

REPÚBLICA DE PANAMÁ
ASAMBLEA NACIONAL
LEGISPAN
LEGISLACIÓN DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

Tipo de Norma: FALLO

Número: 854

Referencia: 854-00

Año: 2004

Fecha(dd-mm-aaaa): 30-12-2004

Título: DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR EL LICDO. JUAN CARLOS HENRIQUEZ CANO CONTRA EL ARTICULO 2 DE LA LEY 5 DE 1988.

Dictada por: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - PLENO

Gaceta Oficial: 25229

Publicada el: 31-01-2005

Rama del Derecho: DER. CONSTITUCIONAL, DER. ADMINISTRATIVO, DER. PROCESAL ADMINISTRATIVO

Palabras Claves: Concesiones, Contratos públicos, Sentencias, Fallos, Accion de inconstitucionalidad, Demanda de inconstitucionalidad

Páginas: 26

Tamaño en Mb: 1.800

Rollo: 540

Posición: 2347

ENTRADA N° 854.00
(De 30 de diciembre de 2004)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR EL LCDO.
JUAN CARLOS HENRIQUEZ CANO CONTRA EL ARTICULO 2 DE LA LEY 5 DE
1988.

MAG. PONENTE: ALBERTO CIGARRUISTA CORTEZ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA -PLENO- PANAMA, TREINTA (30) DE DICIEMBRE
DE DOS MIL CUATRO (2004).-



Vistos:

El licenciado JUAN CARLOS HENRIQUEZ CANO, actuando en su propio nombre, interpuso demanda de inconstitucionalidad contra la frase e inciso final del artículo 2 de la Ley N°5 de 15 de abril de 1988, según quedó modificado por la Ley N°36 de 6 de julio de 1995.

Admitida la demanda, se corrió su traslado a la Procuradora de la Administración para que emitiera concepto, el cual fue evacuado dentro del término legal, como consta de foja 13 a 26.

Posteriormente, el expediente se fijó en lista para que a partir de la última publicación del edicto, el demandante y cualquier interesado presentaran argumentos por escrito sobre el caso. En este sentido, vemos que el demandante (fs.33 a 42) y otros dos ciudadanos (fs. 43 a 44 y 45 a 58) presentaron sus respectivos escritos de alegatos.

Corresponde al Pleno decidir lo de lugar, previo examen del contenido de la demanda, de la Vista del Ministerio Público y la confrontación de los cargos formulados con las normas fundamentales.

Demanda de Inconstitucionalidad

Se establecen cinco hechos como fundamento de la demanda, que expresan lo siguiente:

"Primero: Que nuestra Carta Magna en su Artículo 255 establece que pertenecen al Estado entre otros y por ser de dominio público el mar territorial y las aguas lacustres, las playas y riberas de las mismas.

Segundo: Que la numeración que hace el artículo constitucional arriba comentado no es taxativa no constituye un numerus clausus"; por el contrario podrán existir otros bienes de dominio público tal como lo prevén el numeral 5 de la disposición citada al prohijar que la ley podrá definir otros bienes como de uso publico. De igual forma, el Artículo 329 del Código Civil emplea una fórmula sumamente amplia que permite deducir que los casos allí enunciados tiene el carácter de meros ejemplos.

Tercero: Que los bienes de dominio público son imprescriptibles e inadjudicables.

Cuarto: Que la Asamblea Legislativa de la República de Panamá aprobó la Ley Nº36 de 6 de julio de 1996 mediante el cual se modifica el Artículo 2 de la Ley Nº (sic)del 15 de abril de 1988. La Ley Nº5 de 1988 fue publicada en la Gaceta Oficial Nº.21,030 de 18 de abril de 1988 y la modificación a dicha ley, es decir, la número 36 de 1995 fue publicada en la Gaceta Oficial Nº22,825 de 13 de julio de 1995.

Quinto: Que el Artículo 2 de la Ley Nº5 de 1988, tal como quedó modificado por el Artículo 20 de la Ley Nº36 de 1995 es inconstitucional por violar claramente lo normado en el Artículo 255 de nuestra Constitución Nacional".

La norma acusada de inconstitucional es el artículo 2 de la Ley Nº5 de 1988 tal como quedó modificado por el Artículo 20 de la Ley Nº36 de 6 de julio de 1995. Sin embargo, señala el demandante que la acusación de inconstitucionalidad se dirige específicamente a la frase y al inciso final de la norma que resalta y subraya. Veamos:

"Artículo 20. El artículo 2 de la Ley 5 de 1988 queda 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 Organismo 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 en 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.

(El énfasis y subrayado es del demandante).

La norma constitucional que se considera infringida es el artículo 255 de nuestra Carta Fundamental, que establece lo siguiente:

- “ 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”.

