de la Administración:

Debemos manifestar en primera instancia, los principios cardinales que todo servidor público debe observar en el ejercicio de sus funciones dentro de nuestro ordenamiento positivo:

A. Marco Constitucional:

“**Artículo 18.** Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos los son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas.”

B. Marco legal, artículo 34 de la Ley N°.38 de 31 de julio de 2000:

“**Artículo 34.** Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad ...” (Lo subrayado es nuestro)

Estos principios fundamentales de Derecho recogidos en nuestro ordenamiento jurídico, proponen que los mismos, constituyen el fundamento en virtud del cual todos los actos administrativos deben estar sometidos a las leyes; conforme al cual todo ejercicio de un poder público debe realizarse acorde a la ley vigente y su jurisprudencia. Dicho en otras palabras, el servidor público sólo puede hacer lo que la ley le permita.

Con referencia a lo anterior, resulta oportuno señalar de igual forma que, el *Principio de Legalidad*² entraña que los poderes públicos solo pueden actuar de acuerdo con las normas que fijan sus competencias y actuaciones, contemplando así entre otros elementos, la *vinculación positiva de los poderes públicos*, en la cual los poderes públicos solo pueden hacer aquello que se encuentra expresamente permitido por las normas jurídicas y lo contrario de una vinculación positiva sería obviamente, una *vinculación negativa*, que implica que se puede hacer todo aquello que no prohíban expresamente las normas. Este último tipo de vinculación es la característica de los ciudadanos.

Ahora bien, es importante señalar primeramente que el artículo 161 de nuestra Constitución Política, establece cuáles son las funciones administrativas de la Asamblea Nacional, por lo que en el caso que nos ocupa, resulta oportuno señalar la contenida en su numeral 4. Veamos:

“**ARTÍCULO 161.** Son funciones administrativas de la Asamblea Nacional:

² FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Eduardo. Manual de Fundamentos de Derecho Público y Privado. Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2017, Págs. 41 y 42.

1. ...
4. Aprobar o improbar los nombramientos de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Procurador General de la Nación, del Procurador de la Administración y los demás que haga el Ejecutivo y que, por disposición de esta Constitución o la Ley, requieran ratificación de la Asamblea Nacional. Los funcionarios que requieran ratificación no podrán tomar posesión de su cargo hasta tanto sean ratificados...” (Lo resaltado y subrayado es nuestro)

El artículo arriba citado establece que aquellos funcionarios que requieran la ratificación por parte de la Asamblea Nacional, no podrán tomar posesión de su cargo hasta tanto no cumplan con dicho procedimiento.

En este mismo orden y dirección, cabe señalar que el artículo 299 *ibidem* establece que son servidores públicos “...*las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas o semiautónomas; y en general, las que perciban remuneración del Estado.*”

Por su parte, los artículos 767, 771 y 772 del Código Administrativo, en cuanto a lo relacionado con la “*toma de posesión*”, establecen lo siguiente:

“**Artículo 767.** Toma de posesión del cargo del nombrado para servir un destino. El que sea nombrado para servir un destino obligatorio **debe posesionarse el día en que principie el período** y se le nombra después de principiado éste, **se posesionará** a más tardar en los dos días siguientes al que reciba el oficio en que se le comunique la elección, más el término de la distancia, si la hubiere;...”

Artículo 771. Ningún funcionario entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de sostener y defender la Constitución y de cumplir los deberes que el incumban. Esto se llama posesión del empleo o bien, **tomar posesión de él...**

Artículo 772. Acto de toma de posesión. **El acto de entrar a servir un destino público la persona nombrada para servirlo, consiste en el hecho de tomar posesión.**” (Lo resaltado es nuestro)

Las normas transcritas, establecen la existencia de la obligatoriedad y prohibición para que un funcionario pueda ejercer un cargo público, sin que antes haya tomado posesión de él.

Así las cosas, nuestra Máxima Corporación de Justicia ha sostenido³, en cuanto al concepto de nombramiento, que: “...*es el encargo hecho a una persona para que ejerza un puesto en la Administración Pública, a partir de su toma de posesión, sin que ello conlleve el que lo hubiere ejercido anteriormente...*”.

