

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 834

Panamá, 09 de septiembre de 2020

Proceso Contencioso Administrativo
de Plena Jurisdicción.

La firma forense Othon & Asociados, en representación de **Rafael Guardia Jaén**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución de Cargos 21-2018 de 13 de noviembre de 2018, emitida por el **Tribunal de Cuentas**, su acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

Contestación de la demanda.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo,
de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

I. Los hechos en que se fundamenta la demanda, los contestamos de la siguiente manera:

Primero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Quinto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Sexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Séptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Octavo: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 49 del expediente judicial).

Noveno: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 50 del expediente judicial).

II. Normas que se aducen infringidas.

La apoderada judicial del demandante sostiene que el acto acusado de ilegal infringe las siguientes normas:

A. El artículo 16 del Decreto Ejecutivo 690 de 22 de julio de 2010, que crea el Programa de Ayuda Nacional (PAN), adscrito al Ministerio de la Presidencia, y dicta otras disposiciones, señala que: el Programa de Ayuda Nacional, PAN, podrá realizar compras o contrataciones a través de invitación directa o mediante el proceso de selección de contratista (Cfr. foja 7 y 8 del expediente judicial).

B. El artículo 52 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que regula el procedimiento administrativo general, el cual señala los vicios de nulidad en que incurren los actos administrativos dictados (Cfr. fojas 8 y 9 del expediente judicial).

C. El artículo 307 de la Ley 75 de 21 de octubre de 2013, el cual señala que los contratos que celebre el Programa de Ayuda Nacional estarán exceptuados de la aplicación de la Ley 22 de 2006, sobre Contrataciones Públicas, hasta el 31 de diciembre de 2014 (Cfr. fojas 9 y 10 del expediente judicial).

D. El artículo 73, numeral 2 de la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, que desarrolla la Jurisdicción de Cuentas y reforma la Ley 32 de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República, dispone que la parte motiva de la resolución que decida la causa contendrá, la apreciación completa de las pruebas y de las diligencias y pruebas practicadas para determinar la veracidad de los hechos y las circunstancias alegadas en el proceso de cuentas (Cfr. foja 10 y 11 del expediente judicial).

III. Descargos legales de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la institución demandada.

De acuerdo con lo que consta en autos, la acción contencioso administrativa bajo examen está dirigida a que se declare nula, por ilegal, la Resolución de Cargos 21-2018 de 13 de noviembre de 2018, emitida por el Tribunal de Cuentas, mediante la cual se declaró patrimonialmente responsable, entre otros, a Rafael Guardia Jaén, portador de la cédula de identidad personal 8-239-211 y condenándolo a pagar la suma de ciento veintiséis mil cuatrocientos ochenta y un balboas con doce centésimos (B/.126,481.12), en concepto de monto por lesión patrimonial en contra del Estado, que incluye la suma de quince mil quinientos treinta y

dos balboas con setenta y siete centésimos (B/.15,532.77), en concepto de interés legal aplicado (Cfr. foja 13-29 del expediente judicial).

Posteriormente, la apoderada judicial de **Rafael Guardia Jaén**, interpuso recurso de reconsideración que fue decidido a través del Auto 217-2019 de 10 de julio de 2019, por el Tribunal de Cuentas en Pleno, procediendo a **negar dicho recurso y manteniendo en todas sus partes la Resolución de Cargos 21-2018 de 13 de noviembre de 2018** (Cfr. fojas 30-49 del expediente judicial).

El acto administrativo fue notificado a la demandante mediante edicto 220 fijado el 15 de julio de 2019 y **fue desfijado** el 17 de julio de 2019 (Cfr. foja 50 del expediente judicial).

Producto de lo anterior, la apoderada judicial del demandante, presentó la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción que ocupa nuestra atención, el 17 de septiembre de 2019, solicitando que se declare nula, por ilegal, la Resolución de Cargos 21-2018 de 13 de noviembre de 2018, emitido por el Tribunal de Cuentas; su acto confirmatorio y que, como consecuencia de tal declaratoria, se ordene a la entidad demandada el cese de cualquier procedimiento de carácter patrimonial y se levanten todas las medias cautelares de carácter real que pesan sobre los bienes del demandante (Cfr. foja 4 del expediente judicial).