Entre las consideraciones que expresa el demandante como concepto de la infracción constitucional, podemos destacar los siguientes puntos:

1. Con claridad meridiana nuestro constituyente ha querido que determinados bienes, que guardan determinada función en el orden nacional, queden bajo la potestad soberana e indiscutible del Estado. Tales bienes, como el mar territorial y las aguas lacustres y fluviales, las playas y riberas de las mismas y de los ríos navegables (aguas interiores), constituyen patrimonio de dominio público por antonomasia.

2.

3. Que la Ley Nº5 de 1988 crea una lesión letal no sólo al concepto de 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.

4. Que la ligereza y arbitrariedad contenida en la Ley Nº5 de 1988 no sólo vulnera el contenido del artículo 255 constitucional, sino también su espíritu. Con el subterfugio y holgorio semántico creado mediante la modificación de la Ley Nº5 de 1988 se podría llegar a los nocivos extremos de autorizar construcción de rellenos a lo largo y ancho de todo nuestro mar territorial, nuestros ríos y playas, despojando al Estado de un elemento consustancial con su naturaleza de Nación y Estado soberano, el cual es de tener y disponer de los bienes aquí descritos. Dependiendo de la naturaleza, magnitud y de los 'intereses' del proyecto que desee desarrollar no el Estado, sino el gobierno de turno, se podría ir socavando paulatina y gradualmente nuestro espacio marítimo y 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 merced a dichos rellenos.

5.

6.

7. Que el Mar Territorial constituye un bien de dominio público pues es un área que se destina al desarrollo de las comunicaciones, en este caso de las comunicaciones marítimas (Nº2 del Art.255 C.N.). No es posible que sea desafectado indiscriminadamente por el acto de gobierno cuando precisamente se pone en riesgo tales comunicaciones.

8.

9.

10. El Mar Territorial, como cualquier otro de los bienes enunciado como de dominio público por nuestra Constitución desempeña, además, una función económica, esto es, que está orientado a la satisfacción directa de las necesidades de la colectividad. De aquí se deriva la previsión que contiene el Artículo 329 del Código Civil criollo al indicar que son bienes de dominio público las playas, las riberas y otros análogos así como los que se destinan al fomento de la riqueza nacional. Nadie duda ni pone en entredicho que el Mar Territorial le

confiere al Estado una importante fuente de riqueza en lo que se refiere a la explotación de la pesca tanto a nivel artesanal como la erigida hacia la exportación, en lo atinente a la abierta y libre navegación en nuestro mar (Paso Inocente, etc.). Otorgar licencia para que con destemplanza se inicien rellenos que pueden abarcar todo nuestro Mar Territorial sería privar al estado de una fuente de ingresos de magnitudes insospechadas, lo que precisamente nuestro constituyente ha procurado evitar con la noción de bienes de dominio público del Estado.

11.

12.

13. No comprendemos la necesidad del legislador y el afán dilapidador de conmutar en bienes patrimoniales los bienes de dominio público cuando en éstos se efectúe un 'relleno', y facilitar por tanto, el otorgamiento de dicho relleno (que antes era de dominio público) en propiedad privada a los particulares. Estos bienes de dominio público sin ser exorcizados a bienes patrimoniales pueden ser objeto de concesiones administrativas, permisos y licencias, siempre que, naturalmente, no se afecte o quebrante su especial destino; los particulares podrán adquirir el uso, aprovechamiento y explotación de estos bienes sin que las concesiones sobre tales bienes representen derechos reales a favor de las personas de derecho privado. Elaborar criterios como el de la ley que replicamos y consentirlos pasivamente es actuar con antilogía, es decir, con contradicción al deber que se le impone a todo ciudadano en general, y a los jueces supremos en especial, de velar por la integridad de la Constitución Nacional.

14.

15.

16. Siguiendo con el planteamiento inmediatamente acotado, debemos tener en mientes que ha sido la Constitución Política, es decir, la ley fundamental del Estado la que ha determinado cuáles son los bienes de dominio público y cuáles los de naturaleza patrimonial. No es entendible no permisible que una ley Ordinaria, jerárquicamente inferior a la Constitución Nacional, modifique o desafecte esta categoría de bienes de dominio público, simplemente porque la Constitución no lo permite y es consabido que una ley común no tiene la capacidad jurídica de modificar ni el contenido ni el espíritu de la Constitución Política. En virtud de que el dominio público fue creado por un acto constitucional, su extinción o desincorporación solamente pueden efectuarse por un acto de la misma naturaleza. El principio de la pirámide Kelseniana tiene primordial aplicación en este tema. Es de rigor atisbar que el numeral 5 del Artículo 255 de la Constitución Nacional dispone que la ley puede definir otros bienes como de 'dominio público', más no dice por ningún lado que la ley ordinaria y común puede transmutar estos bienes en patrimoniales y mucho menos en artificios que construyan sobre aquellos bienes (de dominio público).

.....

