

Corte Suprema de Justicia- Pleno- Panamá, once (11) diciembre de dos mil seis (2006).-

**VISTOS:**

El licenciado Juan Carlos Henríquez Cano presentó demanda de Inconstitucionalidad contra párrafos o renglones de las cláusulas Tercera, Décima Quinta, Décima Sexta y Décima Séptima del Contrato de Concesión Administrativa N°70-96, suscrito entre el Estado, a través del Ministerio de Obras Públicas y la Sociedad ICA Panamá, S.A., para el estudio, diseño, construcción, mantenimiento, administración y explotación del Corredor Sur, que fue publicado en la Gaceta Oficial N°23,108 de 26 de agosto de 1996.

Mediante Resolución de 5 de mayo de 2005 el Magistrado sustanciador admitió la acción de inconstitucionalidad y le corrió en traslado a la señora Procuradora General de la Nación, quien mediante su Vista Fiscal N°13 de fecha 13 de julio de 2005, se opuso a las pretensiones del actor, señalando principalmente que mediante sentencia de 15 de noviembre de 1996, el Pleno se pronunció acerca del contrato de concesión administrativa sobre el que recae la pretensión constitucional ahora examinada, no admitiéndola.

Publicado en periódico de circulación nacional el edicto con el cual se notifica la admisión de la demanda de inconstitucionalidad (fs.30 a 34), comparecieron siete interesados alegando oposición a la misma.

El licenciado Buenaventura Castellón, en su escrito de foja 59 a 85, solicitó que se declare que no son inconstitucionales las cláusulas contractuales citadas en la demanda, el Doctor Carlos Alfredo López Guevara, en su escrito legible a foja 35 a 58 del expediente requiere al Pleno que rechace la demanda; el Doctor Jorge Fábrega P., en consonancia con el poder que le fue otorgado por la Cámara Panameña de la Construcción, se opuso a la demanda, solicitando que se desestimen las pretensiones del actor ya que amenazan la estabilidad jurídica del país; el licenciado Jaime Antonio Montero Batista, solicita que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia declare no viable la demanda, pero que en el caso de ventilar el fondo del proceso, se reconozca que es constitucional el respectivo contrato de concesión ; la firma de los abogados Alfaro, Ferrer y Ramírez, mediante escrito que se constata de fojas 152 a 181, solicitó al Pleno la declaratoria de que no son inconstitucionales los párrafos y frases señaladas en las cláusulas tercera, décima quinta, décima sexta y décima séptima del contrato de concesión administrativa acusadas de violatorias de la Constitución Nacional; la firma de abogados Galindo, Arias y López conforme con el escrito de foja 191 a 227 requirió del Pleno que declare NO VIABLE la demanda o, en su defecto, se dicte que las cláusulas demandadas no son inconstitucionales; por su lado, la licenciada Ely Staff Wilson, en su concepto de apoderada judicial del Ministerio de Obras Públicas, presentó alegato que confrontan las pretensiones del accionante y requirió del Pleno que declare que las cláusulas demandadas no son inconstitucionales.

Lo expuesto por la representante del Ministerio Público en su Vista Fiscal, al igual que los argumentos jurídicos señalados por los que se oponen a la demanda de inconstitucionalidad, llevan a esta Corporación a reconocer la existencia de un pronunciamiento anteriormente dictado y que guarda relación en lo referente a la procedencia de resolver la pretensión por la vía constitucional, en consideración a su naturaleza.

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia expresó:

"Estima el Pleno que un contrato que celebre el Estado, que siempre tiene una finalidad de interés público, por cuanto se trata de un mecanismo para atender, en forma inmediata, necesidades públicas, constituye un acuerdo de voluntades, sin perjuicio de que, en su celebración, interpretación, dirección o ejecución se reserve el Estado ciertas prerrogativas dimanantes de la naturaleza del sujeto que contrata,

pero cuyo cumplimiento, terminación y resolución, sea en sede administrativa o jurisdiccional, impone la necesidad de que se le permita a la parte contratante que haga valer sus derechos e intereses, pues, de lo contrario, el acuerdo de voluntades podría ser desecho, por la sola voluntad unilateral del Estado, sin siquiera escuchar a la parte co-contratante, lo que colocaría a la misma en un estado de indefensión. En las actuales circunstancias, esas controversias contractuales quedan sujetas, en sede jurisdiccional, en la jurisdicción contencioso administrativa, de conformidad con el artículo 78 de la Ley 56, de 27 de diciembre de 1995, sin perjuicio de la potestad de resolver dicho contrato unilateralmente, prerrogativa tradicional en los contratos administrativos, que ahora viene prevista en los artículos 104 y 105 de la Ley en mención, no obstante que, incluso para el caso de que el Estado decidiese ejercer la prerrogativa de Derecho Público que ostenta, debe hacerlo a través de un procedimiento administrativo, que le garantice el derecho de audiencia y demás derechos insertos dentro de la garantía del debido proceso, instituida por el artículo 32 de la Constitución, procedimiento administrativo éste que se encuentra previsto en el artículo 106 de la mencionada Ley 58 de 1995, y contra cuya decisión prospera la demanda contencioso-administrativa. Es evidente, por lo tanto, que una demanda de inconstitucionalidad sobre cláusulas contractuales, privaría a una de las partes contratantes el derecho a contradecir las afirmaciones del co-contratante, en un proceso contradictorio con todas las garantías procesales, lo que dejaría en indefensión a la parte afectada." (Resolución de 15 de Noviembre de 1996, Registro Judicial de noviembre de 1996, pág. 117).

De la jurisprudencia expuesta, se denota que la mayoría de los Magistrados que conforman el Pleno de la Corte Suprema, en la ocasión en que se resolvió aquella demanda de inconstitucionalidad contra el contrato de concesión administrativa N°70-96 de 6 de agosto de 1996, en que se decidió no admitir la demanda por considerarla no viable, tuvo como fundamento la preferencia de la vía contencioso administrativa como la vía idónea para resolver asuntos que en virtud de la Ley N°56 de 1995, eran sometidos a trámites y procesos que amparaban el derecho de defensa y oposición a las partes en el referido contrato celebrado por el Estado con un particular.

En la ocasión, esta colegiatura conceptúa necesario y pertinente agotar el análisis y profundizar en el fondo del asunto planteado por el accionante, por las consecuencias y repercusiones que el presente fallo guardará en la relación contractual celebrada por el Estado y el concesionario, el que podría significar perjuicios económicos y financieros, no sólo para el concesionario sino también para el Estado Panameño.

Visto lo anterior, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia se dispone a analizar y a resolver la respectiva demanda de inconstitucionalidad.

## **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD**

El licenciado Juan Carlos Henríquez Cano fundamenta su demanda en los siguientes argumentos:

"PRIMERO: Que nuestra Carta Magna en su artículo 258 establece que pertenecen al Estado entre otros y por ser de dominio público y por ende no susceptibles de apropiación privada, el mar territorial y las aguas lacustres y fluviales, las playas y riberas de las mismas de los ríos navegables y los puertos y esteros. Además, el numeral 5 de la excerta legal dispone que también son de dominio público y por tanto inalienables, los demás bienes que la ley defina como de uso público.

SEGUNDO: Significa lo anterior que la numeración que hace el artículo constitucional arriba comentado, no es taxativa ni constituye un numerus clausus; por el contrario podrán existir otros bienes de dominio público tal como lo prevé el numeral 5 de la disposición citada al prohijar que la ley podrá definir otros bienes como de uso público. De igual forma, el Artículo 329 del Código Civil emplea una formula sumamente amplia que permiten deducir que los casos allí enunciados tienen el carácter de meros ejemplos.

TERCERO: Que los bienes de dominio público son imprescriptibles, inalienables e inadjudicables.

CUARTO: Que el Estado, a través del Ministerio de Obras Públicas, celebró con la sociedad anónima denominada ICA Panamá, S.A. el Contrato N°70-96 de 5 de agosto de 1996 para el Estudio, DiseZo, Construcción, Mantenimiento, Administración y Explotación del Corredor Sur. Este contrato apareció publicado en la Gaceta Oficial N°23,108 de 26 de agosto de 1996.

QUINTO: Que determinados párrafos de las Cláusulas Tercera, Décimo Quinta, Décimo Sexta y Décimo Séptima del Contrato N°70-96 de 5 de agosto de 1996 son inconstitucionales por violar claramente lo normado en el Artículo 258 de nuestra Constitución Política. Específicamente, aquellos párrafos que dicen relación con el traspaso a favor de ICA PANAMA, S.A. de bienes constitucionales reconocidos como Bienes de Dominio Público como contraprestación a los trabajos y obras realizados por aquéllas con relación al diseZo y la construcción del Corredor sur.

SEXTO: Que, con la misma orientación destacada en el hecho inmediatamente anterior, mediante el Contrato N°70-96 de 5 de agosto de 1996, el Estado le "traspasa a ICA PANAMA, S.A." en propiedad 29.5 hectáreas de terreno de los que constituía el Aeropuerto Internacional Marcos A. Gelabert (bien de dominio público por destinación), así como el traspaso en propiedad de 35 hectáreas de relleno marino (bien de dominio público natural) comprendidas entre el Centro de Convenciones Atlapa y el Aeropuerto Marcos A. Gelabert. Además, este Contrato le permitía a la sociedad ICA PANAMA, S.A. apropiarse de "*rellenos de lecho marino adicionales*" a las 35 hectáreas inicialmente pactadas. Y, finalmente, este Contrato N°70-96 establece que a la terminación del plazo de vigencia de la Concesión NO REVERTIRAN al estado los terrenos ni las obras que realice ICA PANAMA, S.A. en los terrenos que hayan sido traspasados por el Estado en propiedad. Todo lo anterior golpea de tajo y de manera insondable el contenido del espíritu de lo normado en el Artículo 258 de la constitución Política de Panamá.

