



322

REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO, ADMINISTRATIVO Y LABORAL

Panamá, veinticinco (25) de agosto de dos mil quince (2015).

VISTOS:

La firma Tapia, Linares y Alfaro, ha presentado Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad a fin de que esta Sala Tercera declare nulo, por ilegal, el Contrato DA-043-2010 de 6 de agosto de 2010, celebrado entre el Ministerio de Seguridad Pública y SELEX ES S.P.A. (celebrado originalmente con SELEX SISTEMI INTEGRATI S.P.A.), refrendado el 19 de octubre de 2010, por la Contraloría General de la República, y de sus Adendas No.1 (día y mes en blanco) de 2013, refrendada el 22 de enero de 2014, y la Adenda No.2, celebrada el 17 de junio de 2014, y refrendada el 15 de julio de 2014, ambas por la Contraloría General de la República.

El referido contrato se da para la ejecución del memorándum de entendimiento de cooperación técnica entre el gobierno de la República Italiana y el Gobierno de la República de Panamá, para el **“SUMINISTRO, INSTALACIÓN, CAPACITACIÓN Y FINANCIAMIENTO DE UN SISTEMA DE VIGILANCIA COSTERA PARA EL SERVICIO NACIONAL AERONAVAL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ”**.

Una vez revisada la actuación se percata el Tribunal, que la parte actora ha solicitado dentro de su demanda de nulidad, la suspensión

provisional de los efectos del acto acusado, la cual redacta en los siguientes términos:

“... ”

V. SOLICITUD PREVIA Y URGENTE DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DEL CONTRATO DEMANDADO.

Solicitamos a los señores Magistrados, con fundamento en el artículo 73 de la Ley 135 de 1943, que dada la concurrencia de los dos presupuestos requeridos para la procedencia de una medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo impugnado: el periculum in mora y el fumus boni iuris, ordene la suspensión provisional de los efectos del contrato DA-043-2010, de 6 de agosto de 2010, celebrado entre el Estado Panameño y SELEX SISTEMA INTEGRATI S.P.A., para el suministro instalación, capacitación y financiamiento de un sistema de vigilancia Costera para el SERVICIO NACIONAL AERONAVAL, por un precio de NOVENTA MILLONES QUINIENTOS VEINTIUN MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SIETE CON 05/100 EUROS.

APARIENCIA DE BUEN DERECHO (FUMUS BONI IURIS)

En el Contrato No.043-2010, de 6 de agosto de 2010, que se adjunta como prueba prima facie y demás concordantes y en el análisis del derecho invocado, se observa de manera clara, ostensible e incontestable, y acreditado a simple vista, que EL MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA celebro una contratación directa con la empresa SELEX SISTEMI INTEGRATI, S.P.A. ahora SELEX ES S.P.A. para el suministro instalación, capacitación y financiamiento de un sistema de vigilancia costera para el SERVICIO NACIONAL AERONAVAL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ. Sin embargo, EL MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA, suscribió dicha contratación directa a solo tres (3) días de ser aprobada la contratación directa mediante la Resolución No.113 de 3 de agosto de 2010, proferida por el CONSEJO DE GABINETE, y, con clara desviación de poder ya que el contrato fue elaborado para favorecer un interés particular y no público, como lo demuestra la supuesta sociedad comisionista AGAFIA CORP., perteneciente a panameños, y como indicio, sin tener este ningún Estudio Técnico Calificado ni financiero que ameritara la contratación y ejecución del Contrato con SELEX SISTEMI INTEGRATI S.P.A., empresa subsidiaria del Grupo FINMECANICA. Como ya hemos indicado, el Estado panameño solo se percató de la existencia de este supuesto intermediario, que habría de recibir el DIEZ POR CIENTO (10%) del monto del contrato, sin ninguna justificación legales como ya queda explicado detalladamente en los hechos de esta demanda y en las innumerables pruebas que estamos aportando donde queda

en evidencia que la celebración de este contrato solo tuvo por finalidad enriquecer a funcionarios públicos, del más alto nivel, y a la empresa contratista.

Conforme a lo que el derecho estipula, en el Contrato No.043-2010, de 6 de agosto de 2010, podemos observar que tiene la apariencia de estar ceñido a Derecho, pero fue celebrado por las partes por motivos y para fines distintos a los señalados en la Ley, es decir, con fines distintos al interés público; siendo irrelevante si lograron o no su propósito, y aquí lo determinante son los motivos y fines reales que tuvieron las partes, el cual no es acorde con el ordenamiento jurídico ya que encubre otros propósitos, distintos de la relación jurídica establecida entre las partes. Si hay alguna duda al respecto basta con observar los diferentes contratos con AGAFIA CORP., que aparecen enumerados aquí de 19 a 26, así como, entre otras, la sentencia del Tribunal de Nápoles de 11 de diciembre de 2014, debidamente autenticada y apostillada, y distinguida como prueba No.30.

Tal y como hemos mencionado en los hechos de demanda, la finalidad del contrato de blindar y de suministrar una seguridad costera en el Estado Panameño, no fue la finalidad principal ni el objetivo del contrato sino un interés particular, por lo que queda acreditado debidamente la apariencia de buen derecho de nuestro mandante para exigir la nulidad de dicho contrato administrativo.

PELIGRO EN LA DEMORA (PERICULUM IN MORA)

Los derechos económicos del Estado son vulnerados por el presente contrato objeto de impugnación, ya que el patrimonio del Estado se ve gravemente comprometido, por las sumas multimillonarias que pesan sobre el erario público, en relación al cumplimiento de los pagos contenidos en el contrato No.043-2010, de 6 de agosto de 2010, que aportamos como prueba y que, como puede verse, gravita una desproporción injusta de beneficios a favor de un particular en contra del patrimonio del Estado. Desde el momento en que la actual administración pública del Estado supo de los procesos penales que se seguían al señor Lavitola y al señor Pozzessere en Italia, relacionados con los contratos de las subsidiarias de FINMECCANICA en Panamá, y que ha permitido no solo al Gobierno, sino también a la ciudadanía, enterarse de la existencia de la supuesta intermediaria AGAFIA CORP., y quienes eran los integrantes de esta sociedad, es decir, funcionarios panameños, el actual Gobierno Nacional suspendió cualquier pago destinado a alguna de las subsidiarias de FINMECCANICA, y exigió explicaciones al contratista, que una y otra vez, las ha eludido, se ha estado en una situación de facto (ver las sentencias y las ordenanzas judiciales que estamos incorporando con esta Demanda de Nulidad). Es fundamental que esta Honorable Corte legalice esta suspensión de facto, por medio de la suspensión provisional del contrato impugnado hasta que haya una decisión de

fondo.