17. En síntesis, el artículo 255 de nuestra Constitución Política es diáfano al expresar son bienes de dominio público y por tanto no pueden ser objeto de apropiación privada el Mar Territorial, los ríos, las playas y sus riberas. Cualquier relleno que se construya sobre el mar territorial o sobre todo bien de dominio público no desvirtúa, como pretende el legislador al aprobar la Ley N°5 de 1988, la noción de bienes de dominio público puesto que seguirá siendo mar territorial, playas, ríos o riberas, y por tanto inalienables. No es posible permitir que al Estado se le esquimen sus bienes y se socave su patrimonio. Por demás, la manera tan amplia y permisiva del Artículo 2 de la Ley 5 de 1988 de manifestar que todo relleno que se haga sobre bienes de dominio público será considerado bien patrimonial del Estado, sin entrar a considerar la naturaleza, alcance e impacto de la concesión administrativa a desarrollar en cada caso en particular, conlleva un exabrupto legal que no la Constitución ni la jurisprudencia deben tolerar so pena que se causen abusos y excesos.

.....”
(fs. 3 a 8) (Subrayado del demandante).

Vista del Ministerio Público

Por su parte la Procuradora de la Administración, en la Vista que corre de fojas 13 a 26, recomienda a esta Corporación que desestime las pretensiones del demandante y en su lugar 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. Entre las consideraciones que se expresan para sustentar dicha solicitud, podemos destacar las siguientes:

Sostiene la Procuradora que del texto del artículo 255 de la Constitución se pueden extraer ciertos elementos, que al analizarlos dan respuesta a la interrogante sobre la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley N°5 de 15 de abril de 1988. Así, destaca los siguientes elementos:

1. **“Los bienes descritos en el artículo 255 de la Constitución Política pertenecen al Estado”**. Esto implica que el

Estado tiene un derecho de propiedad "sui géneri" sobre tales bienes, que le permite conservarlos, utilizarlos y usufructuarlos, por sí o a través de concesionarios.

2. **"Son bienes de uso público"**. Significa que 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.

3. **"No pueden ser objeto de apropiación privada"**. Esto implica que son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Es decir, que por su destino y régimen, ninguna persona privada puede disponer de dichos bienes (los descritos en el art. 255) como propietario. No pueden ser objeto de permuta, compraventa, donación; tampoco de prescripción (por ser un modo de adquirir las cosas y una forma de anulación de acciones y derechos); ni puede(sic) ser secuestrados, depositados ni embargados, para que respondan por cumplimiento de obligaciones públicas o privadas.

4. **"Son de aprovechamiento libre y común"**. Debido a que son bienes de dominio público, son de uso general y social y no son susceptibles de apropiación particular.

5. **"Están sujetos a la reglamentación que establezca la Ley"**. Es decir, que el Legislador desarrolla y limita el principio fundamental relativo al uso de los bienes de dominio público, respetando

al derecho que tienen todos los asociados al goce y disfrute de dichos bienes, descritos en el artículo 255 de la Constitución.

Como ejemplo de lo anterior, se cita la Ley N°35 de 29 de enero de 1963 (reglamentaria del art. 209, ord 1, de la Constitución de 1946, actual art. 255 de la Constitución de 1972), la cual regula la utilización de las playas.

Sobre este punto se aclara que aunque los bienes de dominio público estén fuera del comercio, el Estado puede otorgarlos en concesión administrativa. La concesión es el acto por el cual la administración confiere a particulares ventajas o derechos sobre bienes de dominio público, para que puedan construir obras de interés social o explotar servicios, mediante la sujeción a determinada cargas u obligaciones.

Así el fundamento legal de la concesión administrativa se encuentra 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 de ese Código.

Finalmente concluye la Procuradora indicando, que el Consejo de Gabinete al emitir el Decreto-Ley N°12 de 20 de febrero de 1964, utilizó

la figura de la concesión, porque es el mecanismo por el cual el Estado conserva la propiedad sobre los bienes inadjudicables y a la vez permite a los particulares su utilización correcta y pacífica, conforme a los fines que determine la Ley.

Por consiguiente, estima la Procuradora 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 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" (fs 24). Tal concesión se formaliza mediante un contrato, donde se establece los derechos y obligaciones del Estado cedente y del cesionario, así como los plazos, condiciones y retribución económica por la realización de la obra o el servicio público que se brinde.

Concluye la representante del Ministerio Público señalando, que a su 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 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 público, como los señalados en el artículo 255 de la Constitución Política, porque los mismo 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 pudiera 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).

.....”. (fs 25).

Alegato del Demandante y otros Interesados:

Sostiene el proponente de esta acción que no comprende la opinión de la Procuradora de la Administración, ya que luego de coincidir plenamente con los postulados y razonamientos del recurso de inconstitucionalidad, arriba a la conclusión de que la frase acusada, contenida en el Artículo 2 de la Ley N°5 de 1988, no es inconstitucional.