SEPTIMO: Que, en concreto, todo TRASPASO de un Bien de dominio Público a favor de un particular está categóricamente prohibido por nuestra Constitución Política, si dicho bien no ha sido previamente desafectado por la propia Constitución Política (no por una ley ordinaria y menos por un contrato de concesión Administrativa) y exorcizado de la categoría de bienes demaniales o dominicales para convertirlos en bienes patrimoniales o privados.

Consecuentemente, son INCONSTITUCIONALES todos los TRASPASOS efectuados por el Estado a favor de ICA PANAMA, S.A. de las áreas de rellenos efectuados por o en nombre de ICA PANAMA, S.A. sobre el lecho marino y/o mar territorial."

Las estipulaciones acusadas de inconstitucionales son las cláusulas Tercera, décima Quinta, Décima Sexta y Décima Séptima del Contrato de Concesión Administrativa N°70-96, suscrito entre el Estado, a través del Ministerio de Obras Públicas y la Sociedad ICA PANAMA, S.A. Sin embargo, el demandante indica expresamente que la demanda de inconstitucionalidad no la dirige contra el texto íntegro de cada una de las cláusulas antes señaladas, sino específica y concretamente contra aquellos párrafos que guardan relación con el traspaso a favor de ICA PANAMA, S.A. de áreas y rellenos como contraprestación a los trabajos y obras realizadas por aquella con

relación al diseño y la construcción del Corredor Sur.

La norma constitucional que el demandante considera infringida, es el artículo 258 de la Carta Fundamental, que dispone lo siguientes:

"Pertencen al Estado y son de uso público y, por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada:

1. 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. 2. Las tierras y las aguas destinadas a servicios públicos y a toda clase de comunicaciones.
3. 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. 4. El espacio aéreo, la plataforma continental submarina, el lecho y el subsuelo del mar territorial.
5. 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 los principales argumentos adicionales que el demandante también expresa en su demanda, en concepto de infracción a la Constitución, se encuentran los siguientes:

"1. Con claridad meridiana nuestro constituyente ha querido que determinados bienes, que resguardan 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. Nuestra Constitución Política Nacional aglutina, en el Artículo 258, tanto a los Bienes de Dominio Público Naturales (aire, mar territorial, aguas lacustres y fluviales, lecho marino, etc), así como también los Bienes de Dominio Público por Destinación, es decir, aquellos otros bienes que la Ley defina como tales.

2. 2.En tratándose de Mar Territorial panameño y mediante la aprobación de la Ley 58 de 18 de diciembre de 1958 y la Ley N°38 de 4 de junio de 1995 que aprueba la -convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar hecha en Montego Bay el día 10 de Diciembre de 1982, se establece que el mismo tiene una extensión de doce (12) millas contadas desde la línea bajamar.
3. 3.Que con el pretexto de atraer inversiones y efectuar actividades u obras de dotación e infraestructuras de modernización, el Estado panameño, a través del Ministerio de Obras Públicas celebró con la Sociedad ICA PANAMA, S.A. el Contrato N° 70-96 de 5 de agosto de 1996, mediante el cual el Estado se obliga a TRASPASARLE EN PROPIEDAD a ICA PANAMA, S,A, (hecho que ya se ha dado casi en su totalidad) 29.5 hectáreas del Aeropuerto Internacional Marcos A. Gelabert (Paitilla) y 35 hectáreas de área rellenable de nuestro mar Territorial comprendido entre el Centro de -convenciones ATLAPA y el Aeropuerto Marcos A. Gelabert, más una superficie adicional de relleno.
4. 4.Que según el Contrato N°70-96 se llega 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 paulatinamente 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 de los dichos rellenos.

5. 5.....
6. 6.....
7. 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 (N°2 del art. 258 C.N.) No es posible que sea desafectado indiscriminadamente por un acto de gobierno o de autoridad, en este caso, mediante el Contrato de Concesión N°70-96 de 5 de agosto de 1996 cuando precisamente se pone en riesgo tales comunicaciones.
8. 8.....
9. 9.....
10. 10.....
11. 11.Constituyen también bienes de dominio público, según la norma constitucional en estudio y el Código Civil patrio, aquellos definidos en la Ley como de uso público. En este entorno, universalmente es conocido (hecho público y notorio) que el área de 29.5 hectáreas que comprendía el antiguo Aeropuerto Internacional Marcos A. Gelabert constituía un BIEN DE DOMINIO PUBLICO; de ello hacen fe el Decreto de gabinete N°13 de 22 de enero de 1969 que crea la Dirección de Aeronáutica Civil, específicamente su Artículo 26 y las Resoluciones 029-JD y 030-JD de 22 de febrero de 1996 de la Junta Directiva de la Dirección de Aeronáutica civil, publicadas en la Gaceta oficial N°23,141 de 10 de octubre de 1996, mas. un Bien de Dominio Público, declarado y reconocido por ley, no

deja de constituir bien demanial o dominical por el sólo hecho de que ya cesó en las funciones al cual estaba destinado, tal cual sucede en los bienes Municipales. Tenemos que estar muy claros en lo siguiente: nuestra Constitución Política faculta a una ley ordinaria para que cree otros bienes en la categoría de Dominio Público, sumándolos a los que expresamente seZala el Artículo 258 del C.N.; pero, una vez constituidos en bienes de dominio público, no puede esa misma ley ordinaria y menos n Contrato Administrativo, transmutarlos en bienes patrimoniales o privados, por la sencilla razón de que la única forma de "desafectar" los bienes de dominio público y convertirlos en bienes de otra naturaleza es a través de una reforma Constitucional y que la Constitución lo faculte expresamente, cosa que no hace. En síntesis, una ley inferior a la Constitución Política puede crear nuevos Bienes de Dominio Público, pero una vez creados o constituidos, sola y exclusivamente la constitución Política puede autorizar o alquimizar dichos bienes en patrimoniales o privados. El sortilegio jurídico en que nos envuelve el Contrato N°70-96 debe desaparecer antes de que otro gobierno se contagie de este fenómeno dilapidador y antes de que desaparezca nuestro mar Territorial, nuestras playas, ríos o riberas.

12. 12.....

13. 13.....

14. 14.Hay quienes sostienen que los bienes de dominio público del Estado pueden ser desafectados de ese principio y ser incorporados al régimen de bienes patrimoniales del Estado y, por consiguiente, ser objeto de apropiación privada. Esto podrá ser cierto, pero para que ello suceda es necesario que dicho bien ya no se considere de utilidad pública o al servicio público y solamente cuando dicha afectación cesa, podrá operar esa transformación, pero esa manifestación de voluntad no puede provenir de una ley ordinaria ni de un Contrato de concesión Administrativa, sino de la propia Constitución Política. Desde esta tribuna negamos vehementemente que tanto el mar territorial, los ríos y las playas puedan, naturalmente, dejar de ser de interés social, de utilidad pública y de estar al servicio público o de la utilización inmediata de la colectividad.

15. 15.....

16. 16.En síntesis, el Artículo 258 de nuestra Constitución Política es diáfano al expresar que son bienes del 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 otro bien de dominio público no desvirtúa, como se pretende en el Contrato Administrativo de marras, la noción de bienes de dominio público puesto que seguirá siendo mar territorial, playas, ríos, riberas y, por tanto, inalienables. No es posible permitir que al Estado se le esquilmen sus bienes y se socave su patrimonio, puesto que hay que ser enfáticos en que "todo relleno que se haga sobre bienes de dominio público seguirá siendo (ese relleno) bien de dominio público". Sin entrar a considerar la naturaleza, alcance e impacto de la concesión administrativa a desarrollar en cada caso particular, las disposiciones acusadas de inconstitucionales conllevan implícita y explícitamente un exabrupto leviatánico que ni la Constitución Política ni la jurisprudencia deben tolerar so pena de que se causen gravísimos abusos y excesos.

17. 17.....

Como corolario final, debemos puntualizar que ya nuestra Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de manifestarse sobre la INCONSTITUCIONALIDAD del Artículo 2 de la Ley N°5 de 1988 reformada por la Ley N°36 de 1996 en materia de Concesiones Administrativas. Con motivo de la Inconstitucionalidad propuesta por quien suscribe, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, por unanimidad y bajo ponencia del Magistrado Virgilio Trujillo, sentenció el día 30 de diciembre de 2004:

"..... los bienes de dominio público no deben perder tal carácter por el solo hecho de que se da una concesión administrativa o cualesquiera otras, lo correcto es que se desafecten a través de una ley de igual jerarquía a la que los como tal (sic)"

En el caso de Panamá, la Ley que creó los Bienes de Dominio Público es la Constitución Política, por lo que ella, la Constitución, la que puede desafectar los bienes.

La Corte Suprema, en el fallo referido, enfatizó:

"....., si 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 deben revertir al Estado. (.....) 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 deben afectar en forma alguna las necesidades de la comunidad".

Y, finalmente, la Corte Suprema acota:

".....el Estado se debe encargar de reglamentar adecuadamente cada uno de los diferentes contratos, para permitir a los asociados, por el derecho que le asiste, gocen de estos bienes. Una norma de cualquier rango legal (y in contrato agregamos) no debe transformar los bienes de dominio público en privados".

#### Vista del Ministerio Público:

La seZora Procuradora General de la nación, como se mencionó anteriormente, mediante su Vista Fiscal N°13 de fecha 13 de julio de 2005, se opuso a las pretensiones del actor, seZalando básicamente que mediante sentencia de 15 de noviembre de 1996, el Pleno se pronunció acerca del contrato de concesión administrativa sobre el que recae la pretensión constitucional ahora examinada, no admitiéndola. La seZora Procuradora seZaló específicamente que:

"Se infiere de lo anterior que al existir un pronunciamiento de nuestra más alta corporación de justicia, con respecto a la viabilidad de lo pretendido en la demanda presentada por el licenciado JUAN CARLOS HENRIQUEZ CANO, es claro que esta no puede ser objeto de debate nuevamente, pues se deja sentado en el fallo in comento, que a criterio de la Corte el contenido de las cláusulas del referido contrato de concesión administrativa debía ser atacado por la vía contencioso administrativa a fin de que se surtiera el contradictorio y se garantizara el debido proceso a las partes."

