

**Artículo publicado en la Revista “Centro Financiero” - Órgano informativo de la Asociación Bancaria de Panamá**

**Año 27, No. 165**

**Enero / Febrero / Marzo - 2016**

LA “DESVIACIÓN DE PODER” EN PANAMÁ

Por. Julio E. Linares Franco

**Bufete Tapia, Linares y Alfaro**

La figura de la “desviación de poder” no es nueva en la legislación panameña. La misma estaba contemplada en el artículo 26 de la Ley No. 135 de 30 de abril de 1943, al señalar como anulables los actos administrativos en los que se probara “... *el quebrantamiento de las formalidades que deben cumplirse y la **desviación de poder***”. Esta norma específica es derogada por el artículo 206 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, que regula el Procedimiento Administrativo en General. Pero su contenido y propósito se mantienen en la misma Ley 38 en las siguientes disposiciones:

*“Artículo 53: 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**.”*

*“Artículo 162: Los recursos podrán fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluyendo la **desviación de poder**.”*

*“Para los fines de esta Ley, se entiende por **desviación de poder** la emisión o celebración de un acto administrativo con apariencia de estar ceñido a derecho, pero que se ha adoptado por motivos o para fines distintos a los señalados por la ley.*

*“Los vicios y defectos que hagan anulable el acto podrán ser alegados por sus causantes.”*

*“Artículo 201: Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser emitidos conforme a este glosario:*

*“37. **Desviación de poder.** Emisión o celebración de un acto administrativo con apariencia de estar ceñido a derecho, pero que se ha adoptado por motivos o para fines distintos a los señalados por la ley.”*

Adicionalmente la desviación de poder también aparece consagrada en el numeral 6 del artículo 18 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 que regula la contratación pública, en su Texto Único, y que hace referencia al principio de transparencia cuando señala: *“Las autoridades no actuarán con **desviación de poder** o abuso de autoridad*

*y ejercerán su competencia exclusivamente para los fines previstos en la ley; además, les será prohibido eludir procedimientos de selección de contratista y los demás requisitos previstos en la presente Ley.”*

Queda claro que es propósito de nuestro ordenamiento jurídico, condenar por considerarla sancionable, la figura de la desviación de poder. Tanto así que la normativa panameña la califica como un vicio de nulidad de los actos administrativos. A su vez el numeral 1 del artículo 201 de la Ley 38 de 2000, define Acto Administrativo como “ ... *Declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado, conforme a derecho, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el Derecho Administrativo.*” Lo que significa que la desviación de poder aplica para cualquier acuerdo o contrato administrativo celebrado entre el Estado y un particular, que tenga la apariencia de estar ceñido a derecho pero que haya sido celebrado por las partes para fines distintos a los señalados por la ley, siendo irrelevante si se logró o no su reprochable propósito. Lo determinante son los objetivos y fines reales que tuvieron las partes, ajenos al interés público. Cuando la actuación administrativa no concuerda con el fin perseguido por la ley, existe la desviación de poder. No importa que se haya respetado el procedimiento establecido. En otras palabras, se desvirtúa el objeto del contrato trastocándose el interés público, aunque el proceso sea el correcto.

La apreciación de la desviación de poder puede ser sumamente difícil. Y es que la autoridad que haya actuado por móviles ajenos al objeto del contrato, habría tenido el cuidado de enmascararlos lo suficiente, o al menos, no publicitar sus intenciones. Debiendo la autoridad competente para investigar los hechos que la promovieren, actuar con sumo cuidado en esta delicada misión. Pero la tarea no es imposible de presentarse pruebas suficientes para detectarla. Es imperativo valorar de manera conjunta, el examen de los elementos objetivos o concretos que obran en el proceso, así como el elemento subjetivo relacionado con la conducta o proceder del funcionario público involucrado. La desviación de poder no puede limitarse a meras conjeturas. Debe incorporarse el valor probatorio que demuestre, por ejemplo, la trama, el negociado, la coima o el lucro indebido para beneficio de las partes contratantes o allegados. Satisfacer el interés público, debe ser la finalidad de los contratos administrativos. De manera tal que priven los intereses de la mayoría, limitándose lo más posible la discrecionalidad administrativa para que no sea absoluta ni desproporcionada.

Recientemente el Estado panameño solicitó la nulidad de unos contratos relacionados con la instalación, suministro y capacitación de un sistema de vigilancia costera, ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia por desviación de poder, frente a la evidente finalidad de enriquecer a funcionarios públicos del más alto nivel, como a la empresa contratista. Si bien es cierto que el proceso fue desistido debido a que las partes llegaron a un acuerdo de tipo comercial, la Sala Tercera había accedido a la suspensión de los contratos concluyendo entre otras cosas, lo siguiente:

*“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.”*

En conclusión, es perfectamente factible por muy complicado que sea, denunciar la desviación de poder en un contrato administrativo y demostrarla a través de una demanda de nulidad ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia; cuya competencia privativa para conocer la nulidad de los actos administrativos se establece en el numeral 2 del artículo 206 de la Constitución Política, y el numeral 5 del artículo 97 del Código Judicial, al igual que el artículo 32 de la Constitución que garantiza la tutela judicial.