



**MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN**

Panamá, 05 de julio de 2007

**Proceso de
Inconstitucionalidad.**

Acción de inconstitucionalidad ejercida por el licenciado **Juan Carlos Henríquez Cano**, actuando en su propio nombre, contra el **Decreto Ejecutivo 133 de 16 de noviembre de 1998 expedido por el Ministerio de Hacienda y Tesoro (hoy Ministerio de Economía y Finanzas)**, por medio del cual se desafecta en su naturaleza de bien de dominio público y se transforma en bien patrimonial del Estado un área de relleno de playa y fondo de mar.

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

**Honorable Magistrada Presidenta del Pleno de la Corte
Suprema de Justicia.**

Acudimos 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. Acto acusado de inconstitucional.

La parte actora solicita que se declare inconstitucional el decreto ejecutivo 133 de 16 de noviembre de 1998 expedido por el Ministerio de Hacienda y Tesoro (hoy Ministerio de Economía y Finanzas), por medio del cual se desafecta en su naturaleza de bien de dominio público y se transforma en bien patrimonial del Estado un área de relleno de playa y fondo de mar, ubicada en Paitilla, corregimiento de San Francisco,

distrito y provincia de Panamá, cuyo contenido medular se transcribe a renglón seguido:

**"MINISTERIO DE HACIENDA Y TESORO
DECRETO EJECUTIVO No 133
(De 16 de noviembre de 1998)**

Por la (sic) cual se desafecta en su naturaleza de bien de dominio público y se transforma en bien patrimonial del Estado un área de relleno de playa y fondo de mar con una superficie de 4 Has + 8089.58 metros cuadrados, ubicado en Paitilla, Corregimiento de San Francisco, Distrito y Provincia de Panamá

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
en uso de sus facultades
constitucionales y legales

CONSIDERANDO

Que la Dirección de Aeronáutica Civil, como entidad autónoma del Estado encargada de la dirección, supervisión, inspección, operación y explotación de la aviación civil en la República de Panamá de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto de Gabinete No 13 de 22 de enero de 1969, tiene bajo su administración el Aeropuerto Marcos A. Gelabert, ubicado en Paitilla, Corregimiento de San Francisco, Distrito y Provincia de Panamá, en donde se prestan servicios a la Aviación Nacional e Internacional.

Que el aeropuerto de Paitilla estuvo constituido originalmente por tres pistas de grama, pero debido al desarrollo urbano de la ciudad capital, así como a la construcción de un grupo de colegios, se eliminaron dos, restando solamente una pista con una longitud de 197 metros, la cual fue pavimentada en el año 1936.

Que entre los años 1941 a 1944 se ejecutó un relleno de áreas de playa y fondo de mar para la extensión de la actual pista de aterrizaje.

Posteriormente, y debido a la apremiante necesidad de dotar a la ciudad de Panamá y por requerimiento

propios del desarrollo de la aviación civil en nuestro país, se produjeron durante los años 1973 hasta 1974, trabajos de extensión de la pista del Aeropuerto en referencia en una longitud de 500 metros, construidos de igual forma por rellenos en áreas de playa y fondo de mar.

Que la extensión del globo de terreno rellenado durante las dos etapas antes mencionadas, debido a los trabajos de extensión de la pista del Aeropuerto de Paitilla presentan en la actualidad condición de terreno firme y arrojan un área de 4 Has + 8089 metros cuadrados con 58 decímetros cuadrados (4 Has + 8089.58 mts.2), área que se describe en el plano MHT No 80809-85335 aprobado desde el día 9 de septiembre de 1998, por la Dirección General de Catastro del Ministerio de Hacienda y Tesoro, dentro de la siguiente descripción: ...

Que de conformidad con estudios practicados, el área de playa y fondo de mar objeto de esta desafectación, han (sic) perdido los atributos y características inherentes a los bienes de dominio público en virtud de los rellenos efectuados sobre la misma, igualmente se determinó que el área de interés no es susceptible de aprovechamiento o disfrute de la colectividad, ni requerida o necesaria para el uso o servicio público.

