

REPÚBLICA DE PANAMÁ



ÓRGANO JUDICIAL  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA TERCERA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Panamá, veinte (20) de diciembre de dos mil trece (2013).

V I S T O S:

La Licda. Delia Ordóñez Vernaza, actuando en representación de la sociedad HERTEBO S.A., ha presentado demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, para que la Sala declare que es nula, por ilegal, la Resolución N°01-2010 de 12 de febrero de 2010, emitida por el Tribunal de Cuentas y para que se hagan otras declaraciones.

La demanda fue admitida mediante Resolución de veinticinco (25) de mayo de 2010, en la que igualmente se ordenó correr traslado de la misma al Magistrado Sustanciador del Tribunal de Cuentas, y, al Procurador de la Administración (f. 30).-

ACTO IMPUGNADO

El acto administrativo impugnado está contenido en la Resolución N°01-2010 de 12 de febrero de 2010, emitida por el Tribunal de Cuentas que en lo medular resuelve lo siguiente:

**Primero: Declarar Patrimonialmente Responsable** en perjuicio del patrimonio del Estado a la sociedad anónima **HERTEBO, S.A.**, sociedad anónima, vigente, inscrita en la sección de mercantil del

Registro Público de Panamá a ficha 325770, rollo 52770, imagen 2, ubicada en calle novena final y la Vía Interamericana, Santiago, provincia de Veraguas, cuyo representante legal es Samuel Joaquín Terreros Botacio, portador de la cédula de identidad personal 9-100-620, con igual domicilio que la casa comercial, en atención a los cargos formulados con fundamento en la calificación del Informe de Antecedentes N° A-486-622-2006-DAG-REVER de 24 de abril de 2007; al pago de la suma de trece mil doscientos setenta y ocho balboas con setenta y seis centésimos (B/.13,278.76), que comprende la suma de ocho mil quinientos cincuenta y ocho balboas con once centésimos (B/8,558.11) en concepto de monto de la lesión, más cuatro mil setecientos veinte balboas con sesenta y cinco centésimos (B/.4,720.65) en concepto de interés legal aplicado con fundamento en el artículo 12 del Decreto de Gabinete N°36 de 10 de febrero de 1990. El tipo de responsabilidad por el que se le condena en la presente Resolución es directa.”

## FUNDAMENTO DE LA DEMANDA

En la demanda se formula pretensión consistente en una petición dirigida a la Sala Tercera para que se declare que es nula por ilegal, la Resolución N°01-2010 de 12 de febrero de 2010, emitida por el Tribunal de Cuentas. Como consecuencia de lo que así se declare, se solicita se haga la devolución del cheque certificado extendido por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) por la suma de NUEVE MIL TRESCIENTO VEINTITRÉS BALBOAS CON VEINTE CENTÉSIMOS (B/. 9323.20) entregado por su poderdante como caución para el levantamiento de medidas cautelares decretadas sobre los bienes de su propiedad.

### I. Hechos u omisiones fundamentales de la demanda

En los hechos u omisiones fundamentales de la demanda, se destaca que el Instituto Nacional de Deportes contrató con la sociedad HERTEBO, S.A., el suministro de materiales para la construcción del Gimnasio de la Comunidad del Espino de Santa Rosa, ubicado en el Corregimiento Carlos Santana Avila, Distrito de Santiago, Provincia de Veraguas, por la suma de nueve mil seiscientos cincuenta balboas con noventa y cinco centésimos (B/. 9,650.95), y que según consta en Acta de 9 de marzo de 2004, suscrita por lo señores Samuel Terreros, por parte de la sociedad Hertebo, S.A., la señora Elizabeth de Parra por parte de la comunidad del Espino de Santa Rosa y la señora Elizabeth

Rodríguez, por parte del Instituto Nacional de Deportes, se hace entrega del material contratado mediante la referida orden de compra y se deja constancia de la existencia del mismo. También se aduce que el Instituto Nacional de Deportes decidió que el material contratado se mantendría en custodia de la empresa HERTEBO, S.A., para evitar pérdidas y el mismo sería entregado según fuera solicitado por el encargado de la construcción de la obra, que conforme al expediente, fue el Sr. Ezequiel Santana.

