

204



**REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PLENO**



Panamá, trece (13) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS:

Conoce el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de las Acciones de Inconstitucionalidad acumuladas, interpuestas por los Licenciados Juan Carlos Henríquez Cano y Víctor Manuel Martínez Cedeño contra el artículo 2-A de la Ley N° 5 de 15 de abril de 1988 adicionado mediante la ley 76 de 15 de noviembre de 2010, "Por la cual se establece y regula el Sistema de Ejecución de Obras Públicas por el Sistema de Concesión Administrativa y se adoptan otras disposiciones".

I. NORMA ACUSADA DE INCONSTITUCIONAL

El artículo 2-A de la Ley N° 5 de 15 de abril de 1988, cuya inconstitucionalidad se demanda, es del siguiente texto:

"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:

207

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.



II. NORMAS CONSTITUCIONALES QUE SE CONSIDERAN INFRINGIDAS

Ambos demandantes señalan que el artículo 2-A de la Ley N° 5 de 15 de abril de 1988, vulnera el artículo 258 de la Constitución Política:

"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 la opinión del accionante Henríquez Cano, la norma demandada viola de manera directa por comisión, el artículo 258 de la Constitución Política que establece de forma clara, que el mar territorial y las aguas lacustres y fluviales, las playas y riberas de las mismas, pertenecen al Estado y son de dominio público, lo cual es igualmente aplicable a cualquier relleno que se construya sobre estos

208

bienes, por lo que es inadmisible que se pretenda permitir que bienes de dominio público puedan ser traspasados a personas de derecho privado con objeto de obras concesionadas.



Por otro lado, el Licenciado Víctor Manuel Martínez Cedeño, apoyó su demanda en que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia de 30 de diciembre de 2004, declaró la inconstitucionalidad del inciso final del artículo 2 de la Ley N° 5 de 15 de abril de 1988 y de la frase "*enajenación de bienes del Estado en favor del concesionario, incluyendo la facultad de rellenar tales bienes o por cualquier otra forma*". No obstante, la Asamblea Nacional, infringiendo la prohibición contemplada en el numeral 1 del artículo 163 de la Constitución Política¹, expidió la Ley N° 76 de 15 de noviembre de 2010, que adicionó el artículo 2-A a la Ley N° 5 de 1988, por la cual se autoriza la construcción de rellenos sobre el lecho marino, convirtiéndolos de esta manera, en bienes patrimoniales del Estado, y autorizando así su venta a particulares, a pesar de que estos constituyen bienes de dominio público.

Argumenta que la disposición demandada viola, de manera directa, el artículo 258 de la Constitución Política, puesto que el lecho marino forma parte del mar territorial y, por lo tanto, cualquier relleno que se construya sobre el mismo, constituye, de igual manera, un bien de dominio público que no puede ser objeto de apropiación privada a través de una Resolución de desafectación del Consejo de Gabinete que viabilice su inscripción como bien patrimonial de la Nación para su posterior traspaso al concesionario.

III. OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

En respuesta de los trasladados ordenados en ambos casos, el entonces Procurador de la Administración, Oscar Ceville, consideró que la norma acusada de inconstitucional no pretende otorgarle a los particulares derecho alguno sobre los bienes de dominio público, ya que establece la obligación de "desafectarlos"

¹ Es prohibido a la Asamblea Nacional expedir leyes que contraríen la letra o el espíritu de la Constitución.

209

(transformándolos así en bienes patrimoniales de la Nación) como condición previa a su traspaso al concesionario.



Opinó también que la figura jurídica de la "desafectación" encuentra apoyo en el artículo 282 de la Constitución Política que hace referencia a que el ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares, pero que el Estado las orientará, dirigirá, reglamentará, reemplazará o creará, según las necesidades sociales, a fin de acrecentar la riqueza nacional y asegurar sus beneficios para la mayor cantidad de habitantes posibles, por lo que manifiesta que el Órgano Ejecutivo, en virtud del poder soberano, puede tomar la iniciativa de "desafectar" un bien de dominio público.

Por lo anterior, solicitó al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, que se sirva declarar que NO ES INCONSTITUCIONAL el artículo 2-A de la Ley N°5 de 15 de abril de 1988 "Por la cual se establece y regula el Sistema de Ejecución de Obras Públicas por el Sistema de Concesión Administrativa y se adoptan otras disposiciones", tal como fue adicionado por la Ley 76 de 15 de noviembre de 2010.

IV- FASE DE ALEGATOS

Según lo establecido en el artículo 2564 del Código Judicial, se fijó el negocio en lista y se publicó edicto por el término de tres días, con la finalidad que los demandantes, al igual que cualquier otro interesado, presentaran sus respectivos argumentos por escrito.

En ese sentido, se recibieron alegatos por parte de la EMPRESA NACIONAL DE AUTOPISTAS, S.A., de la COMPAÑÍA INSULAR AMERICANA, S.A., del Licenciado César Omar Pinilla Marciaga, de la Licenciada Maribel Ibeth Caballero, del Licenciado José A. Troyano P. y del Licenciado Víctor Manuel Martínez Cedeño.

Los cinco primeros coinciden en señalar que el artículo 2-A de la Ley N° 5 de 15 de abril de 1988, adicionado por el artículo 30 de la Ley 76 de 15 de noviembre de

210

2010, no es constitucional, porque los bienes de dominio público, incluido el relleno de mar territorial o del lecho marino, pueden ser desafectados, constituir en virtud de esa medida bienes patrimoniales del Estado y así ser enajenados a favor de particulares, criterio que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha favorecido en el pasado.



Por su parte, el Licenciado Martínez Cedeño defendió y reiteró los argumentos en que sustentó la demanda de inconstitucionalidad presentada, en el sentido que el artículo 2-A de la Ley N° 5 de 15 de abril de 1988, adicionado por el artículo 30 de la Ley N° 76 de 15 de noviembre de 2010, viola de manera directa y por comisión, el artículo 258 y el numeral 1 del artículo 163 de la Constitución Política.

V- CONSIDERACIONES Y DECISIÓN DEL PLENO

Cumplidas las etapas inherentes a este tipo de acción constitucional, corresponde al Pleno de esta Corporación de Justicia, avocarse a decidir la respectiva Demanda de Inconstitucionalidad, para lo cual son oportunas las siguientes consideraciones.

Como es sabido, la guarda de la integridad de la Constitución la ejerce, privativamente, la Corte Suprema de Justicia. En ese sentido, el artículo 206 de la Constitución Política de la República de Panamá, establece, en lo pertinente, lo siguiente:

"La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:

1. La guarda de la integridad de la Constitución para lo cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre la inconstitucionalidad de las Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona.
...".

Del precepto constitucional citado, se desprende que la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de este tipo de acción que, para el caso que nos ocupa, está dirigida a que sea analizada la constitucionalidad del artículo 2-A de la Ley N° 5 de 15 de abril de 1988 por la cual se establece y regula el sistema de ejecución

211

de obras públicas por el sistema de concesión administrativa y se adoptan otras disposiciones².

