

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 172

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 17 de febrero de 2011

**Proceso de
Inconstitucionalidad.**

El licenciado **Juan Carlos Henríquez Cano**, actuando en su propio nombre y representación, pide la declaratoria de inconstitucionalidad del **artículo 2-A de la ley 5 de 15 de abril de 1988**, tal como quedó adicionado por el artículo 30 de la ley 76 de 15 de noviembre de 2010, publicada en la gaceta oficial 26660-A de 15 de noviembre de 2010.

**Concepto de la Procuraduría
de la Administración.**

**Honorable Magistrado Presidente del Pleno de la Corte
Suprema de Justicia.**

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 206 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 2563 del Código Judicial, con el propósito de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración respecto a la acción de inconstitucionalidad descrita en el margen superior.

I. Norma acusada de inconstitucional.

El accionante solicita que se declare inconstitucional el artículo 2-A de la ley 5 de 15 de abril de 1988, adicionado por el artículo 30 de la ley 76 de 15 de noviembre de 2010, cuyo texto es el siguiente:

**"Artículo 30: Se adiciona el artículo
2-A a la Ley 5 de 1988, así:**

Artículo 2-A. El Estado podrá pactar con el concesionario la construcción y habilitación de las nuevas áreas de terreno que

resulten del relleno del lecho marino u otros medios para desarrollos habitacionales o comerciales, de modo que las nuevas fincas así creadas puedan garantizar el financiamiento del proyecto y/o amortizar el monto total recuperable de la concesión.

En estos casos, previo consentimiento de la entidad licitante, las nuevas fincas resultantes deberán ser desafectadas e inscritas como bienes patrimoniales de la Nación mediante resolución del Consejo de Gabinete, y traspasadas al concesionario o, según sea el caso, a un fideicomiso de administración y garantía, en ambos casos para los fines de la concesión.

Las nuevas fincas que sean traspasadas al concesionario o a un fideicomiso, según lo establecido en el párrafo anterior, podrán ser utilizadas como garantía de las facilidades de financiamiento de la concesión y ser vendidas para los fines de la concesión mediante subasta privada, bajo la fiscalización del Ministerio de Economía y Finanzas, conforme a las siguientes reglas:

1. El concesionario dirigirá y administrará el proceso de la subasta privada, la cual podrá ser mediante convocatoria al público en general (subasta abierta) o por invitación directa con base en una lista corta (subasta cerrada).
2. El procedimiento de subasta será creado por el concesionario y puesto en conocimiento de los participantes y del Ministerio de Economía y Finanzas, y estará orientado a garantizar la transparencia de las ofertas y la eventual adjudicación de las fincas a precios de mercado. La subasta podrá convocarse para ventas individuales de fincas o grupos de fincas, a criterio del

- concesionario. En cada caso, el precio base de la subasta será fijado por el concesionario.
3. El Ministerio de Economía y Finanzas podrá asistir a las reuniones que se celebren en relación con la subasta con los posibles interesados. También podrá solicitar información al concesionario sobre el proceso para fines de fiscalización.
 4. En caso de que, luego de dos intentos de subasta abierta, esta sea declarada desierta por falta de ofertas o por haberse recibido ofertas por debajo del precio base de la subasta, el concesionario podrá vender a terceros la finca o las fincas en cuestión sin necesidad de convocar a subasta. Para los fines de este numeral, entre una y otra subasta sobre los mismos bienes deberán transcurrir por lo menos treinta días hábiles.
 5. El Estado, por conducto del Ministerio de Economía y Finanzas, podrá adquirir fincas del concesionario en los casos y para los fines pactados en el contrato de concesión correspondiente." (Lo subrayado es nuestro).

II. Disposición constitucional que se aduce infringida.

El accionante explica de fojas 4 a 17 del expediente judicial que el artículo 2-A de la ley 5 de 15 de abril de 1988, antes transcrito, infringe en forma directa, por comisión, el artículo 258 de la Constitución Política de la República, que es del tenor siguiente:

"Artículo 258. Pertencen 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."

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

La acción bajo examen se sustenta en la afirmación que hace el accionante en el sentido que la disposición legal acusada es violatoria del artículo 258 de la Carta Magna, puesto que mediante la misma el legislador le reconoce a los particulares ciertos derechos sobre bienes de dominio público, lo que, en opinión del recurrente, deviene en la necesidad que esa Alta Corporación de Justicia, en el ejercicio de la facultad prevista en el numeral 1 del artículo 206 del propio Texto Fundamental, proceda a declarar su inconstitucionalidad.