## II. Disposiciones legales infringidas

Como disposiciones legales infringidas se aduce el artículo 52 numeral 4 de la Ley N°38 de 2000; el artículo 18 de la Constitución Política; y el artículo 10 del Código Fiscal que dicen:

### LEY 38 DE 2000

“Artículo 52: Se incurre en vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos dictados en los siguientes casos:

1....

4. Se dictan con prescindencia u omisión absolutas a trámites fundamentales que impliquen violación al debido proceso legal.

Para quien recurre la citada disposición resulta infringida por cuanto que a la sociedad HERTEBO S.A., no se le otorgó la oportunidad de participar dentro del peritaje ordenado dentro de las pruebas admitidas por el Tribunal de Cuentas, sumado a que no se hizo la designación del perito aducido, de modo que no se tuvo la oportunidad de presentar el informe pericial. La señalada disposición también resulta infringida porque se descartaron facturas presentadas en prueba de la entrega de materiales a pesar de encontrarse acusadas de recibo por el encargado de la ejecución de la obra, el señor Ezequiel Santana.

### CONSTITUCIÓN NACIONAL

“Artículo 18: Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución y la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por la extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas.”

Señala la apoderada judicial de quien recurre, que la señalada disposición constitucional resulta infringida por indebida aplicación, ya que a lo largo del expediente queda plenamente acredita que su representada actuó en todo momento con apego a la legislación vigente en su condición de custodio de los materiales vendidos para la construcción del Gimnasio de la Comunidad del Espino en Santa Rosa, Corregimiento de Santiago, Provincia de Veraguas, haciendo entrega de los mismos conforme fuera requerido por el ex legislador Carlos Santana y el ejecutor del proyecto, el señor Ezequiel Santana.

#### **CODIGO FISCAL**

“Artículo 10: Las personas que tengan a su cargo la administración de bienes nacionales serán responsables por su valor monetario en caso de pérdida o de daños causados por negligencia o uso indebido de tales bienes, aún cuando estos no hayan estado bajo el cuidado inmediato de la persona responsables al producirse la pérdida o daño. De tal responsabilidad no se eximirán aún cuando aleguen haber actuado por orden superior al disponer de los bienes por cuyo manejo son directamente responsables, pero el empleado superior que haya ordenado la disposición será solidariamente responsable de la pérdida que Nación hubiere sufrido a causa de su orden...”

Finalmente, se señala infringido en el concepto de indebida aplicación el artículo 10 del Código Fiscal, toda vez que HERTEBO, S.A., no era el administrador de los bienes, únicamente los mantenía en su depósito como medida de seguridad y eran entregados a solicitud de quien estaba encargado de la ejecución de la obra para evitar su pérdida y deterioro. Desde su punto de vista, el destino que le diera el encargado de ejecutar la obra no estaba bajo su control, ya que su responsabilidad terminaba con la entrega de dichos materiales.

#### **INFORME DE CONDUCTA**

De fojas 33 a 35 del expediente, figura el informe explicativo de conducta rendido por el Magistrado Suplente del Tribunal de Cuentas, mediante el Oficio N°1436-DMAVZ de 2 de junio de 2010.-

Sostiene el Magistrado Suplente, que según el Informe de Antecedentes N°A-486-622-2006-DAG-REVER de 24 de abril de 2007 de la Dirección General de Auditoría de la Contraloría General de la República, relacionado al proyecto denominado "Construcción de la Estructura del Gimnasio en la Comunidad de El Espino de Santa Rosa", corregimiento Carlos Santana Avila, distrito de Santiago, provincia de Veraguas, que cubrió el período comprendido del 1 de septiembre de 1999 al 31 de agosto de 2004, se determinaron irregularidades en el manejo y ejecución de dicho proyecto que ocasionaron perjuicios a los fondos depositados por el ex - legislador Carlos Santana, en la cuenta bancaria del Instituto Nacional de Deportes por la suma de ocho mil quinientos cincuenta y ocho balboas con once centésimos (B/.8,558.11).