En este sentido, el demandante se permite aclarar “que en ningún momento y por ninguna circunstancia, se ha impugnado la constitucionalidad de la institución conocida con el apelativo de Concesión Administrativa”, el recurso apunta únicamente al hecho de que mediante ley común se permita que bienes de dominio público, consagrados como tales en nuestra Constitución, puedan transformarlos en bienes patrimoniales y por tanto susceptibles de apropiación privada o particular.

La Procuradora ha comprendido perfectamente la figura de la Concesión Administrativa y, señala que, comparte las consideraciones que expresa al respecto, no obstante ello, "por ninguna parte de nuestra demanda nos hemos opuesto ni ha sido motivo de señalamiento constitucional, que la Concesión Administrativa vulnera algún precepto fundamental" (fs 34).

Así, el accionante transcribe en letras negrillas y mayúscula uno de los señalamientos de la Procuradora, que consiste en lo siguiente

"AGREGAMOS QUE LAS MEJORAS, RELLENOS U OTRAS CONSTRUCCIONES QUE SE LLEVEN A CABO EN TALES TERRENOS QUEDARAN 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". (FS 35).

Sobre lo transcrito y subrayado indica el accionante que, en ese punto radica lo que ha sostenido a lo largo de su recurso, es decir, que "dichos rellenos, que se hagan en bienes de dominio público, constituyen TAMBIÉN Bienes de Dominio Público y no pueden convertirse en Bienes Patrimoniales del Estado y, por ende, en capaces de ser Apropriados por los particulares" (fs 26). Sobre este particular se cita un fallo de 2 de diciembre de 1987 dictado por la Sala Tercera de la Corte, en el que se

expresa:

"...la 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",

(Reg. Jud. dlc. 1987, pp 196-197).

Contrario a lo que ha reiterado la jurisprudencia, sostiene el demandante, "nuestro legislador inapropiadamente ha querido que al RELLENAR NUESTRA PLAYAS (bienes de dominio público), las mismas se conviertan en bienes patrimoniales o susceptibles de apropiación privada".

Se continúa examinando las características que mencionó la Procuradora sobre la concesión administrativa, entre las que figura la retribución que otorga el Estado al particular que realizó o desarrolló una obra al servicio de la colectividad, que puede consistir en el uso o usufructo que puede hacer el concesionario en los bienes de dominio público; pero "nunca se premia con la Titularidad Privada sobre ese bien que es y sigue siendo, pese al relleno, de Dominio Público...." (fs 37). Destaca, que el efecto más importante del fenómeno de la Concesión Administrativa, es que al término de dicha concesión, ocurre el **Derecho de Reversión**, en virtud del cual los bienes destinados a la explotación de la concesión pasa a ser de propiedad del Estado, sin contraprestación alguna al concesionario.

Entre otras consideraciones, el demandante hace citas de lo que han expresado autores de diferentes países sobre este tema de los bienes de

dominio público y su concesión.

Se alega que el artículo 255 de nuestra Constitución establece expresamente cuáles son los bienes de dominio público, entre los que menciona el MAR TERRITORIAL, las AGUAS LACUSTRES Y FLUVIALES, las PLAYAS Y RIBERAS DE LAS MISMA y DE LOS RÍOS NAVAGABLES, los PUERTOS Y ESTEROS. Por ende, cualquier RELLENO que sobre dichos bienes se haga, "SON TAMBIÉN BIENES DE DOMINIO PÚBLICO". A juicio del accionante, sería absurdo encasillar esos bienes como bienes patrimoniales, de conformidad con la enumeración que establece el artículo 334 del Código Civil, máxime cuando el artículo 329 de dicho Código describe los bienes de dominio público y dispone que lo son también "OTROS ANÁLOGOS".

Finalmente, concluye expresando que "NO PUEDE UNA LEY ORDINARIA TRASTOCAR E IR MAS ALLA DE LO QUE ESTABLECE LA LEY FUNDAMENTAL DEL ESTADO". En tal sentido, si la Constitución define y determina cuáles son los bienes de dominio público, es la Constitución la que debe decidir cuándo y ante cuáles circunstancias esos bienes pueden transmutarse en bienes patrimoniales consecuentemente ser susceptibles de apropiación privada. Nuestra Constitución ni siquiera prevé la posibilidad que una Ley Ordinaria pueda desafectar la calificación de bienes de dominio público. Lo que sí consagra nuestra Carta Fundamental es la posibilidad de que una Ley Ordinaria

establezca otros bienes, que no son de dominio público, como de dominio público, previa indemnización al propietario privado. Por tanto, la única forma de desafectación de los bienes que la Constitución determina como de dominio público, es a través de una reforma constitucional para que la misma contemple el mecanismo jurídico para ello.

