

14 de octubre de 1996.

Licenciada

María C. Casco Arias de Miranda
Subdirectora General
de Asuntos Jurídicos y Tratados.
E. S. D.

Señora Subdirectora:

Con la presente nota damos respuesta a su atento Oficio No. A. J. 938 calendado 3 de octubre de 1996, en el que se nos consulta aspectos relacionados con la *Toma de Posesión* de un funcionario público que labora en el Ministerio de Relaciones Exteriores como agregado en la Embajada de Panamá en Japón..

En primer lugar, debemos informarle que la Autoridad idónea para elevar la consulta en referencia, lo es el funcionario que ostenta la representación externa de dicha Institución; en este caso, el Ministro de Relaciones Exteriores.

Los artículos 346 y 348 del Código Judicial se refieren a nuestras atribuciones de servir de consejeros jurídicos a los funcionarios públicos administrativos que consultaren nuestro parecer, lo cual ha sido entendido por este Despacho desde hace mucho tiempo, en el sentido que son las autoridades públicas de esa naturaleza (Presidente de la República, Ministros de Estado, Directores de Entidades Autónomas y semiautónomas, Contralor General de la República, Rectores de las Universidades del Estado, Alcaldes, Presidente de Consejos Municipales, etc), quienes pueden elevar consultas a la Procuraduría de la Administración acompañadas del criterio legal del Departamento Jurídico, tal y como lo exige el numeral 6 del artículo 346 del Código Judicial.

No obstante lo anterior, dada la importancia que reviste el tema consultado para esa Dirección, procedemos por esta

ocasión, darle respuesta a la interrogante planteada, previa las siguientes consideraciones.

Para un mejor entendimiento de la interrogante planteada, es preciso realizar un análisis de las circunstancias que originan la misma, de conformidad con los hechos que se plantean en su consulta.

Así tenemos que mediante Decreto Ejecutivo No. 8 de 12 de enero de 1996, se nombró al señor ENRIQUE RILEY PUGA SAENZ, como agregado en la Embajada de Panamá en Japón, pero hasta la fecha, este funcionario no ha tomado posesión del cargo y no ha manifestado su interés de hacerlo.

La toma de posesión es definida por Manuel Ossorio en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, pág. 751, como el "Acto con que se entra a ejercer o disfrutar un derecho. Acto más o menos solemne con que se inicia el desempeño de un cargo, puesto o destino". Sobre las consecuencias fundamentales que origina la toma de posesión, el Jurista Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VIII, página 111, enumera las siguientes:

1. Torna efectivo el nombramiento o designación;
2. Inicia el computo de antigüedad profesional o en el cargo;
3. Autoriza para devengar sueldo o derechos económicos de otra clase;
4. Permite ejercer las atribuciones o cumplir con el cargo, sin que resulte posible hablar de ejercicio indebido de funciones;
5. Obliga a cumplir con el cometido.

El artículo 771 del Código Administrativo establece que ningún funcionario entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de sostener y defender la Constitución y cumplir los deberes que le incumban. Esto se llama posesión del empleo o bien, tomar posesión de él. Como se infiere, la posesión es inmediata y está estrechamente vinculada al ejercicio del cargo y su aceptación en este caso debe verificarse antes de que se inicie el período para el cual fue nombrado.

Sumado a lo anterior, tenemos que el artículo 772 del Código Administrativo señala que la toma de posesión consiste en el acto de entrar a servir un destino público la persona nombrada para servirlo. El incumplimiento de este requisito, trae como consecuencia la declaración de vacante, tal y como

lo prevé el párrafo final del artículo 768 del Código Administrativo. Veamos:

"Artículo 768: El individuo nombrado para un empleo de voluntaria aceptación tendrá diez días para aceptarlo o rehusar y otros diez días para posesionarse. Si ya el período comenzó a correr y no residiere en el lugar, tendrá además el término de la distancia y sesenta días más.

Si tuviere algún inconveniente para entrar a funcionar, podrá concedérsele permiso para demorar la posesión, salvo lo que en casos especiales dispongan las leyes.

Pasados los términos respectivos, se considerará vacante el empleo y se proveerá por quien corresponda. La declaratoria de estar vacante el empleo se hace por el mismo que deba proveerlo.

De las normas anteriormente citadas, se infiere claramente que una persona que es nombrada para un cargo administrativo, que no *tome posesión* dentro de los términos previstos en la Ley, el funcionario que hizo el nombramiento puede declarar insubsistente el nombramiento y nombrar otra persona para ocupar dicha vacante.