Que en este sentido, es importante señalar que el criterio sostenido en el párrafo anterior ha sido confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, tal y como podemos observar en el fallo de 25 de septiembre de 1970 y en el fallo de 16 de diciembre de 1994. En estos fallos la Corte Suprema de Justicia ha determinado que para estos casos la desafectación de áreas de dominio público se efectúa a través de un acto administrativo de la autoridad competente, por razón del poder soberano del Estado, quien busca el beneficio general de la colectividad.

Que la Dirección de Aeronáutica Civil se encuentra en la actualidad ejecutando el proyecto de traslado de las operaciones del Aeropuerto Internacional Marcos A. Gelabert de Paitilla hacia la pista de Albrook, como consecuencia del Contrato 70-96 de 6 de agosto de 1996, suscrito entre el Estado panameño representado por el Ministerio de Obras Públicas y la empresa ICA Panamá, S.A. para 'El estudio, diseño, construcción, mantenimiento, administración y explotación del Corredor Sur'.

Que el artículo 99 de la Ley No 56 de 27 de diciembre de 1995, modificado por el Decreto Ley No 7 de 2 de julio de 1997, en su párrafo final señala que corresponde al Organo Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro, la desafectación de los bienes de dominio público.

DECRETA:

PRIMERO: Desafectar en su naturaleza de bien de dominio público y transformar en bien patrimonial del Estado, un área de terreno de 4Has + 8089.58 metros cuadrados que consisten en un relleno de playa y fondo de mar, el cual se describe en el plano MHT No 8089-85335 de 9 de septiembre de 1998, debidamente aprobado por la Dirección General de Catastro del Ministerio de Hacienda y Tesoro, ubicado en Paitilla, Corregimiento de San Francisco, Provincia de Panamá.

DESCRIPCIÓN DE LINDEROS Y MEDIDAS:

...

SEGUNDO: Este Decreto empezará a regir a partir de su promulgación.

FUNDAMENTO LEGAL: Artículo 99 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, modificado por el Decreto Ley No 7 de 2 de julio de 1997. Artículo 8 del Código Fiscal conforme fue modificado por el artículo 1º del Decreto de Gabinete No 45 de 20 de febrero de 1990.

COMUNÍQUESE Y PUBLIQUESE,

Dada en la ciudad de Panamá, a los dieciséis días del mes de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

ERNESTO PÉREZ BALLADARES
Presidente de la República

MIGUEL HERAS CASTRO
Ministro de Hacienda y Tesoro"

II. Disposición constitucional que se estima infringida y concepto de la infracción aducida.

El abogado accionante explica de fojas 7 a 16 del expediente judicial que el decreto ejecutivo 133 de 16 de noviembre de 1998, 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. 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 los 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.

Contrario a lo señalado por el accionante en su demanda, en cuanto a la supuesta infracción del artículo 258 de la Constitución Política de la República, este Despacho estima que el decreto ejecutivo 133 de 16 de noviembre de 1998, no lesiona nuestro ordenamiento constitucional, pues ha sido expedido de conformidad con la jurisprudencia dominante sentada por ese Tribunal, respecto al texto constitucional que en esta ocasión se estima infringido por el actor, la cual es compartida por nosotros, en el sentido que es posible desafectar bienes de dominio público y transformarlos en bienes patrimoniales del Estado, a través de actos expedidos por éste en ejercicio de su poder soberano.

En este sentido, el decreto ejecutivo demandado como inconstitucional, es un acto administrativo que fue emitido teniendo como fundamento legal, como en él se señala, el artículo 99 de la ley 56 de 27 de diciembre de 1995, modificado por el decreto ley 7 de 2 de julio de 1997, vigente entonces, y el artículo 8 del Código Fiscal conforme fue modificado por el artículo 1 del decreto de gabinete 45 de 20 de febrero de 1990, normas legales que se presumen constitucionales, las cuales en su parte pertinente son del siguiente tenor:

“Artículo 99. Disposición de bienes.

...

Los bienes de dominio público son indisponibles, salvo que previamente sean desafectados por el Organo

Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro, que reglamentará la materia.”