Si observamos el informe que nos ha entregado el Ministerio de Seguridad Pública dirección de Administración y Finanzas, observamos que actualmente existe la obligación de pagar la suma de Euros 38,760,203.40 (B/.51,163,468.49) para un equipo que ni siquiera puede detectar una lancha rápida que permita la movilización de las fuerzas de seguridad para interceptarlas. Ya el Estado panameño ha pagado el CINCUENTA Y SIETE POR CIENTO DEL PRECIO (57%), es decir la suma de Euros 51,761,763.65 (B/.68,325,528.02). (Ver prueba 37) Es urgente que esta Honorable Corte impida, por medio de la suspensión del contrato, que se le pague un real más a una obligación que se originó por razones muy alejadas de los fines del Estado, y de esta manera evitar mayores perjuicios al Estado.

...”

Antes de adentrarnos en el análisis de la medida solicitada, queremos dejar en claro la competencia de esta Sala Tercera, ya que si bien es cierto, en el contrato acusado existe una cláusula de arbitraje, ésta especifica que el mismo se dará en caso de existir conflicto o controversias entre las partes, sobre la interpretación unilateral, terminación unilateral, modificación del Contrato, ejecución del Contrato, equilibrio económico del Contrato, imprevisión sobreviniente que afecte la ecuación económica de las prestaciones originalmente pactadas por las partes. Sin embargo, la competencia de esta Sala Tercera, es para pronunciarse sobre la nulidad o no del contrato, por ser contrario a la ley o no.

En esa línea, la Sala Tercera de la Corte Suprema ha señalado en innumerables ocasiones, que la nulidad de los contratos administrativos puede producirse ya sea por irregularidades externas como por irregularidades internas que afecten a los mismos. Las primeras tienen que ver con el consentimiento de las partes y las segundas con el objeto o causa del contrato, o bien que el contenido del mismo sea contrario al orden

público.

Al respecto, ha dicho la Sala con anterioridad, "se deben examinar estos vicios en cada caso concreto a fin de determinar la gravedad de los mismos ya que, a juicio de la Sala, solo los vicios que revistan gravedad pueden dar lugar a la nulidad total del contrato."

Explicado esto, tenemos que la demanda de nulidad tiene como finalidad la tutela del ordenamiento jurídico, logrando que el acto administrativo demandado quede sin efecto por contrariar las normas superiores del derecho. Esta demanda consagra un interés general prevaleciendo la defensa de la legalidad abstracta sobre los actos de la administración los cuales son de inferior categoría o infralegales.

Expuesto lo anterior, tenemos que el artículo 73 de la Ley 135 de 1943, establece dicha medida, artículo el cual transcribimos a continuación:

“Artículo 73. El Tribunal de lo contencioso-administrativo en pleno puede suspender los efectos de un acto, resolución o disposición, si a su juicio, ello es necesario para evitar un perjuicio notoriamente grave.”.

La citada suspensión en los procesos contencioso administrativo de nulidad procede con la finalidad de evitar potenciales violaciones al orden jurídico objetivo y al principio constitucional de separación de los poderes del Estado previsto en el artículo 2 de la Constitución Nacional. También es de particular relevancia los posibles perjuicios irreparables o de difícil reparación, que dichos actos de no ser suspendidos, podrían causar a la colectividad.

“Artículo 2. El Poder Público sólo emana del pueblo. Lo ejerce el Estado conforme esta Constitución lo establece, por medio de los Órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los cuales actúan limitada y separadamente, pero en armónica colaboración.”.

Dentro de este marco de referencia, y sin entrar en consideraciones de fondo en relación a la pretensión del demandante, que no resultan procedentes en esta etapa del proceso, la Sala Tercera se ve precisada a señalar primeramente que en reiterada jurisprudencia se ha sostenido que, en las demandas contencioso-administrativas de nulidad, como la que nos ocupa, ese perjuicio *está constituido por violaciones ostensibles o manifiestas del ordenamiento jurídico*, de modo que es fundamental probar que éste exista a *prima facie* para que la suspensión provisional sea viable. Esto es así, porque mediante estos procesos no se persigue el restablecimiento de los derechos subjetivos, sino la tutela del ordenamiento jurídico.

En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala ha reiterado en numerosas ocasiones que para acceder a la medida cautelar de suspensión provisional del acto demandado, se debe demostrar la apariencia de un buen derecho, así como debe acreditarse la existencia de un perjuicio notoriamente grave en la demora.

Señalando específicamente que el fundamento esencial para que se acceda a la solicitud de suspensión en los procesos de nulidad, es la palmaria o clara violación del acto impugnado. De esa forma se pronunció la Sala, mediante resolución de 23 de julio de 2003, de la cual nos permitimos citar el siguiente extracto:

“En este sentido, la Sala ha manifestado en forma reiterada que

tratándose de demandas contencioso administrativas de nulidad los perjuicios que se persigue evitar con la suspensión de los efectos de los actos impugnados son las lesiones al orden jurídico, porque el objeto de estas acciones es la sujeción a la Ley de los actos administrativos de carácter general y si bien los perjuicios que el acto que se impugna pueda causar, en algunos casos, son tomados en cuenta al resolver la medida cautelar, estos no determinan por sí solos la decisión que se dicte. Esto es así porque mediante estos procesos no se persigue esencialmente el restablecimiento de derechos subjetivos sino del ordenamiento jurídico. Por tanto, para que proceda la medida cautelar solicitada en los procesos contenciosos administrativos de nulidad, la ilegalidad de los actos impugnados debe ser clara y notoria, lo que ocurre en el caso en estudio.”. (el resaltado es nuestro)

Con lo anterior, queda claro que la palmaria violación del ordenamiento legal, (fumus boni iuris), constituye la piedra angular de toda medida de suspensión provisional decretada dentro de una demanda contenciosa administrativa de nulidad, donde se persigue la tutela del ordenamiento jurídico objetivo.

Expresado lo que antecede, observa el Tribunal que mediante el acto impugnado, Contrato No.DA-043-2010, de 6 de agosto de 2010, suscrito por el Ministro de Seguridad Pública, José Raúl Mulino, por parte del Estado, y Antonio Ritriivi, en representación se SELEX Sistemi Integrati S.p.A., por el contratista, se da la ejecución del memorándum de entendimiento de cooperación técnica entre el Gobierno de la República Italiana y el Gobierno de la República de Panamá, el cual tiene como objeto el fortalecer la seguridad en la República de Panamá, el Canal de Panamá y por consiguiente en la Región Centroamericana, a través de colaboración técnica por parte de la República Italiana.

La decisión del Estado de suscribir los contratos se encuentra materializada en las resoluciones del Consejo de Gabinete, visibles de fojas

96 a 104 del expediente.

Que en consideración de lo anterior, el Estado Panameño decidió suscribir los siguientes contratos por un valor global a no exceder doscientos millones de euros (Euro 200,000,000.00) con las siguientes empresas del grupo Finmeccanica:

“Primero: Contrato Llave en mano entre EL ESTADO y SELEX Sistemi Integrati S.a.P. para el suministro de un Sistema de Vigilancia Costera para el Servicio Nacional Aeronaval.