Ahora bien, en el caso específico que se nos consulta, vemos que se cumplió con el primero paso que establece la Ley para el nombramiento de un funcionario en el Ministerio de Relaciones Exteriores. O sea, que la persona fue legalmente nombrada por el Presidente de la República mediante Decreto Ejecutivo, pero no se cumplió con el segundo paso para perfeccionar este nombramiento, cual es la *Toma de Posesión* de dicho cargo.

Como se observa pues, existió una omisión del Órgano Ejecutivo al no perfeccionar el acto administrativo del nombramiento y toma de posesión del acto correspondiente, y del nombrado al no comparecer a la *Toma de Posesión*. Lo anterior tiene su fundamento en lo que establece el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que preceptúa lo siguiente:

"Artículo 49: En la Contraloría **se registrará el nombramiento de todos los servidores públicos**, así como las destituciones, licencias, vacaciones y otros actos referentes a dichos servidores que conlleven consecuencias económicas para las entidades públicas. Con esta finalidad **el jefe de las respectivas dependencias** o el servidor público en quien se delegue esa función enviará a la Contraloría General o a los departamentos respectivos de ésta, **copia autenticada del acta de nombramiento, del de toma de posesión** y de aquellas otras mencionadas en este artículo.

La Contraloría General no refrendará el pago de ningún sueldo u otra remuneración a favor de ningún servidor público cuyo nombramiento no se le haya sido notificado. En este caso hará las observaciones pertinentes al jefe de la respectiva dependencia.

El funcionario culpable de que se hayan hecho pagos de salarios indebidos será responsable por el monto de los mismos hasta conseguir su reintegro, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria a que hubiere lugar".

De igual forma, el artículo 161 de la Ley 51 de 11 de diciembre de 1995, referente a las Normas de Administración Presupuestaria, prohíbe enfáticamente ejercer un cargo antes de la toma de posesión. Veamos:

"Artículo 161: **PROHIBICIÓN DE EJERCER UN CARGO ANTES DE LA TOMA DE POSESIÓN.** Ninguna persona entrará a ejercer cargo público de carácter permanente, probatorio o transitorio, **sin que antes hubiese**

tomado posesión del cargo de acuerdo con el trámite administrativo establecido y sólo tendrá vigencia fiscal con posterioridad a la fecha de la misma. Si un funcionario pasa a ocupar otro cargo público recibirá la nueva remuneración desde la fecha de toma de posesión y en ningún caso tendrá efecto retroactivo".

Las únicas excepciones contempladas dentro de la Administración Pública, en cuanto a ejercer un cargo público antes de tomar posesión del mismo, se encuentran establecidas en el parágrafo 2 del artículo 1ero. de la Ley 27 de 1 de febrero de 1996, que dispone:

"Artículo 1. El artículo 150 de la Ley 51 de 1995 queda así:
Artículo 150...

Parágrafo 1.

Parágrafo 2. **La prohibición de ejercer un cargo antes de la toma de posesión**, así como los efectos retroactivos que señala el artículo 161 de la presente Ley, **no son aplicables** al personal docente del Ministerio de Educación ni al de las universidades oficiales.
..."

De todo lo anterior se infiere, que la persona nombrada para ocupar un cargo en la Embajada de Panamá en Japón, no tomó posesión del cargo, y la Contraloría refrendó el pago del sueldo sin haber recibido copia autenticada del acta de toma de posesión del cargo, tal y como lo exigen las normas anteriormente reproducidas.

Por todo lo antes expuesto, nuestra respuesta a su interrogante es que ante la falta del requisito que exige el artículo 768 del Código Administrativo y 161 de la Ley 51 de 1995, el Órgano Ejecutivo representado por el Presidente de la República y el Ministro de Relaciones Exteriores, puede declarar la vacante y realizar un nuevo nombramiento en el cargo que ocupa el señor Enrique Riley Puga Saez en la Embajada de Panamá en Japón. Sin embargo, nada impide que se realice un nuevo nombramiento de ese funcionario y se cumpla con el requisito formal de perfeccionamiento del nombramiento de los servidores públicos, cual es la toma de posesión.

De esta forma dejo expuesto mi criterio en torno a la consulta planteada. Reciba por tanto, las seguridades de nuestro aprecio y consideración.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/13/au