



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 10 de junio de 2024
Nota C-103-24

Honorable
Carlos Ayala Montero
Magistrado del Tribunal Administrativo
de la Función Pública
Ciudad.

Ref.: Funcionamiento legal del Tribunal Administrativo de la Función Pública.

Magistrado Ayala:

Atendiendo la atribución constitucional consagrada en el numeral 5 del artículo 220 de la Constitución Política de la República y lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 6 de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, “*Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales*”, se da respuesta a su nota de 22 de mayo de 2024, mediante la cual eleva consulta a este Despacho, en el siguiente tenor:

“¿Puede el Tribunal Administrativo de la Función Pública activarse y desarrollar sus funciones descritas en la Ley con solo la participación de dos de los tres magistrados que lo componen?”

Esta Procuraduría, en una correcta hermenéutica jurídica, considera que *no es jurídicamente viable* el desarrollo de las funciones descritas en la Ley, por parte del Tribunal Administrativo de la Función Pública, con sólo la participación de dos (2) de los tres (3) Magistrados que deben componer el mismo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41 del Texto Único de la Ley No.9 de 1994, y los artículos 31 y 32 de la Ley No.23 de 2017, “*Que reforma la Ley 9 de 1994, que establece y regula la Carrera Administrativa, y se dicta otras disposiciones*”.

Es importante en primera instancia indicar, que la respuesta brindada a través de la presente consulta, no constituyen un pronunciamiento de fondo, o un criterio legal concluyente, que determine una posición vinculante, en cuanto a lo consultado.

- Sustento jurídico de la Procuraduría de la Administración:

I. Del principio de legalidad.

El principio jurídico de legalidad, implica la aplicación de límites a los poderes del Estado, al sustentar que tales poderes, deben ejercerse en estricto cumplimiento de lo permitido en el derecho positivo.

Dicho principio de legalidad, está contemplado en el artículo 18 de la Constitución Política de la República de Panamá, y en el artículo 34 de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, “Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales”, que a la letra enuncian:

“Artículo 18. Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley.

Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas.”

*“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 resaltado es del Despacho)

Este principio de derecho público constituye 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; en otras palabras, **el servidor público sólo puede hacer lo que la ley le permita**¹.

En adición a lo anterior, debe manifestarse que la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 8 de julio de 2009, ante consulta contencioso administrativa de interpretación prejudicial (Exp.17-2007), ha exteriorizado que el principio de legalidad no solo involucra un estricto apego al contenido literal del precepto jurídico, sino que entrevé la posibilidad de atender al sistema jurídico, en interés de la protección de los derechos fundamentales de los administrados, tal cual se razona a continuación:

*“Planteado en nuestro argot cotidiano, lo que se busca con la consideración del **principio de legalidad** es, por una parte, que esencialmente las entidades estatales o de Derecho Público, cumplan sus roles en estricto apego a las disposiciones legales vigentes al tiempo en que se encuentren en la necesidad de proferir un acto, ya sea, administrativo o judicial, pero que si en dado caso no lo hicieren en ese estricto derecho debido, al menos sea **de la manera más ventajosa o menos lesiva posible para el administrado**, siempre que este último hubiere actuado de buena fe y; por la otra, que **al actuarse en calidad de administradores de la cosa pública y de su recurso humano** o como administradores de justicia, se procure resguardar al máximo posible el **derecho que tienen, tanto los funcionarios públicos, como los usuarios del sistema, esto es, a la tutela judicial efectiva de sus derechos.**”*
(Lo resaltado es del Despacho).

¹“... se puede concluir que la finalidad del principio de estricta legalidad, es garantizar que la actuación de las autoridades públicas se sujete a un conjunto de reglas y normas previamente establecidas, de forma tal que se evite toda arbitrariedad o abuso de poder que pueda afectar a los administrados”. Sentencia de 24 de septiembre de 2020 de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

Se desprende así, con meridana claridad, que los actos administrativos que en el ejercicio de sus funciones, emitan los servidores públicos, deben limitarse a lo permitido por la ley y, en estricto cumplimiento del mandato constitucional; tal comportamiento, revestirá y asegurará que el acto emitido se presuma igualmente legal.