³ Sentencia de 8 de julio de 2009 - Solicitud de Interpretación Prejudicial, interpuesta por el Licenciado Luis Alberto Palacios Aparicio en representación de la Contraloría General de la República, para que la Sala se pronuncie del sentido y alcance del artículo 90 del Decreto Núm. 194 del 16 de septiembre de 1997, emitido por la Contraloría General de la República. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral.

En este orden de ideas, este Despacho ha señalado en ocasiones anteriores⁴: *“que toda persona que ejerza un cargo público o pretenda realizar el cumplimiento de una función pública así sea en virtud de un encargo, debe estar precedido de un nombramiento y una toma de posesión.”*

A su vez, resulta oportuno hacer referencia a la Ley N°.3 de 16 de junio de 1987, *“Por la cual se subroga el artículo 1 de la Ley N°.21 de 10 de octubre de 1984, y se dictan otras disposiciones”*, que regula entre otros aspectos, el nombramiento de los miembros de las Juntas Directivas, así como la aprobación y/o improbación de éstos, por parte del Órgano Legislativo.

“Artículo 1. Los Directores, Gerentes o Jefes de las entidades públicas, autónomas, semiautónomas y de las empresas estatales, así como los miembros de las Juntas Directivas de dichas instituciones, cuyo nombramiento corresponda hacer al Órgano Ejecutivo, de conformidad con la Constitución y la Ley, serán sometidos a la aprobación o improbación de la Asamblea Legislativa en un término no mayor de dos (2) meses, a partir de la fecha de su nombramiento...” (Lo subrayado es nuestro)

“Artículo 2. El Órgano Ejecutivo tendrá un plazo de cuarenta y cinco (45) días calendarios para someter a la aprobación o improbación de la Asamblea Legislativa la designación de los actuales Directores, Gerentes o Jefes de entidades públicas autónomas y semiautónomas, así como la de los miembros de las Juntas Directivas de dichas Instituciones.” (Lo subrayado es nuestro)

En los marcos de las consideraciones que anteceden, es preciso establecer una diferencia entre *“nombramiento”* y *“toma de posesión”*.

En ese sentido, el jurista español Enrique Serrano Guirado⁵, señala entre otras cosas, que *“...el acto de nombramiento puede ser considerado como un acto especial, una manifestación de voluntad que tiene por finalidad y efecto jurídico investir a una persona de una función pública...”* y concluye manifestando que *“...es un acto administrativo unilateral, perfecto, emanado de la autoridad para aplicar a un individuo determinado un estatuto legal o reglamentario; la aceptación por el destinatario le otorga sólo eficacia...”*

No obstante, advierte que *“Si el nombramiento constituye un acto administrativo perfecto, requiere, como condición de eficacia, la aceptación del particular y destinatario del mismo. Por ello, la indebida toma de posesión (falta de título administrativo) no produce efecto... el nombramiento se estima perfeccionado y consolidado a todos los efectos mediante la toma de posesión...”*

Por otro lado, es importante resaltar lo que establece el Decreto Ejecutivo N°.246 de 15 de diciembre de 2004, *“Por el cual se dicta el Código Uniforme de Ética de los Servidores Públicos*

⁴ Cfr. Notas C-026-21 de 3 de marzo de 2021 y C-069-21 de 27 de mayo de 2021.

⁵ El Nombramiento y la Toma de Posesión de los Funcionarios Públicos. Revista de Administración Pública Núm.12, Págs. 161-184. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2111950>

que laboran en las entidades del Gobierno Central”, en sus artículos 1 y 2, respecto de la función pública:

“**Artículo 1:** Las disposiciones de este Decreto son de obligatorio cumplimiento para todos los funcionarios o servidores públicos, son perjuicio de su nivel jerárquico, que presten servicios en las diferentes instituciones del gobierno central, las entidades autónomas o semiautónomas, lo mismo que en las empresas y sociedades con participación estatal mayoritaria.”