Expresado lo anterior, conviene especificar que la disposición demandada faculta al Estado para pactar con los concesionarios la construcción y habilitación de nuevas áreas de terreno que resulten del relleno de lecho marino con el objetivo que las fincas así creadas puedan ser desafectadas por el Consejo de Gabinete y, acto seguido, inscribirse como bienes patrimoniales de la Nación con el ulterior propósito de traspaso al concesionario o a un fideicomiso como medio para garantizar el financiamiento del proyecto y/o amortizar el monto total recuperable de la concesión.

Dicha disposición, a juicio de los demandantes, entra en conflicto con el artículo 258 de la Constitución Política que enlista los bienes de uso público y determina que estos no pueden ser objeto de apropiación privada.

Resulta conveniente precisar que la expresión "uso público" del artículo 258 de la Constitución Política debe leerse como "dominio público"³ porque existe identidad conceptual entre ambos: son aquellos bienes del Estado que "*no pueden ser objeto de apropiación privada*".

Rafael Bielsa define dominio público como "*el conjunto de cosas afectadas al uso directo de la colectividad... destinadas al uso público de los administrados y que no son susceptibles, por tanto, de apropiación privada*"⁴.

Aclara el autor, que es preciso distinguir dos categorías de bienes estatales: a) los públicos, sobre los cuales el Estado tiene un superior poder de policía y no derecho de propiedad y; b) los patrimoniales, sobre los cuales el Estado ejerce un verdadero derecho de propiedad, diferenciado según la clase de bienes y el servicio público inmediato (puentes, plazas o edificios) o mediato (bienes vacantes y mostrencos) a que se destinen⁵.

² Gaceta Oficial N° 21,030 de 18 de abril de 1988 y N° 26,660-A de 15 de noviembre de 2010.

³ De hecho, el constituyente de 1941, el primero en referirse a ellos, los califica como bienes de "dominio público".

⁴ BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo, Tomo III. 1980. Página 454-455.

⁵ Ibídem, páginas 459-460.



212

Los bienes de dominio público del Estado son, por tanto, inalienables⁶, imprescriptibles⁷ e inembargables⁸, atributos que en el orden constitucional vigente resultan compatibles con el concepto de afectación, pero opuestos con el de desafectación, siempre que se tenga claro que: la afectación consiste en una manifestación de voluntad expresa del poder público, por medio de la cual se incorpora un bien al uso o goce de la comunidad, ya sea directo o indirecto; mientras que la desafectación es el fenómeno jurídico por el cual un bien que ostenta la calidad de uso público deja de serlo, por cuanto cambia su calidad de bien de dominio público a la de un bien patrimonial ya sea del Estado o de los particulares⁹.

Mientras lo primero, esto es, la afectación, está permitida explícitamente en el numeral 9 del artículo 159 que autoriza a la Asamblea Nacional para "*disponer sobre la aplicación de los bienes nacionales a usos públicos*", la desafectación se encuentra prohibida, también de modo categórico, en el artículo 258 que establece que los bienes de uso público "no pueden ser objeto de apropiación privada".



Como surge, naturalmente, la interrogante acerca de qué son bienes nacionales, resulta oportuno citar cómo los definen los artículos 2 y 3 del Código Fiscal¹⁰, según los cuales, son bienes nacionales: 1) Los que pertenecen al Estado de conformidad con el artículo 257 de la Constitución; 2) Los que son de uso público de conformidad con el artículo 258 de la Constitución Política; 3) Todos los existentes en el territorio de la República que no pertenezcan a los Municipios, entidades autónomas o semi-autónomas y; 4) Los que no sean individual o colectivamente de propiedad particular.

Se entiende, de forma congruente con lo indicado, que los "bienes nacionales" son un género que comprende entre sus especies tanto los de dominio público como los

⁶ No se pueden vender, donar, permutar, etc.

⁷ No susceptibles de usucapión.

⁸ No pueden ser objeto de gravámenes hipotecarios, embargos o apremios.

⁹ Cfr. Fallo de 4 de abril de 1995 de la Corte Constitucional de la República de Colombia. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-150-95.htm>

¹⁰ Ley 8 de 27 de enero de 1956. Gaceta Oficial N°12995 de 29 de junio de 1956.

213

patrimoniales, de allí que aquella referencia del numeral 9 del artículo 159 de la Constitución a "bienes nacionales", debe leerse como "bienes patrimoniales", pues los de uso público, dispénsese la reiteración, ya son de uso público.

Hasta este punto, aunque el Pleno ya adelantó el criterio que marcará el desenlace del proceso, ha querido ocuparse, principalmente, del planteamiento conceptual del caso que tiene ante sí para desarrollar, a continuación, los tres ejes temáticos en que apoya su decisión: 1) El antecedente jurisprudencial; 2) Los bienes de uso público y su desafectación en el orden constitucional y; 3) El sentido y alcance del artículo 258 de la Constitución Política y la facultad que otorga al legislador en el numeral 9 del artículo 159 de la misma.

El Antecedente Jurisprudencial



Lo primero que debe ser puesto de relieve por parte del Pleno, es que la temática (no la norma) específica sobre la que recae ahora su decisión, cuenta con un pronunciamiento preciso sobre su inconstitucionalidad, consignado en la sentencia de 30 de diciembre de 2004¹¹ en relación con la frase e inciso final del artículo 2 de la Ley 5 de 15 de abril de 1988, según quedaron modificados por la Ley N°36 de 6 de julio de 1995¹² y que a continuación se cita:

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

En el caso de llenos sobre bienes de dominio público, las áreas llenadas constituirán bienes patrimoniales del Estado".
(El resaltado es nuestro).

Los argumentos en que se apoyó la sentencia aludida para declarar inconstitucional la frase y el enciso final del artículo 2 de la Ley 5 de 15 de abril de 1988, conservan

¹¹ Gaceta Oficial N° 25,229 de 31 de enero de 2005.

¹² Gaceta Oficial N° 22,825 de 13 de julio de 1995.

214

hoy, el mismo rigor y vigencia jurídica, pues ningún cambio se ha producido en la Constitución, que justifique una reinterpretación de disposiciones que gravitan en torno a la habilitación efectuada por el legislador para enajenar, en favor de concesionarios, rellenos sobre bienes de uso y dominio públicos.