Al efectuar el análisis de los argumentos esgrimidos por el accionante, observamos que el artículo 2-A de la ley 5 de 1988, adicionado por el artículo 30 de la ley 76 de 2010, permite que las nuevas áreas de terreno que resulten del relleno del lecho marino u otros medios para el desarrollo de proyectos habitacionales o comerciales puedan ser

desafectadas e inscritas como bienes patrimoniales de la Nación, mediante resolución del Consejo de Gabinete, y traspasadas al concesionario para los fines que prevé la propia norma, por lo que con el propósito de lograr una mejor aproximación al tema objeto de este proceso de inconstitucionalidad, resulta pertinente que como primer paso fijemos nuestra atención en los conceptos jurídicos de "bienes de dominio público", y "desafectación", ya que a partir de dicho ejercicio este Despacho podrá hacer una evaluación objetiva sobre los cuestionamientos que plantea el recurrente en torno a la supuesta inconstitucionalidad de la norma legal demandada.

En estos términos, es indispensable traer a colación lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 258 de la Constitución de la República, que expresa que pertenecen al Estado **y son de uso público y, por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada**, el espacio aéreo, la plataforma continental submarina, **el lecho** y el subsuelo del mar territorial. (Lo destacado es de la Procuraduría de la Administración).

Dentro de este contexto, podemos destacar que el mencionado artículo constitucional define como bienes de dominio público del Estado, aquellos que se caracterizan por ser inalienables, imprescriptibles e inembargables y, tal como el propio artículo lo señala, no pueden ser objeto de apropiación privada.

En concordancia con este precepto, el numeral 1 del artículo 329 del Código Civil establece que son bienes de

dominio público, los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas; playas, radas **y otros análogos**.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, el término "dominio público" significa: "El de los bienes destinados al uso público, como las plazas, los caminos o el litoral; a un servicio público, como los edificios públicos o los puertos; o cuya concesión compete a la Administración, como las minas o las aguas continentales. Su régimen jurídico implica la propiedad de una administración pública y un sistema propio de uso y protección."

El tratadista Rafael Bielsa, en su obra Derecho Administrativo, se ha referido a los bienes de dominio público, como: "el conjunto de cosas afectadas al uso 'directo' de la colectividad referida a una entidad administrativa de base territorial, destinadas al uso público de los administrados, y que no son susceptibles, por tanto, de apropiación privada". (BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo, 5ª edición, Tomo III, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 385).

En definitiva, consideramos que los bienes que son de dominio público por su naturaleza, son: el mar territorial, las aguas lacustres y fluviales, las playas, riberas de las mismas y de los ríos navegables, los puertos y esteros, el espacio aéreo, la plataforma continental submarina, el lecho y el subsuelo del mar territorial, tal como aparecen

mencionados, de manera respectiva, en los numerales 1 y 4 del artículo 258 de la Carta Política; o, por destinación, como ocurre en el caso de las tierras y las aguas destinadas a servicios públicos y a toda clase de comunicaciones; y de las tierras y aguas destinadas o que el Estado destine a servicios públicos de irrigación, de producción hidroeléctrica, de desagües y de acueductos a que se refieren los numerales 2 y 3 de la citada norma constitucional.

En opinión de este Despacho, además de todos los bienes de dominio público a los que se refiere la Constitución Política de la República, la Ley puede definir otros bienes como parte de esta categoría, ello de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del propio artículo 258 de la Carta Magna, lo que implica que éstos últimos también estarían incluidos en el grupo de los bienes de dominio público por destinación.

En cuanto al fenómeno de la desafectación, consideramos pertinente reproducir a continuación lo señalado en torno a este concepto por el jurista argentino Roberto Dromi, en su obra denominada Derecho Administrativo:

“Afectar es consagrar un bien del dominio público. Desafectar, por el contrario, es sustraerlo de su destino al uso público. La desafectación de un bien del dominio público, en principio debe efectuarse por un acto de derecho público. Así la Procuración del Tesoro ha establecido: ‘La desafectación no requiere necesariamente el dictado de una ley formal sino que puede realizarse mediante simple acto administrativo, siempre que éste exprese la inequívoca voluntad de liberarlo del vínculo de inenajenabilidad que lo liga al Estado. Excepcionalmente, puede desafectarse el

bien por hechos, pero en tal caso es necesaria la ratificación, mediante acto administrativo.'