Segundo: Contrato Llave en mano entre EL ESTADO y TELESPAZIO Argentina S.A., sociedad controlada por Telespazio S.p.A. de Italia y representante de sus intereses en la región e integrante de Grupo Finmeccanica, para el suministro de Cartografía digital de la República de Panamá.

Tercero: Contrato Llave en mano entre EL ESTADO y AGUSTA S.p.A. para el suministro de seis (6) helicópteros para el Servicio nacional Aeronaval.

...”

Con el contrato demandado, el contratista se obligaba formalmente al Suministro e Instalación de un sistema de Vigilancia Costera para el Servicio Nacional Aeronaval de la República de Panamá (SENAN) en adelante denominado Sistema de Vigilancia Costera, de acuerdo a las especificaciones técnicas presentadas en la propuesta adjuntada al contrato como Anexo A. Por su parte, el Estado Panameño se obligaba a pagar a el contratista por el suministro, instalación, y capacitación del Sistema de Vigilancia Costera la suma de Noventa millones Quinientos Veintiún Mil Novecientos Sesenta y siete con 05/100 Euros (Euros 90,521,967.05).

El demandante ha señalado, que el contrato acusado, se produjo con clara desviación de poder ya que el mismo fue elaborado para favorecer un interés particular y no público, poniendo en evidencia que la celebración de este contrato sólo tuvo como finalidad enriquecer a funcionarios públicos,

del más alto nivel, y a la empresa contratista.

En ese sentido ha denunciado como violado el artículo 53 de la Ley 38 de 2000, que establece que: "fuera de los supuestos contenidos en el artículo anterior, será meramente anulable, conforme a las normas contenidas en este título, todo acto que incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder".

Con lo anterior, queda establecido legalmente que la desviación de poder constituye un motivo de anulación del acto administrativo.

Al respecto de la desviación de poder, esta opera como un control a la inmunidad judicial de la discrecionalidad, siendo sus orígenes reseñados por el autor Eduardo García de Enterría en su obra Curso de Derecho Administrativo de la siguiente forma:

- “...
 A) La evolución de las técnicas de control
 El asedio a la inmunidad judicial de la discrecionalidad resume uno de los capítulos más importantes de la evolución del Derecho Administrativo. La discrecionalidad es inicialmente equiparada a los <<actos de gestión>>, y respecto de la misma no se admite recurso contencioso administrativo por las razones que bien nos constan. Tempranamente (en el primer tercio del siglo XIX) surge en Francia el recurso llamado de <<exceso de poder>> como una excepción a esa inmunidad, para controlar, aunque excepcionalmente, los actos de autoridad en alguno de sus aspectos, ya que no en su fondo. Inicialmente este recurso sólo se admite cuando la impugnación está basada en un vicio de incompetencia del órgano que dicta el acto. Pronto, sin embargo, el Consejo de Estado francés, que es el lúcido creador de estas técnicas, va a equiparar a la incompetencia el vicio de forma, puesto que la competencia está atribuida al órgano por la Ley para que la ejerza precisamente por un cauce determinado. El paso siguiente es el descubrimiento de la técnica de la desviación de poder como tercera vía de penetración en la esfera exenta de la discrecionalidad: la libertad de decisión conferida al órgano no le autoriza a apartarse del fin en consideración al cual la

potestad se ha otorgado. A fin de siglo se extiende el recurso a cualquier violación de Ley, directa o indirecta, con lo cual la vía excepcional que era el *exces de pouvoir* se ha generalizado, desplazando, incluso, a la vía ordinaria que era el recurso de plena jurisdicción (el cual queda desplazado definitivamente hacia temas únicos de responsabilidad patrimonial) y englobando, por su mayor flexibilidad y por su nueva lógica de valoración de las relaciones jurídico-administrativas, incluso la impugnación de los actos de gestión. La evolución posterior contempla la progresiva extensión del recurso hacia el control de los hechos de cuya consideración parte la acción administrativa, aspecto desdeñado inicialmente por la tendencia a configurarlo como una casación, y, en segundo término, a la equiparación de la violación de Ley con la violación de los principios generales del Derecho, aspecto sobre todo desarrollado ya en esta última pos-guerra.
 ...”.

En ese sentido, encontramos que el artículo 201 numeral 37 de la Ley 38 de 2000, norma denunciada como violada por el acto demandado, define la desviación de poder como la **emisión o celebración de un acto administrativo con apariencia de esta ceñido a derecho, pero que se ha adoptado por motivos o para fines distintos a los señalados en la ley.**

La desviación de poder también es definida como, "el hecho de una autoridad administrativa que, realizando un acto de su competencia con observancia de las normas prescritas y no incurriendo en violación formal de la ley, ***usa de su poder con fines y por motivos distintos de aquéllos en vista de los cuales le fue concedido tal poder***; es decir, distintos del servicio." (MORGAN, Eduardo. Los recursos contencioso-administrativos de nulidad y de plena jurisdicción en el derecho panameño. Serie D. Vol. I. Panamá. 1961. pág. 189).

En la obra, Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo, se

expone que la desviación de poder consiste en:

"...el hecho de que una autoridad administrativa, investida de competencia para expedir un determinado acto administrativo, la utiliza con fines distintos a los previstos en la Constitución y las leyes.

...

Vemos entonces como la causal de anulación de los actos administrativos por desviación de poder apunta a la teleología de los mismos; es decir, el objetivo que deben buscar, de tal manera que cuando una autoridad administrativa, aun cumpliendo un acto de su competencia y observando para ello las formas prescritas, hace uso de sus poderes para fines distintos de aquellos para los cuales esos poderes le fueron conferidos está actuando con desviación de poder. Esta desviación puede darse aunque no se haya incurrido en ninguna violación formal de la ley.

...". (TEMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORANEO, Jaime Vidal Perdomo).

Según Laferrière, la desviación de poder es "el vicio consistente en desviar un poder legal del fin para el cual fue instituido, haciéndolo servir a finalidades para las cuales no está destinado". Se trata de un "abuso del mandato conferido al administrador que se caracteriza por la incorrección del fin, de las intenciones que han guiado al administrador" (Laferrière. Citado por Gustavo Penagos. El Acto Administrativo. Ediciones Librería del Profesional, 5ª Ed. Bogotá. 1992. pág. 615).

Por su parte, el autor ROJAS ARBELÁEZ comenta, que la actividad administrativa tiene como finalidad el interés público. Esa actividad, sin embargo, "bajo una apariencia de interés general puede estar inspirada, recónditamente, por motivos particulares. Con un acto administrativo, la autoridad, bajo esa apariencia de interés público, puede estar buscando un interés personal del funcionario, de un amigo o de un pariente. Al procederse así se produce la causal mencionada, porque se ha utilizado la herramienta del poder público, no para buscar el bien general, sino el

interés particular" (Gabriel, ROJAS ARBELÁEZ. El Espíritu del Derecho Administrativo. Edit. Temis. 4ª Ed. Bogotá. 1985. pág. 48).