Resulta especialmente clarificador repasar el modo en que el mencionado artículo 2 de la Ley 5 de 15 de abril de 1988, ha cambiado a lo largo del tiempo, desde su concepción inicial, respetuosa de los límites impuestos por el constituyente, hasta su estado actual, manifiestamente incompatible con los artículos 258 y 163 de la Constitución Política:

Ley 5 de 15 de abril de 1988.	Ley 31 de 30 de diciembre de 1994 ¹³ .	Ley 36 de 6 de julio de 1995
"Artículo 2: Mediante el sistema de concesión administrativa, una persona jurídica o entidad se obliga, por su cuenta y riesgo, a realizar cualesquiera de las actividades susceptibles de concesión a que se refiere esta ley, bajo el control y fiscalización de la entidad concedente, a cambio de una retribución que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación del Órgano Ejecutivo, el primero cobre a los usuarios de tales obras por el tiempo que se determine en el acto que otorgue la concesión, o en cualquier otra forma que se convenga".	"Artículo 2. Mediante el sistema de concesión administrativa, una persona jurídica o entidad se obliga, por su cuenta y riesgo, a realizar cualesquiera de las actividades susceptibles de concesión a que se refiere esta ley, bajo el control y fiscalización de la entidad concedente, a cambio de una retribución que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación del Órgano Ejecutivo, el primero cobre a los usuarios de tales obras por el tiempo que se determine en el acto que otorga la concesión, mediante la utilización de bienes del Estado por el concesionario, incluyendo la facultad de llenar tales bienes, o por cualquier otra forma que se convenga".	"Artículo 2. Mediante el sistema de concesión administrativa, una persona jurídica o entidad se obliga, por su cuenta y riesgo, a realizar cualesquiera de las actividades susceptibles de concesión a que se refiere esta ley, bajo el control y fiscalización de la entidad concedente, a cambio de una retribución que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación del Órgano Ejecutivo, el primero cobre a los usuarios de tales obras, por el tiempo que se determine en el acto que otorga la concesión, mediante la utilización o enajenación de bienes del Estado en favor del concesionario, incluyendo la facultad de llenar 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 ¹⁴ ".
Ley 52 de 28 de diciembre de 2005 ¹⁵ .	Ley 76 de 15 de noviembre de 2010	
"Artículo 2: Mediante el sistema de concesión administrativa, una persona jurídica o entidad se obliga, por su cuenta y riesgo, a realizar cualesquiera de las actividades susceptibles de concesión a que se refiere esta ley, bajo el control y fiscalización de la entidad concedente, a cambio de una retribución que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación del Órgano Ejecutivo, la persona jurídica o la entidad cobre a los usuarios de tales obras, por el tiempo que se determine en el acto que otorgue la concesión o en cualquier otra forma que se convenga" ¹⁶ .	"Artículo 2: Mediante el sistema de concesión administrativa, una persona jurídica o entidad se obliga, por su cuenta y riesgo, a realizar cualesquiera de las actividades susceptibles de concesión a que se refiere esta ley, bajo el control y fiscalización de la entidad concedente, a cambio de una retribución que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación del Órgano Ejecutivo, la persona jurídica o la entidad cobre a los usuarios de tales obras, por el tiempo que se determine en el acto que otorga la concesión o en cualquier otra forma que se convenga. Artículo 2-A. El Estado podrá pactar con el concesionario la construcción y habilitación de las nuevas áreas de terreno que resulten del lleno 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: .."	

¹³ Gaceta Oficial N° 22,694 de 31 de diciembre de 1994.

¹⁴ El resultado corresponde a la parte del artículo citado que fue declarado inconstitucional mediante fallo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 30 de diciembre de 2004.

¹⁵ Gaceta Oficial N° 25,454 de 29 de diciembre de 2005.

¹⁶ Obsérvese que el artículo retomó el texto que tenía de conformidad con la Ley 5 de 1988.

215

Como se observa, ha sido la facultad de relleno sobre los bienes de dominio público, pero sobre todo, el alcance de los derechos que se pueden otorgar sobre estos a los concesionarios, lo que ha ocasionado, en 1995 y 2010, ciertos excesos por parte del legislador ordinario que fueron remedados, para el primer caso a través del comentado fallo de 2004 y lo será ahora, respecto al desacuerdo de la Ley 76 de 15 de noviembre de 2010, que adicionó el artículo 2-A a la Ley 5 de 1988.



Puntualizó el Pleno en aquella decisión, las siguientes conclusiones, sostenibles sin duda, en la actualidad¹⁷:

- 1- Si el Estado permite que los rellenos que se hagan sobre bienes de dominio público sean propiedad privada, estará perdiendo parte de los elementos constitutivos del Estado, como lo es el mar territorial, playas, el lecho marino, etc.
- 2- Si un bien es de dominio público, el relleno sobre este, también lo es, por lo tanto, si ese bien es dado en concesión, ambos deberán revertir al Estado.
- 3- Los intereses que pueda tener el Estado en un proyecto determinado en beneficio de la sociedad, no deben chocar con el deber que tiene de custodiar y mantener los bienes que son de uso de la colectividad.
- 4- 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, exclusivamente, usufructuar dichos bienes.
- 5- Si la Constitución Política calificó ciertos bienes como de uso público, solo ella podría establecer el mecanismo para su desafectación.

En sentido similar, y a propósito de la constitucionalidad del último párrafo del artículo 99 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995¹⁸, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 26 de junio de 2007¹⁹ señaló, que "si aceptamos que

¹⁷ En las sentencias del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 23 de diciembre de 2013 y 20 de mayo de 2015 consultables en las Gacetas Oficiales 27505 de 1 de abril de 2014 y 27918 de 30 de noviembre de 2015, se citan y amplían los criterios desarrollados en esta Sentencia para decidir sendas demandas de inconstitucionalidad sobre la desafectación y enajenación de bienes de uso público.

¹⁸ Que habilitaba al Órgano Ejecutivo, en materia de contratación pública, para la desafectación de bienes de dominio público.

¹⁹ Gaceta Oficial N°26337-A de 3 de agosto de 2009.

214

los bienes de dominio público enumerados en los literales 1, 2, 3 y 4 del artículo 258 de la Constitución Nacional pueden ser desafectados por normativas legales de menor rango [que la Carta Magna], tendríamos que aceptar que a través de una resolución del Ministerio de Economía y Finanzas, se podría desafectar por ejemplo el Mar Territorial. Imaginémonos sólo por un instante esta posibilidad, así como la magnitud y envergadura que este hecho tendría sobre los bienes de dominio público dispuestos por la Constitución Nacional".



Sin perjuicio de lo anterior, se hace necesario señalar que la presente sentencia se diferencia de las otras seis (6) que la han antecedido y que guardan relación con la desafectación y enajenación de bienes de uso público, por cuanto se ocupa de analizar la inconstitucionalidad de esta figura sobre la ley 5 de 1998 que regula la concesión administrativa, y no recae sobre otros actos de inferior jerarquía como fue en las referidas sentencias que se mencionan a continuación:

- Sentencia de 11 de diciembre de 2006²⁰ que declaró que NO SON INCONSTITUCIONALES las cláusulas tercera, decimoquinta, decimosexta y decimoséptima del Contrato de Concesión Administrativa N°70-96 de 6 de agosto de 1996;
- Sentencia de 22 de diciembre de 2014²¹ que declaró que NO ES INCONSTITUCIONAL la Cláusula N°3 de la Adenda N°4 del Contrato de Concesión Administrativa N°70-96 de 6 de agosto de 1996;
- Sentencia de 20 de mayo de 2015²² que declaró que SON INCONSTITUCIONALES los artículos 1 y 2 de la Resolución de Gabinete N°4 de 15 de enero de 2013;
- Sentencia de 26 de diciembre de 2017²³ que declaró que NO SON INCONSTITUCIONALES los artículos primero y segundo de la Resolución de Gabinete N°57 de 17 de octubre de 2000;

²⁰ Gaceta Oficial N°25806 de 5 de junio de 2007.

²¹ Gaceta Oficial N°27771 de 30 de abril de 2015.