Ahora bien, considerando que el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de fecha 15 de noviembre de 1996, en lo que respecta a las cláusulas establecidas en el Contrato de concesión Administrativa N°70-96 de 5 de agosto de 1996, no fue conocido en el fondo sino que se declara la no admisión de la demanda por no ser materia debatible por la vía constitucional, nos corresponde conforme a derecho, solicitar que la demanda presentada por el licenciado JUAN CARLOS HENRIQUEZ CANO sea declarada no viable." (f.25)

Con base en las anteriores consideraciones, la procuraduría General de la Nación concluyó solicitando que la demanda de inconstitucionalidad bajo análisis, fuera declarada no viable.

#### **Alegatos de otros interesados.**

El doctor Carlos Alfredo López Guevara, en escrito visible de fojas 35 a 58 del expediente, solicita a esta Superioridad que rechace la demanda, mediante la declaración de que las cláusulas contractuales tildadas de inconstitucionales armonizan con la Constitución nacional, argumentando, entre otras cosas, los conceptos que se transcriben a continuación:

"EL ESTADO MODERNO DEMANDA LA MEJOR UTILIZACION DE SUS RECURSOS PARA LA OBTENCION DE SU OBJETIVO.

El capítulo X de la Constitución vigente, en sus artículos 282 y 283 enfoca la función del Estado para orientar, dirigir, reglamentar, reemplazar y crear actividades económicas para ".....acrecentar la riqueza nacional y de asegurar sus beneficios para el mayor número posible de sus habitantes".

En los artículos 282 y 292, la constitución vigente dispone como la mandaba la constitución de 1946 (Art. 233,) y la 1941, (Art. 150), que "no habrá bienes que no sean de libre enajenación .....". Esto significa que la norma constitucional propende a que todos los recursos del Estado y de los particulares se encaminen a la producción del mayor bienestar de la comunidad. Por ello la argumentación del demandante en el sentido de que, una vez que un activo del Estado sea "bien de uso público"  siga eternamente con ese destino y no pueda, por ende, ser de dominio privado, contiene un concepto que rechazan la práctica universal y el enfoque del autor principal de la norma, el Dr. Galileo Solís, quien trajo a nuestras tierras el concepto desarrollado del bien de dominio público y al mismo tiempo expresó que ese bien podía

cambiar de destino, o sea, ser desafectado, lo que significa entrar libremente al torrente circulatorio de la economía para generar riqueza en beneficio de todos los habitantes.

Asomémonos a la moderna constitución de España de 1978, la cual, en su artículo 132, prevé:

#### **"Artículo 132**

1. 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. 2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítima-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.
3. 3. Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación.

PUNTUALIZO LA EXPRESION "....así como su desafectación".

Como expresa el diccionario de la Real Academia EspaZola, afectar es "1°.

Der. imponer un gravamen u obligación sobre alguna cosa" Y desafectar, es liberar la cosa del gravamen impuesto sobre ella. En la materia que

vengo desarrollando, lo que queda explícito es que la Constitución EspaZola contempla la desafectación o liberación de un bien sometido al régimen de bien de dominio público a fin de que puedan entrar al patrimonio privado. Este concepto de la desafectación no es nuevo en el derecho espaZol, pues, aparecen en el artículo 341 del Código Civil de ese reino del aZo 1889, como se verá más adelante al referirme al artículo 332 nuestro, equivalente al 341 de la excerta espaZola."

El doctor López Guevara, también se apoya en el Código Civil patrio y en la Jurisprudencia de la Corte, en los términos siguientes:

"Nuestro Código Civil

La legislación patria, desde 1917, fecha en la cual entró a regir el Código Civil, sentó un principio contrario a la interpretación que prohija el postulante en su demanda, lo cual se proyecta claramente en el artículo 332 del código civil, el cual dispone:

"Artículo 332: Los bienes de dominio público y de uso público en los municipios cuando dejan de estar destinados al uso general o a las necesidades de la defensa del territorio, pasan a formar parte de los bienes de propiedad del Estado:" (énfasis mío)

Es necesario fijar los ojos y la mente en la parte final de la norma supratranscrita, pues, de allí emerge claramente la inteligencia de los patricios que nos dieron un país soberano: cuando un bien público deja de estar destinado o comprometido al uso general, él ingresa o forma parte de lo que constituye los bienes patrimoniales del Estados, es decir, los que pertenecen a todos los panameZos, pero que no están abiertos al uso general del público.

Los patricios panameZos dejaron bien expuesto su criterio de que el bien de uso público podría no continuar con este uso. Esta inteligencia queda más de relieve en el artículo 334 de la misma excerta civil:

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

El trato que conforme a la norma arriba copiada, se da a los bienes patrimoniales del Estado es la misma que se otorga a la de los particulares, es decir, son de libre contratación; no pesa sobre ellos la imposibilidad jurídica de no poder ingresar al patrimonio privado, como lo pretende sin soporte constitucional el petente.

## LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Nuestra Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la materia o punto jurídico que constituye la esencia de lo que plantea el actor en esta demanda.

En su fallo unánimemente emitido el 25 de septiembre de 1970, la Corte respondió al demandante, quien impetró que se declararan

inconstitucionales ciertos actos que, en resumen, implicaban *"la ocupación de un lote de playa con el fin de construir un muro de retén y proteger de la erosión una finca privada....."*. Este lote de playa, según la demandante en aquella causa debió continuar como de uso público y de propiedad de la Nación; pero que luego ese lote de playa, rellenado ahora, se inscribió como propiedad de la Nación; y que luego se sometió a licitación pública y se adjudicó a un particular porque *"ya no es (era) necesaria para el uso o servicio público"*.

Es preciso poner de relieve el meollo del argumento central de aquella demanda:

*"Ahora bien: a través de varios de los actos seZalados, en particular del traspaso de la finca, se ha incurrido en violación directa del artículo 209, ordinal 1º, arriba transcrito, de la Constitución Nacional. Esto dispone que "pertencen al Estado y son de uso público y, por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada" ....entre otros bienes las playas que "son de aprovechamiento libre y común". Y no se orilla a dudas que aquí se trata de parte de la playa convertida en finca, según el claro tenor de los textos o de las resoluciones y actos que sirvieron de medio para la realización del traspaso.*

*"No se alegue que aunque la finca era un bien de uso público perdió ese carácter en razón de que "no era necesaria para el uso o para el servicio público", como se expresa por vía de justificación. Pues allí estriba la falacia a que se ha hecho referencia. Consiste en que al definirse con toda diafanidad, la finca como playa, como se ha hecho y como tiene que ser*

*desde luego, se la ha ubicado como uno de los bienes que por virtud del citado ordinal 1º del artículo 209, son de uso público, en tanto que al pretender que pierden ese carácter cuando dejan de servir al público se les ubica entre los bienes contemplados en el ordinal 2º, del precepto en referencia que son de uso público en virtud de su destino. Dice en efecto este ordinal: "Las tierras y aguas destinadas al servicio público de toda clase de comunicación".*

La Corte Suprema de Justicia no halló mérito en la tesis de los letrados que abogaron por la demandante y declaró que los actos acusados "no son inconstitucionales". En este fallo se expone una doctrina completamente contraria, en pugna con lo que pretende el actor en la presente demanda.

Veamos la argumentación de la Corte; en 1970:

*"Al resolver tal solicitud el Organó Ejecutivo por conducto del Ministerio de Obras Públicas declaró de "utilidad pública la construcción del muro de retén y el relleno que son necesarios hacer para amparar a las fincas de propiedad de la seZora Dora Boyd de Eleta". Anota el recurrente que "el muro de retén y el relleno constituían parte de la playa; de suerte que la autorización para inscribir esa obra como perteneciente a la nación no podía en modo alguno convertirla*

*en propiedad privada o patrimonial del Estado ya que las playas son bienes de uso público, no susceptibles de apropiación privada, al tenor de la Constitución" . Pierde de vista el interesado que de acuerdo con la resolución del Ministerio de Obras Públicas, la construcción de la obra solicitud se declaró de propiedad de la nación sujeta al Departamento de Calles del Ministerio de Obras Públicas. No aparece en la mencionada resolución, desde luego, ninguna referencia a la playa para declararla como propiedad patrimonial del Estado, sino a la nueva obra resultado de la construcción del muro de*

*retén sobre la playa".*

La Corte en el fallo de 1970, no quiso dejar lagunas en su enfoque del asunto ante su consideración porque acotó algo capital y de aplicación al presente caso: *"Con respecto a este procedimiento el recurrente considera que el Ejecutivo inició los trámites para vender lo que no podía ser objeto de venta, por tratarse según su aprobación, de un bien de uso público y aprovechamiento libre y común y expresa seguidamente que " a esta clase específica de bienes no se les puede despojar de su carácter determinado por la Constitución."*

*Tiene razón el recurrente cuando expresa que en el caso de los bienes de uso público, tales como las playas y las orillas de las*

*mismas y de los ríos navegables y todos aquellos enumerados en el Artículo de la constitución Nacional deben conservar ese carácter, pero también es cierto que si el Estado en el libre desenvolvimiento de su política económica y social, estima conveniente la desafectación al dominio público de tales bienes, para garantizar o proteger la hacienda de los asociados o destinarlos a la transformación en beneficio del progreso material de la comunidad, puede desde luego por actos de la administración desafectarlos y convertirlos en patrimoniales." (Subrayado mío)*

Para concluir su escrito, el doctor Carlos Alfredo López Guevara, se refiere también al tema del desarrollo del país, tema que aborda así:

**"NO DEBE DETERNERSE NI OBSTACULIZARSE EL PROGRESO.**

No basta con tener recursos para desarrollar un país. El mundo moderno necesita de la planificación y ejecución eficaces de grandes proyectos, como puertos, megapuertos, islas artificiales, rellenos de manglares para fincas camaroneras, rellenos de sectores marinos para construir aeropuertos, como sucede en Hong Kong o de puertos como es la gran expansión del área portuaria de Singapur para duplicar su capacidad actual de manera "containers" o furgones. Y aquí en Panamá, piénsese en lo que significaría para la seguridad jurídica el hecho de que prosperase la demanda que yo impugno mediante esta intervención. ¿Qué sucedería con las inversiones en lo que constituyó Fuerte Amador, gran parte del cual es relleno hecho primero por Estados Unidos de América y ahora por la autoridad de la Región Interoceánica (ARI) y por concesionarios particulares? ¿Qué sucedería con las inversiones en los puertos de Balboa, Cristóbal, France Field, la Zona Libre de Colón, el Puerto de Manzanillo (Manzanillo Terminal) y lo de Evergreen? Indaguemos también el replanteo que tendrían que hacer nuestras autoridades al planear la modernización del Canal ya sea construyendo un tercer juego de esclusas o simplemente dragando el lecho del canal actual y enderezando curvas, si todo el material que se drague o excave no puede ser utilizado en la construcción del MEGAPUERTO que se planea construir cerca de Veracruz, frente al aeropuerto de Howard y la expansión de Kobe?