II. De la Buena Administración Pública.

El Preámbulo de la Constitución Política de Panamá, consagra el interés supremo de "*garantizar la libertad, asegurar la democracia y la estabilidad institucional, exaltar la dignidad humana, promover la justicia social, el bienestar general y la integración regional*", al cual el Pleno de la Corte Suprema de Justicia instala como "*ese hilo conductor que armoniza, confiriéndole sentido integral, razonable y sólido en conjunto al texto constitucional. De no tomarse en cuenta estas directrices del preámbulo constitucional, el control constitucional... devendría en utópico e inconsistente, pues no se podría garantizar la verdadera vigencia y supremacía de la Constitución*"².

Las instrucciones emanadas del preámbulo, aunadas a los artículos constitucionales, tales como 32 (principio de debido proceso), 41 (derecho de petición) y 43 (derecho de acceso a la información pública), entre otros, entrañan la existencia del derecho fundamental a la buena administración pública, cuya noción, si bien no está expresamente definida en el ordenamiento jurídico, dificultando con ello su conceptualización, sí ha sido contemplada en fallos de la Corte Suprema de Justicia³, aparte de haber incursionado en el debate internacional respecto a su calidad de derecho humano.

En el ámbito supranacional, se encuentra que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴, en su artículo 41, desarrolla la buena administración pública, en los siguientes términos:

"Artículo 41. Derecho a una buena administración

1. *Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.*
2. *Este derecho incluye en particular:*
 - *el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,*
 - *el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,*
 - *la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones."*

(Lo resaltado es del Despacho)

² Sentencia de 11 de agosto de 2014 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, ante acción de inconstitucionalidad (Exp. 377-13).

³ Sentencia de 21 de enero de 2015 de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, frente a acción contencioso administrativa de plena jurisdicción (exp.199-11).

⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12016P%2FTEXT>

En tanto que la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano, con relación a la Administración Pública de 2013⁵, en el punto 25 del Capítulo Tercero "*El Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública y sus Derechos Derivados*", expone el derecho a la buena administración del Estado, así:

*"25. Los ciudadanos son titulares del derecho fundamental a la buena Administración Pública, que **consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana.***

... "

(Lo resaltado es del Despacho)

La Organización de las Naciones Unidas (ONU), en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible⁶, adoptada por Panamá mediante el Decreto Ejecutivo No.393 de 2015⁷, en el ODS 16 "*Paz, justicia e instituciones sólidas*", del Eje 4 "*Una sociedad basada en derechos y segura*", entre las líneas de acción prioritarias para la cooperación⁸, dispone las seguidamente señaladas:

- Promover el Estado de Derecho y garantizar el acceso a la justicia para todas las personas.
- Garantizar la transparencia y la responsabilidad del servicio público en las instituciones.

Por su parte, el jurista español Jaime Rodríguez-Arana, en torno al derecho a la buena administración pública, establece que:

*"La buena Administración pública es un **derecho de los ciudadanos**, nada menos que un **derecho fundamental**, y, también, un **principio de actuación administrativa**. Los ciudadanos tienen derecho a exigir determinados patrones o estándares en el funcionamiento de la Administración. Y la Administración está obligada, en toda democracia, a distinguirse en su actuación cotidiana por su servicio objetivo al interés general.*

...

Una buena Administración pública es aquella que cumple con las funciones que le son propias en democracia. Es decir, una Administración pública que sirve objetivamente a la ciudadanía, que realiza su trabajo con racionalidad, justificando sus actuaciones y que se orienta continuamente al interés general. Un interés general que en el Estado social y democrático de Derecho reside en la mejora permanente e integral de las condiciones de vida de las personas.

⁵<https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Carta-Iberoamericana-de-los-Derechos-y-Deberes-del-Ciudadano-en-Relacion-con-la-Administracion-Publica-10-2013.pdf>

⁶ Aprobada el 25 de septiembre de 2015, por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

⁷ Decreto Ejecutivo No.393 de 2015, "*Que adopta los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y dicta otras disposiciones*". Publicado en la Gaceta Oficial No.27870-B de 17 de septiembre de 2015.