²² Gaceta Oficial N°28667 de 4 de diciembre de 2018.

²³ Gaceta Oficial N°28963 de 17 de febrero de 2020.

217

- Sentencia de 3 de marzo de 2020²⁴ que declaró que NO ES INCONSTITUCIONAL el Decreto Ejecutivo N°133 de 16 de noviembre de 16 de noviembre de 1998;
- Sentencia de 13 de agosto de 2020²⁵ que declaró que SON INCONSTITUCIONALES los artículos primero, segundo y tercero de la Resolución de Gabinete N°38 de 5 de mayo de 2004 reformada por la Resolución de Gabinete N°56 de 16 de junio de 2004.



Los bienes de uso público y su desafectación en el orden constitucional

La interpretación sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas debe efectuarse considerando el estándar constitucional vigente en el momento en que fueron creadas y aquel aplicable durante el período en que son demandadas.

La disposición demandada, tal como en cierto sentido lo señala el artículo 332 del Código Civil, se refiere a la desafectación, como mecanismo "legal" habilitante para la enajenación de bienes de uso público y así lo explican aquellos que en este proceso alegaron sobre la constitucionalidad del artículo 2-A de la Ley N°5 de 15 de abril de 1988, adicionado por el artículo 30 de la Ley N°76 de 15 de noviembre de 2010.

Sobre este asunto, es indispensable resaltar que, en principio, las leyes que expide el Órgano Legislativo, la Asamblea Nacional, responden a las disposiciones, valores, prohibiciones y habilitaciones consignados en la Constitución vigente durante el período en que son elaboradas. Esto explica, en el caso del artículo 332 del Código Civil de 1917, que la figura de la "desafectación" de bienes de uso público tuviese alguna cabida constitucional (más adelante se explica por qué), puesto que en la Constitución Política de 1904, no se estableció algún artículo que se refiriese a los bienes de "uso público" y los excluyese de apropiación privada.

²⁴ Gaceta Oficial N°29097 de 24 de agosto de 2020.

²⁵ Gaceta Oficial N°29213 de 5 de febrero de 2021.

218

Dicha Constitución preceptuaba, llanamente y sin distinción o atributo específico, los bienes que "Pertenecen a la República de Panamá". Veamos el artículo pertinente a continuación:

- "Artículo 115**
- Pertenecen a la República de Panamá:**
- 1) Los bienes existentes en el territorio que, por cualquier título, pertenecieron a la República de Colombia;
 - 2) Los derechos y acciones que la República de Colombia poseyó como dueña, dentro o fuera del país, por razón de la soberanía que ejerció sobre el territorio del Istmo de Panamá;
 - 3) Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecieron al extinguido Departamento de Panamá;
 - 4) Los baldíos y las salinas; y las minas de filones y aluviones, o de cualquier otro género, y las de piedras preciosas, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos".



Para el constituyente de 1904, no existía una categoría de bienes nacionales "de uso público". Mucho menos, bienes estatales con una cualidad constitucional que los excluyera de apropiación privada, por lo tanto, la definición de estos en el artículo 3º del Código Fiscal de 1917²⁶, consecuente en el modelo constitucional de la época, prácticamente reproducía el texto pertinente de la Carta Magna:

Constitución Política de 1904	Código Fiscal de 1917
Artículo 115. Pertenecen a la República de Panamá: <ol style="list-style-type: none"> 1. Los bienes existentes en el territorio, que por cualquier título pertenecieron a la República de Colombia. 2. Los derechos y acciones que la República de Colombia poseyó como dueña, dentro o fuera del país, por razón de la soberanía que ejerció sobre el territorio del Istmo de Panamá; 3. Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecieron al extinguido Departamento de Panamá; 4. Los baldíos y las salinas; y las minas de filones y aluviones, o de cualquier otro género, y las piedras preciosas, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos. 	Artículo 3º <p>Son Bienes Nacionales:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.º Los bienes existentes en el territorio, que por cualquier título pertenecieron a la República de Colombia; 2.º Los derechos y acciones que la República de Colombia poseyó como dueña, dentro o fuera del país, por razón de la soberanía que ejerció sobre el territorio del Istmo de Panamá; 3.º Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecieron al extinguido Departamento de Panamá; 4.º Los baldíos y las salinas; y las minas de filones y aluviones, o de cualquier otro género, y las piedras preciosas, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos.

Lo anterior permite afirmar que el artículo 332 del Código Civil, también de 1917, responde a un estándar constitucional de principios de la República, en el que no se consideró la existencia o clasificación de ciertos bienes de uso público que deberían estar excluidos de apropiación privada, algo que los constituyentes posteriores sí establecieron de modo inequívoco en los artículos 146, 209 y 258 de las Constituciones posteriores de 1941, 1946 y 1972²⁷, respectivamente. Nótese ello a continuación:

²⁶ Ley 2ª de 22 de agosto de 1916.

²⁷ Constituciones de la República de Panamá publicadas por Jorge Fábrega P. 1987.

214

Constitución Política de 1941	Constitución Política de 1946	Constitución Política de 1972
<p>"Artículo 146. Son bienes de dominio público, y por consiguiente no pueden ser objeto de apropiación privada:</p> <p>1. Las aguas marítimas, lacustres y, fluviales; las playas, orillas y riberas de las mismas, y los puertos y esteros. Todos estos bienes son de aprovechamiento libre y común sujetos a las reglamentaciones que establezca la Ley;</p> <p>2. Las tierras destinadas o que se destinen a servicios públicos de tránsito y comunicación terrestre, telegráficos y telefónicos;</p> <p>3. Las tierras destinadas o que se destinen a servicios públicos de irrigación, de represas, de desagües y de acueductos;</p> <p>4. Los demás a los cuales la Ley dé carácter de bienes de dominio o uso público". (El resaltado es nuestro).</p>	<p>Artículo 209. Pertenecen al Estado y son de uso público y, por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada:</p> <p>1º 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;</p> <p>2º Las tierras y aguas destinadas a servicios públicos de toda clase de comunicaciones;</p> <p>3º Las tierras y aguas destinadas o que el Estado destine a servicios públicos de irrigación, de producción hidroeléctrica, de desagües y de acueductos;</p> <p>4º El espacio aéreo y la plataforma continental submarina correspondientes al territorio nacional; y</p> <p>5º Los demás bienes que la Ley define 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". (El resaltado es nuestro).</p>	<p>"Artículo 258. Pertenecen al Estado y son de uso público y, por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada:</p> <p>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.</p> <p>2. Las tierras y las aguas destinadas a servicios públicos y a toda clase de comunicaciones.</p> <p>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.</p> <p>4. El espacio aéreo, la plataforma continental submarina, el lecho y el subsuelo del mar territorial.</p> <p>5. Los demás bienes que la Ley define 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". (El resaltado es nuestro).</p>

Si algo demuestra que la presente temática siga siendo objeto de análisis constitucional y que la Asamblea Nacional, cada tanto, insista en la expedición de leyes que permitan desafectar bienes del Estado constitucionalmente resguardados, es que dicha práctica no se emprende por el prurito de otorgarle la calidad de "bien patrimonial" a ciertas parcelas de propiedad de la Nación, sino que persigue brindar respaldo legal para su enajenación.