Juan Carlos Galindo Vacha, refiere en su obra Lecciones de Derecho Procesal Administrativo, lo siguiente:

"... El fundamento de esta teoría, según Jean Appleton, radicaba en el presupuesto según el cual los administradores han recibido sus poderes y están facultados solamente para el bien del servicio, por lo cual cualquier desviación deberá ser sancionada..."

En la obra Tratado de Derecho Administrativo, el autor Fernando Garrido Falla formula interesantes comentarios en torno a la desviación de poder, que a continuación se transcriben:

"Así como el elemento causa se determina con la contestación a la pregunta "por qué", el elemento fin del acto administrativo es la respuesta a la pregunta "para qué". Y así como la realización de actos de Derecho privado por los particulares no responden a exigencias objetivas de la ley, sino a los motivos extrajurídicos que animan a cada sujeto, en cambio el acto administrativo se dirige siempre a una finalidad objetivamente determinada: el interés público o el interés del servicio público.

...

La jurisprudencia francesa proporciona un arsenal de ejemplos en materia de desviación de poder, pudiéndose descubrir este vicio en los siguientes casos: imposición de una sanción más grave por animosidad de la autoridad administrativa hacia el sancionado, o para satisfacer venganzas personales; prohibición del toque de campanas de las iglesias por razones de sectarismo político o religioso; prohibición de una procesión de culto católico so pretexto de exigencias del tráfico, pero por móviles también políticos o religiosos; prohibición de una función de cine a la hora en que estaba anunciado un concierto de la Banda municipal para lograr mayor asistencia a este último, etc. Como se ve, se trata siempre de una actuación inspirada por consideraciones ajenas al servicio. GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Vol I. Parte General. Edit. Tecnos. 11ª Ed. Madrid. 1989. págs. 437, 438 y 439).".

El mismo autor señala, que "la apreciación de este vicio es sumamente difícil, pues, como es natural, la autoridad que ha actuado por móviles ajenos al servicio, se habrá preocupado de enmascararlos convenientemente, o, al menos de no dar publicidad a sus intenciones. Por otra parte, la jurisdicción con facultades para realizar una investigación de este tipo debe proceder con un tacto exquisito, dado lo delicado de su misión."

Sin embargo, esto no quiere decir que sea una tarea imposible, pues una vez se presenten las pruebas suficientes que la acrediten, o en el caso de la suspensión indicios serios de que la hubo, el Tribunal podrá detectarla.

La determinación de la desviación de poder en la que presuntamente ha incurrido un funcionario público es una tarea que requiere mucho cuidado, pues, en ese proceso valorativo no sólo deben examinarse elementos objetivos o concretos que obran en el proceso, sino también, el elemento subjetivo relativo a la conducta o proceder del funcionario público de que se trate. La valoración conjunta de ambos elementos es lo que puede llevar al juzgador a comprobar si se ha incurrido o no en desviación de poder.

En el caso que nos ocupa, se han hecho acusaciones serias en el sentido de señalar que en la conformación del Contrato DA-043-2010, de 6 de agosto de 2010, celebrado entre el Estado Panameño y SELEX SISTEMAS INTEGRATI S.P.A. (ahora SELEX ES S.p.A.), y sus adendas, para el suministro instalación, capacitación y financiamiento de un sistema de vigilancia costera para el SERVICIO NACIONAL AERONAVAL, por un

precio de NOVENTA MILLONES QUINIENTOS VEINTUN MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SIETE CON 05/100 EUROS (Euros 90,521,967.05), se ha infringido numeral 37 del artículo 201 de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, pues se actuó con desviación de poder para obtener beneficios particulares consistentes en pagos indebidos, tanto a funcionarios de Estado Panameño, como a la empresa contratada de forma directa.

En ese sentido, para acreditar la desviación de poder se hace necesario, incorporar elementos de prueba, así como también ha de ser valorada la conducta o proceder del funcionario.

Estaríamos en presencia de desviación de poder, si el agente utiliza sus poderes legales en pro de su interés personal, siendo que dicha desviación habría que constatarla en la intención o la finalidad de obrar de la administración, la cual se alejaría de una finalidad de un interés de servicio público en su motivación, para darle un interés personal de beneficio o lucro, que a través de un acto permitido por ley podría estarce realizando.

En este caso concreto, ha manifestado el demandante que las tres sociedades subsidiarias de FINMECCANICA que realizaron contratos con el Estado Panameño, es decir, AUGUSTA, S.P.A., SELEX SISTEMI INTEGRATI, S.P.A. (ahora SELEX ES A.P.A.) y TELESPAPIO ARGENTINA S.A., suscribieron contratos de una supuesta agencia o de comisión con la empresa panameña AGAFIA CORP, por un monto equivalente al DIEZ POR CIENTO (10%) del precio bruto de venta, de cada uno de los contratos que

las empresas subsidiarias de FINMECCANICA celebraron con el Estado panameño, es decir, la suma total de DIECIOCHO MILLONES TRESCIENTOS VEINTISIETE MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO CON 53/100 Euros (Euros 18,327,868.53).

Sigue expresando el petente de la medida de suspensión, que con el objeto de guardar la apariencia de legalidad de las comisiones que recibirían los verdaderos dueños de AGAFIA CORP., los contratos entre ésta, y las subsidiarias del conglomerado FINMECCANICA, AUGUSTA S.p.A., SELEX SISEMI INTEGRATI, S.p.A., (ahora SELEX ES S.p.A.) y TELESPAZIO ARGENTINA, S.A., se realizaron de manera oculta y sin el conocimiento del Consejo de Gabinete, a pesar de que las negociaciones entre FINMECCANICA y el Gobierno de la República de Panamá, se hicieron de manera directa, es decir, sin la participación de intermediarios.

Que la existencia de AGAFIA CORP., como intermediario, y la comisión que debería recibir por los servicios prestados, no aparece en ningún documento en manos del Estado Panameño, incluyendo los contratos celebrados entre las subsidiarias del conglomerado FINMECCANICA y el Estado Panameño.

Que el conocimiento de la existencia de AGAFIA CORP., y de la comisión que la misma devengaría, sólo salió a relucir a la luz pública luego de las investigaciones judiciales realizadas por los fiscales italianos de la ciudad de Nápoles, Vincenzo Piscitelli, Henry John Woodcock y Francesco Curcio. Específicamente, la existencia de AGAFIA CORP., fue detectada por primera vez en las interceptaciones de las conversaciones de Valter

Lavitola, ordenadas por los fiscales italianos, y cuyas transcripciones reposan en los expedientes judiciales de Italia.