Si la demanda interpuesta contra la concesión de ICA prosperase, no podrían adjudicarse, a título de propiedad, ninguno de los terrenos producto de rellenos sobre el mar ni albina ni manglares. Todo esto sería un frenazo a nuestro desarrollo, un impedimento para afianzar y explotar nuestra vocación marítima y de servicio, como se ve sólo por el incremento en el número de grúas pórticos que cambiaron el paisaje de nuestros puertos terminales en el Atlántico y Pacífico para producir nuevas fuentes de trabajo para nuestros obreros y profesionales.

Si nos ponemos a pensar que Holanda existe por lo que le ha quitado al mar, eso es lo que se pretende con la demanda que impugno, o sea, estorbar todo nuestro desarrollo con base en extendernos sobre lo que hoy ocupa parte de nuestros mares y que hoy son lama o áreas subdesarrolladas como pesquerías o puertos rudimentarios. Esta política en nada erosiona la constitución de Panamá. La autoridad del Estado sobre todo su territorio original o transformado permanece inmutable, consolidada."

El licenciado Buenaventura Castellón, en su escrito consultable de fojas 59 a 85, pide que se declare que no son inconstitucionales las cláusulas contractuales citadas en la demanda, expresando, entre sus múltiples y abundantes argumentos, que:

".....He allí el quid del asunto: varios Inversionista de distintas nacionalidades, solos o con nacionales, han tomado la iniciativa de hacer cuantiosas (multimillonarias) inversiones (que el Estado no estaba en capacidad de hacer) en variopintas obras, han actuado con evidente buena fe negocial, han trasladado personal y equipo a nuestra patria, y no es correcto (ni inconstitucional como más adelante veremos) que ahora, después de hecha esa hercúlea inversión, se les cercene las expectativas de ganancias prometidas formalmente y nada más y nada menos que por el propio Estado panameño. Internacionalmente, la imagen de nuestro país se vería hondamente afectada al pensarse (o asegurarse) que el Estado panameño no respeta ni reconoce los contratos que celebra con grupos de inversionista extranjeros, nacionales o mixtos: el peligro que ello conlleva traería para nuestro suelo una "anorexia o bulimia en las inversiones" (falta de interés), con las consabidas consecuencias de marginación de la iniciativa privada y la imposibilidad de salir de la pobreza, el subdesarrollo que nos agobia y de la carencia de recursos o ingresos para destinarlos a sectores de conocida necesidad".

"De partida, debemos ser enfáticos en afirmar que el principio de la inalienable e inadjudicabilidad (traspaso) de los bienes de dominio público, como todas las normas que conforman nuestro ordenamiento jurídico, "NO ES ABSOLUTO".

"Parece ilógico- afirma el jurista Libardo Rodríguez -extender esta característica de inalienabilidad hasta los casos en que se trata de mutación del dominio público de una persona pública a otra conservándole al bien misma finalidad. Por otra parte, no se trata de una imposibilidad natural de estos bienes a la enajenación, pues la inalienable sólo existe mientras ellos conserven la característica del uso público, lo cual puede perderse y, entonces, el bien caerá dentro del comercio" (Libardo Rodríguez. Derecho Administrativo General y Colombiano. 1996. Temis. Colombia. página 180).

Lo traído a escena, dice vinculación con el principio consagrado en el Artículo 47 de la constitución Política que apunta al RECONOCIMIENTO DE LA PROPIEDAD PRIVADA legítima. Dice la norma en mérito que:

"Artículo 47. Se garantiza la propiedad privada adquirida con arreglo a la Ley por personas jurídicas y naturales".

En esta etapa, ya los Honorables Magistrado del Peno de la Corte Suprema de Justicia, y sobretodo, el Honorable Magistrado Sustanciador, deben estar conscientes de lo que ha continuación se indica, pero que por razones de puntualización es bueno recordar:

1. 1. Al momento en que la compaZía ICA PANAMA, S A. celebra el contrato N°70-96 con el Estado, estaba vigente, en su plenitud, el Artículo 2 de la Ley N°5 de 1988, reformado por la Ley N°36 de 1995 sobre Concesiones Administrativas. Esta Ley permitía que al efectuar rellenos en áreas de dominio público, esa superficie se convertía en Bien Patrimonial del Estado y, por ende, en susceptible de ser enajenado a particulares.
2. 2. De conformidad a ello, la facultad de hacer rellenos y constituir título de propiedad privada sobre ellos y sus mejoras, era (en ese momento) era totalmente Legal.
3. 3. Como era absolutamente Legal esa actividad, y que representaba la contraprestación ofrecida por el Estado por la inversión efectuada por el inversionista ICA PANAMA, S.A. (La cual efectivamente se hizo), esta sociedad LEGALMENTE procedió a: (\*) efectuar rellenos, (\*) solicitar la constitución de títulos de dominio; (\*) solicitar al Ministerio de Obras Públicas y a la Dirección General de Catastro la medición y conformación de las fincas que fueron formando esos rellenos; (\*) inscribir en el Registro Público la finca nacida como consecuencia de esos rellenos; (\*) segregar en finca madre en distintas fincas para venderlas a terceros; (\*) estos terceros , a su vez, construyeron viviendas para vivir ellos y sus familias; (\*) otros construyeron edificios o condominios que constituyeron en propiedad horizontal y, finalmente; (\*) otros terceros compraron a los constructores o promotores diferentes unidades departamentales para vivir pacífica y serenamente. Pero todos estos enlaces y sucesiones tienen un denominador común: LOS BANCOS. Estos otorgaron el préstamo, las Facilidades Crediticias y el Financiamiento para todas y cada una de estas operaciones, por cientos de millones de dólares y éstos Bancos, actuando dentro del marco de esa Ley existente y vigente a ese momento, estarían gravemente perjudicados si ahora, con un giro dramático y apocalíptico, se declarara la Inconstitucionalidad de este Contrato. Sería un colapso financiero histórico de magnitudes insospechadas y de consecuencias inimaginables; aperturaría, además, una ventana para que tanto ICA PANAMA, S.A. como todos los que están involucrados en los eslabones de esa cadena, demandaran al Estado por una suma que ni siquiera, por la hondura de la misma, deseamos cuantificar en este momento.
4. 4. Como la Ley referida estaba vigente y de ella emanaron derechos y obligaciones, ICA PANAMA, S.A. no sólo ha rellenado aproximadamente 24 hectáreas, sino que el Contrato in examine le otorga la facultad adicionalmente, de rellenar otras 11 hectáreas y algunas adicionales si a esto hay lugar de conformidad con lo que el convenio establece. Esa garantía a la propiedad privada adquirida por Ley no se circunscribe a lo ya rellenado, sino también a lo que está por rellenarse en virtud del principio de indivisibilidad del acto administrativo y porque ha sido una obligación que contrajo el Estado mientras esa Ley 5 de 1988 reformada por la Ley 36 de 1995, estuvo vigente.
5. 5. El artículo 47 de la Constitución Nacional dice con olímpica claridad que se respeta la Propiedad Privada adquirida conforme a la Ley. Desconocer ese derecho adquirido, representaría la aparición de una Indemnización colosal que el Estado tendría que asumir, pues en el terreno fáctico se tendría que emplear una figura similar a la "expropiación" y tiene, por consecuencia, una responsabilidad patrimonial. Desconocer el postulado de

vigencia del contrato N°70-96, crearía una contradicción jurídica, y el poco respecto hacia la SEGURIDAD JURIDICA e, incluso a la presunción de la legitimidad de que se beneficien los actos y contratos administrativos (favor actis)

Expuesto lo anterior, de igual manera es importante mencionar, en giro de los Bienes de Dominio Público, que éstos tendrán esta característica mientras estén "destinados al uso público o a una función pública o a un servicio público", pertenezcan a una persona de derecho público (el Estado o el Municipio) y estén a disposición general de la colectividad. Contrario imperio, cuando estos bienes, ya sea que obedezca a fenómenos naturales o a la actividad del hombre dejan de estar destinados a ese "uso, función o servicio público", lógicamente no tendría sentido continuar considerándolos como de "dominio público". Significa lo expuesto que podríamos hablar de que el dominio o uso público de un bien, sea natural o artificial, está determinado primordialmente por la "afectación a ese uso colectivo".

El expresar lo concerniente a la "afectación de los bienes al uso o dominio

público", súbitamente aparece, como la otra cara de la misma moneda, el fenómeno jurídico denominado "DESAFECTACION". ESCOLA nos

dice que: "La desafectación tiene lugar cuando se producen actos o se ejecutan hechos en cuya virtud una cosa o un bien dejan de estar sometidos al uso público, saliendo de tal suerte del dominio público. La desafectación, cuando cabe, debe fundarse, a su vez, en la condición de haber desaparecido o cesado el interés público que dio origen a la "afectación" de un bien o una cosa del dominio público. De otro modo, no se entendería la causa que había llevado a desafectar un bien que había sido afectado porque era necesario para servir a la satisfacción de aquel interés público."