La Constitución Política de 1904, no prohibía la enajenación de los bienes nacionales, incluida aquella que incidiera sobre esa clase de bienes estatales que, 37 años más tarde, serían considerados de uso público en la Constitución Política de 1941, por lo que habría sido factible, solo durante su vigencia (1904-1940), con fundamento en los numerales 6 y 22 del artículo 65, enajenar (y desafectar, quitar o retirar del uso público, materialmente considerado) cualquier bien que perteneciera al Estado:

"Artículo 65
Son funciones legislativas de la Asamblea Nacional:
1...

- 220
6. Conceder autorizaciones al Poder Ejecutivo para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional;
...
22. Decretar la enajenación de bienes nacionales o su aplicación a usos públicos;
..."



Resulta evidente que bajo el amparo -órbita- de aquella Constitución, se autorizó al legislador ordinario para "afectar" (aplicar a usos públicos) y "enajenar" (actividad que equivale a retirar el uso público, desafectar) cualquier tipo de bienes nacionales, cosa que, como puede notarse en la comparación efectuada antes, cambió radicalmente en las constituciones posteriores, en las que no se eliminaron del todo estas facultades²⁸, pero se limitaron clara y determinadamente, a través de los artículos 146, 209 y 258 de las Constituciones de 1941, 1946 y 1972, respectivamente.

Para el Pleno es innegable que la desafectación no es un asunto cuyo anclaje jurídico deba buscarse en el artículo 332 del Código Civil o en alguna otra norma de carácter puramente legal²⁹, sino en la Carta Magna³⁰, que, se reitera, la prohíbe de manera expresa, desde la creación constitucional de esa clase especial de bienes del Estado resguardados a los que el constituyente llamó "de dominio público" a partir de 1941, y "de uso público" en 1946 y 1972.

A propósito del Código Civil, no está demás señalar, como ejemplo, que su artículo 333 define, en concordancia con el numeral 5 del artículo 258 de la Constitución, una serie de bienes de uso público de los municipios, cuyo estatus jurídico no puede mutar a bienes patrimoniales del Estado, debido a que el constituyente lo prohíbe de forma tajante en el artículo 258 de la Carta Magna.

²⁸ La Constitución de 1941 conservó las mismas funciones para la Asamblea Nacional; la de 1946, suprimió la función de decretar la enajenación de bienes nacionales, pero conservó la posibilidad de autorizarlo a petición del ejecutivo; la de 1972, con los actos reformatorios de 1978, eliminó la posibilidad que la Asamblea Nacional autorizara al ejecutivo la enajenación de bienes nacionales, pero la restituyó a favor del Consejo Nacional de Legislación y; la Constitución actual reformada por acto legislativo de 27 de julio de 2004, no establece para la Asamblea Nacional alguna de estas funciones.

²⁹ Es decir, creada llanamente por el legislador ordinario.

³⁰ Creada por el constituyente.

221

Como la simple referencia a las normas no alcanza para hacer evidente lo manifestado, observemos, simultáneamente, el contenido de dichas disposiciones:

Artículo 333 Código Civil	Numeral 5, artículo 258 Constitución Política actual
<p>Artículo 333. Son bienes de uso público, en los municipios, los caminos vecinales, las plazas, calles, puentes y aguas públicas, los paseos y las obras públicas de servicio general costeadas por los mismos municipios.</p> <p>Las aceras hacen parte de las calles. Todos los demás bienes que los municipios posean serán patrimoniales y se regirán por las disposiciones de este Código, salvo lo dispuesto en leyes especiales. (Resaltado es del Pleno).</p>	<p>"Artículo 258. Pertenezcan al Estado y son de uso público y, por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada:</p> <p>1...</p> <p>...</p> <p>5. Los demás bienes que la Ley defina como de uso público". (Resaltado es del Pleno).</p>



El Código Civil es una ley que en su artículo 333 está definiendo bienes "de uso público" de los municipios, por lo tanto, dichos bienes, no pueden ser objeto de apropiación privada, según el numeral 5 del artículo 258 de la Constitución Política.

El sentido y alcance del artículo 258 de la Constitución Política y la facultad que otorga al legislador en el numeral 9 del artículo 159.

Lo que no le da el constituyente, no puede abrogárselo el legislador, planteamiento que resultará más claro a partir del contenido, a continuación, del artículo 132 de la Constitución Española, que por su carácter contundente, se cita para fines didácticos:

"Artículo 132

1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.
2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.
3. Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación". (El resaltado es nuestro).

La cita cumple el único cometido de exemplificar que cuando una determinada institución jurídica (como la desafectación) cuenta con amparo constitucional, se haya de forma clara en su texto, convicción que orienta la actividad del órgano controlador que "...para nada tiene en cuenta los factores de conveniencia u oportunidad que hubiesen animado al legislador o al gobierno para expedir el acto acusado de inconstitucional"³¹.

³¹ ECHEVERRI U., Álvaro. Teoría constitucional y ciencia política. 1990, página 272.

222

Así las cosas, resulta constitucional, sin importar el mecanismo que se emplee para cumplir tal cometido (ley o decreto de cualquier clase), que se desafecte y enajene alguno de los bienes que enlista el artículo 258 de la Constitución Política o el relleno que se efectúe sobre ellos, ya que “*los bienes de dominio público...no cambian por el hecho de realizarse un relleno sobre determinada área, ya que de darse esta situación tiene que mantenerse dicho estatus, con la única variación que, en adelante, se convierte en un área territorial destinada a un objetivo específico de la administración pública, siempre en beneficio de la colectividad*”³².



La concesión es el mecanismo constitucionalmente aceptado (artículo 259) a través del cual, según lo reglamente la ley, los particulares pueden administrar o explotar bienes de dominio público bajo la condición de que el Estado conserve su propiedad; lo contrario sería admitir que, paulatinamente, el gobierno de turno pueda vender o traspasar, bajo el mecanismo de la desafectación, los ríos, los lagos o las costas del país, entre otros bienes de uso público.

En atención a los conceptos desarrollados, debe quedar claro que la regulación legal de los rellenos que se construyan sobre bienes de uso público como playas y riberas del mar territorial, debe garantizar que se mantengan los dos presupuestos establecidos en el artículo 258 de la Constitución Política: 1) su demanialidad, esto es, la titularidad colectiva y la afectación al uso colectivo que pesan sobre los mismos, y 2) su aprovechamiento “libre y común”. Cualquier norma legal que no tutele el carácter inmutable de estos rellenos como bienes de dominio público, de tal modo que siempre formen parte del patrimonio inalienable del Estado y solo sea posible su explotación en la medida que la misma favorezca el interés colectivo, sería contraria a la Carta Magna³³.

Lo anterior no desdice de la atribución concedida al Órgano Legislativo en el numeral 9 del artículo 159 de la Constitución, respecto a “*disponer sobre la*

³² Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 13 de agosto de 2020, que declaró inconstitucionales los artículos primero, segundo y tercero de la Resolución de Gabinete N°38 de 5 de mayo de 2004, reformada por la Resolución de Gabinete N°56 de 16 de junio de 2004.