Como prueba, se ha acompañado al expediente, en relación con lo anterior, la traducción de la resolución del Tribunal de Nápoles VI Sección Penal, donde a foja 418 se expone que: **“las investigaciones que condujeron al proceso permitieron verificar la existencia de una enmarañada red de intereses económicos y empresariales entre Italia y Panamá.** Se verificó de hecho que importantes grupos empresariales italianos obtuvieron grandes comisiones por la ejecución de obras públicas en el país centroamericano. Concerniendo dichas investigaciones, la figura de Valter Lavitola surgió (según la declaración del testigo Schiattarella durante la audiencia del 22 de mayo de 2014) en calidad de sujeto involucrado en una serie de hipótesis de corrupción internacional entre exponentes del gobierno panameño y representantes de empresas italianas activas en Panamá. En particular, el testigo reconstruyó, aunque sumariamente, las relaciones entre empresas italianas Svenmark y Finmeccanica, por un lado, y el presidente Martinelli y sus secuaces por otro, cuyo objetivo específicamente era la construcción de cárceles modulares en Panamá, por parte de Svenmark, y suministrarle al gobierno panameño helicópteros y otros productos, por parte de Finmeccanica.”.

A foja 419 del expediente en estudio, se continúa expresando lo siguiente:

“...
Justo durante las negociaciones que llevaron al ya mencionado acuerdo, Pozzessere tuvo la oportunidad de conocer y de disfrutar del papel de intermediario de Valter Lavitola, presentado por el presidente del consejo de ministros

italiano de esa época, Berlusconi, al presidente y administrador de Finmeccanica, el ingeniero Guarguaglini. Fue precisamente Lavitola quien comentó a **Pozzessere la posibilidad de obtener contratos a través del presidente Martinelli**, gracias a sus contactos cercanos en aquel país...
...”

Más adelante, en la referida resolución, a fojas 435, se hace alusión a declaraciones dadas por los testigos Reguzzo y Moder, siendo que el primero declaró: “haber recibido por parte de Lavitola la solicitud explícita de absorber los costos del viaje a Cerdeña de una comitiva presidencial, en la cual participaba Martinelli.”.

También se expone a foja 689, que: “fue en Panamá que el Presidente Martinelli firmó el acuerdo entre gobiernos (también esto gracias a la intermediación de Lavitola), acuerdo que constituyó la premisa política-normativa de los contratos que se concluyeron sucesivamente en las empresas italianas, entre las cuales se encontraba las del grupo Finmeccanica; fue en Panamá, donde se movía desde largo tiempo, teniendo casa y una relación con Karen De Gracia, **donde Lavitola pudo obtener los encargos privados con Martinelli (promesa de coima); fue en Panamá, finalmente, que se constituyó la empresa Agafia, con el objetivo de canalizar la coima para Martinelli.**”.

Con lo anterior, por lo menos en esta instancia, se acreditan indicios, de que en la conformación del contrato demandado existió desviación de poder, ya que el mismo se realizó para obtener beneficios personales de forma ilícita, y no para satisfacer un interés público.

Y es que en el presente caso, no nos estamos refiriendo a que el

contrato no era necesario, o que inclusive en el mismo hubieron violaciones en su tramitación, sino que, la desviación de poder viene dada porque la intencionalidad del contratante era adjudicar aparentemente dicho contrato millonario a la empresa en mención directamente, para así obtener un pago a su favor, buscando un interés económico personal con la firma del mismo, tanto para miembros del gobierno como para la empresa.

Esta premisa viene a responder el porqué del contrato demandado, siendo que la intencionalidad de adjudicar el mismo de forma directa a las empresas referidas era el beneficiar tanto a ésta, como a altos funcionarios del gobierno con jugosas sumas de dinero, conforme se puede establecer preliminarmente.

Además, observa el Tribunal que el Ministerio de Seguridad Pública, suscribió dicha contratación directa a sólo tres (3) días de ser aprobada la contratación directa mediante la Resolución No.113 de 3 de agosto de 2010, proferida por el Consejo de Gabinete.

Al respecto, se incorporó a foja 99 a la 100, la Resolución de Gabinete No.113 de 3 de agosto de 2010, mediante la cual se autoriza al Ministerio de Seguridad Pública para que suscriba el contrato para la ejecución del Memorandum de Entendimiento de Cooperación Técnica entre el Gobierno de la República Italiana y el Gobierno de la República de Panamá entre EL ESTADO y SELEX Sistema Integrati S.p.A. para el suministro, instalación, capacitación y financiamiento de un Sistema de Vigilancia Costera para el Servicio Nacional Aeronaval, bajo la condición de seguridad ciudadana y del Estado por un monto de noventa millones

quinientos veintiún mil novecientos sesenta y siete con 05/100 Euros (Euros 90,967.05). Posterior a esto, y a solo tres días de emitida la referida resolución, se firma el Contrato DA-043-2010 de 6 de agosto de 2010, celebrado entre el Ministerio de Seguridad Pública y SELEX ES S.P.A.

Ante esta situación, la Sala Tercera está llamada a actuar por mandato constitucional, como la salvaguarda de las posibles extralimitaciones o desvíos del poder.

A propósito de lo señalado el autor Martín Retortillo, expresó: "...en el Estado de Derecho la Administración, en todos sus actos, tiene que supeditarse al espíritu jurídico contenido en la Constitución y reflejado en las leyes de observancia obligatoria. **La ley salvaguarda al interesado de las posibles extralimitaciones o desvíos del poder**, otorgándole los procedimientos para combatirlo cuando se excede en su actuación."

Siendo en este caso, el mecanismo utilizado la demanda contencioso administrativa de nulidad que por desviación de poder se ha interpuesto en contra del Contrato DA-043-2010 de 6 de agosto de 2010, y del cual se ha pedido su suspensión como medida cautelar.

Con anterioridad, la Sala Tercera ha reflexionado sobre la desviación de poder, por lo que no es un tema nuevo, exponiendo lo siguiente:

"La potestad que tanto el Consejo de Gabinete como el Ministerio de Hacienda y Tesoro ejercieron en 1987 y 1988 para exceptuar del acto de licitación pública o de concurso de precios a los contratos cuya nulidad pide la Procuradora de la Administración, por considerar que existía urgencia evidente en la celebración de los mismos, es de carácter discrecional. Las

potestades discrecionales se oponen a las potestades regladas y facultan a la autoridad, como dice André De Laubadère, 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 (André de Laubadère, Jean-Claude Venecia e Ives Gaudemet, *Traité de Droit Administratif*, Tomo I, Undécima edición, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1990, pág. 538).

No obstante, 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 motivos 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 1987 y 1988 al declarar que existía urgencia evidente para celebrar estos dos contratos. Ello es así porque entre los motivos de ilegalidad de los actos de la Administración Pública 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, Venecia 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 la Junta Directiva de la Lotería Nacional y 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 considera que las autoridades administrativas actúan con una finalidad ilegítima al expedir actos de su competencia, en concordancia con lo señalado por André De Laubadère (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 denominados 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)

En general en la América Latina los tratadistas han entendido que el Órgano Judicial puede controlar los actos administrativos mediante los cuales se declare la urgencia notoria para celebrar un contrato administrativo. Así el administrativista argentino José Roberto Dromi ha escrito lo siguiente: "¿puede el Órgano Judicial controlar la existencia de los requisitos de la urgencia como causal de contratación directa? Entendemos que sí. Las circunstancias de que la emergencia sea concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva, resultan de la normativa jurídica, y de no interpretarse que es un proceder reglado, es al menos discrecional con límites jurídicos siendo factible la fiscalización judicial de éstos" (La Licitación Pública, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, pág. 168.