Al sustentar su pretensión, la apoderada judicial del actor manifiesta que a su representado se le desconoció que el mismo estaba facultado para gestionar la adquisición de los neumáticos a través de la invitación directa a la empresa Free Port PTY, S.A., así como que él intervino y participó activamente en el hecho patrimonial al gestionar el acto público (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

De igual manera, agrega el demandante que dicho acto proferido, no se ajustó al artículo 52 de la Ley 38 de 2000, ya que el Tribunal de Cuentas no tomó en consideración el debido proceso, ya que el actor solicitó la práctica de una prueba la cual jamás fue motivo de pronunciamiento, ya fuera aceptándola o negándola, por parte de la Fiscalía de Cuentas, al momento de emitir su decisión, por lo que no permite que la defensa se haga en igualdad de oportunidades (Cfr. fojas 8 y 9 del expediente judicial).

Así también agrega, que al momento en que se realizó la adquisición de los neumáticos, la Ley 75 de 2013, señalaba taxativamente que el Programa de Ayuda Nacional (PAN), estaba exento de aplicar la Ley de Contrataciones Públicas, por consiguiente, cualquier control establecido para fiscalizar dicha norma, no podía ser aplicado al PAN (Cfr. fojas 9 y 10 del expediente judicial).

Luego de examinar los anteriores argumentos, esta Procuraduría observa que las normas invocadas se encuentran estrechamente relacionadas entre sí, por lo que las analizaremos de manera conjunta, advirtiendo que, conforme se demostrará, **no le asiste la razón al demandante;** criterio que basamos en lo que exponemos a continuación.

Este Despacho se opone a los cargos de ilegalidad planteados en la demanda, con sustento en lo expresado por la entidad en el acto acusado, el cual señala claramente en su parte motiva lo siguiente:

“ ...

INVESTIGACIÓN PATRIMONIAL

La Fiscalía General de Cuentas presentó formal acusación contra Rafael Gustavo Guardia Jaén, por el hecho de ejecutar la orden de compra No.63084 para la adquisición de las cuatrocientas cuarenta y ocho (448) llantas, omitiendo el cumplimiento de las normas de contratación pública y sus obligaciones como Director Ejecutivo de la Entidad, resultando solidario al pago recibido por el proveedor de forma irregular y lesiva al erario.

Igualmente, imputó cargos a la empresa FREE PORT PTY, S.A., como responsable directa por el perjuicio ocasionado al Estado en la venta de bienes, que además de injustificados, se adquirieron por un aproximado de tres veces superior al valor del costo original de la compra, hecho acreditado durante la investigación.

Así como el faltante de cuatro (4) llantas al momento de la entrega efectuada por la vendedora original de las llantas, TAMBOR, S.A., resultando como lesión patrimonial el pago recibido bajo este concepto, por la suma de ciento diez mil novecientos cuarenta y ocho balboas con treinta y cinco centésimos (B/.110,948.35).

Adicionalmente, durante el proceso se levantó el velo corporativo de la sociedad FREE PORT PTY, S.A., determinándose que el propietario del 100% de las acciones es Charles Sadat Bonilla Ojeda, con cédula 8-715-822, condición que lo hace solidariamente responsable con dicha empresa al resarcimiento de la suma resaltada.

Dicha solidaridad se acompaña de los comprobantes de cheques pagados por el entonces Programa de Ayuda Nacional, y depositados a la cuenta No.0100000883412 del St. George Bank y posteriormente transferidos a la cuenta corriente No.2451724 perteneciente a la empresa FREE PORT PTY, S.A., en la cual figura como único firmante el referido Bonilla Ojeda (fs.821-831)

...

PLENARIO

...

Según las constancias procesales, los encausados fueron debidamente notificados y mediante apoderado judicial ejercieron el derecho a la defensa, mediante la presentación en término de los recursos de reconsideración correspondientes, no obstante, el Tribunal mantuvo en todas sus partes la decisión de la Resolución en comento, y agotados los trámites se dio la apertura del término probatorio.

...

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

De conformidad con lo establecido en el artículo 72 de la referida Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, y luego de la valoración probatoria que integra el expediente, en conjunto con el examen del Informe de Auditoría Especial No.089-003-45/DINAG-DESAAG y la investigación patrimonial recopilada en la Vista Fiscal No.12-16 de 11 de marzo de 2016, consideramos que se han cumplido los trámites y términos de ley, no encontrándose impedimento para emitir la decisión del proceso que nos ocupa.