³³ Cfr. Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de 18 de julio de 2019. Registro Judicial. Julio 2019, páginas 177-178.

223

aplicación de los bienes nacionales a usos públicos", puesto que dicha disposición debe ser entendida y aplicada en su sentido natural que autoriza al legislador a incorporar bienes al uso público³⁴, pero no la actividad inversa.

Y es que dentro de la especie de bienes nacionales llamada "bienes de uso público", existen algunos con un anclaje constitucional y otros que se amparan en disposiciones de orden legal. Los ejemplos más claros de esta circunstancia, surgen de la comparación entre aquellos que lista el mencionado artículo 258 de la Constitución y los que se establecen en el artículo 329 del Código Civil, cuyo desglose, a continuación, permite advertir coincidencias, pero también diferencias:

Constitución Política actual	Código Civil
Artículo 258. Pertenecen al Estado y son de uso público y, por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada:	Artículo 329. Son bienes de dominio público:
<ul style="list-style-type: none"> • El mar territorial; • Las aguas lacustres y fluviales; • Las playas y riberas de las mismas; • Las riberas de los ríos naveables; • Los puertos y esteros; • Las tierras y las aguas destinadas a servicios públicos y a toda clase de comunicaciones; • Las tierras y las aguas destinadas o que el Estado destine a servicios públicos de irrigación, de producción hidroeléctrica, de desagües y de acueductos; • El espacio aéreo; • La plataforma continental submarina; • El lecho y el subsuelo del mar territorial; • Los demás bienes que la Ley defina como de uso público. 	<ul style="list-style-type: none"> • Los destinados al uso público; • Los caminos; • Los canales; • Los ríos; • Los torrentes; • Los puertos; • Los puentes construidos por el Estado; • Las riberas; • Las playas, radas y otros análogos; • Los que pertenezcan privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional; • Las murallas; • Las fortalezas y demás obras de defensa del territorio; • Las minas, mientras no se otorgue su concesión; • El aire.



Expresado lo anterior, no hacen falta interpretaciones al texto constitucional para arribar a la conclusión de que ninguno de estos bienes puede ser objeto de apropiación privada, con indiferencia a que su calificación como "bien de uso público" yazca en la Constitución o la Ley. Así de riguroso fue el constituyente cuando dejó consignado, sin espacio a una interpretación distinta, lo siguiente:

"Artículo 258. Pertenecen al Estado y son de uso público y, por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada:
1...
...
5. Los demás bienes que la Ley defina como de uso público".
(Énfasis suprido).

Resulta evidente, tal como lo confirma nuestra historia constitucional, que a partir de la Constitución Política de 1941, el poder constituyente determinó que habría una

³⁴ Son bienes de uso público aquellos que las leyes definan como tales en virtud del numeral 5 del artículo 258 de la Constitución Política.

224

clase de bienes del Estado cuyo carácter demanial³⁵ no podría ser modificado bajo ninguna circunstancia. Con la fórmula de "*los demás bienes que la ley defina como de uso público*", habilitó al legislador ordinario para crear o asignar carácter de "uso público" a otros bienes del Estado adicionales a los consignados explícitamente como tales en la Constitución, pero no le autorizó a revertir o cambiarles dicho estatus jurídico.

Esta previsión, contenida en el numeral 5 del artículo 258 de la Constitución, es ostensiblemente concordante con la función asignada al Poder Legislativo en el numeral 9 del artículo 159:

"Artículo 159. La función legislativa, es ejercida por medio de la Asamblea Nacional y consiste en expedir las leyes necesarias para el cumplimiento de los fines y el ejercicio de las funciones del Estado declarados en esta Constitución y en especial para lo siguiente:

- 1...
- 9. Disponer sobre la aplicación de los bienes nacionales a usos públicos.
- ...".



Recuérdese aquí lo que antes se ha indicado sobre los bienes nacionales según las disposiciones del Código Fiscal y, adicionalmente, la clasificación establecida en el Capítulo III, Título I del Libro II del Código Civil, según la cual el Estado es titular de bienes de dominio público y de bienes patrimoniales (bajo régimen de propiedad privada), los primeros listados como se ha visto en el artículo 329 del Código Civil y, los segundos, aludidos en forma de cláusula *a contrario sensu* en el artículo 330, en concordancia con el 334 :

"Artículo 330. Todos los demás bienes pertenecientes al Estado en que no concurran las circunstancias expresadas en el Artículo anterior, tienen el carácter de propiedad privada".

"Artículo 334. Son bienes de propiedad privada, además de los patrimoniales del Estado y del municipio, los pertenecientes a particulares, individual o colectivamente".

Entonces, la función legislativa de "*disponer sobre la aplicación de los bienes nacionales a usos públicos*", solo tiene un modo claro de ser entendida y aplicada:

³⁵ Consiste en la titularidad colectiva, en la afectación a dicho tipo de uso que pesan sobre los bienes de dominio público, cuyo aprovechamiento es "libre y común". (Cfr. Fallo de la Sala Tercera de Corte Suprema de Justicia de 18 de julio de 2019 en Registro Judicial de julio 2019, páginas 169-178.

229

- 1) Está referida a los bienes nacionales del Estado que no son de uso público, es decir, los patrimoniales, puesto que sería contrario al sentido común otorgar uso público a un bien que ya goza de esa característica o connotación;
- 2) Es una habilitación constitucional en un solo sentido, es decir, el constituyente autorizó de modo irrefutable al legislador para dar a un bien patrimonial del Estado la categoría de "uso público", pero no le otorgó la función o atribución opuesta (convertir un bien de uso público en patrimonial).



Un ejemplo permitiría comprender mejor cuanto se ha indicado: Considérese que el gobierno de Panamá, a través del mecanismo legalmente establecido enajena en favor de particulares algunas hectáreas baldías en la provincia de Darién (bien patrimonial del Estado) que transcurridos algunos años resultan contiguas a un descubrimiento botánico singular susceptible de ser destinado al uso público, motivo por el cual, expropia las fincas que antes eran de su propiedad³⁶ y somete a consideración de la Asamblea Nacional, que con fundamento en el numeral 9 del artículo 159, en concordancia con el numeral 5 del artículo 258 de la Constitución, disponga la aplicación del conjunto y sus áreas contiguas, al uso público a través de un parque botánico y ecoturístico, es decir, que sean afectadas y por esa cualidad, queden excluidos permanentemente de la posibilidad de apropiación privada.

La afectación es un suceso de trascendencia jurídica que se entiende mucho mejor a partir de su materialidad. Consiste sencillamente en convertir un bien del Estado que es enajenable, en no enajenable, ya sea por voluntad explícita, como en el ejemplo anterior, o tácita, como cuando se expropia a los particulares porciones de sus fincas para construir una autopista que, evidentemente, será de uso público.

En consecuencia, y dado que le asiste la razón a los demandantes, lo que corresponde es declarar inconstitucional el artículo 2-A de la Ley 5 de 15 de abril de

³⁶ Considérese aquí el segundo párrafo de artículo 48 de la Constitución Política.