En tal sentido, el licenciado PEDRO MORENO CÉSPEDES presentó escrito de alegato (fs 43 a 44) solicitando a esta Superioridad que declare inconstitucional el artículo 2 de la Ley 5 de 1988, argumentando entre otras cosas lo siguiente:

.....
.....
El Artículo 2 de la Ley Nº5 de 1988 o específicamente la frase: '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' es absolutamente INCONSTITUCIONAL, (y además ofensivo) porque desintegra el contenido del Dominio Público sin que previamente la Constitución Política lo haya autorizado. Si la Constitución Política no fija la posibilidad de que los Bienes de Dominio Público sean convertidos en Bienes Patrimoniales, no le es dable a una Ley ordinaria o secundaria, crear esta posibilidad, menos aún empleando subterfugios y ficciones como aquella de que al rellenar bienes de dominio público éstos por arte de magia se conviertan en bienes patrimoniales y proclives de ser privadamente apropiadas. Digan lo que quieran los tratadistas y nuestros honorables legisladores, la verdad es que nuestra Constitución Política no reconoce la posibilidad de esta exorcismo patrimonial o demanial; sí contempla la posibilidad de que los bienes de dominio público puedan ser otorgados en concesión, más no otorgados en Propiedad.
....." (Fs 44).

Finalmente, la licenciada JULISSA DEL CARMEN ESTRADA AROSEMENA, actuando en representación de FELIX WING SOLIS-

Director de la Fundación para el Desarrollo de la Libertad Ciudadana, presentó un extenso alegato (fs 45 a 58) dentro del cual concluye solicitando que se declare INCONSTITUCIONAL la frase e inciso del Artículo 2 de la Ley 5 de 1988, conforme quedó modificado mediante Ley 36 de 1995.

En primer término, la licenciada Estrada transcribe el artículo 255 de la Constitución, que es la disposición que se estima infringida, indicando que basará su alegato “principalmente en lo que respecta a los rellenos en el lecho marino”, ya que, según su concepto “ha sido éste el bien de uso público más afectado por la norma impugnada”.

Luego transcribe la excerta legal impugnada, sostiene que la misma viola en forma directa por comisión el numeral 4 del artículo 255 de la Constitución, pues éste claramente establece que la plataforma continental submarina, el lecho y el subsuelo del mar territorial, constituirán en todo tiempo bienes de uso público, “sin que ninguna norma jurídica de inferior categoría, ni mucho menos un acto de la administración pública pueda contradecir tal precisión”. (fs 46).

Sobre el particular señala que resulta oportuno recordar el principio del Derecho Romano que dice “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”, lo cual es particularmente aplicable en el caso de los rellenos en el lecho marino, pues “si el lecho marino -que es la cosa principal- es un

bien de uso público, cualquier relleno que se construya sobre el mismo también lo será” (fs 47). Consecuentemente, cualquier ley que disponga, como lo hace la impugnada, que un relleno en el lecho marino puede ser desafectado de su naturaleza de bien de uso público, para convertirse en bien patrimonial del Estado, es contraria a la voluntad del constituyente panameño.

En cuanto a la “NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA”, se manifiestan las siguientes consideraciones:

Que el sistema de concesión administrativa se establece y regula en la Ley 5 de abril de 1988, el cual es aplicable, según su artículo 1, a “la construcción, mejoras, mantenimiento, conservación, restauración y explotación de carreteras, autopistas, y otras obras que el Consejo de Gabinete califique como de interés público”. Lo preceptuado es concordante con lo dispuesto por el artículo 256 de la Constitución, al establecer que **“las concesiones para...la utilización de medios de comunicación o transporte y otras empresas de servicio público, se inspirarán en el bienestar social y de interés público”**.

El artículo 3 de la citada Ley 5 de 1988, continúa expresando que, **“sólo podrán ser calificadas de interés público, aquellas obras que resulten en beneficio de la colectividad nacional....y que al final de la concesión puedan revertir a la nación libre de costos, gravámenes o reclamaciones....”**.

A juicio de la censura, lo expresado confirma que el Estado mantiene plenamente su titularidad sobre el bien objeto de la concesión. En consecuencia, no es dable la traslación del dominio sobre bienes concesionados por el Estado, que es la cosa principal, como tampoco es viable otorgar la propiedad de los rellenos hechos en lecho marino derivados de una concesión, pues ello impediría que esos bienes reviertan posteriormente a la Nación, desvirtuando el pretendido interés público de aquella.

Así las cosas, se indica en este alegato que, el texto original del artículo 2 de la Ley, como fue aprobado en 1988, refleja claramente que la intención del legislador con la concesión administrativa, era la de permitir que el sector privado supliera la falta de recursos del Estado en la ejecución de obras públicas o en la prestación de servicios públicos, pero (según se indicaba) **“por su cuenta y riesgo...a cambio de una retribución que puede consistir en los derechos o tarifas queel primero cobre al usuario de tales obras por el tiempo que se determine en el acto que otorgue la concesión o en cualquier otra forma que se convenga”**. (fs 47).