LIBARDO RODRIGUEZ, en su obra ya nombrada que dice:

"Por otra parte, puede presentarse el fenómeno de la DESAFECTACION que consiste en que un bien de uso público deja de serlo por decisión de autoridad competente, cuando ya no es necesario para la comunidad. Por ejemplo, una antigua carretera que deja de tener utilidad pública por la construcción de una nueva. Finalmente, parece predominar el aspecto de la afectación o desafectación normal, en el sentido de que el carácter de uso público de un bien dependerá en últimas del régimen jurídico al cual sea sometido, lo que implica en el fondo una decisión expresa o tácita de la autoridad para considerar dicho bien de uso público o para dejar de considerarlo como tal"

(Obra citada, pág. 179)

El doctor espaZol CARLOS VASQUEZ IRUZUBIETA en el tomo I de su libro titulado "doctrina y Jurisprudencia del Código Civil", editado por Bosch en el aZo 1998, advierte a página 389, en análisis del Artículo 341 del Código Civil EspaZol (comentado por el Dr. Dulio Arroyo como veremos), que: "Cuando a juicio del Gobierno una cosa de dominio público ha dejado de ser privativa para el uso o servicio público, es posible DESAFECTARLA mediante una Ley, en cuyo caso seguirá perteneciendo al Estado, pero bajo una condición distinta: como bien de titularidad privada, a causa de su cambio de destino."

El Profesor MANUEL MARIA DIEZ, en su Manual de Derecho Administrativo, publicado por la editorial Plus Ultra, Buenos Aires, Argentina, aZo 1981, pág. 317, menciona que:

*"El conjunto de bienes de dominio público es indeterminado pero puede ser determinable en un momento dado. La condición jurídica de esos bienes depende de la voluntad del legislador si son naturales y, tratándose de los bienes denominados artificiales, del acto declarativo de la administración pública. Del allí que sea obvio decir que este conjunto de bienes no es inmutable. Variará acrecentándose o disminuyéndose, según la voluntad del legislador o de la administración pública."*

El licenciado Jaime Antonio Montero Batista, de fojas 86 a 130 alega que el Pleno debe declarar no viable la demanda, pero en caso de resolver el fondo, reconozca la constitucionalidad del contrato de concesión. El licenciado Montero fundamenta su alegato, entre otros varios, en los siguientes argumentos:

"I. LA ACCION VIOLA LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO Y POR TANTO EL CONCEPTO DE SEGURIDAD JURIDICA MANIFESTADA A TRAVES DE FALLOS ANTERIORES POR EL PLENO DE LA CORTE Y SUS SALAS.

#### Concepto de Seguridad Jurídica

"Condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las Naciones y de los individuos que la integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la Ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuales son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio". (Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Manuel Osorio, 20 edición, 1992, Editorial Heliasta, p. 898).

II EN PRETENDIDA LESION AL PRINCIPIO DE LA ACCION LA SEGURIDAD JURIDICA MEDIANTE EL DESCONOCIMIENTO DE DERECHOS ADQUIRIDOS OBVIA: LOS ANTECEDENTES DEL CONTRATO QUE RUBRICARON LA ACTIVIDAD DEL ESTADO; LOS HECHOS CONSUMADOS BASADOS EN LA LEY QUE AFECTAN AL CONCESIONARIO, TERCEROS Y AL PROPIO ESTADO.

#### A- ANTECEDENTES DEL CONTRATO.

En comunión con los principio expuestos al inicio, si es que llegan al hipotético caso de pronunciarse sobre el fondo, para ello, necesariamente habrán de considerarse cuales son los hechos constitutivos de derechos que adquirió la parte afectada en una demanda de esta naturaleza.

Bien, en ese orden, sus derechos son en primer lugar los que resultan paralelos a la suscripción del Contrato, como lo era el de recibir el abono (pago parcial) a través de la transferencia de los Terrenos del Antiguo Aeropuerto Marcos A. Gelabert y 35 has. de derechos de relleno (hoy efectivamente ejercidos y titulados a favor de terceros) y los que resultan de la ejecución del Contrato o sea los que comprenden el derecho a recuperar la inversión y la ganancia razonable, tan pronto se terminó la obra a inicios del aZo 2000.

En ese orden, si bien estamos de acuerdo siquiera con la admisión de la demanda, como explicamos en el primer argumento, invocamos a vosotros que la admisión de la demanda presenta, no obstante, brinda una oportunidad para la definición de una vez por todas de la constitucionalidad del Contrato y sus efectos.

Para ello, habrán de revisar el contexto del contrato integralmente ya que cada una de las cláusulas demandadas se relacionan con otras o se complementan entre si, además se reviste en obligatorio la revisión de los otros documentos complementarios del Contrato, es decir el Pliego de Bases, La Propuesta, etc. como bien coincidirán conmigo.

Para su comprensión, y a manera de historia, que conozco por ser un estudioso de este tipo de contrato, cuyo mayor desarrollo ha tenido en Chile y España. Cuando el Gobierno de Panamá a inicios de la década de los 90 propuso por primera vez la intención de realizar la obra basado en el proyecto Estampa que data de mediados de los ochenta, ciertamente se ofrecía como único medio de recuperación de la inversión, el del peaje, mismo que no prosperó por ser financieramente insustentable ya que el mercado y la capacidad económica del país no era favorable, por lo que tal fórmula no era rentable a corto plazo y mucho menos a largo plazo.

Por ello, el Estado para cumplir un objetivo de fines público y sociales, ofreció a los postores una mejor forma de recuperación de la inversión, incluyendo además del peaje, el pago con terrenos y con derechos de relleno. Lo anterior para la comprensión cabal del problema que implicaría un fallo como al que aspira el actor, luego de los años de la vigencia del Contrato, reflejados en la cláusula décima quinta del Contrato 70-96 del 5 de agosto de 1996, publicado en Gaceta Oficial 23,180 del 26 de agosto de 1996, denominado contractualmente como Monto Recuperable, el cual se reconoce de antemano una inversión y su ganancia razonable la cual asciende a B/.306,435,181.00, basado en la recuperación por varios el mecanismo, esto es peaje, terrenos del Aeropuerto Marcos A. Gelabert y Derechos de Relleno en lecho marino.

Era y es el entendimiento lógico, que la actividad del acto se nutría de legitimidad ya que resulta impensable el dolo oculto del Estado en ofrecer algo inconstitucional, y ello se sustenta en que realizó las consultas propias de estos casos, opinando el entonces

Ministerio de Hacienda y Tesoro y otros estamentos del Estado. Además la referencias histórica constitucional, como citaremos en este criterio, apuntaban a la facultad discrecional del Estado en obligarse en situaciones de derechos de relleno (cfr. fallo del Pleno 25 de sep. 1970 y del 16 de dic. de 1994, de la Sala III de los Contencioso Administrativo, en una demanda de nulidad que citado y comentado en este mismo escrito, páginas 30, 31 y 32)

En la parte legal, el hoy declarado inconstitucional párrafo final del artículo 2 de la Ley 5 de 1988, que tenía plena vigencia entonces remarcaba la legalidad del Pliego de Bases, por lo que no había dudas de ningún oferente que los actos del Estado era constitucionales.

Ese mismo sentido, una vez adjudicada la licitación al amparo de la Ley 5 de 1988 y 56 de 1995, que estipulaban reglas claras como obligación constitucional del Estado de licitar con reglas claras, a través del artículo 266 supracitado y sometido el Contrato a la aprobación del Consejo de Gabinete y luego del Organismo Legislativo no quedó dudas de su legitimidad.

Así entonces, tanto el Peaje, el pago con terrenos del Aeropuerto y los Derechos de Relleno, dieron forma al contrato y la consecuente construcción de la obra, permitiendo todas las consecuencias jurídicas implícitas en el mismo, o sea al pago de los terrenos y a 35 hectáreas de derechos de rellenos con el cual la inversión aseguraría la recuperación en el tiempo establecido de 30 años o antes.

- B. B- El principio de seguridad jurídica y los derechos adquiridos para un sujeto parte del contrato y numerosos terceros.

Concepto de *Derechos Adquiridos*:

"El incorporado definitivamente al patrimonio de su titular por haberse cumplido los presupuestos de hecho necesarios, según ley vigente, para darle nacimiento, por oposición a las simples expectativas", meras posibilidades de que el nazca." (Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, ob. cit. p. 132)..

El tratadista Italiano Cabba lo define así:

"Aquel que es consecuencia de un hecho apto para producirlo bajo el imperio de la ley vigente al tiempo en que el hecho se ha realizado, y que entrado en el patrimonio, sin que importe la circunstancia de que la ocasión de hacerlos valer presente en el tiempo en otra ley rige" (Teoría de la retroactividad de la Ley)

Las menciones doctrinales, indican que para ser reconocido como un legítimo derecho adquirido, el titular debe haberse amparado en las normas legales que le permitían adquirir la propiedad, titularidad del bien, sea mueble o inmueble, entonces veamos cuales normas rubrican la legitimidad de lo transferido por el Estado al Concesionario del Contrato cuyas cláusulas se demandan.

2. 2- En un lugar especial se encuentra el Contrato, que es *lex Inter partes* reconocido por la Sala Tercer de la Corte Suprema de Justicia:

"Un análisis detenido al cargo de la ilegalidad, pone en convencimiento de la Sala, que no se ha producido violación al ordenamiento legal en este aspecto, toda vez que las mismas cláusulas (Tercera y Quinta) de los mencionados contratos de concesión (que es ley entre las partes) -----" (Recensión de Sentencia contenciosa de Nulidad, del 20 de agosto de 2001, Jurisprudencia sobre contratación Pública, Ernesto CedeZo Alvarado. N°118,2003, pág. 30) (El subrayado es nuestro)

Por tal motivo sostenemos que el hecho jurídico que sustenta la validez del derecho adquirido de la Concesionaria lo es en especialmente el Contrato.

