

Proceso de
Inconstitucionalidad.

Propuesto por el Licdo. **Juan Carlos Henríquez Cano**, contra el artículo 2 de la **Ley N°5 de 1988**.

Concepto

Señora Magistrada Presidenta de la Corte Suprema de Justicia. Pleno.

Con fundamento en el artículo 5, numeral 1, del Libro Primero de la Ley N°38 de 2000, concurrimos respetuosos ante el Despacho que Usted preside, con la finalidad de externar nuestro concepto en torno a la Demanda de Inconstitucionalidad propuesta por el Licdo. Juan Carlos Henríquez Cano, quien recurre en contra del artículo 2 de la Ley N°5 de 1988, que es del siguiente tenor literal:

"Artículo 2: Mediante el sistema de concesión administrativa, una persona jurídica o entidad se obliga por su cuenta y riesgo, a realizar cualquiera de las actividades susceptibles de concesión a que se refiere esta Ley, bajo el control y fiscalización de la entidad concedente, a cambio de una retribución que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación del Órgano Ejecutivo, el primero cobre a los usuarios de tales obras, por el tiempo que se determine en el acto que otorga la concesión, mediante la utilización o enajenación de bienes del Estado a favor del concesionario, incluyendo la facultad de rellenar tales bienes o cualquier otra forma que se convenga.

En el caso de rellenos sobre bienes de dominio público, las áreas rellenas constituirán bienes patrimoniales del Estado."

Al externar su inconformidad el demandante precisó que la colisión con el Texto Constitucional está contenido en la frase final de la norma reproducida, habida cuenta que el constituyente, con meridiana claridad, ha querido que determinados **bienes** que cumplen con una importante función en el orden nacional queden bajo la potestad soberana e indiscutible del Estado, tales como: el mar territorial, las aguas lacustres y fluviales, los ríos navegables, las playas y sus riberas, los que -según su criterio- constituyen un patrimonio público por antonomasia.

Agrega el demandante que el Mar Territorial está regulado por la Ley N°38 de 4 de junio de 1995, misma que aprueba la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar suscrita en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, en la que se dispone que su extensión es de 12 millas contadas a partir de la línea de bajamar.

El recurrente precisa, además, que la Ley N°5 de 1988 crea una lesión no sólo del Mar Territorial panameño, sino al resto de los bienes de dominio público, al establecer que cualquier tipo de relleno que se erija sobre bienes de dominio público, las áreas rellenadas dejarán de ser de dominio público y pasarán a ser bienes patrimoniales del Estado y, por ende, susceptibles de apropiación privada.

Obsérvese que se esgrime y cataloga como ligereza y arbitrariedad lo dispuesto en la Ley N°5 de 1988, por vulnerar el artículo 255 de la Constitución Política, que indica:

"Artículo 255: Pertenece al Estado y son de uso público y, por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada:

1. El mar territorial y las aguas lacustres y fluviales; las playas y riberas de las mismas y de los ríos navegables, y los puertos y esteros. Todos estos bienes son de aprovechamiento libre y común, sujetos a la reglamentación que establezca la Ley.
2. Las tierras y las aguas destinadas a servicios públicos y a toda clase de comunicaciones.
3. Las tierras y las aguas destinadas o que el Estado destine a servicios públicos de irrigación, de producción hidroeléctrica, de desagües y de acueductos.
4. El espacio aéreo, la plataforma continental submarina, el lecho y el subsuelo del mar territorial.
5. Los demás bienes que la Ley defina como de uso público.

En todos los casos en que los bienes de propiedad privada se conviertan por disposición legal en bienes de uso público, el dueño de ellos será indemnizado."

- o - o -

El demandante argumenta que el "subterfugio y holgorio semántico" creado mediante la modificación a la Ley N°5 de 1988 se podría arribar a extremos nocivos de autorizar rellenos a lo largo y ancho de todo el mar territorial, los ríos y las playas, despojando al Estado de un elemento consustancial con su naturaleza de Nación y de Estado soberano, el cual es de tener y disponer de los bienes descritos en el artículo 255 de la Carta Magna.

El recurrente acota, además, que dependerá de la naturaleza, la magnitud y de los intereses del proyecto que se desee desarrollar "el gobierno de turno", para ir socavando paulatina y gradualmente el espacio marino y los demás bienes de dominio público, haciendo ilusorio, ineficaz y sin sentido la disposición constitucional que establece que el mar territorial y las aguas interiores son bienes de dominio público, cuando ya todo el espacio estaría otorgado en propiedad privada a merced de los comentados rellenos.