⁸ Plan Nacional de Cooperación de la República de Panamá, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Recuperable en <https://mire.gob.pa/images/PDF/Plan%20Nacional%20Cooperacion%20MIRE.pdf>

*Ni que decir tiene que la Administración pública podrá cumplir cabalmente las funciones que le son propias en democracia si las personas que en ella laboran lo hacen desde el compromiso al servicio objetivo al interés general."*⁹
(Lo resaltado es del Despacho)

Visto lo anterior, puede establecerse que la buena administración pública es un derecho fundamental de los individuos, que compromete al Estado, y a los servidores públicos, a reorientar las políticas públicas, incluyendo su estructura organizativa y funcional, desempeñando sus funciones bajo parámetros de responsabilidad, objetividad, legalidad, publicidad y transparencia, entre otras, en aras del respeto y cumplimiento de los derechos y garantías ciudadanas.

III. De la Toma de Posesión del Cargo.

El Código Administrativo¹⁰, en cuanto a la toma de posesión del cargo de los servidores públicos, estipula en sus artículos 771 y 772, lo siguiente:

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

...

*El juramento se prestará por regla general de esta manera: puestos de pies y descubiertos todos los que estén presentes, el que exige el juramento preguntará al que lo presta: "¿Jura usted por Dios Todopoderoso y promete solemnemente a la Patria cumplir la Constitución y las leyes y **llenar fielmente a su leal saber y entender las funciones de su empleo?**"*

El que preste juramento debe responder: "Sí lo juró"; y el primero replicará "Si así lo hiciere Dios y la Patria se lo premien; y si no El y Ella se lo demanden"."

(Lo resaltado es del Despacho).

"Artículo 772. El acto de entrar a servir un destino público la persona nombrada para servirlo, consiste en el hecho de tomar posesión."

De la norma *ut supra*, se desprende con meridiana claridad que ninguna persona puede ejercer un cargo público sin haber prestado juramento, esto es sin haber tomado posesión del cargo, y que dicho juramento comprende la obligación de "*cumplir con los deberes que le incumban*".

Ello permite colegir que, en atención al principio de estricta legalidad, ninguna persona puede asumir un cargo en la administración pública, sin haber sido previamente nombrado y tomado posesión del mismo, luego de lo cual, es decir una vez juramentado, todo servidor público¹¹ está obligado a iniciar el ejercicio de las funciones asignadas al cargo.

⁹ Rodríguez-Arana, Jaime. "La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa". Revista Misión Jurídica. Vol. 6 - Núm. 6. Julio - Diciembre de 2013. Págs. 23 a 56. Recuperado de <https://www.revistamisionjuridica.com/wp-content/uploads/2020/09/art1-2.pdf>

¹⁰ Ley No.1 de 22 de agosto de 1916, "Por la cual se aprueba el Código Administrativo", publicado en las Gacetas Oficiales No.2404 de 22 de agosto de 1916 y No.2418 de 7 de septiembre de 1916.

¹¹ Cfr. numeral 44 del artículo 2 del Texto Único de la Ley No.9 de 1994.

Es pertinente comentar la diferencia existente entre nombramiento y toma de posesión. En tal sentido, el jurista español Enrique Serrano Guirado¹² sostiene 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 una función pública...", refiriéndolo también como un "...acto administrativo unilateral, perfecto, emanado de la autoridad para aplicar a un individuo determinado estatuto legal o reglamentario; la aceptación por el destinatario le otorga sólo eficacia..."; por otro lado advierte que: "Si el nombramiento constituye un acto administrativo perfecto, requiere, como condición de eficacia, la aceptación de 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".