- o - o -

“Artículo 8: La administración de los bienes nacionales corresponde al Ministerio de Hacienda y Tesoro. Los destinados al uso, o a la prestación de un servicio público serán administrados por el Ministerio o entidad correspondiente, de conformidad con las reglas normativas y de fiscalización que establezca el Organismo Ejecutivo.
...”

En este orden de ideas, pasamos a hacer algunas precisiones sobre los conceptos jurídicos de “bienes de dominio público” y “desafectación”, como pilares fundamentales del presente estudio constitucional.

1. A nuestro entender, la calidad de los llamados bienes de dominio público lleva consigo la característica fundamental de inalienabilidad, de la cual se desprenden también su carácter de inembargables e imprescriptibles, y esa calidad puede estar determinada por una disposición constitucional o legal según se desprende de lo dispuesto por el artículo 258 de la Constitución Política de la República.

El autor Dulio Arroyo (q.e.p.d.), expresó en su momento: *“En este orden de ideas se sostiene que el dominio público comprende todos los bienes que están destinados de una manera directa al uso público, a un servicio público, y en general, a una función pública. Así dice HARIOU, principal defensor y expositor de esta tesis que ‘son dependencias de dominio público las cosas que siendo propiedad administrativa, han sido objeto de una afectación formal de utilidad pública’.* Es éste el criterio que impera en el Código Civil español, en

el Proyecto de Código Civil argentino, en nuestro Código Civil, etc." (Arroyo Dulio, Estudios Jurídicos, Tomo I, pág. 14).

2. Igualmente consideramos que esta clase de bienes pueden ser de dominio público por naturaleza, como son los casos del mar territorial, las aguas lacustres y fluviales, las playas, riberas de las mismas y de los ríos navegables, y esteros, que aparecen mencionados en el numeral 1 del artículo 258 de la Constitución Política de la República; o, por destinación, como son los casos de las tierras y las aguas destinadas a servicios públicos y a toda clase de comunicaciones, y las tierras y las 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 del mismo artículo constitucional.

3. Es nuestro criterio que, además de todos los bienes de dominio público a que se refiere la Constitución Política de la República, la Ley puede definir otros bienes como de **uso público**, de conformidad con el numeral 5 del artículo 258 de la Carta Magna Nacional, lo que implica que éstos pasarían a ser bienes de dominio público por destinación.

4. En cuanto al fenómeno de la desafectación, en palabras de Libardo Rodríguez, "*consiste en que un bien que tenía la calidad de uso público deja de serlo por decisión de autoridad competente, cuando ya no es necesario para la comunidad. Por ejemplo, una antigua carretera que deja de tener utilidad pública por la construcción de una nueva.*"

Finalmente, parece predominar el aspecto de la afectación o desafectación formal, en el sentido de que el carácter de uso público de un bien dependerá en últimas del régimen jurídico al cual sea sometido, lo que implica en el fondo una decisión expresa o tácita de la autoridad para considerar dicho bien de uso público o para dejar de considerarlo como tal."

Rodríguez Libardo. Derecho Administrativo General y colombiano, decimotercera edición, Temis, Bogotá-Colombia, 2002. Página 208.

Según lo ha determinado la Corte Suprema 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, como tendremos oportunidad de observar más adelante, los bienes de dominio público pueden ser **desafectados** de esa condición por el Estado, convirtiéndose entonces en bienes patrimoniales de éste, a través de actos legislativos y administrativos. Esta interpretación es adecuada a la normativa constitucional, a juicio de la Procuraduría de la Administración, porque nuestra Carta Magna no establece que la **desafectación** de los bienes de dominio público deba darse necesariamente mediante una determinada clase de instrumento jurídico.

Por otra parte, en nuestra opinión, el acto de desafectación por parte del Estado, que se impugna, de un bien de dominio público que originalmente estaba incluido en la lista que contiene el artículo 258 de la Constitución Política de la República, como lo es un área de playa y fondo de mar, y que de acuerdo a lo expresado en el propio acto de

desafectación, ahora ha perdido sus atributos y características inherentes a los bienes de dominio público en virtud de los rellenos efectuados sobre el mismo; encuentra parte de su sustento jurídico en lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 282 del Texto Constitucional, que resulta aplicable en virtud del principio de interpretación denominado de Unidad de la Constitución, según el cual el sentido de las normas constitucionales no debe verse aisladamente, sino considerándolas dentro del conjunto constitucional, mismo que ha sido utilizado en múltiples ocasiones por la Corte Suprema de Justicia al ejercer sus atribuciones como Tribunal Constitucional.