Según el referido Informe de Auditoría, en la cancha construida con piso de hormigón y dos tableros de metal se pretendía la colocación de una cubierta metálica a través de una estructura de acero y construir oficinas y depósitos en la parte posterior. Para determinar el faltante de materiales, los auditores que confeccionaron el Informe de Antecedentes utilizaron como referencia la orden de compra N°37550 y las facturas emitidas y canceladas por nueve mil seiscientos cincuenta balboas con noventa y cinco centésimos (B/. 9,650.95), menos los materiales descritos en el Informe de Ingeniería de la Contraloría General de la República como utilizados y cuatrocientos veinte balboas (B/. 420.00) de una entrega posterior de ocho (8) vigas de acero.

Asevera que como responsables del hecho que dio lugar al perjuicio causado se considera a la casa comercial Hermanos Terreros Botacio, S.A., (HERTEBO, S.A.), que a pesar de haber cobrado el cheque por los materiales facturados en su totalidad, no entregó todo el material y durante el proceso de la investigación no proporcionó durante los períodos establecidos por la legislación patrimonial vigente, documentación que sustente la entrega de los materiales restantes, como tampoco ha confirmado el saldo existente a favor del proyecto.

## OPINIÓN DEL PROCURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN

Mediante la Vista Fiscal N° 1153 de 20 de octubre de 2010, el Procurador de la Administración se opone a las violaciones señaladas en la demanda, razón por la que solicita a la Sala que desestime sus pretensiones.

Según el Procurador de la Administración, el expediente revela que al haber asumido la parte actora la responsabilidad de custodiar los bienes muebles que le fueron comprados por el Instituto Nacional de Deportes para la construcción de un centro deportivo en la comunidad del Espino de Santa Rosa, se constituyó en un agente de manejo, y como tal, debía responder patrimonialmente por todos los bienes que, según la investigación de auditoría, no fueron materialmente entregados al ejecutor del proyecto de construcción; lo que ocurrió a pesar de que el valor tales bienes fueron cancelados en forma íntegra por la entidad contratante. Debido a esta situación, la Dirección de Auditoría de la Contraloría General de la República determinó que HERTEBO, S.A., se encontraba directamente vinculada con las irregularidades descritas en el Informe de Antecedentes.

Afirma que la institución demandada garantizó a la actora el principio del debido proceso legales, ya que le permitió aportar los elementos de prueba que favorecían a su defensa, y se abstiene de emitir un criterio con relación a la violación que alega al artículo 18 de la Constitución Nacional, ya que el artículo 97 del Código Judicial a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo únicamente le corresponde conocer y decidir sobre el control de la legalidad de los actos administrativos, no así lo relativo a la guarda de la integridad de la Constitución Nacional.

## EXAMEN DE LA SALA

Evacuados los trámites por que ley son de rigor agotar, la Sala pasa a resolver la presente controversia.

Hemos visto que se somete a la consideración de la Sala, la legalidad de la Resolución N°01-2010 de 12 de febrero de 2010, emitida por el Tribunal de Cuentas que resuelve en lo medular, Declarar Patrimonialmente Responsable en perjuicio del patrimonio del Estado a la sociedad HERTEBO, S.A., cuyo representante legal es Samuel Joaquín Terreros Botacio, al pago de la suma de trece mil doscientos setenta y ocho balboas con setenta y seis centésimos (B/.13,278.76) que comprende la suma de ocho mil quinientos cincuenta y ocho balboas con once centésimos (B/.8,558.11) en concepto de monto de la lesión, más cuatro mil setecientos veinte balboas con sesenta y cinco centésimos (B/.4,720.65) en concepto de interés legal aplicado con fundamento en el artículo 12 del Decreto de Gabinete N°36 de 10 de febrero de 1990. Según la misma Resolución, el tipo de responsabilidad por el que se le condena es directa.

