

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 043

Panamá, 21 de enero de 2021

**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.

Alegato de Conclusión.

Honorable 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 artículo 61 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 39 de la Ley 33 de 1946, para presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo descrito en el margen superior; oportunidad procesal que nos permite reiterar lo expresado en nuestro escrito de contestación de la demanda, al afirmar que no le asiste la razón al actora en lo que respecta a su pretensión.

Antes de emitir nuestro alegato, consideramos prudente detallar los antecedentes del proceso.

I. Antecedentes.

Según las constancias procesales, 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, 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 cantidad de quince mil

quinientos treinta y dos balboas con setenta y siete centésimos (B/.15,532.77), correspondiente al interés legal aplicado (Cfr. fojas 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 medio de impugnación 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 al demandante mediante edicto 220 fijado el 15 de julio de 2019 y **desfijado** el 17 de julio de 2019 (Cfr. foja 50 del expediente judicial).

Producto de lo anterior, el 17 de septiembre de 2019, la apoderada judicial del demandante, presentó la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción que ocupa nuestra atención, solicitando 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 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 actor (Cfr. foja 4 del expediente judicial).

II. Reiteración de los descargos de la Procuraduría de la Administración en defensa de la entidad demandada.

Luego de agotada la mayor parte de las etapas de este proceso, mantenemos sin mayor variante la opinión expresada en nuestra **Vista 834 de 9 de septiembre de 2020**, la cual contiene la contestación de la demanda, en cuanto a que, de las constancias procesales que reposan en autos, se observa que el acto administrativo objeto del presente análisis se dictó conforme a Derecho, por lo que los argumentos ensayados por el actora con la finalidad de demostrar su ilegalidad, carecen de sustento.

En efecto, tal como lo dijimos al contestar la acción en estudio, 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, puesto 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).

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 Guardia Jaén**, 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 vulnerado las normas señaladas por su apoderada judicial, por lo que esos cargos de infracción deben ser desestimados por la Sala Tercera.

III. Actividad Probatoria.

En cuanto a la actividad probatoria del presente proceso, es necesario destacar la **escasa efectividad de los medios** ensayados por el demandante para demostrar al Tribunal la existencia de las circunstancias que constituyen el supuesto de hecho en que sustenta su acción de plena jurisdicción.

En tal sentido, se observa que a través del **Auto de Pruebas 295 de 20 de noviembre de 2020**, se admitieron como pruebas, entre otras: la copia autenticada de la Resolución de Cargos 21-2018 de 13 de noviembre de 2018, emitida por el Tribunal de Cuentas; la copia autenticada del Auto Vario 217-2019 de 10 de julio de 2019, acto confirmatorio y la copia autenticada del Edicto 220 por medio del cual se notifica el Auto vario 217-2019 (Cfr. fojas 13 a 50 del expediente judicial).

Así también, se admitió la prueba de Informe aducida por la Procuraduría de la Administración, consistente en la **copia autenticada del expediente administrativo de personal**, que guarda relación con el presente negocio jurídico, misma que fue solicitada a través del **Oficio 2380 de 1 de diciembre de 2020**, por la Sala Tercera y **que fue remitida por la entidad demandada mediante el Oficio 895-TC-SG-4315 de 16 de diciembre de 2020** (Cfr. fojas 96 y 97 del expediente judicial).

De las constancias procesales, se desprende que **las pruebas admitidas y aportadas al expediente, no logran acreditar de manera adecuada lo señalado por Rafael Guardia Jaén, en sustento de su pretensión**, de ahí que este Despacho estima que el demandante no asumió en forma adecuada **la carga procesal a la que se refiere el artículo 784 del Código Judicial que obliga a quien demanda a acreditar los hechos que dan sustento a su pretensión**; deber al que se refirió esa alta Corporación de Justicia en su Sentencia de 30 de diciembre de 2011, señalando en torno al mismo, lo siguiente:

“La Corte advierte que, al adentrarse en el análisis del proceso, **la parte actora no ha llevado a cabo los esfuerzos suficientes para demostrar los hechos plasmados en sus argumentos...** Adicional a ello, consta en el expediente, **que la actora no ha demostrado interés real de suministrar y/o practicar las pruebas por ellos solicitadas, que pudieran reflejar resultados a su favor, contrario a lo expresado en el artículo 784 del Código Judicial.**

‘Artículo 784. Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables...’ (El subrayado corresponde a esta Sala).

Al respecto del artículo transcrito, **es la parte actora quien debe probar que la actuación surtida por la Entidad emisora de la Resolución recurrida, así como sus actos confirmatorios, carecen de validez jurídica.**

Es oportuno en esta ocasión hacer alusión al jurista colombiano Gustavo Penagos, quien dice en relación a la carga de la prueba que: *‘en las actuaciones administrativas se debe observar los principios de la carga de la prueba, la cual corresponde a los acusadores’*. (PENAGOS, Gustavo. Vía Gubernativa. Segunda Edición. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá, Colombia, 1995. Pág. 14).

En este mismo sentido, Jairo Enrique Solano Sierra, dice que *'la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la acción corresponden al actor'*. (SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Derecho Procesal Administrativo y Contencioso. Vía Administrativa- Vía Jurisdiccional- Jurisprudencia-Doctrina. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santa Fé, Bogotá, D. C. Colombia, 1997. Pág. 399)...” (Lo resaltado es nuestro).

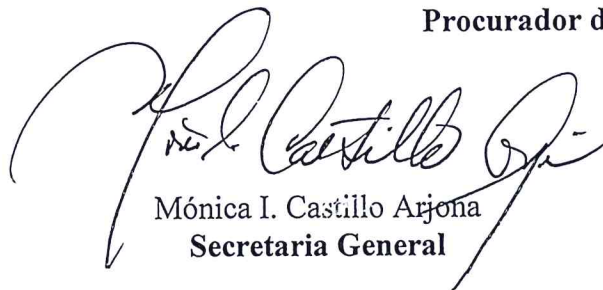
De la lectura de los precedentes judiciales reproducidos, **se infiere la importancia que tiene que el actor cumpla con su responsabilidad de acreditar su pretensión ante la Sala Tercera**, por lo que, en ausencia de mayores elementos de prueba que den sustento a la demanda presentada por **Rafael Guardia Jaén**; esta Procuraduría solicita respetuosamente al Tribunal se sirva 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.

Del Honorable Magistrado Presidente,



Rigoberto González Montenegro

Procurador de la Administración



Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General