3. 3- Intervención de los tres Organos del Estados, antes y después de la aprobación del Contrato (control previo y posterior) por imperio de la Constitución Nacional:
- a) b) El Ejecutivo: por mandato del artículo 181 numeral 8, previa aprobación del Consejo de Gabinete, tal como lo dispone el artículo 153 numeral 15 y;
  - b) c) el Legislativo: por mandato del artículo 153 numeral 15 y;
  - c) d) el Judicial: a través de la revisión jurisdiccional posterior de la Corte que declaró legal el contrato.

Todo lo actuado por el Estado cumple el Principio de *dubio pro constitutio*, porque no hay dudas que en el concierto de voluntades manifestado en cada una de las Cláusulas demandadas, se sostenía en la presunción de la constitucionalidad y legalidad de los actos constitutivos del Contrato, por un lado y su revisión judicial por la Sala III.

4. 4- Leyes, aún vigentes que nutren la actuación del Estado en el intercambio de Derechos y Obligaciones contractuales, que incluyen la transferencia de bienes como medio de pago:

a) Artículo 332 del Código Civil de 1917.

b) Artículo 99 de la Ley 56 de 1995, de 27 de diciembre de 1995, G.O. N°22,939 de 28 de diciembre de 1995, reglamentada mediante Decreto Ejecutivo N°18 de 25 de enero de 1996, G.O. N°23,032 de 9 de mayo de 1996.

### III DE PRONUNCIARSE EN FONDO, LA DOCTRINA, LA JURISPRUDENCIA Y LA COSTUMBRE CONSTITUCIONAL RECONOCEN EL RESPETO A LOS DERECHOS ADQUIRIDOS.

En todas las Constituciones que nos han regido desde 1904 (Art.33); 1941 (Art.47); 1946 (art.45) y la actual de 1972 (Art.47) presentan claramente la importancia que el constituyente, desde sus orígenes, marcó a favor de los derechos adquiridos y la obligación del Estado en respetarlo, dejándolo en manos de la ley.

Pero a partir de la constitución de 1941, que importan las interpretaciones que la jurisprudencia ha dado en materia constitucional y contencioso.

De esa manera, sin entrar en un detalle de los innumerables casos, ha sido la constante doctrinal, el reconocer que todo contrato es *lex inter partes*, incluso aquellos contratos en que ha participado la gestión pública.

De tal manera, la Corte Suprema, ha reconocido derechos adquiridos no solo a través de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo sino incluso por fallos de inconstitucionalidad como bien consta en fallo de 23 de noviembre de 1970, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1° y 3° de la Ley 54 de 1951, que declara inadjudicables unas tierras (Ob.cit N°125, pág.321). Este fallo se refiere al tema de los derechos adquiridos debidamente ponderados a favor de los derecho habientes.

En el derecho comparado, tenemos por ejemplo La Constitución de Costa Rica, cuyo artículo 34 dispone que "*la ley no tiene efectos retroactivos en perjuicio de persona alguna o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas*".

Llámesese propiedad privada o derechos adquiridos, son términos que han evolucionado, de tal manera se confunden en un solo concepto por lo que al hablar de derechos adquiridos, son todos aquellos que interesan al particular representando un valor material e incluso inmaterial (si del derecho al apellido del padre o madre trate) pero con mayor énfasis en materia económica, o bien al servidor público como ejemplo la no rebaja de salarios para algunos (Presidentes o Magistrados, entre otros)

Es decir, que cuando de la propiedad privada se habla, se trata de derechos adquiridos por excelencia.

En conclusión con este punto, en el Contrato 70-96 de 5 de agosto de 1996, publicado en la Gaceta Oficial 23,180 de agosto de 1996, las obligaciones dimanantes del mismo son derechos adquiridos con arreglo a la Ley vigente a la fecha de su constitución y bajo el procedimiento constitucional imperante que determinaba las aprobaciones por parte de dos de los Organos del Estado y tal como expresamos, la revisión judicial del tercero".

El licenciado Jaime Antonio Montero, también entra a examinar y poner de presente doctrina y jurisprudencia sobre el tema en debate, según se observa en los párrafos de su alegato, que se transcriben enseguida:

"IV DE PRONUNCIARSE EN FONDO, LA DOCTRINA, LA JURISPRUDENCIA Y LA COSTUMBRE CONSTITUCIONAL RECONOCEN EL DERECHO DEL ESTADO A DISPONER DE SUS BIENES INCLUSO LOS DE DOMINIO PUBLICO.

A continuación expondremos elementos de juicio suficientes que sustentan nuestra tesis de la constitucionalidad de la desafectación

y enajenación de los bienes de dominio público efectuados por el Estado.

#### A- Doctrina

Luis Fuentes Montenegro, hizo una interesante y profunda investigación sobre el tema en su monografía "El Dominio Público en Panamá" expresando que las limitaciones de la constitución mas bien se refieren a la capacidad directa de adquirir propiedad de dichos bienes por los particulares.

*"La inalienabilidad de los bienes de dominio público significa que se excluye in genere, la posibilidad de enajenación; su destino y el propio régimen jurídico imposibilita a que una persona privada pueda disponer de ellos en condición de propietarios.*

*Pero el hecho que el carácter inalienable denote la idea que estos bienes están excluidos del comercio civil, no significa plenamente que no puedan ser enajenados. "Lo extracomercial de las cosas o dependencias del dominio público es pues, relativo, y consistente en una indisponibilidad también relativa, impuesta, según decimos, por el destino de las cosas". En verdad los bienes de dominio público están fuera del comercio en relación a la norma civil, pero esta circunstancia no se produce en cuanto a la órbita pública o administrativa por lo que bien pudiera hablarse de un comercio público o de una especie de enajenación dentro del derecho de los parámetros del público, exempli gratia pudiera darse el caso que un bien de dominio público sea transferido de una entidad pública a otra, lo que significaría una variación del titular*

*inmediato.*

*En el derecho del foro, la inalienabilidad tiene base jurídica en el artículo 255 de la Constitución Política y en el artículo 332 del Código Civil; conforme a dichos prospectos, se deduce que mientras los bienes de dominio público sean de usos públicos, servicios públicos, utilidad pública o función pública, no pueden ser objeto de comercio pero, y así se entiende, con fundamento a la norma civil antes señalada, que al dejar de estar designadas a las tareas referidas, se hace probable que dichos bienes, pueden ser objeto de enajenación." (Revista Panameza de Derecho, AZo 1, número 1, 1993, publicaciones jurídicas de Panamá, S.A. p.17*

Más adelante consideró la factibilidad de desafectar.

*"a. Teoría de la afectación. La afectación es el destino de un bien al uso público, servicios públicos, utilidad pública o al fomento de la riqueza nacional y a la defensa del territorio nacional, como dispone el derecho civil panameño. Puede recaer sobre bienes pertenecientes a los particulares o también sobre los bienes del Estado, que sean de dominio privado.*

*Para Demófilo de Buen, la nota común de bienes de dominio público está constituida por la afectación, ya que al perderse dicho carácter el bien pasará de inmediato a formar parte del dominio privado. La afectación, para su perfeccionamiento no sólo requiere de estar destinado a satisfacer necesidades sociales o públicas o colectivas, le urge además la existencia de una declaración legal que emane del poder público, la cual le otorga al bien una finalidad reconocida jurídicamente, a la que se le*

*subordina el bien.*

b. Por otra parte resulta necesario hacer referencia a la parte opuesta de esta teoría. La doctrina, para ello, alude al concepto de la desafectación o declassement según el derecho Francés. Esta figura se refiere al cese o a la extinción del bien como dominio público. En principio la desafectación *debe efectuarse mediante acto legislativo o por acto administrativo, "sólo excepcionalmente se desafecta por hechos, como el cambio del curso de un río (y por tanto su lecho) pero aún entonces es necesaria la rectificación administrativa" (ibídem p.30 y 31)*

Por su parte Dulio Arroyo definió a los bienes de dominio público de la siguiente manera:

*"En este orden de ideas se sostiene que el dominio público comprenda todos los bienes que están destinados de una manera directa al uso público, a un servicio público, y en general, a una función pública. Así dice HAURIOU, principal defensor y expositor de esta tesis que "son dependencias de dominio público las cosas que siendo propiedad administrativa, han sido objeto de una afectación formal de utilidad pública". Es éste el criterio que impera en el Código Civil español, en el Proyecto de Código Civil argentino, en nuestro Código Civil, etc." (Arroyo Dulio, Estudios Jurídicos, Tomo I, pág. 14)*

Este respetado jurista, también se manifestó a favor con respecto al tema de la desafectación:

"A la desafectación del dominio público se refiere concretamente el Art. 332 del Código Civil que dice: "Los bienes de dominio público y de uso público en los Municipios cuando dejan de estar destinados al uso general o a las necesidades de la defensa del territorio, pasan a formar parte de los bienes de propiedad del Estado". Esta disposición se inspira en el Art. 341 del Código Civil espaZol, aunque difiere un tanto de él. Y la diferencia consiste en que mientras que en la legislación espaZola la desafectación sólo se contempla en el caso de los bienes de dominio público del Estado, la nuestra, en cambio, sin duda con mejor criterio, la hizo extensiva a los bienes de uso público de los Municipios. Empero al proceder así se incurrió en un lamentable error, pues se estableció que los bienes de uso público de los Municipios una vez cesa su especial afectación, "pasan a formar parte de los bienes de propiedad del Estado", cuando ellos deben pasar a formar parte de los bienes de propiedad de los Municipios y no del Estado, como allí se dice. El error, sin duda se debió a que, como quiera que en el artículo 341 del Código civil espaZol sólo se establece la desafectación a propósito de los bienes de dominio público del Estado, naturalmente se dispone que al tener lugar ésta, dichos bienes pasan a formar parte de los bienes de propiedad del mismo. Nuestro legislador, en cambio, como ya se dijo, adicionó esta disposición, intercalando la frase "y de uso público en los Municipios", pero olvidándose de hacer luego la distinción a que nos venimos refiriendo; **esto es que, cuando tiene lugar la**

**desafectación, los bienes pasan a formar parte del patrimonio privado de la entidad a que pertenecen. Así, los de dominio público del Estado pasarán al dominio privado de éste, y los de dominio o uso público de los Municipios al dominio privado de éstos**". (Arroyo Dulio, Estudios Jurídicos, Tomo I, pág. 25). (El subrayado y énfasis es nuestro).