El punto focal en el que la apoderada de la parte actora sustenta lo pretendido, se ubica en la omisión del debido proceso por parte del Tribunal de Cuentas. Ello se debe a que en el escrito de admisión de pruebas expedido durante el procedimiento administrativo, no se le permitió a su representada incluir a su perito, lo que le impidió participar en la diligencia pericial que se practicó; tampoco se le admitió en calidad de prueba documental, las facturas con acuse de recibo del encargado de la ejecución de la obra. Niega que la empresa HERTEBO S.A., fuere la administradora de los bienes muebles que le compró el Instituto Nacional de Deportes de la Región de Veraguas, y afirma que los tenía en su depósito como medida de seguridad para evitar su pérdida o deterioro, y que estos bienes eran entregados a solicitud del ex legislador Carlos Santana, quien era el encargado de ejecutar el proyecto.

#### I. **Antecedentes**

Como antecedente vale anotar que la Contraloría General de la República ordenó a la Dirección General de Auditoría, mediante Resolución N°532-2005-

DAG de 2º de septiembre de 2005, que realizara una auditoría al Proyecto denominado "Construcción de la Estructura del Gimnasio de la Comunidad del Espino de Santa Rosa", para que se determinara el origen de los fondos y su correcto manejo, en razón de la solicitud que realizara César Augusto Navarro Zúñiga, Representante del Corregimiento Carlos Santana Avila, distrito de Santiago, provincia de Veraguas.

En razón de lo así ordenado por la Contraloría General de la República, la Dirección General de Auditoría remite a la entonces Dirección de Responsabilidad Patrimonial el Informe de Antecedentes N° A-486-622-2006-DAG-REVER de 24 de abril de 2007 (83-101 del expediente administrativo), que comprende como período de análisis desde el 1 de septiembre de 1999 al 31 de agosto de 2004; la situación irregular consistió en que la sociedad HERTEBO S.A., cobró el cheque N° 303334 de 26 de abril de 2004, por la suma de B/.9,650.95, girado por el Instituto Nacional de Deportes, con el cual se cancelaba la orden de compra N° 37550 de 20 de diciembre de 2002, expedida a nombre de dicha empresa, se hicieron entregas parciales y los materiales no fueron entregados en su totalidad a la comunidad, por lo que la obra no fue culminada.

A raíz de las investigaciones efectuadas, el informe revela irregularidades en el manejo y ejecución de dicho proyecto que ocasionaron perjuicios a los fondos depositados por el ex legislador Carlos Santana, en la cuenta bancaria del Instituto Nacional de Deportes por la suma de ocho mil quinientos cincuenta y ocho balboas con once centésimos (B/.8,558.11), y como responsable del hecho se considera a la casa comercial Hermanos Terreros Botacio S.A., (HERTEBO), cuyo representante legal es Samuel Joaquín Terrero Botacio, ya que pese haber cobrado el cheque por los materiales facturados en su totalidad, no entregó todo el material; a ello se añade que durante el proceso de investigación, no proporcionó documentación alguna que sustentara la entrega de los materiales, ni confirmó el saldo existente a favor del proyecto.

Lo anterior fue el fundamento para que la Dirección de Responsabilidad Patrimonial expidiera la Resolución de Reparos N° 26-2007 de 10 de julio de 2007, se ordenó el inicio del trámite para determinar y establecer la responsabilidad que le pudiera corresponder a la casa comercial Hermanos Terrero Botacio, S.A. (HERTEBO, S.A.) por la lesión que se le atribuye en contra del Estado, y, mediante la Resolución DRP N°335-2007 de 22 de agosto de 2007, se ordenó decretar medidas cautelares sobre los bienes muebles e inmuebles y dineros de la mencionada sociedad.