El texto pertinente del artículo 282 antes mencionado, es el siguiente:

“Artículo 282: 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 y dentro de las normas del presente Título, con el fin de acrecentar la riqueza nacional y de asegurar sus beneficios para el mayor número posible de habitantes del país.
...”

En consecuencia, la Procuraduría de la Administración estima que estamos ante un acto expedido por el Órgano Ejecutivo en ejercicio del poder soberano del Estado, que es conforme a la Constitución Política de la República y a la Ley, en el que se expresan las razones fácticas y jurídicas que sustentan la decisión de desafectar en su naturaleza de bien de dominio público y transformar en bien patrimonial del

Estado, un área de terreno de 4 hectáreas más 8089.58 metros cuadrados que consisten en un relleno de playa y fondo de mar, el cual se describe en el plano MHT 8089-85335 de 9 de septiembre de 1998, debidamente aprobado por la Dirección General de Catastro, del antiguo Ministerio de Hacienda y Tesoro, hoy Ministerio de Economía y Finanzas, ubicado en Paitilla, corregimiento de San Francisco, provincia de Panamá.

Finalmente, 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 tratado a través de la jurisprudencia emanada de ese Tribunal Constitucional, de la que consideramos pertinente destacar la sentencia de 11 de diciembre de 2006, en la que se hizo un profundo análisis sobre el tema que ocupa nuestra atención, que incluyó la revisión de fallos anteriores, 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 construidos 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 'declassement' 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'. (negritas de la Corte).

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

'A la desafectación del dominio público se refiere concretamente el Art. 332 del Código Civil que dice: **'Los bienes de dominio público y de uso público en los Municipios cuando dejan de estar destinados al uso general o a las necesidades de la defensa del territorio, pasan a formar parte de los bienes de propiedad del Estado'**. Esta disposición se inspira en el Art. 341 del Código Civil español, aunque difiere un tanto de él. Y la diferencia consiste en que mientras que en la legislación española la desafectación sólo se contempla en el caso de los bienes de dominio público del Estado, la nuestra, en cambio, sin duda con mejor criterio, la hizo extensiva a los bienes de uso público de los Municipios y no del Estado, como allí se dice.

El error, sin duda se debió a que, como quiera que en el Artículo 341 del Código Civil español sólo se establece la desafectación a propósito de los bienes de dominio público del Estado, naturalmente se dispone que al tener lugar ésta, dichos bienes pasan a formar parte de los bienes de propiedad del mismo. Nuestro legislador, en cambio, como ya se dijo, adicionó esta disposición, intercalando la frase "y de uso público en los Municipios", pero olvidándose de hacer luego la distinción a que nos venimos refiriendo; esto es, **que cuando tiene lugar la desafectación, los bienes pasan a formar parte del patrimonio privado de la entidad a que pertenecen.** Así, los de dominio público del Estado pasarán al dominio privado de éste, y los de dominio o uso público de los Municipios al dominio privado de estos."

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." (negritas de la Corte).

Por todo lo anteriormente expuesto, la Procuraduría de la Administración solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, se sirvan declarar que **NO ES INCONSTITUCIONAL** el decreto ejecutivo 133 de 16 de noviembre de 1998 expedido por el

Ministerio de Hacienda y Tesoro, por medio del cual se desafecta en su naturaleza de bien de dominio público y se transforma en bien patrimonial del Estado un área de terreno de 4 hectáreas más 8089.58 metros cuadrados que consisten en un relleno de playa y fondo de mar, el cual se describe en el plano MHT 8089-85335 de 9 de septiembre de 1998, debidamente aprobado por la Dirección General de Catastro, del Ministerio de Hacienda y Tesoro, ubicado en Paitilla, corregimiento de San Francisco, provincia de Panamá.

De la Honorable Magistrada Presidenta,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, Encargada

OC/10/mcs