



Panamá, 29 de enero de 2014

**Proceso de
inconstitucionalidad**

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

El Licenciado **Juan Carlos Henríquez Cano**, actuando en su propio nombre y representación, demanda la inconstitucionalidad de la **Resolución de Gabinete número 4 de 15 de enero de 2013**, por la cual se desafecta en su naturaleza de bien de dominio público y se transforma en bien patrimonial de la Nación para constituirse en finca, un globo de terreno de 4,318.47 M² consistente en área de fondo de mar, ubicado en el Corregimiento de San Francisco, distrito y provincia de Panamá.

Honorable Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Pleno.

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 demanda de inconstitucionalidad descrita en el margen superior.

I. Acto acusado de inconstitucional.

A través de la acción que ocupa nuestra atención, el recurrente solicita que se declare inconstitucional la Resolución de Gabinete número 4 de 15 de enero de 2013, por la cual se desafecta en su naturaleza de bien de dominio público y se transforma en bien patrimonial de la Nación para constituirse en finca, un globo de terreno de 4,318.47 M² consistente en área de fondo de mar, ubicado en el Corregimiento de San Francisco, distrito y provincia de Panamá (Cfr. las páginas

11 a 17 de la Gaceta Oficial número 27,206 de 18 de enero de 2013, visible a fojas 22 a 25 del expediente judicial).

II. Disposición constitucional que se aducen infringida.

En la acción bajo análisis, el actor indica que la resolución demandada viola de manera directa el artículo 258 de la Constitución Política de la República, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 258. Pertenecen 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.”

Conforme ya se ha indicado en el apartado anterior, la pretensión del accionante tiene como objetivo que se declare inconstitucional la Resolución de Gabinete número 4 de 15 de enero de 2013, por medio de la cual se desafectó en su naturaleza de bien de dominio público y se transformó en bien patrimonial de la Nación, para constituirse en finca, un globo de terreno en área de fondo de mar, localizado en el Corregimiento de San Francisco, distrito y provincia de Panamá; ya que, según indica, la misma es violatoria del artículo 258 de la Constitución Política de la República, pues, considera que los constituyentes quisieron que determinados bienes, que resguardan determinada función en el orden nacional, entre éstos, los bienes descritos en la norma fundamental invocada, queden bajo

el control y la potestad soberana e indiscutible del Estado, por lo que no pueden ser objeto de apropiación privada, por su carácter inalienable y por encontrarse fuera del comercio (Cfr. fojas 6 y 7 del expediente judicial).

En ese sentido, el accionante sostiene que los bienes de dominio público están consagrados expresamente en el artículo 258 de la Constitución Política de la República y que, únicamente a través de un acto de igual naturaleza, pueden ser desafectados; por lo que considera que la Resolución de Gabinete objeto de su demanda, al haber desafectado un bien de dominio público, vulneró la norma superior (Cfr. foja 8 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Luego del análisis realizado por esta Procuraduría con respecto al contenido de la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Licenciado Juan Carlos Henríquez Cano, en su propio nombre y representación, observa que la misma debe ser declarada no viable, debido a que la Resolución de Gabinete número 4 de 15 de enero de 2013 constituye un acto administrativo, pues, a través de éste el Consejo de Gabinete procedió a desafectar un bien de dominio público, lo que denota que se encontraba en el ejercicio de sus funciones administrativas (Cfr. fojas 22 a 25 del expediente judicial).

En relación con el carácter administrativo de la desafectación, esa Alta Corporación de Justicia en su Sentencia de 16 de diciembre de 1994 citó lo que al respecto señala el Anuario de Derecho número 1, de mayo de 1955 a enero de 1956, que a la letra dice así:

“10. AFECTACIÓN Y DESAFECTACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO. Determinar en qué momento una cosa queda adscrita al dominio público tiene una enorme importancia, puesto que a partir de ese momento comienza a gozar de las prerrogativas que ya conocemos. Dicha afectación puede resultar, como afirma HARIOU, de circunstancias naturales, completadas por actos administrativos (dominio público natural) o solamente de éstos (dominio público artificial). Es decir, que la adscripción exige, como sostiene De Buen, en todo caso una

adscripción general o especial del Poder Público. Otros, son de opinión, que en el caso del llamado dominio público natural, estas cosas, por su propia naturaleza, tienen el carácter de públicas, ..., por lo que la ley se limita únicamente a constatar la existencia natural de la cosa pública.