Podemos afirmar, en seguimiento de tales planteamientos, que lo que el artículo 258 de la Constitución lleva a la conclusión de que lo que prohíbe es la apropiación directa de los particulares al bien de dominio público, a través de las reglas comunes civiles que rigen los bienes y su aprobación principalmente la de "*la prescripción adquisitiva, hipoteca, embargo, etc.*

Es decir, no se tornaba en un actuar caprichoso permitir la disposicibn de bienes de dominio público a favor de intereses particulares cuando el bien perdiese el fin de destino dominio público, ya sea por acción del hombre o la acción de la naturaleza. Incluso, la revisión jurisprudencial de la Corte en tal sentido revela que fue cautelosa y favorable a esa disponibilidad del Estado.

#### B- Jurisprudencia

La desafectación no es nueva en nuestra historia nacional, ya lo permitió y reconoció el Pleno como constitucional, en fallo que examinaremos a continuación en donde, al igual que el autor Montenegro, citaron a la doctrina Francesa que llamaba a tal actuación del Estado "*declássement*".

Como afirmábamos en párrafos anteriores la inclinación de los constituyentes fue a favor de la facultad de desafectar y enajenar bienes de dominio público, y la Corte ha sido acorde con tal posición, no así con la de permitir que por acto directo de los particulares adquieran dichos bienes para ingresarlos a su patrimonio.

Al respecto basta revisar toda la actividad jurisdiccional del Pleno sobre lo actuado por parte de el Club de Yates y Pesca, el cual entre otras cosas, sus fines no cumplen ningún bienestar a la sociedad..

1- Primer caso a favor de la desafectación:

El Pleno, mediante fallo del 25 de septiembre de 1970, declaró la constitucionalidad de las Resoluciones 14 de 7 de Diciembre de 1966 y 109 de 27 de julio de 1967, dictadas por el Organo Ejecutivo (Ob cit. N°119, pág. 306)

Se demandaba la inconstitucionalidad de un traspaso en propiedad a favor de la seZora Dora Boyd de Eleta de un terreno relleno y acordonado por un muro en área de playa en el sector de Coco del Mar, terminación de la avenida Sexta, corregimiento de San Francisco de la Caleta. Para ese fin, el Estado lo desafectó inscribiéndolo como propiedad de la Nación, autorizando luego su venta en acto público, contrariando según la demandante el artículo 209 ordinal 1, de la Constitución de 1946, cuyo texto es el mismo que aparece en el actual artículo 258 ordinal 1.

Concluyendo la Corte lo siguiente:

"los actos impugnados no violan la Constitución Nacional basada, en síntesis, en que es indudable que los bienes del Estado no son susceptibles de apropiación privada mientras sean de dominio o uso público, pero el Estado puede modificar la naturaleza de esos bienes, transformar su naturaleza original. "Al ocurrir esto, pierden los atributos jurídicos del dominio público. La desafectación de los bienes de dominio público determina cambio de régimen jurídico y su virtual incorporación en el dominio patrimonial y esa desafectación o declasement como lo denomina la doctrina francesa, se efectúa por un acto administrativo y aun en ciertos casos -de carácter excepcional- por hechos (cambio en el curso de un río) en cuyo caso precisa la correspondiente determinación administrativa. Se requiere siempre -como en el presente caso- un acto formal que la declare"

Llama la atención el fallo supracitado, porque entonces la constitución vigente de 1946, tenía el mismo texto que la actual, o sea, no tenía inserta a favor de los diputados la facultad de disponer de bienes de dominio público como en efecto se efectuó entonces, que curiosamente ocurrió a pocos metros de la construcción del actual Corredor Sur.

En su libelo de alegato, el licenciado Montero se opone a las pretensiones del demandante, manifestando a esta Corporación sus conceptos relativos al traspaso de los terrenos del antiguo Aeropuerto de Paitilla, la constitucionalidad de los rellenos sobre el mar territorial y la irretroactividad de las sentencias proferidas por la Corte en materia de inconstitucionalidad:

"V- CONSTITUCIONALIDAD DE LA ENAJENACION DE LAS 29 HECTAREAS DE TERRENO DEL ANTIGUO AEROPUERTO MARCOS A. GELABERT, QUE SEGUN EL DEMANDANTE ES UN BIEN DE DOMINIO PUBLICO "POR DESTINACION".

Lamentamos no coincidir conceptualmente con el demandante, en relación a su afirmación de que es inconstitucional el pago de la Concesionaria mediante el traspaso en propiedad de los terrenos del antiguo Aeropuerto de Paitilla Marcos A. Gelabert.

La demanda indica que con el pago en esa forma se viola lo consignado en la Constitución en su artículo 258 ordinal que a su vez mediante el Decreto de Gabinete N°13 de 22 de enero de 1969 constituyó tales terrenos en bienes de dominio público, lo cual es falso porque lo que indica la norma es que se constituyen en

bienes de la Nación, adscritos a la DAC, como se infiere de los artículos 1 y 26 ordinal a).

"artículo 1. Créase la dirección de Aeronáutica Civil como una entidad autónoma del Estado, con Personería Jurídica, **Patrimonio propio** y Autonomía en su régimen interno".

"Artículo 26: el Patrimonio de la Dirección de Aeronáutica Civil consistirá de:

- a) a) Todas las fincas y terrenos que ocupan actualmente los Aeropuertos Nacionales de toda la República y los que en el futuro destinen para construcción de nuestro Aeropuertos" .

La ocupación a la cual se refiere dicho articulado, sin mayores elucubraciones indica que corresponden al patrimonio de la Dirección de Aeronáutica Civil todos los aeropuertos existentes en aquella época, en defensa del espacio aéreo imperaba mantener el fin o destino de las áreas usadas por el Estado como aeropuertos existiendo para entonces el aeropuerto de Tocumen llamado ahora Omar Torrijos que se ubican en sitio distinto al actual y el de Paitilla.

Dicho texto no es excluyente, porque la experiencia reconoce que necesidades propias del desarrollo, requieran crear nuevos aeropuertos o bien trasladar a otras áreas los existentes, como efectivamente ya había ocurrido con el actual Omar Torrijos. También entonces, no era desconocido que el Aeropuerto de Paitilla no representaba a cabalidad el fin público para el cual se concibió.

## VI. VI- CONSTITUCIONALIDAD DE LOS RELLENOS SOBRE EL MAR TERRITORIAL.

El actor al sustentar sus reclamaciones contra los rellenos autorizados mediante el Contrato, afirma que el Estado pierde una fuente de riqueza que le proviene del sector de pesca y cita a un autor que al respecto comentó sobre el tema en 1939.

El mar territorial al que tantas veces se refiere el actor, no tiene de conformidad a los más ilustres tratadistas un método único de definición, ya que los Países utilizan distintos sistemas de medición.

El Convenio de Derecho al Mar de Montego Bay del cual es signatario nuestro país desde el 12 de junio de 1996, explica las distinciones entre los Estados que tiene una geografía como la nuestra poseyendo bahías, cuya línea de medición para la comprensión del mar territorial se define entre los puntos de coincidencia de cada extremo de la curva que define la bahía.

Pero para ser más específicos con el tema que argumenta el actor, cuando el Estado de Panamá, definió como área de relleno marítimo las comprendidas entre el Centro de Convenciones Atlapa y el Aeropuerto Marcos A. Gelabert, ubicada en el Corregimiento de San Francisco, Distrito de Panamá, Provincia de Panamá, tomó en consideración un hecho cierto y conocido por todos, era y aún parte de él lo sigue siendo, un depósito de materia fecal, sobre el cual no es posible extraer pesca e incluso se prohíbe bañarse, ya

que el Decreto Alcaldicio N°609 del 19 de agosto de 1991 lo prohíbe.

Dicho sector fue considerado por ser un paliativo al problema de imagen de la ciudad y un medio de dar inicio a lo que en el futuro tendría como obligación el Estado, que es el Saneamiento de la Bahía, como en efecto se encuentra dando inicio al mismo.-

La realidad del orden mundial y económico promovió el interés del Estado en cumplir sus obligaciones constitucionales en los artículos 282 y 289 de la constitución promoviendo la atracción turística a nuestra nación, antes carente de tal importancia, utilizando los medios constitucionales y legales a su alcance, precisados por el suscrito al comentar sobre el artículo 292 de la máxima legal.

Todo en aras del mayor beneficio social y público, hecho que siendo meta constitucional del Estado, rúbrica la legitimidad de lo actuado.

#### VII. VII- IRRETROACTIVIDAD DE LA DECISION Y PREVISION DE CONSECUENCIAS.

Bien, retomando la petición del actor, categóricamente podemos afirmar que en Panamá, el efecto de las sentencias en materia de control constitucional es hacia futuro, como se dejó sentado al declarar la constitucionalidad del artículo 2564 (hoy 2573) del código Judicial, mediante fallo de 4 de junio de 1991.

Artículo 2564 (2573). Las decisiones de la Corte proferidas en materia de inconstitucionalidad son finales, definitivas, obligatorias y no tienen efecto retroactivo.

Sólo en caso de tratarse de la inconstitucionalidad de una sentencia judicial la jurisprudencia ha dejado abierta la posibilidad de surtir efecto retroactivo, pero básicamente dentro del razonamiento lógico del que permite la demanda de inconstitucionalidad de fallos jurisdiccionales, entendiéndose que sería inócuo el no permitirse que se dejen sin efecto las consecuencias jurídicas ya existentes como resultado del fallo sometido a la revisión constitucional. (cfr Edgardo Molino Mola, ob.cit p. 449)

En la doctrina y en derecho comparado a igual consideración se ha llegado, por ejemplo Kelsen comentó al respecto sobre los fallos de Tribunales Constitucionales que:

*"La ley desaparece para el futuro como si hubiera sido derogada. La sentencia es pues constitutiva." Y sobre los sistemas difusos es declarativa con efectos retroactivos, salvo en aquellos casos de situaciones dignas de protección".*

*Es difícil justificar la retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad de la ley por dos razones: por las consecuencias críticas de todo efecto retroactivo y porque la decisión recae sobre un acto del legislador que también interpreta la Constitución y tiene que ser respetada mientras o se declare su inconstitucionalidad"* (citado por Iván Escobar Formos Ob.cit p.254.)