224

1988 en la medida que contraviene los artículos 163 numeral 1 y 258 de la Constitución Política y a ello se procede.

VI- PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones anteriores, **EL PLENO DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE ES INCONSTITUCIONAL**, el artículo 2-A de la Ley No. 5 de 15 de abril de 1988, "Por la cual se establece y regula el Sistema de Ejecución de Obras Públicas por el Sistema de Concesión Administrativa y se adoptan otras disposiciones", adicionado por la Ley No. 76 de 15 de noviembre de 2010 que "Autoriza la creación de la Empresa Nacional de Autopistas, S.A. y establece su marco regulatorio".

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículo 206 de la Constitución Política.

Notifíquese y Publíquese en la Gaceta Oficial.



MARIBEL CORNEJO BATISTA

HERNÁN A. DE LEÓN BATISTA

LUIS R. FÁBREGA S.

MARÍA EUGENIA LÓPEZ ARIAS
SALVAMIENTO DE VOTO

CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES

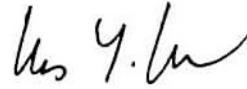
ANGELA RUSSO DE CEDEÑO

OLMEDO ARROCHA OSORIO

JOSE E. AYÚ PRADO CANALS

CECILIO CEDALISE RIQUELME

(CON SALVAMIENTO DE VOTO)

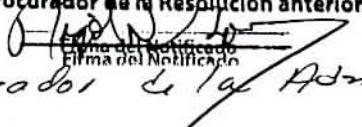


YANIXA Y. YUEN C.
Secretaria General

SECRETARÍA GENERAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En Panamá a los 124 días del mes de junió
de 20 21 a las 8:30 de la mañana

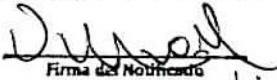
Notifico al Procurador de la Resolución anterior.


Firma del Notificado
Firma del Notificador

**SECRETARÍA GENERAL DE LA CORTE
SUPREMA DE JUSTICIA**

En Panamá a los 24 días del mes de Junió

de 20 21 a las 10:17 de la mañana


Victor Martinez
Firma del Notificado
8-125-345



**SECRETARÍA GENERAL DE LA CORTE
SUPREMA DE JUSTICIA**

En Panamá a los _____ días del mes de _____

de 20 _____ a las _____ de la _____


Firma del Notificado

22X

**SALVAMENTO DE VOTO DE LA
MAGISTRADA MARÍA EUGENIA LÓPEZ ARIAS**



Con el debido respeto, he de manifestar mi desacuerdo con la decisión a que arriba, por mayoría, el Pleno de la Corte Suprema, en el sentido de **DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD** del artículo 2-A de la Ley N° 5 de 15 de abril de 1988, "Por la cual se establece y regula el sistema de Ejecución de Obras Públicas por el Sistema de Concesión Administrativa y se adoptan otras disposiciones", adicionado por la Ley N° 76 de 15 de noviembre de 2010, que "Autoriza la creación de la Empresa Nacional de Autopistas, S.A. y establece su marco regulatorio".

A mi juicio, lo estatuido en el precepto 2-A de la Ley N° 5 de 15 de abril de 1988, añadido por la Ley N° 76 de 2010, no contraría la Constitución Política de la República de Panamá.

Tal como externé al suscribir, en su momento, observaciones; cierto es que la desafectación de bienes de dominio público debe ser considerada bajo el prisma de un criterio restrictivo, en circunstancias que la regla sea, en todo caso, mantener en manos del Estado el dominio de tales bienes. No obstante, no debe soslayarse que, como excepción a la regla, un bien de dominio público que haya sufrido una transformación que resulte en el nacimiento de una nueva finca, por ejemplo, puede ser desafectado, con observancia de los requisitos de Ley, por la autoridad facultada para los efectos por la Constitución Política «el Consejo de Gabinete, según el artículo 200, numeral 3 de la Carta Magna», previa ponderación de la viabilidad de esa desafectación.

A partir de allí, ese bien perdería su atributo jurídico demanial, convirtiéndose en un bien patrimonial del Estado, susceptible de ser enajenado o traspasado. Así, con un bien de dominio público que pase por una transformación artificial, como la que se produce cuando se le gana terreno al mar a través de un relleno del lecho marino, existe la

228

posibilidad real de que dicha transformación produzca un cambio en su condición, propiciando que, el área de terreno resultante se patrimonialice y se convierta en una fuente de aprovechamiento apta para enajenación «ya no estaríamos frente al bien de dominio público original». De modo que, no es plausible sostener, categóricamente, como lo hace el presente Fallo, que los rellenos sobre lecho o fondo de mar, tienen un carácter inmutable al erigirse sobre bienes de dominio público.

De lo preceptuado en el artículo 330 del Código Civil se desprende que, los bienes pertenecientes al Estado, en que no concurran las circunstancias expresadas en el artículo 329 de dicho texto, es decir, que no se hallen destinados al uso público «como las riberas y playas, entre otros», tendrán o podrán tener el carácter de propiedad privada, por razón de haber perdido el atributo que buscaba resguardar el dominio estatal. En este caso, el relleno sobre lecho marino da lugar a que se pierda la zona de costa, mar, playa y/o ribera, constituyéndose en un terreno idóneo para la construcción de desarrollos habitacionales o comerciales, de modo que las nuevas fincas puedan garantizar el financiamiento del proyecto y/o amortizar el monto recuperable de la concesión.

Una detenida lectura de nuestro Estatuto Fundamental lleva a concluir que este no requiere una previsión constitucional que disponga expresamente sobre la desafectación de bienes de dominio público que han perdido tal atributo, para que pasen a ser bienes patrimoniales del Estado; basta con la existencia de aquellas normas que determinan cuáles son los bienes del Estado afectos al dominio público y cuáles son bienes patrimoniales de la Nación. Hay que destacar, que la Carta Magna fija los lineamientos para su uso y explotación por el Estado y por personas particulares, contempla una reserva legal concerniente al uso y aprovechamiento de tales bienes, además de distinguir, como ya se adelantó, cuál es la autoridad competente para acordar la enajenación de



229



estos y bajo qué condiciones.

De esta suerte, el artículo 258 del Texto Fundamental enlista los bienes que, debido a sus características y finalidades, están dentro de la categoría de bienes del dominio público y, por tanto, como lo dice la misma norma constitucional, son de uso público y no pueden ser objeto de apropiación privada. Estos bienes, por su propia naturaleza, se encuentran sometidos a los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad, inembargabilidad e indisponibilidad, de ahí que la titularidad de estos no pueda traspasarse a particulares, a menos que, pierdan su atributo jurídico. Será su nueva cualidad la que permita al Estado reconocerlo como un bien público patrimonial, es decir, como un bien de "Titularidad de la Administración Pública en que no concurre la característica de estar destinado al servicio público o al fomento de la riqueza nacional" «cfr. Diccionario Panhispánico del Español Jurídico», y de allí la posibilidad de que sea objeto de apropiación y/o enajenación.