Sobre el transcrito texto original del artículo, interpreta la proponente de este alegato que, se infiere que al ser trasladadas tanto la inversión como el riesgo al concesionario, el Estado no adquiere más carga que la

de permitir al concesionario el usufructo y goce pacífico de la concesión, para que el mismo pueda retribuirse su inversión y obtener ganancia, ello por motivo del **interés social** que caracteriza al objeto de la concesión.

En ese orden de ideas, a juicio de la censura, en estos casos **“no debería el Estado obligarse en modo alguno a subsidiar, garantizar o adelantar dicha retribución, en cuyo caso estaríamos en presencia de un simple contrato de obra pública y no de una concesión administrativa”** (fs 48). Sin embargo, estima, que con las reformas al referido artículo 2 (la primera mediante Ley 31 de 30 de dic de 1994). se ha desnaturalizado la institución jurídica de la concesión ya que como parte de dicha retribución se permite “la utilización de bienes del Estado por el concesionario, incluyendo la facultad de rellenar tales bienes”.

Considera importante aclarar que, el único supuesto en que la Constitución admite el “aprovechamiento libre y común”, es decir, el uso y usufructo de bienes de uso público, pero “sujeto a la reglamentación que establezca la Ley”, es en el numeral 1 de su artículo 255, que, a su juicio, no se aplica a este caso porque los rellenos-no se construyen sobre el mar territorial, playas o riberas- sino sobre el lecho del mar territorial, cuyo uso, usufructo y dominio se reservan invariablemente al Estado en virtud del numeral 4 del citado artículo, el cual no prevé la posibilidad de que los

particulares sean titulares de esos derechos. Por tanto, no se comparte el criterio de la Procuradora (pág 5 de la Vista) cuando extiende la previsión de "aprovechamiento libre y común", a los restantes numerales de dicha norma.

Así, se sostiene que la desnaturalización de la concesión administrativa se ha visto agravada con la norma impugnada, y se hace palpable en el Contrato de Concesión Administrativa 70-96 de 6 de agosto 1996 (G.O. 23,108 de 26 de agosto de 1996) suscrito por el Ministerio de Obras Públicas y la empresa de capital mexicano ICA Panamá, S.A., respecto al cual, en el escrito de alegato, se transcriben y analizan alguna cláusulas (ver fs 48 y 49), como son la quinta y décimo quinta que expresan lo siguiente:

"Quinta: DERECHOS

El Concesionario tendrá los siguientes derechos especiales:

.....
6. Recibir de EL ESTADO en propiedad 29.5 hectáreas aproximadamente del actual Aeropuerto Marcos A. Gelabert, las cuales se entregarán libres de todo tipo de gravámenes y los derechos para rellenar sobre el lecho marino un área de 35 hectáreas para habilitar, desarrollar y comercializar durante el período de la Concesión comprendidas entre el Aeropuerto Marcos A. Gelabert y el Centro de Convenciones ATLAPA, así como el derecho a rellenar lechos marinos adicionales cuando ello proceda de acuerdo con lo establecido en este contrato" (énfasis añadido).

.....
Décimo Quinta: MONTO RECUPERABLE.

.....
EL CONCESIONARIO habrá obtenido el monto recuperable (B/.306.4 millones).... en la fecha en que sus ingresos netos.... hayan alcanzado la suma total indicada en esta cláusula conforme se detalla a continuación:

a. Mediante el valor de traspaso en propiedad de 29.5 hectáreas de terreno aproximadamente, del actual Aeropuerto Marcos A. Gelabert,

EL CONCESIONARIO habrá recibido en concepto de ingreso neto estimado por la venta de dichos terrenos la suma de B/.69,600,000.00 y con el traspaso de propiedad de 35 hectáreas de relleno marino comprendidas entre el Centro de Convenciones Atlapa y el Aeropuerto Marcos A. Gelabert.... la suma de B/.46,987,500.00 en concepto de ingreso neto estimado.

Esta condición también se aplicará al supuesto de otorgamiento de derechos a rellenar lechos marinos adicionales de conformidad con este contrato.

b. Por el 100% del excedente del precio de venta de terrenos que exceda o supera B/250.00 por metro cuadrado determinado a precios constantes de octubre de 1995 descontándole los costos financieros correspondientes a una tasa real que no exceda de 12% anual equivalente al costo promedio de capital. Este excedente será imputado a los ingresos brutos pactados por peaje.

c. Mediante los Ingresos brutos por peaje detallados en el literal M, de la Propuesta denominada "Propuesta Financiera", menos los gastos de operación, mantenimiento y administración descontados al costo promedio de capital del proyecto correspondiente a una tasa que no exceda al 12% real anual hasta alcanzar el monto señalado" (énfasis añadido).

