

Legal- Dirección Superior del Ministerio de Comercio e Industrias, y por tanto DISPONE que se continúe con los trámites del proceso de oposición marcario No.1552 a la solicitud de Registro No.044488, clase 25 interpuesto por la sociedad OCEAN PACIFIC SUNWEAR, LTD en contra de la sociedad NEPTUNO ZONA LIBRE, S.A.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

(Fdo.) ARTURO HOYOS.

(Fdo.) EDGARDO MOLINO MOLA.

(Fdo.) MIRTZA ANGELICA FRANCESCHI
DE AGUILERA.

(Fdo.) ANAIS BOYD DE GERNADO.

Secretaria Encargada.

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD, INTERPUESTA POR EL LCDO. LUIS A. PALACIOS EN REPRESENTACION DEL CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA, PARA QUE SE DECLAREN NULOS POR ILEGALES LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS No.004/89 DE 1o. DE OCTUBRE DE 1988 DE AROMAS DEL MUNDO S.A.; EL No. 208/88 DE 16 DE JUNIO DE 1988 DE DISTRIBUIDORA ECAISA, S.A. No.2; EL No. 134/88 DE 16 DE JUNIO DE 1988 DE BOUTIQUE PARFUM, S.A., CELEBRADOS CON LA DIRECCION DE AERONAUTICA CIVIL. (MAGISTRADO PONENTE: **ARTURO HOYOS**).

CONTENIDO JURIDICO.

Sala Tercera. Contencioso Administrativo.
Demanda Contencioso Administrativa de nulidad.
Resoluciones y contratos administrativos. La exclusión de Licitación Pública y del concurso de precios por urgencia notoria.
La suspensión provisional en los procesos de nulidad.
Criterio Jurisprudencial a partir de 1991. La suspensión también procede con respecto a contratos administrativos. "La Sala tiene potestad para suspender provisionalmente los efectos de todos los actos de la administración pública sujetos al Derecho Administrativo sobre cuya legalidad ejerza el control, y entre esos actos se encuentran tanto los actos administrativos de carácter unilateral como los contratos administrativos". Las cláusulas Exhorbitantes. "La potestad del Consejo de Gabinete de exceptuar del TRAMITE DE LICITACION PUBLICA un contrato, por existir urgencia evidente en su celebración, es de carácter discrecional, pero no puede ejercerse en forma arbitraria". Urgencia evidente inexistente. El ejercicio arbitrario de la potestad de exceptuar a tres contratos de TRAMITES DE LICITACION PUBLICA o concurso de precios. La desviación de poder como motivo de ilegalidad. Se accede a la suspensión solicitada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA TERCERA (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA). PANAMA, VEINTICINCO (25) DE AGOSTO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS (1992).-

V I S T O S:

El Contralor General de la República ha promovido, por intermedio de su apoderado judicial especial, el Dr. Luis A. Palacios, proceso contencioso administrativo de nulidad con el objeto de que la Sala Tercera de la Corte Suprema declare que son nulos los contratos No.004/89 del 1o. de octubre de 1988, No. 208/88 de 16 de junio de 1988 y No. 134/88 de 16 de junio de 1988 celebrados entre la Dirección de Aeronáutica Civil y las sociedades Aromas del Mundo, S.A., Distribuidora ECAISA, S.A. y BOUTIQUE PARFUM, S.A. respectivamente. Asimismo, el Contralor General pide la declaración de nulidad de la Resolución No.84 de 22 de noviembre de 1988 expedida por el Consejo de Gabinete, la Resolución No.11 de 5 de enero de 1989 del Ministerio de Hacienda y Tesoro, la Resolución No.57 de 8 de septiembre de 1988 del Consejo de Gabinete, la Resolución No.201 de 12 de octubre de 1988 del Ministerio de Hacienda y Tesoro, y de la Resolución No.92 de 10 de junio de 1988 del Ministerio de Hacienda y Tesoro.

Las resoluciones cuya nulidad se pide son actos administrativos separables de los tres contratos antes mencionados y en todas ellas se exceptúa del acto de licitación pública o del trámite de concurso de precios a la Dirección de Aeronáutica Civil para la celebración de los contratos cuya nulidad se pide. Dichas resoluciones se fundamentan en que era de urgencia evidente la celebración de dichos contratos.

El Contralor General de la República pide en la demanda que la Sala suspenda "los efectos de los contratos" cuya nulidad se demanda en este proceso y que designe administradores-depositarios judiciales para evitar que se vulneren los intereses del Estado.