...". (DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Séptima Edición. Editorial de Ciencia y Cultura, 1998).

Según la Enciclopedia Jurídica Básica, Volumen II, el cese del dominio del Estado se produce a través del fenómeno opuesto a la afectación, es decir, mediante la desafectación, de forma que el bien que adquiere tal condición deja de ser de dominio público y pasa a ser patrimonial. (Enciclopedia Jurídica Básica, Volumen II. Editorial Civitas, S.A., Madrid-España, 1995, Pág. 2414).

Ese Alto Tribunal de Justicia en varios de sus fallos, expedidos en ejercicio de su atribución de guardiana de la integridad de la Constitución Política de la República, ha sentado el criterio que los bienes de dominio público del Estado pueden ser desafectados a través de leyes y actos administrativos, convirtiéndose entonces en bienes patrimoniales. Así se indica en la sentencia de 11 de diciembre de 2006, cuya parte medular nos permitimos citar a renglón seguido:

"...
 Estamos frente a dos fallos de la Corte Suprema sobre un mismo tema, el del 25 de septiembre de 1970, y el del 30 de diciembre de 2004, que por su aparente contradicción resulta necesario aclarar, a lo cual procede la Corte a continuación de esta forma: como consecuencia de la certeza jurídica de la existencia de la figura de la DESAFECTACIÓN, el Estado puede, a través de un acto de administración, tales como leyes, decretos leyes, resoluciones de gabinete, como en el presente caso, a través de un Contrato de Concesión Administrativa, autorizar la desafectación de bienes de dominio

público para convertirlos en bienes patrimoniales y transferirlos en propiedad. Esto puede hacerlo el Estado, como en el caso en estudio, para retribuir a un concesionario como contraprestación por su inversión en la construcción de una obra pública. Esto no significa que todo relleno sobre bien de dominio público sea considerado directamente como un bien patrimonial, por lo que reiteramos, que para serlo, se requiere previamente de un acto administrativo que lleve a cabo su desafectación.
..." (Lo subrayado es nuestro).

Los criterios doctrinales y jurisprudenciales antes citados, constituyen el marco idóneo para analizar si lo preceptuado por el artículo 2-A de la ley 5 de 15 de abril de 1988, adicionado por el artículo 30 de la ley 76 de 15 de noviembre de 2010, relativo a la desafectación, traspaso y posterior enajenación de las nuevas fincas que resulten del relleno del lecho marino u otros medios para desarrollos habitacionales o comerciales, vulnera o no el contenido del artículo 258 de la Constitución Política de la República.

Para este ejercicio, debemos partir del hecho que de conformidad con el numeral 4 del artículo 258 de la Carta Magna, el lecho y el subsuelo del mar territorial constituyen bienes de dominio público que, según lo indicamos en párrafos precedentes, se caracterizan por su inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, motivo por el cual los particulares jamás podrían adquirir su titularidad.

Por tal razón, debe tomarse en consideración que los bienes de dominio público que se dan en concesión administrativa no pueden perder su naturaleza de destino público, salvo que éstos sean objeto de desafectación, es

decir, que se sustraigan del régimen del derecho administrativo y, consecuentemente, se transformen en bienes patrimoniales del Estado, subordinados al derecho privado.

En este contexto, este Despacho estima oportuno precisar que la desafectación constituye una figura jurídica que en nuestro ordenamiento jurídico aparece desarrollada a través de códigos y leyes, y que si bien no ostenta rango constitucional, lo cierto es que encuentra sustento en lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 282 del Estatuto Fundamental, que dispone que el ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares; pero el Estado las orientará, dirigirá, reglamentará, reemplazará o creará, según las necesidades sociales, con el fin de acrecentar la riqueza nacional y de asegurar sus beneficios para el mayor número posible de habitantes del país.

En consecuencia, el Órgano Ejecutivo, en ejercicio del poder soberano del Estado, que es conforme a la Constitución Política de la República y a la Ley, **puede tomar la decisión de desafectar un bien de dominio público y transformarlo en bien patrimonial del Estado**, para que, en el caso particular que nos ocupa, se obtengan las fórmulas adecuadas para la construcción y habilitación de nuevas áreas de terreno que resulten del relleno del lecho marino a que se refiere el artículo 2-A de la ley 5 de 1988, lo cual debe redundar en beneficio de la economía nacional.