Finalmente, en este punto vale anotar que la Dirección de Responsabilidad Patrimonial expide la Resolución DRP N°335-2007 de 22 de agosto de 2007, en ocasión del escrito de caución mediante cheque certificado del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) por la suma de nueve mil trescientos veintitrés balboas con veinte centésimos (B/. 9,323.20), presentado por el Representante Legal de HERTEBO S.A., con el fin de que se levantaran las medidas cautelares que hasta ese momento pesaban sobre los bienes de esta sociedad.

## **II. Decisión**

Analizadas las posturas de quienes intervienen y en razón del marco de referencia expuesto, no existe duda que lo actuado por el Tribunal de Cuentas a través de la Resolución N°01-2010 de 12 de febrero de 2010, se ajusta a derecho.

No conocerá la Sala de la violación que se señala al artículo 18 de la Constitución Nacional, ya que la guarda en integridad de la Constitución Nacional es competencia privativa del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, tal como figura dispuesto en el artículo 206 Constitucional y el artículo 86 del Código Judicial. A la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo únicamente le corresponde conocer y decidir sobre el control de la legalidad de los actos

administrativos que expidan en el ejercicio de sus funciones las autoridades públicas en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 97 del Código Judicial.

En cuanto al resto de los argumentos en que se apoya la violación que la parte actora alega al artículo 4 del artículo 52 de la Ley 38 de 2000 y al artículo 10 del Código Fiscal no tienen asidero, en la medida que los antecedentes demuestran claramente, que la empresa HERTEBO S.A., se encuentra directamente vinculada con las irregularidades descritas en el Informe de Antecedentes N° A-486-622-2006-DAG-REVER de 24 de abril de 2007. Entre las irregulares expuestas en el informe señalado, la Sala destaca que pudo establecerse que esa casa comercial, en calidad de propietaria de Hermanos Terrero Botacio S.A., recibió la suma de B/9,650.00 en concepto de cancelación de la venta de materiales de construcción que serían utilizados en el proyecto denominado "Construcción de la estructura del gimnasio en la comunidad de El Espino de Santa Rosa", no obstante, no entregó en su totalidad la mercancía objeto del contrato (f.11 expediente judicial). Asimismo figura que los auditores de la Contraloría General de la República solicitaron a HERTEBO S.A. aportara la documentación relativa a las entregas parciales de los materiales que aduce tenía en su depósito, y no hubo cooperación por parte de la empresa. Luego de que se le formularan a HERTEBO S.A., los respectivos cargos, ésta solo se limitó a señalar que a solicitud del ex legislador Carlos Santana no se continuó con la entrega de materiales, sin aportar documentación que evidenciara los materiales entregados para ese proyecto.

La Sala coincide con la Procuraduría de la Administración, que conceptúa que al haber asumido la responsabilidad de custodiar los bienes muebles que fueron comprados por el Instituto Nacional de Deportes para la construcción de un centro deportivo en la comunidad El Espino de Santa Rosa, HERTEBO S.A., se constituyó en Agente de Manejo, y en calidad de tal, ciertamente debe responder patrimonialmente por los bienes que según la investigación de auditoría no fueron materialmente entregados al ejecutor del proyecto, pese a

que el valor de esos bienes fueron íntegramente cancelados por parte de la Administración. Sobre el Agente de Manejo, figura que alcanza a personas que sin ser funcionarios públicos custodian bienes públicos, esta Sala Tercera manifestó en fallo de 4 de enero de 2011 lo siguiente:

El artículo 276, numeral 13 de la Constitución Política, igualmente prevé que son funciones de la Contraloría General de la República, además de las que señale la Ley, la de juzgar las cuentas de los Agentes y sus empleados de manejo, cuando surjan reparos de las mismas por razón de supuestas irregularidades, lo que se traduce, según lo que manifestó la Sala en Sentencia de 6 de junio de 2002, "en que las cuentas del Estado son objeto de juzgamiento por parte de este Organismo de control de las finanzas y bienes públicos, y de ello deriva la conclusión interpretativa de que los empleados y agentes de manejo que también resulten vinculados en las irregularidades contables, serán investigados". En aquél pronunciamiento, y a modo de aclarar esa situación, se trajo a colación lo dispuesto en los artículos 1090 y 1091 del Código Fiscal que dicen:

"1090. Todas las personas que tengan a su cuidado, o bajo su custodia o control, fondos del Tesoro Nacional, serán responsables de ellos y de todas las pérdidas que ocurran a causa de su negligencia o uso ilegal de tales fondos."