De igual manera, la Ley No.418 de 29 de diciembre de 2023, "Que dicta el Presupuesto General del Estado para la vigencia fiscal de 2024", publicada en la Gaceta Oficial No.29940-B de 29 de diciembre de 2023, en su artículo 286, establece:

"Artículo 286. 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 hubiera tomado posesión del cargo, previa autorización del nombramiento mediante el decreto o resuelto de personal correspondiente, y solo tendrá vigencia fiscal con posterioridad a la fecha de la toma de posesión.

..."

(Lo resaltado es del Despacho).

Se observa que el artículo 286 ibídem, en armonía con las normas del Código Administrativo, contiene la prohibición de ejercer un cargo antes de la toma de posesión, lo cual reafirma la necesidad de comparecer ante la autoridad nominadora y prestar el debido juramento de cumplir con los deberes inherentes al puesto público.

Por su parte, el artículo 275 del Decreto Ejecutivo No.222 de 12 de septiembre de 1997, "Por el cual se reglamenta la Ley No.9 de 20 de junio de 1994, que establece y regula la Carrera Administrativa", publicado en la Gaceta Oficial No.23379 de 17 de septiembre de 1997, indica que "antes de iniciar labores el candidato seleccionado, deberá tomar posesión del cargo a través de la firma del acta de toma de posesión respectiva, que formalizará su nombramiento en una institución del Estado".

IV. Del Tribunal Administrativo de la Función Pública.

El artículo 34 del Texto Único¹³ de la Ley No.9 de 20 de junio de 1994, "Por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa", publicada en la Gaceta Oficial No.22562 de 21 de junio de 1994, crea el Tribunal Administrativo de la Función Pública como "ente independiente, especializado e imparcial, con jurisdicción en toda la República", con las funciones establecidas en el artículo 36, a saber:

¹² 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?codiso=2111950>

¹³ Publicado en la Gaceta Oficial No.28.729 de 11 de marzo de 2019.

"Artículo 36. El Tribunal Administrativo de la Función Pública tendrá competencia para conocer de las apelaciones contra acciones de recursos humanos dirigidas contra servidores públicos permanentes, pertenezcan o no a una de las carreras públicas reconocidas en la Constitución Política o la ley, y, en especial, para:

- 1. Conocer y resolver las apelaciones contra las resoluciones que dispongan destituciones.*
- 2. Ordenar reintegro o pago de indemnizaciones en caso de fallo favorable al servidor público estableciendo el término para ello.*
- 3. Ordenar el pago de salarios caídos, en los casos que corresponda."*

El artículo 35 *ibidem* señala que el Tribunal Administrativo de la Función Pública estará integrado por tres magistrados, con sus suplentes, designados por un período de cinco años, que sólo podrán ser suspendidos, separados o destituidos por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en razón de las siguientes causas contenidas en el artículo 39 *idem*:

"Artículo 39. Los magistrados del Tribunal Administrativo de la Función Pública solo podrán ser suspendidos, separados o destituidos por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, por cualquiera de las causas siguientes:

- 1. Incumplimiento de los deberes y obligaciones establecidos en la presente Ley.*
- 2. Mora o negligencia en el cumplimiento de sus deberes.*
- 3. Incapacidad mental, para desempeñar el cargo, declarada por un médico.*
- 4. Haber sido condenado por delito doloso mediante sentencia ejecutoriada o faltas al Código de Ética Profesional del Abogado."*

(Lo resaltado es del Despacho).

Se entiende así que, una vez tomada la posesión del puesto público, con su juramentación de rigor, los Magistrados están obligados de cumplir con las funciones propias del cargo, entre ellas las de procurar justicia administrativa, en el entendido que la no realización de las mismas, podría conllevar a un potencial proceso de suspensión, separación o destitución del cargo.