I. La suspensión provisional en los procesos de nulidad.

La Sala Tercera de la Corte Suprema ha sostenido, a partir de 1991, que la medida cautelar denominada suspensión de los efectos del acto impugnado procede en los procesos contencioso administrativos de nulidad. Con esta jurisprudencia se varió la tesis que había mantenido esta Sala desde 1965 y que sostenía que esta medida cautelar sólo procedía en los procesos contencioso administrativos de plena jurisdicción.

El tratadista André De Laubadère ha señalado en su clásico tratado sobre Derecho Administrativo que el Consejo de Estado en Francia tradicionalmente ha sostenido que la suspensión del acto impugnado está subordinada a dos condiciones, a saber: que la ejecución del acto impugnado entrañe el riesgo de surtir consecuencias difícilmente reparables y que los argumentos enunciados en la demanda aparezcan lo suficientemente serios y de tal naturaleza que justifiquen la eventual anulación del acto impugnado (André De Laubadère, Jean-Claude Venezia e Ives Gaudemet, Traité de Droit Administratif, Tomo I, Undécima Edición, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1990, pág. 398).

Nuestra Sala ha considerado que en los procesos de nulidad cabe la suspensión para evitar una lesión o perjuicio potencial al

principio de separación de poderes o a la integridad del ordenamiento jurídico. Este último caso se produce cuando el acto atacado infringe una norma legal o reglamentaria de mayor jerarquía, y se requiere que la Sala pueda percibir esa infracción a través de una simple confrontación entre ambos o de las pruebas que se hayan aportado al expediente. En este sentido, los argumentos de la demanda y las infracciones que se imputen al acto impugnado deben aparecer de tal seriedad, fuerza y claridad, de forma que eventualmente puedan conducir a una sentencia que acoja la pretensión de nulidad.

II. La suspensión también procede con respecto a contratos administrativos.

El artículo 73 de la Ley 135 de 1943 dispone que la Sala puede suspender los efectos de un acto, resolución o disposición si, a su juicio, ello es necesario para evitar un perjuicio notoriamente grave.

La Sala entiende que cuando la norma arriba mencionada se refiere a un acto, incluye a todos aquellos actos de la Administración Pública sobre cuya legalidad ejerce el control la jurisdicción contencioso administrativa. Así, como lo señala el tratadista español José Antonio García-Trevijano, "queda claro, por tanto, que bajo la denominación actos de la administración, se incluyen todos los que emanan de ella, cualquiera que sea su naturaleza, y que los administrativos son, dentro de aquéllos, una especie determinada por la actuación en faceta jurídico-pública" (Los Actos Administrativos, Editorial Civitas, Madrid, 1986, pág.44).

Para los efectos de la norma arriba citada la palabra acto se refiere a actos de la Administración Pública de competencia de esta Sala e incluye tanto a los actos administrativos strictu sensu, con respecto a los cuales un gran sector de la doctrina enfatiza su carácter unilateral (Georges Vedel y Pierre Delvolvé, Droit Administratif, Presses Universitaires de France, Tomo I, Undécima Edición, París, 1990, págs. 235 y siguientes), y además incluye a los contratos administrativos en los que en cambio "concurren dos voluntades si se trata de un contrato con el Estado, se perfeccionan con el acuerdo de la voluntad de la administración y del contratista particular", (Gustavo Penagos. El Acto Administrativo, Ediciones Librería del Profesional, Tomo I, Cuarta Edición, Bogotá, 1987, pág.311). Pero, si lo esencial es que el acto esté sujeto al Derecho Administrativo y a la jurisdicción contencioso-administrativa para que se considere acto administrativo, entonces, como sostienen de Laubadère, Venezia y Gaudemet, tanto el acto unilateral como el contrato administrativo son actos administrativos (op.cit.pág.495).

Lo importante en esta materia, como ha señalado Fernando Garrido Falla, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Madrid, es "encontrar el conjunto de actos sometidos al régimen jurídico administrativo... pues unos y otros están sometidos a los dos principios fundamentales del régimen jurídico administrativo: sumisión a la Ley y a las normas jerárquicamente superiores y posibilidad de una fiscalización jurisdiccional para hacer efectiva dicha sumisión" (Tratado de Derecho Administrativo, Volúmen I, Undécima Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, pág.384).

De todo lo anterior la Sala concluye que ella tiene potestad para suspender provisionalmente los efectos de todos los actos de

la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo sobre cuya legalidad ejerza el control, y entre esos actos se encuentran tanto los actos administrativos de carácter unilateral como los contratos administrativos.

III. Los tres contratos cuya nulidad se pide son contratos administrativos.

Los tres contratos cuya declaración de nulidad se pide en la demanda son contratos administrativos.