Examen de Constitucionalidad.

Este Despacho observa que es muy importante analizar el texto de la norma de rango constitucional invocada; ya que en ella está contenida la respuesta a la interrogante planteada; es decir, si el artículo 2 de la Ley N°5 de 15 de abril de 1988 vulnera o no el Estatuto Fundamental.

El artículo 255 destaca que **"pertenecen al Estado y son de uso público y, por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada,** el mar territorial y las aguas lacustres y fluviales; las playas y riberas de las mismas y de los ríos navegables, y los puertos y esteros; las tierras y las aguas destinadas a servicios públicos y a toda clase de comunicaciones; las tierras y las aguas destinadas o que el Estado destine a servicios públicos de irrigación, de producción hidroeléctrica, de desagües y de acueductos; el espacio aéreo, la plataforma continental submarina, el lecho y el subsuelo del mar territorial.

La norma dispone, además, que **todos esos bienes son de aprovechamiento libre y común**, sujetos a la reglamentación que establezca la Ley.

De los párrafos precedentes podemos extraer elementos importantes como son los siguientes:

1. Los bienes descritos en el artículo 255 de la Constitución Política pertenecen al Estado.

Lo anterior implica que el Estado posee sobre los bienes descritos en el artículo 255 (bajo análisis) un derecho de propiedad sui géneris, que le permite conservarlos, cuidarlos, utilizarlos y usufructuarlos, por sí mismos o a través de concesionarios.

2. Son bienes de uso público.

Con relación al carácter público de dichos bienes, el Doctor Dulio Arroyo señala que son "aquellos que teniendo por titular a un ente público, a una persona de Derecho Público, están destinados de una manera directa a una función pública, a la utilidad pública, y se encuentran sometidos a un régimen especial de Derecho Público." (Véase Anuario de Derecho N°1, páginas 39 y 40)

3. No pueden ser objeto de apropiación privada.

El hecho que esos bienes no son susceptibles de apropiación privada, implica, por tanto, que son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Son **inalienables**, porque no pueden ser objeto de enajenación o de transferencia del dominio (entiéndase como sinónimo de propiedad) ni total ni parcialmente, porque su destino y régimen impiden que una persona privada pueda

disponer de ellos como propietario, ni gravarlos con algún derecho real; por tanto, no pueden ser susceptibles de permuta, compraventa o cualquier otro acto jurídico como lo es la donación.

Son **imprescriptibles**, porque los bienes que no pueden ser enajenados, tampoco pueden ser objeto de prescripción; toda vez que esta figura implica un modo de adquirir las cosas y una forma de anulación de acciones y derechos. Aunado a lo anterior, con los bienes afectados al dominio no opera el fenómeno de la prescripción, porque su único titular es el Estado.

Son **inembargables**, lo que significa que no pueden ser retenidos, secuestrados, depositados, ni embargados para que respondan por el cumplimiento de obligaciones públicas o privadas.

La Constitución ha delegado en la Ley la reglamentación de lo contenido en el precepto constitucional invocado como vulnerado.

La Ley N°8 de 27 de enero de 1956, por la cual se aprueba el Código Fiscal de la República, en el ordinal 3, del artículo 116, señala que son **inadjudicables**, entre otras cosas, las tierras baldías que consisten en terrenos inundados por las altas mareas, sean o no manglares.

Cabría preguntarse, entonces, ¿qué significa el término adjudicación? La palabra **adjudicación** implica la declaración que algo concreto le pertenece a una persona.

Una interpretación a contrario sensu, significa que ese algo es inadjudicable, cuando no puede pertenecer en propiedad a ninguna persona.

Como puede observarse, la disposición legal arriba a la misma conclusión que el precepto constitucional, por el hecho que las tierras baldías que consisten en terrenos inundados por las altas mareas, sean o no manglares son inadjudicables, lo que implica que las mismas son de uso público.

Ahora bien, tal como se ha expresado en párrafos anteriores, los bienes de dominio público están destinados a satisfacer necesidades de todos los asociados de un país, contrario a lo que sucede con la propiedad privada, en la que su titular (el Estado) tiene ciertos deberes y prerrogativas frente a los demás.

4. Son de aprovechamiento libre y común.

"... En otro orden de ideas, tal como lo afirma la parte denunciante, las playas son de uso general y social y en consecuencia, un bien de dominio público y que por ello no son susceptibles de apropiación particular..." (Extracto de la Sentencia de 2 de diciembre de 1987 de la Sala Tercera de la Corte de Justicia. Registro Judicial de diciembre de 1987, páginas 196-197)

- o - o -

5. Están sujetos a la reglamentación que establezca la Ley.

El principio fundamental establecido en la Carta Política, ha sido desarrollado por el Legislador, como una forma de respetar el derecho que tienen todos los asociados al goce y disfrute de los bienes descritos en el artículo 255

de la Constitución Política, sin mayores limitaciones que las establecidas en la propia Ley.