Los bienes estatales al cumplir una finalidad pública, es decir, al estar destinados al uso público, a la prestación de un servicio público o al fomento de la riqueza nacional «artículo 258 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 329 del Código Civil», sólo pueden ser aprovechados y/o explotados por entes privados mediante los procedimientos que contempla la Ley, según corresponda «verbigracia; la concesión».

No obstante, al tratarse de un bien que ha perdido los atributos que resguarda el dominio público «las características naturales que concurren en la zona de mar y costa, playa y ribera», entonces la desafectación del bien inédito es factible, por la autoridad competente y conforme al procedimiento previsto en la Ley. Cabe recordar que esta postura ha sido suscrita por el Pleno de esta Corte Suprema de Justicia en reiterados fallos; así, por ejemplo, en sentencias de veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos setenta (1970), once (11) de diciembre de dos mil seis

230

(2006), veintisiete (27) de junio de dos mil siete (2007), veintidós (22) de diciembre de dos mil catorce (2014), veintiséis (26) de diciembre de dos mil diecisiete (2017) y de tres (3) de marzo de dos mil veinte (2020).

Lo cierto es que, el relleno de un área de lecho marino, da lugar a la privación del atributo jurídico que resguarda el dominio público «ya que no se estará frente a al mar, litoral o costa», con lo cual, el terreno resultante se constituye en un terreno del Estado, susceptible de aprovechamiento, en las nuevas condiciones que tiene y que, vuelvo a decir, ya no son las que protege el dominio público marino-costero, sujeto a patrimonialización por parte del Estado a través de los mecanismos que la Ley establece a tal efecto.

Cabe recordar que, en nuestro ordenamiento, los bienes nacionales «art. 3 Código Fiscal» comprenden: 1) los bienes patrimoniales de la Nación «descritos en el art. 257 de la Constitución», los cuales pueden ser enajenados mientras no sean de uso público «con excepción de los bienes mencionados en los numerales 6 y 7 del citado art. 257». Estos bienes pueden ser sujetos de enajenación en atención a una finalidad económica «art. 330 Código Civil»; y 2) están los bienes de dominio público «descritos en el art. 258 de la Constitución», sobre los cuales el Estado ejerce “dominio” y están exentos de apropiación privada; solamente pueden ser objeto de uso y explotación para fines públicos por el Estado «art. 329 Código Civil» o bien a través de particulares debidamente habilitados para tal fin a través de la concesión correspondiente.

Al darse un relleno artificial del lecho marino, esa área específica deja de ser mar y, con ello, surge la posibilidad de excluirla de aquellos bienes no susceptibles de apropiación privada, en los términos estatuidos por el artículo 258 de la Constitución Política, luego de la desafectación correspondiente, para convertirse en pertenencia patrimonial de la Nación, en circunstancias que, sobre esta, no concurran otros intereses

231

estatales que exijan su permanencia en el dominio público y, en ese sentido, lo declare el Estado «art. 116 numeral 2 Código Fiscal», a partir del criterio y el consentimiento de la entidad licitante que será necesario, tanto para la desafectación por el Consejo de Gabinete, como para la inscripción de los nuevos bienes patrimoniales de la Nación y su posterior traspaso al concesionario o al fideicomiso de administración y garantía.

Como quiera que mi criterio se aparta de aquél que fue adoptado por la mayoría del Pleno en la Resolución que antecede, en ejercicio de la facultad concedida por el artículo 115 del Código Judicial, **SALVO EL VOTO.**

Panamá, a fecha *ut supra*.




MGDA. MARÍA EUGENIA LÓPEZ ARIAS


LCDA. YANIXSA Y. YUEN

SECRETARIA GENERAL

232

DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD ACUMULADAS INTERPUESTAS POR LOS LICENCIADOS JUAN CARLOS HENRÍQUEZ CANO Y VÍCTOR MANUEL MARTÍNEZ PARA QUE SE DECLARE INCONSTITUCIONAL EL ARTÍCULO 2-A DE LA LEY NO.5 DE 15 DE ABRIL DE 1998, TAL COMO QUEDÓ ADICIONADO POR LA LEY NO.76 DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2010

SALVAMENTO DE VOTO DEL MGDO. JOSÉ EDUARDO AYÚ PRADO CANALS.

(Entrada N°1175-2010 – Mgda. Ponente Maribel Cornejo B.)



Con el debido respeto, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria, que declara la inconstitucionalidad del artículo 2-A de la Ley N°5 de 15 de abril de 1998 "Por la cual se establece y regula el sistema de ejecución de obras públicas por el sistema de concesión administrativa y se adoptan otras disposiciones", adicionado por la Ley N°76 de 15 de noviembre de 2010, que "autoriza la creación de la Empresa Nacional de Autopistas, S.A. y establece su marco regulatorio".

Pese a la multiplicidad de criterios adoptados a lo largo del tiempo por esta Corporación de Justicia en cuanto a la desafectación de bienes de dominio público, la jurisprudencia reciente del Pleno, específicamente, el fallo de 3 de marzo de 2020 – que declara que no es inconstitucional el Decreto Ejecutivo N°133 de 16 de noviembre de 1998 –, no solo refiere su viabilidad a la luz del artículo 332 del Código Civil, sino también hace cita del pronunciamiento de 22 de diciembre de 2014, en la que este Pleno, apoyándose en la doctrina patria y la Constitución vigente, efectúa importantes reflexiones, entre ellas, la relacionada con la contradicción aparente generada por el fallo de 30 de diciembre de 2004, que declaró inconstitucional la frase e inciso final de la Ley N°5 de 15 de abril de 1998 y que cita preponderantemente el fallo de mayoría.

Afirmar que las conclusiones del fallo de 30 de diciembre de 2004 conservan "*hoy, el mismo rigor y vigencia jurídica, pues ningún cambio se ha producido en la Constitución*" (f.9), es desconocer lo dicho con posterioridad por esta sede – fallo de 3 de marzo de 2020 – en cuanto a que la doctrina y jurisprudencia constitucional sentada desde 1970 y lo establecido en el artículo 332 del Código Civil, permite

233

interpretar que el Estado sin necesidad de una reforma constitucional (léase, por cuanto no riñe con la norma suprema) y valiéndose de la ley – léase, el Código Civil, que hasta el momento desarrolla el principio de desafectación de dominio y sienta su estructura –, puede declarar cuáles bienes de uso público pueden ser desafectados y transferidos a la calidad de bienes patrimoniales con capacidad de pasar al dominio privado. Queda claro entonces que, aun cuando el pronunciamiento de 3 de marzo de 2020 recaiga sobre un acto de inferior jerarquía (Decreto Ejecutivo) respecto a aquel que consagra la norma a la que se le endilga inconstitucionalidad (ley), ello en forma alguna invalida este precedente.

Por todo lo expuesto, respetuosamente **SALVO EL VOTO.**


MGDO. JOSE EDUARDO AYÚ PRADO CANALS


LCDA. YANIXSA Y. YUEN
SECRETARIA GENERAL



LO ANTERIOR, DE FOJA 206 A FOJA 233
ES UNA COPIA DE SU ORIGINAL

Permito _____ 7 de julio de 2021



Secretario General
Corte Suprema de Justicia
CARLOS MATA
OFICIAL MAYOR IV
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA