

Vista N° 107

4 de marzo de 2004

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción**

**Contestación de la
Demanda**

Interpuesto por el Licdo. José Carrasco, en representación de **José Borrero**, para que se declare nulo, por ilegal, el Decreto Núm. 162-LEG del 10 de junio de 2003, dictado por la Contraloría General de la República.

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

Con el respeto acostumbrado, acudimos ante ese Honorable Tribunal de Justicia, a fin de dar contestación a la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, enunciada en el margen superior del presente escrito.

Como es de su conocimiento, en estos tipos de procesos actuamos en defensa de los intereses de la Administración Pública, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5, numeral 2, Libro Primero, de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración.

I. Las pretensiones de la parte demandante, son las siguientes:

La parte actora ha pedido a su digno Tribunal que declare nulo, por ilegal, el Decreto Núm. 162-LEG del 10 de junio de 2003, dictado por la Contraloría General de la República, por medio del cual se destituye a JOSE BORRERO del cargo que ocupaba en dicha institución estatal.

Asimismo pide se declare nulo, por ilegal, el acto confirmatorio: la Resolución N°742/DDRH de 25 de agosto de 2003.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, el demandante solicita se ordene su reintegro a la posición que ocupaba y se le paguen los salarios dejados de percibir desde el momento de su destitución hasta su efectivo reintegro al cargo.

Este Despacho solicita se denieguen las peticiones formuladas por la parte demandante, ya que no le asiste la razón y carecen sus pretensiones de sustento jurídico.

II. Los hechos y omisiones en que se fundamenta la parte actora, los contestamos de la siguiente forma:

Primero: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Segundo: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Tercero: Este hecho lo respondemos como el anterior.

Cuarto: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Quinto: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Sexto: Este no es un hecho, sino apreciaciones subjetivas y alegaciones de la parte actora; por tanto, lo negamos.

Séptimo: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Octavo: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Noveno: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

III. Respecto de las disposiciones legales que se estiman infringidas y los conceptos de la violación, la Procuraduría de la Administración expone lo siguiente:

1. Respecto de la violación del artículo 154 de la Ley N°38 de 2000, que establece el deber de motivar los actos administrativos, el abogado del demandante señala que en la Dirección de Ingeniería de la Contraloría no constituye un

procedimiento irregular la devolución de documentos defectuosos, siempre que se deje copia en la oficina de la Contraloría y se proceda con la anuencia del Director.

En el caso del señor Borrero, alega siempre se mantuvo en el expediente completo de la cuenta con dos (2) copias del desglose de precios anulados, indicando los errores a corregir por el contratista; y que nunca existió sustracción de documentos, porque todo lo actuado por el demandante en cuanto a la cuenta N°002 fue consultado previamente con el señor Jiménez, Auditor de Obras, notificado al Director de Ingeniería de la Contraloría y al señor De La Guardia, Director de Proyectos Especiales del MOP.

Sobre la supuesta violación a norma citada debemos señalar, que contrario a lo expuesto por el abogado del demandante, el acto impugnado se encuentra debidamente motivado, y, en consecuencia, no infringe el artículo 154 de la Ley N°38 de 2000.

Como se observa en el Decreto Num.162 de 10 de junio de 2003, la destitución del señor JOSE BORRERO se encuentra fundamentada en la comprobación de serias irregularidades en el manejo de la Factura PCB 002/2000, presentada por la empresa Bilfinger Berger AG al Estado, de acuerdo a lo estipulado en la Addenda Núm. 1 al Contrato Núm. CAL-1-09-02, celebrado entre el Estado y la referida empresa para la construcción del segundo Puente sobre el Canal de Panamá.

La responsabilidad del señor BORRERO quedó acreditada, con la deposición hecha por el señor Van Hoorde, quién manifiesta el demandante envió directamente a la empresa Bilfinger Berger AG el original de la Factura PCB 002/2000, para su supuesta corrección sin seguir los conductos

oficiales y sin nota remisoría, y con aceptación por parte del señor BORRERO de dicho hecho.