Como ejemplo de lo anterior, citamos la Ley N°35 de 29 de enero de 1963 (reglamentaria del artículo 209, ordinal 1, de la Constitución Nacional de 1946, actual artículo 255 de la Constitución Política de 1972), la cual regula la utilización de las playas.

Sobre ese particular, es necesario aclarar que aunque los bienes de dominio público estén fuera del comercio, el Estado puede otorgar dichos bienes en concesión administrativa.

Nótese que -en principio- el Estado no pierde su potestad sobre los bienes detallados en el artículo 255 de la Constitución Política y que pudieran ser objeto de una concesión administrativa; ya que la concesión implica el otorgamiento u ofrecimiento que realiza el Estado, a favor de los particulares para que éstos puedan hacer uso de los bienes de dominio público, con la finalidad de construir obras de interés público o explotar servicios generales o locales.

En otro giro, la concesión es el acto mediante el cual "la Administración confiere a personas privadas ciertos derechos o ventajas especiales sobre el dominio del Estado o respecto del público, mediante sujeción a determinadas cargas y obligaciones. La mayoría de tales derechos y ventajas implican el ejercicio de ciertas prerrogativas administrativas." (HENRI CAPITANT. Voc. Jur., pág. 134.

Citado por Andrés Serra Rojas. Derecho Administrativo, 5ª. ed., Impresora Galve, S.A., México, 1972, Tomo II, pág. 960).

Respecto a la concesión de bienes de dominio público, el ilustre tratadista colombiano Jaime Vidal Perdomo, en su obra Derecho Administrativo señala:

"Una posición de mayor respetabilidad jurídica tiene el concesionario de dominio público. Allí media un contrato, un término preciso o indefinido. No obstante, el carácter precario de la concesión, por la naturaleza de los bienes a que se refiere (lo que niega MARIENHOFF), se acredita un derecho subjetivo por parte del concesionario, público y administrativo y no privado. A pesar de la calidad del derecho él puede ser revocado y caducado..."

- o - o -

Agregamos que las mejoras, rellenos u otras construcciones que se lleven a cabo en tales terrenos quedarán libres de costos a favor del Estado al finalizar tales concesiones. Ello es así, porque los rellenos efectuados en dichas áreas constituyen bienes de dominio público.

El fundamento legal de la concesión administrativa, lo encontramos en el artículo 3 del Decreto Ley N°12 de 20 de febrero de 1964, que restablece la vigencia del artículo 122 del Código Fiscal, el cual faculta al Órgano Ejecutivo para **conceder en explotación las tierras inadjudicables** comprendidas en los ordinales 2°, 3°, 8°, 9°, 10° y 11° del artículo 116, con sujeción a lo que dispone ese Código y las leyes especiales.

Los ordinales a los que se refiere el artículo 3 del Decreto Ley N°12 de 20 de febrero de 1964, comprenden los siguientes bienes:

2° Las costas marítimas, que el Órgano Ejecutivo declare que pueden ser utilizadas para dar protección y facilidades a la navegación, para la construcción de ciudades, de puertos o de muelles.

3° Los terrenos inundados por las altas mareas, sean o no manglares.

8° Los terrenos en donde haya fuente de sal, de petróleo, de carburos gaseosos de hidrógeno, de aguas minerales y productos naturales o análogos.

9° Las albinas o los terrenos bajos en donde se produce la sal marina.

10° Los terrenos en donde pública y notoriamente existan huacas indígenas.

11° Los terrenos que el Órgano Legislativo o el Ejecutivo hayan declarado o declaren inadjudicables de una manera permanente o transitoria.

Aunado a lo anterior, se emitió la Ley N°5 de 1988 "por la cual se establece y regula el sistema de ejecución de obras públicas por el sistema de concesión administrativa y se adoptan otras disposiciones".

El artículo 2 de dicha Ley disponía:

"Artículo 2: Mediante el sistema de concesión administrativa, una persona jurídica o entidad se obliga por su cuenta y riesgo, a realizar cualesquiera de las actividades susceptibles de concesión a que se refiere esta ley, bajo el control y

fiscalización de la entidad concedente, a cambio de una retribución que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación del Órgano Ejecutivo, el primero cobre a los usuarios de tales obras por el tiempo que se determine en el acto que otorgue la concesión, o en cualquier otra forma que se convenga."