Resulta palmario que tanto el Consejo de Gabinete como el Ministro de Hacienda y Tesoro y la Junta Directiva de la Lotería Nacional de Beneficencia actuaron, en 1987 y 1988, con desviación de poder al declarar que existía urgencia notoria en la celebración de ambos contratos, con lo cual se permitió que ambos se celebraran directamente, obviando los procedimientos legales para seleccionar a un contratista mediante licitación pública o concurso de precios. **No obraron estas personas y entidades en pos del interés público al efectuar esas excepciones sino que el móvil de esos actos fue el interés de un tercero pues la decisión estuvo dirigida a favorecer a unos particulares en detrimento de otros.** Ello es así porque al exceptuarse estos contratos del procedimiento de licitación pública o de concurso de precios, se buscaba favorecer los intereses del señor Tomás Gabriel Altamirano Duque y sus hijos, personas íntimamente vinculadas al gobierno de ese entonces.

Si los actos separables del contrato administrativo (en este caso las resoluciones que hicieron posible la contratación directa por supuesta urgencia notoria) infringen la ley por desviación de poder debe entenderse que el contrato administrativo ipso facto es también nulo. La Sala mantiene esta tesis pues ella tiene claro sustento normativo en lo dispuesto en los artículos 64 y 75 del

Código Fiscal. Así lo ha entendido también la doctrina y el Consejo de Estado de Francia en sentencia de 1º de marzo de 1946 (Cfr. Dominique Pouyaud, op. cit. pág. 331). La desviación de poder en este caso se concreta como una desviación del procedimiento para seleccionar al contratista, de una licitación pública y de un concurso de precios, hacia la contratación directa con una finalidad distinta a la del interés general, que es la única que deben perseguir las autoridades administrativas al autorizar y celebrar contratos como los que nos ocupan." (Sentencia de 17 de agosto de 1992).

En ese sentido, la Sala Tercera ha establecido a través de su reiterada jurisprudencia, su perspectiva respecto al tema.

Así, transcribimos los siguientes dictámenes:

Sentencia de quince (15) de noviembre de 1994, bajo la ponencia de la Magistrada Mirtza Franceschi de Aguilera:

La desviación de poder se da cuando la administración usa sus poderes para un fin diferente de aquel en virtud del cual le fueron conferidos. Significa ésto que la facultad discrecional con que pueden obrar los órganos de poder en ejercicio de sus atribuciones no es jamás ilimitada, y debe ser siempre motivada por razones de buen servicio, y no por móviles de afecto o desafecto personal, de malevolencia o de favoritismo, en contra o en beneficio de alguien. (PENAGOS, obra citada, p. 922).

En el caso que nos ocupa el Ministerio de Vivienda está facultado, por ley, para regular todo lo concerniente a las zonificaciones -artículo 2 de la Ley 9 de 25 de enero de 1973-, como ente administrativo especializado y técnico en la materia. Estas funciones fueron cumplidas por el ente administrativo que procedió a dictar la resolución N° 59-90 impugnada después de hacer el Estudio de Rezonificación que se lee de fojas 78 a 139 del expediente administrativo.

Sin embargo, considera la Sala, que la autorización otorgada al Ministerio de Vivienda para no atender una de sus funciones durante un período de tiempo y la limitación que impone a los propietarios del sector rezonificado, el artículo 2º de la Resolución N°59-90 de 1990, constituyen desviaciones de las facultades conferidas al Ministerio de Vivienda en la Ley 9 de 1973 ya que no corresponden a la finalidad con que la ley se las otorgó. Si bien, la Resolución N°59-90 está motivada y en la misma se invoca las normas en cumplimiento de las cuales se aprueba, mediante el artículo primero, el plano de rezonificación, a juicio de la Sala no está entre los fines para los cuales fue creado el Ministerio de Vivienda lo preceptuado en el artículo

segundo. La administración ha usado el poder que se le otorgó con la finalidad de establecer, coordinar y asegurar de manera efectiva la política nacional de vivienda y desarrollo urbano, con un fin distinto, como lo es el de preceptuar que se abstendrá de aprobar cambios de zonificación en un sector de la ciudad por cinco años, precepto de carácter general que limita los derechos de los propietarios de esa zona y autoriza al Ministerio de Vivienda para abstenerse de cumplir con una de sus obligaciones por un período de tiempo. Siendo esto así se ha producido la violación alegada por desviación de poder.

Sentencia de quince (15) de julio de 2002, bajo la ponencia del Magistrado Adán Arnulfo Arjona:

Ante este escenario jurídico, la Sala se ve precisada a reconocer que las autoridades ministeriales incurrieron en una situación de desviación de poder, al aprobar un cambio de zonificación, que no sólo contravenía todos los informes y opiniones técnicas levantadas, sino los objetivos y fines de las normas urbanísticas.

El fenómeno conocido como desviación de poder ha sido advertido por la Sala Tercera en anteriores procesos, donde ha sido invocado como causal para demandar la nulidad de un acto administrativo. Veamos:

Estos hechos se enmarcan en el motivo de ilegalidad que nuestra legislación y la doctrina ha denominado desviación de poder. Este concepto jurídico ha sido definido por Hauriou en los siguientes términos: "Es el hecho de una autoridad administrativa que realizando un acto de su competencia con la observancia de las normas prescritas y no incurriendo en violación formal de ley, usa de su poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales les fue conferido tal poder; es decir, distintos del bien del servicio". (Hauriou en Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo VII, pág. 333). (26 de julio de 1999).

El tratadista Gustavo Penagos en su obra El Acto Administrativo también desarrolla de manera prolija esta figura:

. . . Tiene lugar cuando el funcionario o entidad administrativa profiera el acto, el cual aparece inobjetable en apariencia, pues no contiene una violación de la ley, reúne las formalidades propias, ha sido dictado de acuerdo a la competencia legal, pero en esencia fue expedido no con la finalidad del buen servicio público, sino para satisfacer intereses particulares.

...

Lo que viola el acto dictado con desviación de poder es, en último análisis, el postulado básico del estado de derecho que pudiera enunciarse así: El poder público no se justifica sino en función de servicio a la colectividad. De este postulado se deduce, en primer lugar, que la discrecionalidad con que pueden obrar los

órganos del poder en ejercicio de sus atribuciones no es jamás ilimitada.