2. También se considera hay desviación de poder, fundada en el artículo 162 de la Ley N°38 de 2000, pues se sostiene la sanción no tiene justificación alguna y es arbitraria.

Ciertamente que los actos de la Administración expedidos en ejercicio de una potestad discrecional están sujetos al control de la jurisdicción contenciosa administrativa, en especial en lo que se refiere al examen de la competencia de la autoridad que lo expidió, **la finalidad perseguida por ellos** (a fin de examinar si existieron vicios de forma) y la existencia de los motivos alegados (con el objeto de comprobar si existió error de hecho o de derecho al confrontar los motivos con la realidad o con la calificación jurídica de la misma).

En ese sentido, el demandante alega que la ilegalidad de los actos impugnados respecto de los artículos señalados se produce por desviación de poder, es decir que los actos atacados se dictaron con una finalidad distinta de la perseguida por el ordenamiento legal.

Sobre el concepto y los elementos de la desviación de poder como motivo de ilegalidad de los actos administrativos, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho:

“La desviación de poder es un vicio de los actos administrativos que se genera, como señalan los tratadistas De Laubadere, Venezia y Gaudamet, cuando la autoridad administrativa ejecuta o expide un acto de su competencia pero en desarrollo de una finalidad distinta de aquélla por lo cual el acto podría ser legalmente expedido (obra citada, pág. 444). En este sentido, debe tenerse presente que tanto el Consejo de Gabinete como la Junta Directiva de la Lotería Nacional y el Ministro de Hacienda y Tesoro

debían actuar única y exclusivamente con una finalidad de interés general en la expedición de las citadas resoluciones y la desviación de ese interés hacia finalidades distintas puede producir el vicio a que aludimos.

La Sala considera que las autoridades administrativas actúan con una finalidad ilegítima al expedir actos de su competencia, en concordancia con lo señalado por Andre De Laubadere (obra citada, pág. 445), al menos en los siguientes casos:

1. Cuando el acto se expida obedeciendo a un móvil de tipo personal, como un interés privado o el espíritu de venganza.
2. Cuando el acto se expide por un móvil político ilegítimo como cuando se toma la decisión con el único objeto de perjudicar a un adversario político y,
3. Cuando el móvil del acto es el interés de un tercero, lo cual se produce cuando la decisión está dirigida a favorecer a un particular en detrimento de otro.

No hay que perder de vista que, como señala Carmen Chinchilla, profesora de Derecho Administrativo en la Universidad de Madrid, el vicio de los actos administrativos denominado desviación de poder 'surgió como una elaboración de la jurisprudencia para fiscalizar esa manifestación de la potestad administrativa denominada discrecional que venía escapando del control jurisdiccional' (La desviación de poder, Editorial Civitas, Madrid, 1989, pág.58)". (Cfr. Sentencia de 3 de mayo de 1994 de la Sala Tercera).

De los elementos probatorios allegados al expediente puede verificarse que actos atacados no fueron expedidos obedeciendo a un móvil de tipo personal (un interés privado o el espíritu de venganza); por un móvil político ilegítimo (por ejemplo cuando se toma la decisión con el único objeto de perjudicar a un adversario político) o para favorecer el interés de un tercero (favorecer a un particular en detrimento de otro); dicho de otra forma, no se ha comprobado

que los actos impugnados fueron dictados con una finalidad distinta de la señalada por la ley.

3. Se estima violado el artículo 86, literal e, del Reglamento Interno de la Contraloría General de la República, que como causal de destitución la conducta desordenada e incorrecta del servidor público que ocasione perjuicio al funcionamiento o prestigio de la institución.

Como concepto de infracción se indica que con la devolución de la Factura PCB 002/2000 directamente a la empresa Bilfinger Berger AG sin seguir los conductos oficiales, no se ha ocasionado perjuicio o daño al funcionamiento o prestigio de la institución.

4. Por último, se señala el artículo 83, literal c, del Reglamento Interno de la Contraloría General de la República, que señala como medidas disciplinarias la suspensión temporal y la destitución por el Contralor, a solicitud del Director correspondiente, una vez comprobada la culpabilidad del servidor.