...
En cuanto a la desafectación, o sea, al término de la especial destinación a la utilidad pública, es también importante fijar el momento en que ella tiene lugar, ya que al pasar los bienes al dominio privado quedan sujetos a sus reglas y son, por lo tanto, enajenables y prescindibles. Y en esto, como en el caso de la afectación, desempeña un papel destacado, la distinción del dominio público natural del artificial. Cuando el dominio público es natural, conserva ese carácter indefinidamente, y no desaparece sino en virtud de ciertos fenómenos, como el cambio de curso de un río, la accesión a orillas del mar o de los ríos. Sin embargo, en concepto de BIELSA, en tal caso es necesaria la rectificación administrativa. Cuando es artificial, de acuerdo con la doctrina dominante, la desafectación solo es posible por un acto administrativo de la autoridad competente...

Es conveniente destacar que ambos fenómenos, es decir, tanto la afectación como la desafectación, son posibles gracias al poder soberano del Estado y demás corporaciones públicas." (La subraya es de esta Procuraduría).

A los efectos de este análisis, consideramos pertinente citar la definición de acto administrativo que contiene el párrafo primero del numeral 1 del artículo 201 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, sobre el procedimiento administrativo general, que dice:

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

1. *Acto administrativo.* Declaración emitida..., 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.

..."

Similar enunciado ofrece el autor Jaime Orlando Santofimio Gamboa en su obra Tratado de Derecho Administrativo, quien al referirse al concepto de acto administrativo, señala que: “*Entendemos, en este sentido, por acto administrativo*

toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos..." (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, 4ta. ed., edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 2004, pág. 131).

Por otra parte, es importante mencionar que el numeral 2 del artículo 206 de la Constitución Política de la República establece la competencia de los Magistrados de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, para conocer, entre otras materias, sobre la legalidad de las resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan las entidades nacionales, provinciales, municipales y las entidades públicas autónomas o semiautónomas.

Dada la naturaleza del acto acusado, este Despacho es del criterio que en el presente proceso resulta aplicable el principio de especialidad o preferencia de la vía Contencioso Administrativa sobre la Constitucional, desarrollado por el Doctor Arturo Hoyos al explicar los diferentes criterios de interpretación constitucional, quien indica que aunque en nuestro sistema de justicia constitucional se pueden impugnar actos administrativos, tanto generales como particulares, los mismos están sujetos fundamentalmente al control de legalidad que ejerce la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conforme lo ha señalado el Pleno al expresar que para impugnar tales actos se debe acudir ante todo a un proceso contencioso administrativo (Cfr. HOYOS, Arturo. La Interpretación Constitucional. Reimpresión. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Editorial Temis, S.A., 1998. Páginas 28 y 29).

Esa Alta Corporación de Justicia en el Auto de 11 de marzo de 2002 explicó la necesidad de utilizar de manera preferente la vía Contencioso Administrativa sobre la Constitucional, por las razones que a continuación se indican:

"...este Pleno ha dicho que razones de orden procesal, singularmente el derecho de defensa, hacen que

sea aconsejable propiciar la preferencia de la vía contencioso-administrativa sobre la vía constitucional.

La vía contencioso-administrativa constituye un mecanismo procesal, en el cual el derecho constitucional a la prueba y otros derechos procesales pueden ser debatidos con la debida amplitud, lo que no ocurre en la vía constitucional, que es un proceso al acto, en que se discute la conformidad de un acto (individual o normativo), en que no hay técnicamente partes procesales, y por ende, principios medulares del derecho procesal, como la bilateralidad y la contradicción no se encuentran debidamente tutelados." (Lo subrayado es nuestro).

Este principio hermenéutico también se sustenta en el hecho de que la acción de inconstitucionalidad sólo puede interponerse contra actos que no puedan impugnarse por otros medios; de allí la necesidad de que los actos administrativos deban ser impugnados, en primer término, en la esfera contencioso administrativa, según lo indicó el Tribunal en el Auto de 15 de febrero de 2000, señalando en relación con el tema lo siguiente:

"... Por otra parte, del examen que se hace del libelo presentado puede observarse que la demanda de inconstitucionalidad presentada va dirigida contra un acto administrativo donde se dispone que las estaciones de servicio de radio aficionado sólo pueden transmitir en las bandas y frecuencias fijadas para este servicio en cada categoría, precisándose en los numerales a y b, demandados como inconstitucionales la nomenclatura de frecuencias que serán utilizadas y las bandas correspondientes, situación que, por el llamado principio de preferencia, compete su conocimiento, en primer término, a la esfera contencioso administrativa, como ya este Pleno lo ha señalado en fallos anteriores, donde se ha dejado establecido que la acción de inconstitucionalidad sólo puede interponerse contra actos... que no puedan impugnarse por otros medios, dado el carácter extraordinario y autónomo de las acciones de inconstitucionalidad (v. g. resoluciones de 12 de mayo de 1993; 16 de diciembre de 1994; 1 de noviembre de 1996; 2 de septiembre de 1996; 11 de noviembre de 1999.