El principal hecho patrimonial refiere la contratación de la empresa **FREE PORT PTY, S.A.**, de parte de la Dirección Ejecutiva del extinto Programa de Ayuda Nacional para la compra de cuatrocientas cuarenta y ocho (448) llantas por la suma de ciento sesenta y nueve mil cuatrocientos ochenta y dos con 00/86 (B/.169,482.86), sin embargo, la investigación demostró que la empresa inculpada, compró dichos bienes a **TAMBOR, S.A.**, por la suma de cincuenta y dos mil novecientos noventa balboas con 00/68 (B/.52,990.68).

Esta acción produjo una afectación al patrimonio del Estado, por el valor del excedente pagado a la empresa **FREE PORT PTY, S.A.**, cuando el costo real que debió pagar la Entidad es el monto de la factura emitida por la empresa **TAMBOR, S.A.**, que a su vez hizo la entrega de los bienes en el almacén del extinto Programa de Ayuda Nacional, según consta en acta.

...

Por lo anterior, que las pruebas presentadas durante la etapa correspondiente no desvirtuaron los hechos aquí cuestionados, como tampoco la responsabilidad imputada como agente de manejo, es por ello que, a través de los pagos recibidos se ejecutó el perjuicio en contra del Estado, concluyendo el Tribunal que la responsabilidad patrimonial de la empresa **FREE PORT PTY, S.A.** se sustenta en el artículo 80 numerales 1 y 2, de la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, por la suma total de ciento veintiséis mil cuatrocientos ochenta y un balboas con 12/100 (B/.126,481.12), que corresponde a la suma de ciento diez mil

novecientos cuarenta y ocho balboas con 35/100 (B/.110,948.35), en concepto de perjuicio económico, más quince mil quinientos treinta y dos balboas con 77/100 (B/.15,532.77), que corresponde al 1% de interés calculado desde la fecha en que ocurrió la irregularidad hasta la emisión de la presente Resolución de Cargos, conforme lo establece el artículo 75 lex cit.

Asimismo, tenemos que Rafael Guardia Jaén, en ejercicio del cargo de Director Ejecutivo ordenó la contratación directa de la empresa FREE PORT PTY, S.A., quedando demostrada su intervención y participación activa en el hecho patrimonial, al gestionar el acto público y el posterior pago a favor del referido proveedor a pesar de todas las irregularidades e inconsistencias reportadas y comprobadas.

Es por ello que, la responsabilidad de tipo solidaria imputada a **Guardia Jaén**, resulta contenida en el artículo 80 numeral 3, de la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, ante la lesión ocasionada contra el Estado por la suma total de ciento veintiséis mil cuatrocientos ochenta y un balboas con 12/100 (B/.126,481.12), la cual corresponde a la sumatoria de ciento diez mil novecientos cuarenta y ocho balboas con 35/100 (B/.110,948.35), en concepto de perjuicio económico, más quince mil quinientos treinta y dos balboas con 77/100 (B/.15,532.77), que corresponde al 1% de interés calculado hasta la emisión de la presente Resolución de Cargos, conforme lo establece el artículo 75 lex cit.

..." (Cfr. fojas 14 a 23 del expediente judicial).

Producto de lo anterior y una vez cumplidos con los trámites legales correspondientes, el Tribunal de Cuentas procedió a señalar lo siguiente:

"...

Atendiendo los alegatos finales presentados por su defensa, es importante subrayar que, el Fiscal General de Cuentas puede requerirle declaración sin apremio ni juramento a cualquier persona, con el único requerimiento que exista resolución motivada que refiera indicios de la participación de los sujetos en los hechos investigados, conforme lo detalla el artículo 38 de la Ley de Cuentas.

Adicionado, es medular dejar claro que el contenido y resultado del Informe de Auditoría, expedido por la Contraloría General de la República, no limita los sujetos de responsabilidad a quienes se encuentren relacionados por dicho informe, toda vez que la Fiscalía General de Cuentas como titular de la acción y responsable de la acusación patrimonial, tiene entre sus facultades además de investigar y comprobar los hechos señalados como 'supuestas irregularidades', vincular a los sujetos que en calidad de agentes y empleados de manejo guarden relación con el presunto perjuicio causado al patrimonio, o bien hayan resultados (sic) beneficiados por el destino final de los recursos sin justificación alguna.