Al explicarse el concepto de infracción se indica fue el propio Contralor General quién instruyó sumario en contra del demandante y no se observa en la actuación demandada petición alguna del superior jerárquico del señor BORRERO pidiendo su destitución.

También se alega no se comprobó debidamente la culpabilidad del servidor público, pues no se verificó la pérdida o extravió de documentos o facturas de la empresa; la demora injustificada en la tramitación del pago al contratista o que la Contraloría haya pagado incorrectamente suma alguna al contratista.

Estos dos últimos conceptos de infracción, por la relación que guardan entre sí, los contestamos de manera conjunta:

Como consta en autos, en virtud de denuncia presentada por los representantes de la empresa Bilfinger Berger AG., se tuvo conocimiento de la supuesta comisión hechos irregulares por parte del funcionario JOSE BORRERO, respecto del trámite para el refrendo de Factura PCB 002/2000, presentada por la empresa Bilfinger Berger AG al Estado, de acuerdo a lo estipulado en el contrato celebrado entre el país y la referida empresa para la construcción del segundo Puente sobre el Canal de Panamá.

Ante la denuncia, el Contralor General de la República, con fundamento en el artículo 87 del Reglamento Interno de la Contraloría General de la República, expide el Decreto N°336/02 de 10 de diciembre de 2002, en la cual se ordena la conformación de un Comité de Investigación, conformado por el Secretario General, el Director de Asesoría Jurídica y **el Director de Ingeniería**, y se separa provisionalmente al señor BORRERO de su cargo en la Dirección de Ingeniería.

Dicho Comité rinde su informe mediante Memorando N°875-Leg. de 13 de mayo de 2003, determinando que el señor BORRERO había incurrido en conductas tipificadas como causal de destitución al enviar directamente a la empresa Bilfinger Berger AG el original de la Factura PCB 002/2000, para su supuesta corrección, sin seguir los conductos oficiales y sin nota remisoria. Al respecto véase foja 50 del expediente, página 2 del Informe de Conducta rendido por el Contralor General de la República.

Por tanto no es cierto que la conducta incorrecta del señor JOSE BORRERO no haya causado perjuicio al funcionamiento y prestigio de la Contraloría General de la República, pues fue la propia empresa afectada la que presenta denuncia por los malos manejos del funcionario destituido.

Tampoco es cierto se haya incumplido con el procedimiento señalado en el literal c del artículo 83 del Reglamento Interno de la Contraloría General, la solicitud escrita del Director correspondiente previa a la destitución de funcionario por el Contralor General, pues el Director de Ingeniería formaba parte del comité conformado para adelantar las investigaciones en contra del señor BORRERO y que recomendó la destitución de éste.

Por último, debe insistirse en que el señor BORRERO fue destituido por incurrir en una conducta incorrecta que ocasionó perjuicio al funcionamiento y prestigio de la Contraloría General de la República, causal prevista en el literal (e) del artículo 86 del Reglamento Interno de dicha institución, consistente **no** en la pérdida o extravió de los documentos, en la demora injustificada en la tramitación de un pago al contratista o en el pago incorrecto de una suma de dinero al contratista, sino en la remisión directa a la empresa de documentación presentada para el cobro de una cuenta, para su supuesta corrección, sin seguir los conductos oficiales (Contraloría-MOP-contratista) y sin nota remisoria.

Al respecto, obsérvese el punto N°2 del Memorando Número 040-00 D.C., de 26 de julio de 2000, sobre comunicaciones internas y externas de la Contraloría General, que claramente señala: **"...En aquellos caso en que por alguna razón especial**

sea necesario remitir un documento interno a otra institución pública o privada, deberá contar con la autorización y ser cursado con nota remisoría de este Despacho".

Por todo lo anterior, no se han producido las violaciones alegadas, y reiteramos nuestra solicitud a la Sala, para que deniegue las declaraciones reclamadas por el demandante.

IV. Pruebas.

Aceptamos las documentales presentadas conforme a la Ley.

V. Derecho.

Negamos el invocado.

Del Señor Magistrado Presidente,

**Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

AMdeF/17/bdec

Licda. Víctor Benavides
Secretario General