La anterior afirmación se basa en que los tres contratos contienen cláusulas exorbitantes.

Por ello, deben ser tenidos como contratos administrativos y es de competencia de esta Sala pronunciarse sobre su validez o nulidad, según lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 98 del Código Judicial.

En estos tres contratos son cláusulas exorbitantes la séptima y la décimo cuarta. En la primera se conviene que si la Dirección de Aeronáutica Civil necesita disponer del local arrendado aquélla pondrá a disposición del "concesionario" otros espacios de superficie similar e igual categoría y "el concesionario aceptará el cambio". En la cláusula décimo cuarta se prevén las cláusulas que pueden dar lugar a la "resolución administrativa" del contrato.

Ambas cláusulas le otorgan a la Administración Pública potestades que puede ejercer unilateralmente y que no serían admisibles en un contrato de Derecho Privado, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 1107 del Código Civil.

IV. La potestad del Consejo de Gabinete de exceptuar del trámite de licitación pública un contrato, por existir urgencia evidente en su celebración, es de carácter discrecional, pero no puede ejercerse en forma arbitraria.

La potestad que tanto el Consejo de Gabinete como el Ministerio de Hacienda y Tesoro ejerciendo en 1988 para exceptuar del acto de licitación pública o de concurso de precios a los contratos cuya nulidad pide el Contralor General, por considerar que existía urgencia evidente en la celebración de los mismos, es de carácter discrecional, tal como lo señaló la Sala en sentencia de 17 de agosto de 1992. Las potestades discrecionales se oponen a las potestades regladas y facultan a la autoridad administrativa, como dice André De Laubádere, para que, en presencia de circunstancias de hecho dadas, pueda elegir libremente tal o cual decisión sin que su elección esté determinada previamente por una regla jurídica (obra citada, pág. 538).

Como se afirmó en la sentencia de 17 de agosto de 1992 los actos de la Administración expedidos en ejercicio de una potestad discrecional están sujetos al control de esta Sala, sobre todo en lo que se refiere al examen de la competencia de la autoridad que los expidió, la finalidad perseguida por ellos (a fin de determinar si existió desviación de poder), la forma (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 mismos con la realidad o con la calificación jurídica de la misma).

En el presente caso cobra especial importancia el examen

de las finalidades perseguidas tanto por el Consejo de Gabinete como por el Ministro de Hacienda y Tesoro en 1988 al declarar que existía urgencia evidente para celebrar estos tres contratos. Ello es así porque entre los motivos de ilegalidad de los actos de la Administración se encuentra la desviación de poder, prevista en el artículo 26 de la Ley 135 de 1943 reformado por el artículo 16 de la Ley 33 de 1946.

La desviación de poder es un vicio de los actos administrativos que se genera, como señalan los tratadistas De Laubadère, Venezia y Gaudemet, cuando la autoridad administrativa ejecuta o expide un acto de su competencia pero en desarrollo de una finalidad distinta de aquélla por la cual el acto podía ser legalmente expedido (obra citada, pág.444). En este sentido debe tenerse presente que tanto el Consejo de Gabinete como el Ministerio 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 afirmó en la sentencia de 17 de agosto de 1992 (proceso de nulidad sobre contratos celebrados por la Lotería Nacional de Beneficencia para la impresión de billetes y chances) que las autoridades administrativas actúan con una finalidad ilegítima al expedir actos de su competencia 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.

Por otra parte, existe una clara línea divisoria entre la discrecionalidad y la arbitrariedad, según se enfatizó en la sentencia arriba citada. La discrecionalidad debe venir respaldada y justificada, como señala Tomás-Ramón Fernández, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Madrid, por los datos objetivos sobre los cuales opera "para no quedar en simple arbitrariedad" y, por ello, cuando conste de manera cierta la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad a que se aplica, la jurisdicción contenciosa ha de sustituir la solución por la que resulte más adecuada a esa realidad o hechos determinantes. Por ello, la revisión jurisdiccional de la actividad discrecional debe extenderse, en primer lugar, a la verificación de la realidad de los hechos y, en segundo término, a la valoración de si la decisión discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos (Arbitrariedad y discrecionalidad. Editorial Civitas, Madrid, 1991, págs. 115 y 116).]

En el caso que nos ocupa el Consejo de Gabinete expidió la Resolución No.57 de 8 de septiembre de 1988 y la Resolución No.84 de 22 de noviembre de 1988, y el Ministro de Hacienda y Tesoro expidió la Resolución No.92 de 10 de junio de 1988 y las resoluciones No.201 de 1988 y No.11 de 1989 y las resoluciones No.201 de 1988 y No.11 de 1989, sosteniendo que había urgencia evidente para suscribir contratos mediante los cuales se otorgaban locales en arrendamiento para la

venta de licores, perfumes, cigarros, cigarrillos y artículos de belleza como cosméticos.