En el campo administrativo, donde es necesaria la facultad discrecional sobre la oportunidad y conveniencia de un gran número de las decisiones que hayan de adoptarse (pues la ley no puede preverlo y regularlo todo), cualquier decisión ha de ser tomada únicamente en orden al normal y correcto funcionamiento del servicio público o, en otras palabras, debe ser siempre motivada por razones de buen servicio.

Como todo acto administrativo obedece siempre a motivos, quien impugna un acto administrativo porque fue proferido >con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación correspondiente, afirma que le agente administrativo ya no obró en función del buen servicio sino por motivos ajenos a dicha finalidad ineludible. De ahí que en todo juicio de nulidad del acto administrativo por desviación de poder son los motivos determinantes del acto impugnado los que hay que juzgar.

(PENAGOS, Gustavo. El Acto Administrativo. Ediciones Librería del Profesional, 30 Ed. Bogotá, 1981. pág. 483 a 485).

Se desprende de los conceptos vertidos, que existe desviación de poder cuando no hay concordancia entre la actuación administrativa y el fin perseguido por la ley, como se aprecia en este caso.

La zonificación, como ya se explicó, tiene como finalidad la división del territorio, observando el desarrollo de cada sector. Este mecanismo del desarrollo urbano, que persigue el crecimiento ordenado o planeamiento de los poblados o ciudades para atender las necesidades materiales de la vida humana, propugna por la mejor calidad de vida de los habitantes.

En el negocio de marras, es evidente que la finalidad perseguida por los emisores del acto impugnado difiere del objetivo del desarrollo urbano.

Así, aunque la solicitud presentada para el cambio de uso de suelo de la finca 22341 y el trámite inicial que se imprimió a esta solicitud en la Dirección General de Desarrollo Urbano no presentaban deficiencias formales, las reiteradas advertencias formuladas por los funcionarios a cargo de este proceso, sobre la inconveniencia de adoptar el código RM3 a la mencionada finca y que fueron desatendidas, denotan la actuación de las máximas autoridades ministeriales, con fines distintos a los perseguidos por la Ley. (V.gr. Informe No. 134-98 de 20 de mayo de 1998 y su anexo, Informe General del caso El Cangrejo e Informe de 22 de noviembre de 1996).

Tampoco es ajena la Sala Tercera, a los procesos internacionales que

en virtud de las actuaciones que giran alrededor del contrato acusado se han dado, las cuales conforman parte del juicio por corrupción que se sigue en Italia a directivos de la compañía italiana Finmeccanica investigados por supuesto soborno a autoridades panameñas.

Relacionado con lo expuesto, la Doctora Miriam Mabel Ivanega, expresó lo siguiente: “lo contrario a la transparencia suele identificarse como corrupción: **“utilización de potestades públicas para interés particulares”**, figura que encuentra su semejanza en el vicio de la desviación de poder, esto es, “el uso del poder con violación de la finalidad – de interés público - que inspiró el otorgamiento de las facultades pertinentes al órgano; un uso que deriva en provecho directo de quien lo ejerce o de quien gestiona una conducta determinada”.

Inclusive en la traducción oficial del Mandato de Aplicación de Medidas Cautelares Personales emitida por el Tribunal de Nápoles, Sección del Juez de las indagaciones preliminares, se señala que: “Lavitola Valter actuando en calidad de consultor de Finmeccanica spa y de intermediario con los representantes del Gobierno Panameño (comprador último de los productos industriales) y **teniendo como objetivo conseguirle a las empresas de Finmeccanica una ilícita ventaja en la estipulación de contratos de suministros por una suma de 180 millones de euros que habría de efectuarse en el cuadro de la operación internacional definida sobre el acuerdo sobre la seguridad entre los gobiernos de Italia y Panamá..., prometiéndole al presidente de la República de Panamá, Ricardo Martinelli, y a otros exponentes políticos y del gobierno aún en proceso de exhaustiva identificación –sujetos que**

definieron con sus decisiones el cierre de dichos contratos-, ganancias de tipo económico por un total aún no aclarado, además de 18 millones de euros como remuneración por las ya mencionadas decisiones políticas y administrativas, suma que habría de llegar a los destinatarios de manera oculta, camuflajeada en lo particular bajo forma de pago por gastos de consultoría y asistencia por las ya mencionadas empresas italianas Telespazio Argentina. Augusta Westland y Selex sistema integrati a la empresa AGAFIA Corp., S.A., efectivamente vinculada a y fundada por el ya mencionado Ricardo Martinelli –aunque representada y administrada formalmente por Karen Yzzell De Gracia Castro, directora de AGAFIA Corp., S.A., pantalla elegida por Lavítola –habiendo sido dichas actividades de consultoría y de asistencia nunca efectuadas y menos aún necesarias, y cuya contratación con las empresas Telespazio, Augusta Westland y Selex sistema fue solicitada directamente por Pozzessere.”. (fojas 607 a 608).

Estos hechos vienen a sustentar la medida de suspensión, pues la apariencia de desviación de poder indica en estos momentos, que se dio posiblemente para favorecer tanto a altos funcionarios del gobierno panameño, como a empresas italianas, con la adjudicación directa del contrato demandado, con la cual se obtendría lucros millonarios de forma ilícita para ambas partes.

Además, se cuenta con la Resolución de Gabinete No.78 de 28 de julio de 2015, en la cual se expresó que varios fiscales de la República Italiana iniciaron investigaciones, con el fin de determinar si durante la

celebración o ejecución de los contratos referidos, se cometió el delito de corrupción internacional u otros delitos.

En ese sentido, parte de la referida Resolución de Gabinete, la cual es visible a fojas 90 a 92 del dossier, expone:

"...

Que con ocasión de las encuestas penales iniciadas por los fiscales italianos, se abrió causa criminal por parte de la jurisdicción penal de la República Italiana, dentro de la cual se ha llamado a juicio a uno o varios individuos relacionados directa o indirectamente con las empresas Selex Sistemi Integrati, S.p.A. ahora Selex Es S.p.A., Svemark o con el conglomerado conocido como FINMECCANICA, S.p.A.

Que varios fiscales de la República Italiana han iniciado investigaciones, con el fin de determinar si durante la vigencia del Memorandum de Entendimiento de Cooperación Técnica entre el Gobierno de la República Italiana y el Gobierno de la República de Panamá, se extorsionó a, o se cometió algún delito en contra de, la empresa Impregilio o en contra de algún agente, representante, mandatario, director dignatario o gerente de dicha empresa italiana, para que, con el fin de ocultar un pago indebido, efectuase la donación de un hospital en la provincia de Veraguas, República de Panamá.

Que los procesos judiciales referidos han avanzado al punto de existir llamamiento a juicio o apertura de causa criminal en varias de ellos en la República Italiana.

...".

Los elementos que se tienen hasta el momento, apuntan que para la emisión del contrato demandado, posiblemente hubo intereses personales de por medio, con lo cual se buscaba favorecer económicamente a terceras personas, donde se manejaron cifras millonarias en perjuicio del Estado Panameño.