..." (La negrita es nuestra) (Cfr. fojas 25 y 26 del expediente judicial).

Por otra parte, en el acto confirmatorio contenido en el Auto 217-2019 de fecha 10 de julio de 2019, por medio del cual se resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por el actor, el Tribunal de Cuentas señaló lo siguiente:

“ ...

Por otro lado, señala el recurrente, que el Contrato entre **Free Port Pty, S.A.** y el Programa de Ayuda Nacional era de suministro y que cumplió a cabalidad el Decreto Ejecutivo 690 de 22 de julio de año 2010.

Sobre este particular destacamos, que, si bien la contratista alega que cumplió con el contrato, así como las disposiciones de carácter administrativo del mencionado Decreto, ello no le exime del juzgamiento de la responsabilidad patrimonial que le puede corresponder en virtud de las irregularidades contenidas en el Informe de Auditoría, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008,...

...

Adicionalmente, es importante recalcar que la cuantía establecida en la Resolución de Cargos, es solidaria entre todos los declarados patrimonialmente responsable (sic), es decir que el pago de la cuantía respecto a **Free Port Pty, S.A.**, **Rafael Gustavo Guardia Jaén**,...de forma individual, incide en el monto atribuido al resto de los vinculados.

...

En cuanto a la afirmación que ninguna erogación puede realizarse sin constar con un presupuesto y con autorización del auditor Fiscal, observamos que, la empresa entró por invitación eliminado en el periodo de los hechos.

...

Finalmente, la apoderada judicial de **Rafael Guardia Jaén**, alega que su poderdante cumplió el procedimiento establecido por el Decreto Ejecutivo 690 de 22 de julio de 2010, toda vez que se trataba de una empresa inscrita y activa en el Registro de proponentes de la institución y que consta la aparición de las cuatro (4) llantas extraviadas.

Reiteramos el cumplimiento de normas administrativas, como las establecidas en el precitado Decreto Ejecutivo 690, no es óbice para excluir a **Guardia Jaén** de la responsabilidad patrimonial atendiendo lo dispuesto en la Ley 67 de 14 de noviembre.

Frente al elevado costo de las llantas, muy superior a la media del mercado, el entonces Director de Programa de Ayuda Nacional debió suspender dicha venta y en el ejercicio de las funciones, propias de su cargo, realizar las diligencias tendientes a lograr un precio que no resultase tan oneroso al Estado.

...

Finalmente, es necesario indicar que, contrario a lo afirmado por la letrada, no consta en el expediente que las cuatro (4) llantas extraviadas aparecieron.

...” (Cfr. fojas 42-43, 46 a 48 del expediente judicial).

Todo lo expresado en los párrafos precedentes nos lleva a concluir que no le asiste la razón al demandante **Rafael Gustavo Guardia**, cuando indica que la Resolución de Cargos 21-2018 de 13 de noviembre de 2018, y su acto confirmatorio contenido en el Auto 217-2019 de 10 de julio de 2019, emitidos por el **Tribunal de Cuentas**, han infringido las normas señaladas por la apoderada judicial del recurrente, por lo que esos cargos de infracción deben ser desestimados por la Sala Tercera.

En atención a las consideraciones previamente expuestas, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL** la Resolución de Cargos 21-2018 de 13 de noviembre de 2018, y su acto confirmatorio, ambos expedidos por el **Tribunal de Cuentas**; y, en consecuencia, se denieguen las restantes pretensiones del demandante.

IV. Pruebas:

4.1. Se objeta la prueba aducida a foja 12 en su numeral 5 del expediente judicial, por considerarse contrario a lo establecido en el artículo 784 del Código Judicial, conforme al cual *"incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que les son favorables"*; máxime si el recurrente estima que constituyen documentos convenientes para el argumento de su defensa.

4.2. Se aduce como prueba documental de la Procuraduría de la Administración, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con este caso y que reposa en los archivos de la institución demandada.

V. Derecho: No se acepta el invocado por el demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General