En palabras del administrativista Rafael Bielsa, los bienes patrimoniales del Estado son el conjunto de cosas

sobre las cuales éste ejerce en realidad un derecho de propiedad, es decir, de aquellas cosas que están en su patrimonio. De acuerdo con el jurista, esta clase de bienes se dividen en dos categorías: a) los bienes patrimoniales, destinados a una utilidad o servicio público y, por tanto, no son enajenables; y b) los bienes privados del Estado, que no están afectados a servicios públicos, lo que permite su enajenación cuando ello aporte ventajas al Estado. (BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo, 5ª edición, Tomo III, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1956).

El artículo 334 del Código Civil panameño es claro al señalar que son bienes de propiedad privada, además de los patrimoniales del Estado y del municipio, los pertenecientes a particulares, individual o colectivamente; norma de la que se infiere, tal como lo ha expresado la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, "*...que los bienes patrimoniales son bienes privados pertenecientes al Estado.*". (Cfr. Sentencia de 5 de diciembre de 1997, demanda contencioso administrativa de nulidad presentada por licenciado Carlos A. Ehrman contra las cláusulas primera, segunda, tercera, quinta, séptima, décima sexta y décima octava, del contrato N° 70-96 de 6 de agosto de 1996 celebrado entre el Ministro de Obras Públicas y la sociedad ICA PANAMÁ, S.A.).

De lo anterior se puede interpretar, que resulta perfectamente viable que el Estado panameño enajene los bienes patrimoniales que hayan adquirido este carácter como producto de una alteración de su condición jurídica, y **que, además, no estén destinados a cumplir con una utilidad o**

servicio público, lo que trae aparejada la promoción del desarrollo social y económico del país.

En razón de lo expuesto, estimamos que el cargo de inconstitucionalidad formulado por el actor en contra del artículo 2-A de la ley 5 de 1988, adicionado por el artículo 30 de la ley 76 de 2010, carece de sustento jurídico, puesto que esta norma legal no le reconoce a los particulares derecho alguno sobre bienes de dominio público, por cuanto de acuerdo con su tenor literal, la misma conlleva la obligatoriedad de desafectar el bien antes de traspasarlo al concesionario, ya que, como lo hemos explicado, el bien que antes era de dominio público debe adquirir el carácter de patrimonial o privado, como requisito indispensable para hacer viable su posterior enajenación.

El fenómeno de la desafectación de los bienes de dominio público por parte del Estado y su consecuente transformación jurídica en bienes patrimoniales del mismo, ha sido abordado a través de la jurisprudencia emanada de ese Máximo Tribunal, de la que consideramos pertinente destacar la sentencia de 11 de diciembre de 2006, en la que se hizo un exhaustivo análisis sobre el tema que ocupa nuestra atención, por lo que consideramos de sumo interés reproducirla parcialmente, así:

“Ahora bien, antes que la Corte pueda llegar a una conclusión sobre el tema en estudio, es imprescindible determinar si un bien de dominio público eternamente permanecerá con ese estatus jurídico, ó si es posible que durante su vida pierda dicho estatus. Para tales efectos, es pertinente revisar los antecedentes doctrinarios y fallos anteriores dictados por esta Superioridad.

Así las cosas, observamos que mediante sentencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia de fecha 25 de septiembre de 1970, este máximo tribunal resolvió un caso exactamente igual al que ahora plantea el demandante, esto es, respecto a rellenos contruidos sobre el lecho marino. En aquella ocasión, la Corte Suprema arribó a la siguiente conclusión:

'Tiene razón el recurrente cuando expresa que en el caso de los bienes de uso público, tales como las playas y las orillas de las mismas y de los ríos navegables y todos aquellos enumerados en el artículo 209 de la Constitución Nacional deben conservar ese carácter, pero también es cierto que si el Estado en el libre desenvolvimiento de su política económica y social, estima conveniente la desafectación al dominio público de tales bienes, para garantizar o proteger la hacienda de los asociados o destinarlos a la transformación en beneficio del progreso material de la comunidad, puede desde luego por actos de la administración desafectarlos y convertirlos en patrimoniales.