Se indica que dicho ejemplo ilustra como los gobernantes han desvirtuado el verdadero espíritu de la concesión administrativa, conforme se consagra en el artículo 256 de la Constitución y se establecía en el texto originario del impugnado artículo 2. Sin embargo, sobre este punto se aclara, que contrario a lo que parece aseverar la Procuradora de la Administración, el objetivo de la acción principal no es que la Corte dilucide la institución de la concesión administrativa es o no constitucional, sino que declare inconstitucionales las frases que permiten la plena propiedad sobre los rellenos en el lecho marino, que convierten dicha institución en un "híbrido innominado que no es concesión administrativa ni es contrato de obra pública". (fs 50).

Otro punto que se toca en el libelo de alegato, es el relativo a la "NATURALEZA JURÍDICA DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO", sosteniendo que, además de haberse desnaturalizado la institución de la concesión administrativa, "el legislador de turno tuvo el desatino de pretender trastocar el orden constitucional con la segunda reforma de dicho artículo en menos de un año, a través de la norma impugnada, con la cual la administración pública queda facultada para desnaturalizar a su vez la propia cualidad de inalienables, imprescriptibles e inembargables que caracteriza a los bienes de uso público; pudiendo ahora colocar dentro del comercio a aquellos rellenos en el lecho marino derivados de una concesión administrativa, mediante una simple decisión ejecutiva de los gobernantes de turno". (fs 50).

Se indica que para ilustrar esta última aseveración, se traen a colación varios actos administrativos emitidos en relación o como resultado de la propia norma atacada de inconstitucional, veamos:

"-El Ministerio de Vivienda (MIVI) desafectó mediante Resolución 211-98 de 21 de octubre de 1998 (G.O. 23,663 de 30 de octubre de 1998), un área de servidumbre pública de más de 2 mil metros cuadrados en Paitilla para su transferencia en propiedad a la empresa ICA Panamá, S.A., a consecuencia del Contrato de Concesión Administrativa 70-96 al que ya nos referimos. Sin embargo, dicha área no estaba conformada por rellenos en lecho marino, sino por playas y riberas del mar territorial, por lo que cabe preguntarse cuál pudo haber sido el fundamento de Derecho de tal decisión.

-Mediante Decreto Ejecutivo 133 de 16 de noviembre de 1998 (G.O. 23,675 de 19 de noviembre de 1998) el entonces Ministerio de Hacienda y Tesoro desafectó un área de relleno constituida por "playa y fondo de mar" de 4 hectáreas en Paitilla, también a consecuencia del citado contrato. Como nota curiosa, en la parte motiva de dicho

acto administrativo se señala que "de conformidad con estudios practicados, el áreas de playa y fondo de mar objeto de esta desafectación, han 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".

- Mediante Resoluciones de Gabinete 57 y 58 de 17 de octubre de 2000 (G.O. 24,164 de 19 de octubre de 2000), de desafectaron dos globos de terreno que sumas más de 19 hectáreas en Paifilla, constituidos por "ribera de playa, fondo marino y áreas costanera", también a consecuencia del citado contrato, e invocando el mismo supuesto de hechos en su parte motiva".

Sostiene la licenciada Estrada que lo anterior hace recordar la falta de equidad denunciada por la Fundación para el Desarrollo de la Libertad Ciudadana en su Informe Técnico de Impacto Ambiental del Corredor, Sur de 1 de septiembre de 1998, cuando afirma en su página 21 que: "la Constitución Política de la República califica como 'inalieables a las áreas de uso público, incluyendo a los rellenos en el lecho marino. Este es el argumento con el que reiteradamente y desde hace varias décadas se ha negado el derecho de propiedad a los residentes de La Playita y algunas áreas de Boca La Caja; quienes de otro modo tendrían derechos posesorios sobre los terrenos que actualmente ocupan. Sin embargo, se plantea ahora la comercialización de las áreas rellenas, cuya preventa está siendo promocionada a precios exorbitantes".

Decisión de la Corte:

La frase motivo de controversia y de estudio por parte del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, es la contenida dentro del artículo 2 de la

Ley 5 de 1988; el cual, según el recurrente viola el artículo 255 de nuestra Carta Magna, que hace referencia a los bienes de Dominio Público, y que por dicha razón están exentos de apropiación privada, a menos que se releve de dicha característica a los mencionados bienes.

El recurrente considera inconstitucional la frase que indica lo siguiente:

"Artículo 2: Mediante el sistema de concesión administrativa, una persona jurídica o entidad se obliga por su propia 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 en favor del concesionario, incluyendo la facultad de rellenar tales bienes por cualquier otra forma que convenga.

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

Lo anterior es considerado contrario a la Constitución por parte del demandante, debido a que lo arriba expresado, permite la plena propiedad sobre los rellenos hechos en el lecho marino (que es un bien de dominio público); transformándose de esta forma un bien de dominio público en patrimonial, a través de una ley común.