Cabe agregar que, atendiendo el artículo 30 de la Ley No.23 de 12 de mayo de 2017, "*Que reforma la Ley 9 de 1994, que establece y regula la Carrera Administrativa, y dicta otras disposiciones*", publicada en la Gaceta Oficial No.28277-B de 12 de mayo de 2017, los nombramientos de los miembros iniciales serán para períodos especiales escalonados, así:

| Ente Nominador | Período Inicial |
|---|-----------------|
| Órgano Ejecutivo | Siete años |
| Asamblea Nacional | Cinco años |
| Organizaciones sindicales: Consejo Nacional de Trabajadores Organizados y Confederación Nacional de Unidad Sindical Independiente | Tres años |

A la fecha, de conformidad con lo anterior, han tomado posesión del cargo el Magistrado **Carlos Rogelio Ayala Montero**, por un período de tres años, contados a partir del 15 de mayo de 2024, y la Magistrada **Nelly Edith González Hernández**, por un período de cinco años, contados a partir del 3 de junio de 2024, quienes tienen el deber ejercer la buena administración pública y dar cumplimiento a sus puestos públicos; no obstante, falta la designación, por concurso, del Órgano Ejecutivo, para completar el número de magistrados que integran este Tribunal Administrativo (3).

Es en virtud de ello que este Despacho estima obligante, remitirse al artículo 41 del Texto Único de la Ley No.9 de 1994, el cual se cita a continuación:

*"Artículo 41. Una vez constituido el Tribunal Administrativo de la Función Pública, este elegirá en Sala de Acuerdos y por mayoría de votos **un presidente, un vicepresidente y un vocal.***

Cada dos años habrá una nueva elección para elegir estos tres cargos directivos."

(Lo resaltado es del Despacho).

En el artículo 41 ut supra, se establece la obligación de elegir, en Sala de Acuerdos por mayoría, una directiva para el funcionamiento del Tribunal Administrativo de la Función Pública, compuesta por "un presidente, un vicepresidente y un vocal", con lo que se evidencia en forma palmaria, la obligatoriedad de investir al último integrante (Magistrado), para poder designar los dignatarios exigidos en la norma jurídica.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, como ente colegiado, es a través de Acuerdos del Pleno, que se dictan las decisiones administrativas (nombramientos, reglamentos, manuales, etc) y jurisdiccionales (resoluciones) de este tribunal de justicia administrativa; entendiéndose que, para desarrollar sus funciones, la Institución requiere designar al Magistrado Presidente, quien ejercerá la representación legal de la misma, para todos los efectos.

En otro aspecto, los artículos 31 y 32 de la Ley No.23 de 2017 estipulan que la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa, y otras autoridades administrativas, según corresponda, mantendrán la competencia de los procesos de apelación contra destituciones, hasta tanto tomen posesión los Magistrados de la Función Pública, así:

"Artículo 31. Todos los procesos sometidos a consideración de la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa seguirán tramitándose en ella hasta que tomen posesión los magistrados del Tribunal Administrativo de la Función Pública. Las apelaciones en trámite contra destituciones de otros servidores públicos sometidas a consideración de las correspondientes autoridades administrativas, incluyendo las juntas directivas de las instituciones descentralizadas, seguirán tramitándose ante ellas hasta que inicien funciones los magistrados del Tribunal Administrativo de la Función Pública".

"Artículo 32. A partir de la constitución del Tribunal Administrativo de la Función Pública, la competencia de la Junta de Apelación y Conciliación de la Carrera Administrativa, relativa a la apelación de las destituciones de los

servidores de Carrera Administrativa, corresponderán al Tribunal Administrativo de la Función Pública".
(Lo resaltado es del Despacho).

Leído y analizado el tema objeto de la presente consulta, esta Procuraduría concluye que no es jurídicamente viable el desarrollo de las funciones descritas en la Ley por parte del Tribunal Administrativo de la Función Pública, con sólo la participación de dos (2) de los tres (3) magistrados que lo componen, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41 del Texto Único de la Ley No.9 de 1994 y los artículos 31 y 32 de la Ley No.23 de 2017, "Que reforma la Ley 9 de 1994, que establece y regula la Carrera Administrativa, y se dicta otras disposiciones".

De esta manera damos respuesta a su solicitud, reiterando que la opinión aquí vertida, no constituye un pronunciamiento de fondo, o un criterio concluyente que determine una posición vinculante, en cuanto a lo consultado.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



RGM/drc
C-091-24