- o - o -

Posteriormente, el artículo 2 fue modificado por la Ley N°38 de 1995, así:

"**Artículo 2:** Mediante el sistema de concesión administrativa, una persona jurídica o entidad se obliga por su cuenta y riesgo, a realizar cualquiera de las actividades susceptibles de concesión a que se refiere esta Ley, bajo el control y fiscalización de la entidad concedente, a cambio de una retribución que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación del Órgano Ejecutivo, el primero cobre a los usuarios de tales obras, por el tiempo que se determine en el acto que otorga la concesión, mediante la utilización o enajenación de bienes del Estado a favor del concesionario, incluyendo la facultad de rellenar tales bienes o cualquier otra forma que se convenga.

En el caso de rellenos sobre bienes de dominio público, las áreas rellenadas constituirán bienes patrimoniales del Estado."

- o - o -

Así, los particulares que deseen hacer uso de los bienes de uso público deben hacer una **solicitud de concesión** al Ministerio de Economía y Finanzas, por ser la entidad encargada de la administración de los bienes nacionales, según lo dispone el artículo 8 del Código Fiscal, modificado por el artículo 1° del Decreto de Gabinete N°45 de 20 de febrero de 1990.

El Consejo de Gabinete, al emitir el Decreto-Ley N°12 de 20 de febrero de 1964, utilizó la figura de la concesión, porque éste es el medio por el cual el Estado conserva la propiedad sobre los bienes inadjudicables y, a la vez, permite que los particulares utilicen correcta y pacíficamente estas áreas, de acuerdo con los fines específicos, determinados en la ley.

Por consiguiente, conceptuamos que la Concesión Administrativa contenida en el artículo 2 de la Ley N°5 de 1988 no es inconstitucional, porque a través de ella el Estado, representado por las diversas instituciones, otorga a los Particulares el aprovechamiento de bienes de dominio público, con la intención de construir obras u ofrecer servicios que beneficien a la colectividad, bien sean éstas nacionales o locales.

La concesión se formaliza mediante un Contrato, en el que se establecen los derechos y obligaciones del Estado cedente y del concesionario, así como los plazos términos y condiciones en que la misma se va a llevar a efecto.

El beneficio que obtiene el particular es la retribución, que consiste en los derechos o tarifas que cobra el concesionario (previa autorización del Estado), por la realización de una obra o por brindar un servicio público a los particulares. También se denominan retribuciones económicas.

El Autor Andrés Serra Rojas, destacado autor mexicano de Derecho Administrativo, reconoce la justicia de las retribuciones económicas, cuando acota que "...el Estado no

debe olvidar que si un particular adquiere una concesión, es para sacar un **provecho razonable** de ella, poniendo su capital y trabajo en una empresa que puede ofrecer beneficios o pérdidas..." (Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. 5ª. ed., Impresora Galve, S.A. México, 1972, Tomo II, pág. 970).

A nuestro juicio, el Estado es cauteloso al momento de efectuar tales otorgamientos, gracias o concesiones; ya que las mismas se fundamentan en el interés público que debe primar siempre en beneficio de los asociados.

Lo anterior excluye la posibilidad que esos bienes se adjudiquen mediante venta, habida cuenta su calidad de inadjudicables, que lo impide.

Decimos esto, porque la venta constituye la enajenación de una cosa, por un precio o signo que lo represente, y ello trae como consecuencia la transmisión, a otra persona, del dominio del bien o el derecho sobre ella, cosa que no es factible en el caso de los bienes de uso o dominio público, como los señalados en el artículo 255 de la Constitución Política, porque los mismos son inajenables, su único titular es el Estado y los usufructuarios, los asociados.

Esa es la razón por la cual el Constituyente contempló los casos en los que pudieran afectarse bienes privados, y para esas situaciones dispuso:

"En todos los casos en que los bienes de propiedad privada se conviertan por disposición legal en bienes de uso público, el dueño de ellos será indemnizado." (Párrafo final del artículo 255 de la Constitución Política)

Por todo lo expuesto, este Despacho solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados que conforman nuestro máximo Tribunal de Justicia, se sirvan desestimar las pretensiones del demandante y, en su lugar, se declare la constitucionalidad del artículo 2 de la ley N°5 de 1988, tal como quedó modificada por la Ley N°36 de 6 de julio de 1995.

De la Señora Magistrada Presidenta,

original }
Firmado } Licda. Alma Montenegro de Fletcher
 } • Procuradora de la Administración

Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/5/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General