Contrario a lo expuesto, los contratos administrativos deben tener como finalidad la satisfacción de un interés público, definido por el jurista Héctor Jorge Escola como "el resultado de un conjunto de intereses

individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos." (Héctor Jorge Escola, "El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, Págs. 249 y 250).

También es preciso establecer que la discrecionalidad administrativa está sujeta a límites, no pudiendo ser absoluta ni desproporcionada. En ese sentido, la administración sólo puede ejercer potestades discrecionales, por amplias que sean, para cumplir con fines públicos, y en ninguna forma para satisfacer un interés o lucro personal.

En ese sentido, el autor Miguel Sánchez Morón, en su obra Derecho Administrativo, ha realizado las siguientes anotaciones:

"...
La administración sólo puede ejercer las potestades discrecionales, por amplias que sean, para fines de interés público y en concreto para atender al fin previsto por las normas que regulan cada actividad. De lo contrario incurre en una infracción del ordenamiento conocida como desviación de poder... Se incurre en esta causa de ilegalidad no sólo cuando quien apoya una decisión persigue fines particulares, aún disfrazados de intereses públicos (por ejemplo, diseñar las bases de un concurso para contratar empleados públicos <a la medida> de determinadas personas), sino también cuando la actuación administrativa persigue fines públicos distintos de aquellos para los que se le otorgaron facultades correspondientes (por ejemplo, se expropia suelo no para facilitar la construcción de viviendas sociales, cuando así se prevé legalmente, sino para incrementar

el patrimonio y la financiación municipal mediante su posterior enajenación).”.

En este caso en particular, hay fuertes indicios que detrás de la formación del Contrato DA-043-2010 de 6 de agosto de 2010, existía un interés de recibir beneficios económicos por parte de miembros del gobierno, siendo este interés particular el que vicia un acto que si bien puede haberse desarrollado de forma legal, involucraba una desviación en la facultad discrecional de la administración.

Y es que la desviación de poder en el presente caso no se encuentra acreditada con meras conjeturas, sino que se han incorporado resoluciones de la justicia italiana, donde dan cuenta de la trama o negociado, con fines de lucro indebido por parte de los que negociaban dicho contrato, donde se hacen señalamientos a altas figuras del gobierno como receptores de beneficios, sumas importantes de dinero o coimas.

También hay que tomar en cuenta, que tampoco se exige una prueba plena, sino que basta con una prueba indiciaria, revestida de suficiente poder para fundamentar la convicción de que en este caso hay motivos suficientes para suspender el acto demandado, pues la apariencia de la desviación de poder se encuentra comprobada.

Con relación al tema, nos permitimos citar nuevamente al autor Miguel Sánchez Morón, quien refiere lo siguiente:

“...
Como es natural, quien alega la existencia de desviación de poder debe probarla. Y ésta es la mayor dificultad para que este límite de la discrecionalidad sea verdaderamente operativo ya

que, como puede comprenderse, raramente existe evidencia de los supuestos fines ilícitos realmente perseguidos por los agentes públicos. Desde luego, como indica la jurisprudencia, no basta para constatar la existencia de desviación de poder alegar meras conjeturas o suposiciones, simples irregularidades formales o hechos sin suficiente trascendencia. Sin embargo, tampoco se exige una prueba plena, sino que basta la prueba indiciaria, por presunciones o circunstancial, de suficiente entidad para fundamentar la convicción del órgano judicial. Así se enciente con frecuencia por los Tribunales... Con menos frecuencia de lo deseable, quizá porque la desviación de poder encierra un elemento de ilicitud subjetiva, que es más extraño a la función habitual de los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que a los de otras, en particular la penal. Pero no hay razón para que en aquel orden jurisdiccional no pueda deducirse también este tipo de ilícitos, con las consecuencias anulatorias de las decisiones administrativas que le son propias.
 ...”.

En adición a lo anterior, el Ministerio de Seguridad Pública dictó un comunicado donde expresó que el Estado Panameño ha logrado que se acepte su participación como víctima dentro del proceso por soborno internacional que se sigue en Roma, demostrando con esto que existe afectación al Estado.

Todo esto, le da al Tribunal motivos suficientes para acceder a la medida cautelar solicitada, pues existen graves indicios de que el actuar de la administración en la celebración del **Contrato DA-043-2010 de 6 de agosto de 2010**, se dio con desviación de poder.

Además, se encuentran acreditados los **graves perjuicios que resultarían de la no suspensión**, pues como deja expresado el demandante, en base al informe entregado por el Ministerio de Seguridad Pública, Dirección de Administración y Finanzas, actualmente existe la obligación de pagar la suma de Euros 38,760,203.40 (B/.51,163,468.49).

Este perjuicio de darse podría ser de muy difícil reparación para el Estado Panameño, pues recordemos que los efectos de la demanda contencioso administrativa de nulidad sólo operan hacia futuro.

En vista de que se encuentra acreditada una apariencia del buen derecho y un peligro en la demora en la presente solicitud de suspensión, lo procedente es acceder a la misma a fin de evitar mayores afectaciones al erario nacional.

No obstante lo anterior, este Tribunal Colegiado hace la salvedad que la decisión de suspender los efectos del acto demandado, en modo alguno, constituye un criterio final o determinante para el pronunciamiento de fondo que en su momento será emitido por quienes integran esta máxima corporación de justicia. Al respecto el autor José Alfredo Caballero Gea, señaló que, "las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulte irreparable la duración del proceso. De modo que las adopciones de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso". (el resaltado es nuestro).

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley, **SUSPENDE PROVISIONALMENTE** los efectos del **Contrato DA-043-2010 de 6 de agosto de 2010**, celebrado entre el Ministerio de Seguridad Pública y SELEX ES S.P.A. (celebrado originalmente con SELEX SISTEMI INTEGRATI S.P.A.), refrendado el 19 de octubre de 2010, por la Contraloría General de la República, y de sus Adendas No.1 (día y mes en blanco) de 2013, refrendada el 22 de enero de 2014, y la Adenda No.2,

celebrada el 17 de junio de 2014, y refrendada el 15 de julio de 2014,
ambas por la Contraloría General de la República.

NOTIFÍQUESE,



**LUIS RAMÓN FÁBREGA S.
MAGISTRADO**



**ABEL AUGUSTO ZAMORANO
MAGISTRADO**



**NELLY CEDENO DE PAREDES
MAGISTRADA**



**LCDA. KATIA ROSAS
SECRETARIA DE LA SALA TERCERA**

Sala III de la Corte Suprema de Justicia
NOTIFÍQUESE HOY _____ DE _____
DE _____ A LAS _____
DE LA _____

FIRMA

Para notificar a los interesados de la resolución que antecede,
se ha fijado en el expediente No. 9703 en lugar visible a la
Secretaría a los 4.8 - de la Corte
de hoy 20 de Julio de 2015

SECRETARIA