“**Artículo 2:** Para los efectos del presente Decreto, se entiende por Función Pública toda actividad permanente o temporal, remunerada o ad honorem, realizada por una persona natural en nombre o al servicio del Estado en cualquiera de las instituciones a que se refiere el artículo anterior, con independencia de su nivel jerárquico.” (Lo subrayado es nuestro)

Las excertas legales señaladas, establecen que la “*Función Pública*”, es toda actividad permanente o temporal, remunerada o ad honorem, realizada por una persona natural en nombre o al servicio del Estado, por lo que la misma puede ser realizada aun sin que se perciba una remuneración económica; escenario éste, que no debe ser confundido con la **condición de servidor público**, que exige como requisito haber sido debidamente nombrado en el Estado.

Con referencia a lo anterior, consideramos apropiado manifestar que este Despacho ha señalado ocasiones previas⁶, que el accionar, no sólo de la entidad, sino de las Juntas Directivas que las regentan, debe adecuarse a la “política general” **de naturaleza pública**.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que las Juntas Directivas de las entidades públicas, autónomas, semiautónomas y de las empresas estatales, pueden estar conformadas tanto por servidores públicos como por particulares de conformidad con las normas legales que regulan su creación, con lo cual los particulares que pertenezcan a ellas, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de servidor público.

Es por ello que, sobre la base de las consideraciones anteriores, **todo miembro que pertenezca a la Junta Directiva** de una entidad estatal ya sea autónoma o semiautónoma, lo mismo que en las empresas y sociedades con participación estatal mayoritaria, **sea o no servidor público**, ejerce una función pública, toda vez que se encuentra obligado jurídicamente a cumplir una serie de funciones o atribuciones legales, establecidas por el legislador en la ley orgánica de las entidades que regentan⁷, **por lo tanto deberán estar precedidos de un nombramiento y una toma de posesión.**

Por último cabe resaltar que el Texto Único ordenado por la Asamblea Nacional, el cual comprende el Decreto-Ley 4 de 18 de enero de 2006, que subroga la Ley N°.20 de 22 de abril de 1975, con las reformas de la Ley N°.24 de 2017, establece en su artículo 11, que los miembros de la Junta Directiva del Banco Nacional de Panamá, deberán ser nombrados por el Órgano Ejecutivo; **sin embargo, no se contempla ningún aspecto relacionado con la toma de posesión de los mismos.**

⁶ Cfr. Nota C-015-20 de 17 de febrero de 2020.

⁷ Cfr. Nota C-010-20 de 11 de febrero de 2020.

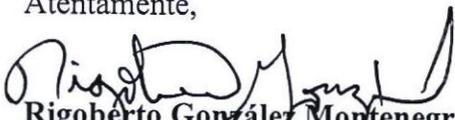
Nuestra Conclusión:

Este Despacho concluye que los Miembros de la Junta Directiva del Banco Nacional de Panamá, ejercen una función pública en razón de las atribuciones legales que desempeñan dentro de esta entidad crediticia, por lo tanto, luego de su nombramiento por parte del Órgano Ejecutivo y posterior ratificación por el Órgano Legislativo, deberían **tomar posesión del cargo ante el ente nominador para la respectiva formalización y perfeccionamiento del nombramiento.**

En cuanto a qué entidad le corresponde emitir la respectiva reglamentación, le reiteramos que en lo que se refiera a las posteriores acciones de tomas de posesión de los Miembros de la Junta Directiva, la correspondiente reglamentación de estos actos administrativos deberá ser efectuada y ser responsabilidad del **Banco Nacional de Panamá, tal cual como dichos aspectos están siendo incluidos dentro de las adecuaciones que se realizan al reglamento interno de la Junta Directiva**, según lo indicado en el Memorando N°.2021(03000-02)72 de 21 mayo de 2021, emitido por el Gerente Ejecutivo de Asesoría Legal del Banco Nacional de Panamá, a fin de cumplir con las normas legales vigentes.

De esta manera esperamos haberle orientado objetivamente, respecto del tema consultado, reiterándole igualmente que la orientación vertida por este Despacho, no reviste carácter vinculante.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



RGM/mabc/jabsm