La competencia es un problema de legalidad y no de esfera constitucional...

Por último, conviene destacar que el ánimo del Tribunal, en estos casos, se encuentra orientado a lograr un ejercicio eficaz de tutela a los derechos de las partes, siendo que cuando se utiliza una vía procesal que no es la más

idónea para ventilar la causa, se puede colocar en una situación de desventaja procesal a las mismas.

En consecuencia, la Corte Suprema, PLENO,..., NO ADMITE la demanda de inconstitucionalidad presentada por el licenciado ASCENCION I. BROCE C. contra los literales a y b del Artículo 29 del Decreto Ejecutivo N° 302 de 1999."

En un proceso similar al que se analiza, ese Máximo Tribunal de Justicia se pronunció mediante Auto de 15 de junio de 2004 en relación con la naturaleza administrativa de una Resolución de Gabinete, señalando en tal sentido lo siguiente:

"CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

... Ahora bien, la Resolución de Gabinete N-67 de 14 de agosto de 2001 publicada en la Gaceta Oficial No. 24,369 de 20 de agosto de 2001 constituye un acto administrativo que exonera a la Autoridad de la Región Interoceánica del procedimiento de licitación pública y la autoriza a celebrar contratos de concesión y/o arrendamiento en las áreas e instalaciones disponibles en el sector de Amador con el objetivo de desarrollar la actividad hotelera en esa área.

Señala la disposición atacada en vía constitucional que esta medida se adopta tomando como norte lo dispuesto en la Ley 5 de febrero de 1993 (que autoriza a la Autoridad de la Región Interoceánica en la custodia, aprovechamiento y administración de los bienes revertidos), y en las Resoluciones de Gabinete No. 119 de 13 de junio de 1996 y 143 de 27 de junio de 1997,(que exceptúan a la ARI del procedimiento previo de licitación pública y la autorizan a celebrar contratos de arrendamiento y/o concesión para el desarrollo de la actividad hotelera en Amador).

Este acto contenido en la Resolución de Gabinete N-67 de 14 de agosto de 2001 por ser administrativo permite su impugnación a través de los cauces ordinarios que la legislación prevé, nos referimos a la jurisdicción contencioso administrativa.

El Pleno ha sido constante al expresar que este tipo de actos tiene a su disposición la sede contencioso administrativa, a través de la acción de nulidad, de plena jurisdicción o el contencioso de los derechos humanos, por lo que no es viable la acción constitucional intentada.

... Es necesario comentar igualmente que, luego de la lectura de la demanda se denota un interés por parte del demandante de dilucidar en la esfera constitucional la

disputa que tiene con la Autoridad de la Región Interoceánica con relación al contrato de arrendamiento que MUNDO ACUATICO COASTWAY S.A. mantenía en esa área, el cual, conforme a la afirmación del accionante, se mantiene vigente y que al no aparecer en la Resolución de Gabinete N-67 de 14 de agosto de 2001, se le obliga a desalojar el lugar para ser ocupado por otro arrendatario.

Ahora bien, la legalidad o no de esta acción debe ser dilucidada a través de los canales ordinarios correspondientes, pues la acción de constitucionalidad no es un medio de impugnación adicional dentro de un proceso, si no una acción autónoma que le da vida a un proceso nuevo e independiente, y que sólo debe interponer frente a actos ... que no pueden impugnarse por otros medios. En esta oportunidad existe otro cauce idóneo que necesariamente debe utilizar el accionante para dilucidar la legalidad de la resolución administrativa demandada.

Expuesto lo anterior, debe concluirse que la acción de inconstitucionalidad presentada por el licenciado DARIO MORICE CARRILLO debe declararse no viable.

PARTE RESOLUTIVA:

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA, PLENO administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley DECLARA NO VIABLE la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el licenciado DARIO MORICE CARRILLO en representación de la sociedad MUNDOACUATICO COASTWAY, S.A. contra la Resolución de Gabinete No. 67 de 14 de agosto de 2001.”

En el marco de las consideraciones antes expuestas, este Despacho solicita a los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, se sirvan declarar NO VIABLE la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Licenciado Juan Carlos Henríquez Cano, en su propio nombre y representación, en contra de la Resolución de Gabinete número 4 de 15 de enero de 2013.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Doctor Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Licenciado Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 26-14-I