... Los actos impugnados no violan el ordinal 1° del artículo 209 (ahora 258) de la Constitución Nacional. Es indubitable que los bienes del Estado no son susceptibles de apropiación privada, mientras sean de dominio o uso público. No obstante, el Estado puede modificar la naturaleza de tales bienes para realizar obras de interés público. Por ello, en la práctica y con cierta frecuencia, el Estado desvía ríos, seca pantanos y rellena áreas que originalmente eran marítimas. El resultado es que estos bienes sufren una auténtica transformación en su naturaleza original. Al ocurrir esto, pierden los atributos jurídicos del dominio público. La

desafectación de los bienes de dominio público determina cambio de régimen jurídico y su virtual desafectación o 'declassament' como lo denomina la doctrina francesa, se efectúa por un acto administrativo' y aún en ciertos casos -de carácter excepcional- por hechos (cambio en el curso de un río), en cuyo caso precisa la correspondiente determinación administrativa'.

Además, no debemos desaprovechar la brillante disertación que sobre este tema aporta el maestro DULIO ARROYO, quien nos ilustra así con su pensamiento:

...

...

Por lo anterior, en principio se concluye que existe la figura jurídica de la DESAFECTACIÓN, que permite que el Estado, en ejercicio de sus facultades, a través de un acto administrativo, pueda transformar un bien de dominio público no necesario para un uso o servicio colectivo, en un bien patrimonial del Estado, que a su vez, puede posteriormente ser objeto de apropiación privada.

De esta forma, como lo pudimos aclarar, la figura jurídica de la DESAFECTACIÓN existe antes que la modificación del artículo 2 de la Ley No 5 de 1988 a través del Artículo 20 de la Ley No 36 de 6 de julio de 1995, que fue declarado inconstitucional por esta Corte Suprema de Justicia mediante fallo de 30 de diciembre de 2004. En este último fallo la Corte declaró inconstitucional la frase e inciso final del artículo 2 de la Ley No 5 de 15 de abril de 1988, considerando que vulneraba el artículo 255 de la Constitución. La frase e inciso declarados inconstitucionales son los siguientes:

'... enajenación de bienes del Estado a favor del concesionario incluyendo la facultad de rellenar tales bienes, o por cualquier otra forma que se convenga.

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

Estamos frente a dos fallos de la Corte Suprema sobre un mismo tema, el del 25 de septiembre de 1970, y el del 30 de diciembre de 2004, que por su aparente contradicción resulta necesario aclarar, a lo cual procede la Corte a continuación de esta forma: como consecuencia de la certeza jurídica de la existencia de la figura de la DESAFECTACIÓN, el Estado puede, a través de un acto de administración, tales como leyes, decretos leyes, resoluciones de gabinete, como en el presente caso, a través de un Contrato de Concesión Administrativa, autorizar la desafectación de bienes de dominio público para convertirlos en bienes patrimoniales y transferirlos en propiedad. Esto puede hacerlo el Estado, como en el caso en estudio, para retribuir a un concesionario como contraprestación por su inversión en la construcción de una obra pública. Esto no significa que todo relleno sobre bien de dominio público sea considerado directamente como un bien patrimonial, por lo que reiteramos, que para serlo, se requiere previamente de un acto administrativo que lleve a cabo su desafectación.

Por lo tanto, y en razón de esta verdad jurídica que es la DESAFECTACIÓN, el Contrato de Concesión Administrativa No 70-96 no debe ser declarado inconstitucional, por el simple hecho de que la frase e inciso final del artículo 2 de la Ley 5 de 1988 haya sido declarado inconstitucional.

Incluso, nuestro Código Civil patrio, en su artículo 332 plenamente vigente también prevé la alternativa de la DESAFECTACIÓN, no sólo de bienes de dominio público del Estado, sino también de los bienes de uso público de propiedad de los Municipios.

En consecuencia, esta Superioridad reitera su interpretación expresada en la sentencia de septiembre de 1970 y

declara, que sin necesidad de reforma constitucional, el Estado, mediante Ley, contrato de concesión administrativa para la ejecución de una obra pública, decreto o resolución de gabinete, puede declarar cuáles bienes de uso público pueden ser desafectados y transferidos a la calidad de bienes patrimoniales, con capacidad de pasar al patrimonio privado." (Lo subrayado es nuestro).

En atención a lo expuesto, este Despacho respetuosamente solicita a los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, se sirvan declarar que NO ES INCONSTITUCIONAL el artículo 2-A de la ley 5 de 15 de abril de 1988, adicionado por el artículo 30 de la ley 76 de 15 de noviembre de 2010.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 1175-10-I