V.- Los contratos se concedieron a tres sociedades controladas por el yerno del señor Manuel A. Noriega después de ingresar al círculo de éste.

Le asiste razón al Contralor en que fue arbitrario el ejercicio de la potestad discrecional de los citados funcionarios pues se apartó en forma palmaria de la realidad y del interés general ya que no puede existir urgencia evidente en celebrar contratos mediante los cuales se otorgan concesiones para vender artículos que no satisfacen ninguna necesidad urgente de la población o de la Administración pública.

Es un hecho conocido y probado que el yerno del señor Manuel Antonio Noriega, el señor Jean René Beauchamp Galvan, controlaba en 1988 las sociedades Distribuidora ECAISA, S.A., Aromas del Mundo, S.A. y Boutique Parfum, S.A. y para la Sala es evidente que los actos administrativos impugnados se dirigieron a procurarle ventajas, al eximir del trámite de licitación pública o concurso de precios a un tercero, miembro del círculo familiar del señor Noriega, en detrimento de otras personas que podrían haber obtenido estas tres concesiones si éstas se hubieran otorgado mediante licitación pública o concurso de precios. Es claro entonces que esos actos administrativos infringieron, por desviación de poder, el numeral 4 del artículo 58 del Código Fiscal ya que la declaración de urgencia evidente "que no permita conceder el tiempo necesario" para la licitación pública o el concurso de precios no se compagina con la realidad y perseguía la finalidad de favorecer a un tercero con total prescindencia del interés general.

Es claro, entonces, que se ha producido una evidente desviación de poder y un ejercicio arbitrario de la potestad de exceptuar a tres contratos de trámites de licitación pública o concurso de precios, y la Sala, en principio, debe acceder a lo solicitado por el Contralor General para evitar mayores perjuicios potenciales al ordenamiento jurídico y al Estado Panameño.

El Licdo. José Alberto Alvarez, abogado de Boutique Parfum, S.A. y Aromas del Mundo, S.A., sostiene, en una declaración jurada rendida ante Notario Público y aportada a este proceso (fojas 117 a 119), que el señor Jean René Beauchamp, a quien representaba el Licdo. Alvarez, ya no es el "dueño" de estas dos sociedades, cuyas acciones, según dicho abogado, fueron transferidas a "inversionistas panameños" con posterioridad "a la invasión estadounidense de 20 de diciembre" de 1989 (a foja 117 en el reverso y a foja 188). La declaración del abogado José Alberto Alvarez no es prueba suficiente ni idónea, a juicio de la Sala, para acreditar la transferencia de las acciones a "inversionistas panameños", por un parte, y, por otra parte, el cambio en la propiedad de las acciones de estas sociedades no sana el vicio original de estos contratos: una irregularidad externa a los contratos consistente en una desviación de poder que se concreta en una desviación del procedimiento de selección del contratista, desde una licitación pública o concurso de precios, hacia una contratación directa con la finalidad de conceder ventajas al señor Jean R. Beauchamp, entonces yerno del señor Manuel A. Noriega.

En este caso se produce la misma situación que la tratada en la sentencia de 17 de agosto de 1992, que recayó sobre dos contratos celebrados por la Lotería Nacional, a saber: una desviación del procedi-

miento de selección del contratista con la finalidad de favorecer a personas allegadas o familiares del señor Manuel A. Noriega. Por ello, la Sala debe mantener igual criterio que el vertido en esa sentencia: que los contratos infringen palmariamente el ordenamiento jurídico.

VI.- El contrato celebrado con Distribuidora ECAISA, S.A. no puede suspenderse en virtud de lo dispuesto en el artículo 538 del Código Judicial.

La firma de abogados Arias, Alemán y Mora compareció al proceso actuando en representación de Motta Internacional, S.A. en su calidad de tercero interesado. Esta sociedad entabló un proceso civil contra Distribuidora ECAISA, S.A. y con anterioridad al mismo propuso una acción de secuestro en virtud de la cual el Juzgado Segundo del Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá decretó formal secuestro sobre los bienes de dicha sociedad hasta la concurrencia de la suma de trescientos cuarenta y dos mil doscientos cuarenta y dos balboas con treinta y seis centavos (B/. 342,242.36) y se nombró como depositario administrador al señor Jorge Abad. Posteriormente, señala el Licdo. Jaime Mora, el mismo Juzgado profirió sentencia condenando a Distribuidora ECAISA, S.A. a pagar a Motta Internacional, S.A. la suma de trescientos cuarenta y dos mil doscientos cuarenta y dos balboas con treinta y seis centavos (B/.342,242.36) en concepto de capital y la suma de treinta mil ochocientos un balboas con ochenta y un balboas (B/.30.801.81) en concepto de intereses. La sentencia de 25 de junio de 1991 fue apelada por los apoderados judiciales de Distribuidora ECAISA, S.A. pero posteriormente los mismos presentaron desistimiento del recurso de apelación, el cual fue admitido por el Primer Tribunal Superior de Justicia en acto de 10 de enero de 1992.