Antes de arribar a una conclusión, es necesario plasmar algunos conceptos relevantes para el mismo, así tenemos que:

***Enajenación:** es el acto jurídico por el cual se transmite a otra la propiedad de una cosa, bien a título oneroso, como la compraventa a la permuta; a título lucrativo, como la donación y el préstamo sin interés.

Concesión: acto por el cual la administración confiera a particulares ventajas o derecho sobre bienes de dominio público, para que puedan construir obras de interés social o explotar servicios, mediante la sujeción a determinadas cargas u obligaciones.

Bienes Patrimoniales del Estado: todos aquellos capaces de ser apropiados por los particulares.

Bienes de Dominio Público: la inembargabilidad e imprescriptibilidad de los bienes de dominio público deriva de su inalienabilidad, esto es, el atributo que impide que se desvirtúe el destino público de tales bienes; por consiguiente un particulares jamás podrá adquirir la propiedad de estos, ni aún por prescripción.

Es el conjunto de cosas afectadas al uso directo de la colectividad referida a una entidad administrativa, y que no son susceptibles, por tanto, de apropiación privada". (BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo, 5ª edición, Tomo III, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1956, p. 385).

Como consecuencia de lo anterior, esta Corporación de Justicia puede manifestar entre otras cosas que, los bienes de dominio público no deben perder tal carácter por el solo hecho de que se de una concesión administrativa o cualquiera otras, lo correcto es que se desafecten a través de una ley de igual jerarquía a la que los creó como tal.

Si se está rellenando un bien de dominio público como lo es el lecho marino, no es coherente indicar que estos rellenos automáticamente se transforman en bienes patrimoniales.

De ser así, el Estado perdería una de sus más importantes potestades, como lo es la disposición que tiene el anterior con respecto a los bienes de dominio público.

Si el Estado permite que los rellenos que se hagan sobre bienes de

dominio público sean propiedad privada, estará perdiendo parte del patrimonio y de los elementos constitutivos del Estado, como lo es el mar territorial, playas, el lecho marino, etc.

En vista de que el relleno formaría parte del bien principal, el primero debe correr con la misma suerte que aquel (el principal); tal y como lo refleja el viejo adagio romano que indica que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, en otras palabras, si el bien es de dominio público el relleno hecho sobre éste, también lo es; si ese bien es dado en concesión de acuerdo a los requisitos que la Ley establece, ambos deberán revertir al Estado.

Sobre los rellenos en bienes de dominio público hay que resaltar el señalamiento que hiciera la Procuradora en la presente demanda de inconstitucionalidad :

"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"

(fs 35)

Los intereses que pueda tener el Estado en un proyecto determinado, so pretexto de que se trata de algo en beneficio de la sociedad, no deben chocar con el deber que tiene el mismo, de custodiar, y mantener los bienes que son de uso de la colectividad; por lo que el desarrollo no debe afectar en forma alguna las necesidades de la comunidad.

De todo lo anterior se puede colegir que, la aplicación indebida de lo que se impugna, se podría traducir en que todo relleno realizado sobre un bien público, será de propiedad privada; al igual que si a través de una concesión se da el derecho de enajenación, propiedad o traslado de dominio sobre estos rellenos, los mismo no podrán revertir a la Nación; porque se estaría eliminando el elemento de la reversión. Sin embargo, lo anterior no debe considerarse como un impedimento al particular para que celebre concesiones u otro tipo de contratos con el Estado que le permitan usufructuar (lo que se traduce en usar y recibir frutos de lo que pertenece a otro, no así interpretarse como el derecho a la propiedad privada) dichos bienes. Como consecuencia de lo anterior, el Estado se debe encargar de reglamentar adecuadamente cada uno de los diferentes contratos, para permitir que los asociados, por el derecho que les asiste, gocen de estos bienes.

Debido a la importancia que implica lo anterior, una norma de cualquier rango legal no debe transformar los bienes de dominio público, en privados.

De los planteamientos anteriormente citados, se puede colegir por parte del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, que la frase impugnada contraría preceptos establecidos en la Constitución.



En mérito de lo expuesto, el Pleno de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA INCONSTITUCIONAL la frase e inciso final del artículo 2 de la Ley N°5 de 15 de abril de 1988, según quedó modificado por la Ley N°36 de 6 de julio de 1995, dado que vulnera el artículo 255 de la Constitución Nacional

Notifíquese.

MAG. VIRGILIO TRUJILLO LOPEZ

MAG. GRACIELA J. DIXON C.

MAG. ARTURO HOYOS

MAG. JORGE FEDERICO LEE

MAG. ANIBAL SALAS CESPEDES

MAG. WINSTON SPADAFORA F.

MAG. JOSE A. TROYANO

MAG. ADAN A. ARJONA L.

MAG. ESMERALDA AROSEMENA
DE TROITIÑO

DR. CARLOS H. CUESTAS G.
Secretario General