"1091. Ningún Empleado o Agente de Manejo será eximido de responsabilidad porque alegue haber actuado por orden superior al hacer el pago o disponer de fondos por cuyo manejo sea directamente responsable. El empleado superior que haya ordenado el pago o disposición de fondos será solidariamente responsable de la pérdida que el Estado hubiere sufrido a causa de su orden"

La Ley 32 de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República también prevé en su artículo 17, la figura del el empleado de manejo y detalla que es la condición del servidor público o empleado de una empresa estatal facultado por ley para contraer obligaciones económicas, ordenar gastos y extinguir créditos a nombre o en representación de una entidad o dependencia del Estado o empresa estatal; de igual manera el empleado de manejo puede ser aquella persona que sin ser funcionario público recauda, paga dinero de una entidad pública o en general, administra bienes de ésta. (Subraya la Sala).

Tampoco estima la Sala que lo actuado por el Tribunal de Cuentas se haya dado en sesgo del principio del debido proceso legal que recoge el artículo 4 de la Ley N°38 de 2000, alegado como infringido. Lo anterior obedece a que el expediente revela que previo a la emisión de la Resolución 01-2010 demandada, a HERTEBO S.A., se le surtió el procedimiento que dictamina la Ley 32 de 1984, el Decreto de Gabinete 36 de 1990 y el Decreto 65 de 1990a fin de determinar y

establecer la responsabilidad patrimonial que se le imputaba, y en el cual, luego de la notificación de la Resolución de Reparos (f.109-121 expediente administrativo) tuvo la oportunidad de aportar pruebas. Entre éstas figuran pruebas documentales, testimoniales, periciales y la práctica de una Diligencia de Inspección en las instalaciones del proyecto denominado "Construcción de la Estructura del Gimnasio en la Comunidad de El Espino de Santa Rosa, que analizadas en conjunto no fueron suficientes para desestimar los cargos formulados por la Institución demandada (Ver Resolución DRP-467-2007 de 32 de octubre de 2007 legible a fojas 140 a 145 del expediente administrativo).

No cabe duda que los antecedentes anotados conceden lugar para que el Tribunal de Cuentas efectuase los trámites dispuestos en la Ley, a fin de que las sumas que la Administración pagó sin contraprestación alguna por parte de la actora, fuesen recuperadas. Por las indicadas razones, la Sala desestima las violaciones que se alega al artículo 54 numeral 4 de la Ley 38 de 2000 y al artículo 10 del Código Fiscal.

En consecuencia, la Sala Tercera (Contencioso Administrativa) de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE NO ES ILEGAL la Resolución N°01-2010 de 12 de febrero de 2010, emitida por el Tribunal de Cuentas, y NIEGA las demás pretensiones del recurrente.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

  
VÍCTOR L. BENAVIDES P.

  
EFRÉN C. TELLO C.

  
ALEJANDRO MONCADA LUNA

  
KATIA ROSAS  
SECRETARIA

Del III de la Corte Suprema de Justicia  
NOTIFICACIONES HOY 14 DE enero  
DE 2014 A LAS 4:00  
DE LA tarde Inspector a la Inspección...  
[Signature]  
SECRETARIA

Para notificar a los interesados de la resolución que antecede, se le cita al Sr. [Signature] 27 en la ciudad de la  
Cra. a las 4:00 de la tarde  
del día 8 de enero de 2014  
[Signature]  
SECRETARIA