Ante la situación anteriormente descrita la Sala no puede acceder a la petición del Contralor General de la República de nombrar un administrador judicial y de suspender el contrato celebrado entre la Dirección de Aeronáutica Civil y Distribuidora ECAISA, S.A. porque el artículo 538 del Código Judicial es muy claro al señalar que en pretensiones personales, cuando exista una sentencia favorable al demandante, el depósito judicial persiste hasta que se verifique el pago de lo debido o se rematen los bienes secuestrados. En este caso existe una sentencia ejecutoriada en favor de Motta Internacional, S.A. por lo que el secuestro y la administración judicial que decretó el Juzgado Segundo de Circuito de lo Civil deben mantenerse hasta tanto Distribuidora ECAISA, S.A. haya hecho el pago de todo lo debido a Motta Internacional, S.A. De las pruebas presentadas por el Licdo. Jaime Mora es claro que se trata de un proceso real, no simulado y de medidas cautelares decretadas en 1991, con mucha anterioridad a este proceso. Sin embargo, la Sala vigilará los pagos efectuados por el administrador judicial a Motta Internacional S.A. a fin de verificar en qué fecha se termina de pagar la deuda y proceder entonces a la suspensión de este contrato. Para ello la Sala, con fundamento en los artículos 521 y 542 del Código Judicial, debe exigir informes mensuales al administrador depositario antes mencionado.

La Sala concluye que se amerita la suspensión provisional de los contratos celebrados entre la Dirección de Aeronáutica Civil y las sociedades Boutique Parfum, S.A. y Aromas del Mundo, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 135 de 1943.

En consecuencia, la Sala Tercera (Contencioso Administrativa)

de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, SUSPENDE PROVISIONALMENTE los contratos administrativos celebrados entre la Dirección de Aeronáutica Civil y las sociedades Aromas del Mundo, S.A. (Contrato No.004/89 de 1 de octubre de 1988) y Boutique Parfum S.A. (Contrato No.134/88 de 16 de junio de 1988) y DECLARA que el administrador judicial de los bienes de Distribuidora ECAISA, S.A. debe presentar ante el Magistrado Sustanciador informes mensuales sobre los pagos que efectúe con cargo a la deuda de dicha sociedad con Motta Internacional S.A.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

(Fdo.) ARTURO HOYOS.

(Fdo.) EDGARDO MOLINO MOLA.

(Fdo.) MIRTZA ANGELICA FRANCESCHI DE AGUILERA.

(Fdo.) ANAIS BOYD DE GERNADO.
Secretaria Encargada.-

PROCESO DE PROTECCION A LOS DERECHOS HUMANOS INTERPUESTO POR LA FIRMA RIVERA Y RIVERA EN REPRESENTACION DE LA ASOCIACION DE USUARIOS DE LA ZONA LIBRE DE COLON, PARA QUE SE DECLARE NULO POR ILEGAL EL CONVENIO ENTRE LA DIRECCION NACIONAL DE TRANSPORTE TERRESTRE Y LA COORDINADORA DE FUERZAS PRODUCTIVAS DE COLON, SIN FECHA. (MAGISTRADO PONENTE: **ARTURO HOYOS**).

CONTENIDO JURIDICO.-

Sala Tercera. Contencioso Administrativo.
Proceso Contencioso Administrativo de protección a los Derechos Humanos.
Convenio celebrado entre el Ministerio de Gobierno y Justicia y la Coordinadora de la Provincia de COLON. Transporte de pasajeros. Limitación al Derecho de circulación.
Derecho Humano justiciable. "El Derecho de circulación, solo puede ser limitado mediante un decreto Ejecutivo o una ley.
Suspensión provisional del acto administrativo impugnado.

Considera la Sala que efectivamente estamos ante un derecho humano justiciable ya que el mismo puede ser exigido judicialmente, por su naturaleza, frente a la Administración Pública.

Para la Sala es evidente que las limitaciones del derecho de circulación que tienen todos los ciudadanos panameños, sólo puede ser limitado