Iván Escobar Formos afirma al respecto:

*"Para evitar graves daños a la seguridad jurídica, la paz social y la justicia se suaviza la retroactividad de la sentencia, excluyendo las situaciones siguientes: las sentencias que hicieron tránsito a cosa juzgada material; o los derechos adquiridos de buena fe en virtud de la ley anulada; las relaciones jurídicas extinguidas por prescripción o caducidad; los hechos consumados material o técnicamente irreversibles"* (Ob. cit .p. 254.)

Hasta el momento, tenemos que algunos principios de necesaria revisión en esta acción nos deben llevar a verificar las consecuencias futuras, no para el demandante quien amparado bajo el ropaje de la acción popular reclama la inconstitucionalidad, sino las del País en general, tanto en lo interno, por las necesidades sociales que no podrá satisfacer, como en el exterior con el deterioro de su imagen respetuosa de la seguridad jurídica."

El doctor Jorge Fábrega P. en virtud del poder otorgado por la Cámara Panameña de la Construcción (CAPAC), presentó alegatos de oposición a la demanda, confrontable a fojas 131 a 151, en el que pide que se desestimen las pretensiones del actor por amenazar la estabilidad jurídica del país. Sostiene el doctor Fábrega, que el artículo 258 de la Constitución, que se alega como norma constitucional infringida, "protege aquellos bienes que por su naturaleza son necesarios para el aprovechamiento libre de todas las personas y por tanto impide que puedan ser objeto de apropiación de forma arbitraria", lo que no es el caso, "ya que lo que se pretende es darle el carácter de patrimonial a un bien

que ya ha dejado de tener una función pública por ministerio de la propia Ley", y, además agrega que:

En consecuencia, los argumentos del peticionario no son cónsonos con la realidad de los hechos toda vez que el Estado usando los mecanismos que la Ley y nuestra Constitución le otorga autorizó los rellenos sobre el lecho marino (lo que no está específicamente enmarcado dentro de los bienes de dominio público, además de no tener tal finalidad) convirtiéndose de esta forma en bienes patrimoniales, requiriendo en consecuencia la desafectación formal y su transformación en bienes patrimoniales para poder traspasarlos en cumplimiento de los compromisos adquiridos con la empresa ICA PANAMA, SA.

Los atributos de inapropiabilidad de los bienes de dominio público derivan de su inalienabilidad, esto es el atributo que impide que se desvirtúe el destino público de tales bienes, únicamente si así lo tienen.

Al haberse permitido el relleno del área de referencia, se modifica el destino público de tales bienes convirtiéndose en bienes patrimoniales, los cuales por naturaleza son susceptibles de apropiación privada. Los rellenos que se han convertido en bienes patrimoniales no cumplen ninguna función pública ni tienen los atributos propios de los bienes del dominio público. Estos rellenos tienen de hecho un régimen similar al resto de los bienes patrimoniales ya que tienen una finalidad económica y no una finalidad pública".

En su escrito de oposición a la demanda de inconstitucionalidad, el respetado letrado panameño Jorge Fábrega, también se refiere a los bienes de uso público en la forma siguiente:

"En cuanto a la categorización de los bienes y su uso, citamos fallo dentro del proceso de ADVERTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD formulada por ROSAS & ROSAS en representación de BENITA NAVARRO GUTIERREZ contra el ARTICULO 1670 del código Civil, adicionado por el Artículo 1 del Decreto de Gabinete N°75 de 21 de marzo de 1969 en fallo del 3 de julio de 1998 en el que se definió el tema en los siguientes términos:

Por bienes del dominio público, se entiende "el conjunto de cosas afectadas al uso 'directo de la colectividad referida a una entidad

administrativa de base territorial, destinadas al uso público de los administrados, y que no son susceptibles , por tanto, de apropiación privada" (BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo, 5ª edición, Tomo III, Editorial De palma, Buenos Aires, 1956, p.g385); mientras que bienes de dominio del Estado lo constituyen todos aquellos bienes "patrimoniales" del Estado, el conjunto de "cosas sobre las cuales él ejerce en realidad un derecho de propiedad; es decir, de aquellas cosas que están en su patrimonio; ....." Estos se dividen a su vez en:

a) Bienes privados del Estado que aún siendo de utilidad pública, no están afectados a servicios públicos y por tanto son enajenables cuando ello aporte ventajas al Estado (tierras que carezcan de otro dueño, etc) Como ya se dejó anotado, los bienes patrimoniales del Estado, por su propia naturaleza, permiten la enajenación, siempre y cuando ello beneficie al propio Estado, aunque esto no signifique que tal atributo conlleve la "prescriptibilidad" de dichos bienes". (Lo subrayado es nuestro).

Los bienes y derechos patrimoniales podrán ser enajenados siguiendo el procedimiento y previo el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, de la forma en que se ha hecho."

La firma Alfaro Ferre & Ramírez, se opuso mediante escrito visible de fojas 152 a 181 y solicitó al Pleno la declaratoria de que no son inconstitucionales los párrafos y frases señalados en las cláusulas tercera, décima quinta, décima sexta y décima séptima del contrato de concesión administrativa acusadas de violatorias de la Constitución Nacional. La citada firma argumenta sobre la "desafectación", principalmente, lo siguiente:

"A.- POSIBILIDAD DE DESAFECTAR BIENES DE DOMINIO PUBLICO O DE TRANSFORMARLOS EN BIENES PATRIMONIALES DEL ESTADO.

Nuestra legislación clasifica los bienes de que el Estado es dueño en bienes de dominio público y en bienes patrimoniales o de dominio privado. Los primeros son aquellos que están afectos a un fin público. En este sentido Dulio Arroyo señala: " En este orden de ideas se sostiene que el dominio público comprenda todos los bienes que están destinados de una manera directa al uso público, a un servicio público y, en general, a una función pública. Así dice HAURIUO, principal defensor y expositor de esta tesis, que "son dependencias del dominio público las cosas que

siendo propiedad administrativa, han sido objeto de una afectación formal de utilidad pública". Es éste el criterio que impera en el Código civil espaZol, en el Proyecto de Código Civil argentino, en nuestro Código Civil, etc. (Arroyo, Dulio, Estudios Jurídicos, Tomo I, pág. 14). Por otro ado, son bienes patrimoniales de dominio privado todos aquellos que no están incluidos dentro de categoría de bienes de dominio público.

La condición o naturaleza de los bienes propiedad del Estado no es permanente ni inmutable. La afectación y la desafectación son nociones correlativas que recogen esta realidad y están ambas inextricablemente unidas a la idea de dominio público. En este sentido, el autor espaZol Angel Sánchez Blanco seZala:

"En páginas precedentes y tratando de apreciar el relieve de la afectación hemos considerado calificados juicios doctrinales que conectan demanialidad, considerando la afectación como criterio central del dominio público. Recordemos dentro de la doctrina espaZola los juicios expresados por García de Enterría, Garrido Falla y claverio Arévalo (.....) La concurrencia de esta circunstancia, la particularidad de que la afectación sea, en palabras de García de Enterría, el criterio central del dominio público (....) O que, en expresión de Garrido Falla, la afectación sea la médula del criterio para la determinación del dominio público, nos obliga a considerar el ámbito delimitador del dominio público, como premisa para la concreción del ámbito en que opera la afectación.

Tampoco se puede ignorar, aunque este dato haya pasado desapercibido para la doctrina, que la afectación natural o el demanio natural (....) es modificable con facilidad, como consecuencia de hechos del hombre como factor determinante de la afectación artificial. Suficiente es pensar en lo que significan, a efectos de la acumulación de arena en una playa y la consecuente modificación de la zona marítimo-terrestre, la construcción de un espigón o lo que, a efectos de minoración de flujo marino, puede implicar la construcción o ampliación de muelles en un puerto, sin olvidar, en otro ámbito, que la construcción de un pantano regulador tiene, como consecuencia, un amplio juego de afectaciones y desafectaciones, que no sólo implican al cause natural de la corriente regulada y que incluso pueden implicar el cambio del cause sino que sus consecuencias se manifiestan sobre bienes del demanio artificial, aproximando ambas categorías desde el factor unitivo de la acción del hombre sobre el medio físico"(Sánchez Blanco, Angel, La Afectación de Bienes de Dominio Público, Instituto García Oviedo, Publicaciones de la Universidad de Sevilla 1976, pBg. 30 y 31).

De igual forma , Marienhoff explica:

"56. "Desafectar" un bien significa sustraerlo de su destino al uso público, haciéndolo salir, por lo tanto, del dominio público para ingresar al dominio privado, sea del Estado o de los administrados.. Tal es el concepto general. (.....)

57. La naturaleza jurídica de la desafectación es correlativa a la de la afectación, de la cual no difiere.

Como lo expresaré al referirme a las "formas" de la desafectación" (Nº62), está, en definitiva y según la índole del bien que se considere, puede efectuarse por una "manifestación de voluntad" del poder público (ley o acto administrativo), o por "hechos" (naturales o humanos). (.....)

Los efectos de la desafectación pueden resumirse así: a) el bien o cosa sale del dominio público y pasa al dominio privado; b) como corolario de ello, cesan los derechos de uso -común o especial- que se ejercían sobre la dependencia desafectada; c) cesar igualmente todas las consecuencias derivadas del carácter de "inalienable" que revestía la dependencia dominial desafectada; d) los "accesorios" pierden su carácter dominical (....)

59) Cualquier bien público puede ser desafectado, ya se trate de bienes que integren el llamado dominio público "natural" o de bienes que integren el llamado dominio público "artificial" (....)

No existe, pues, razón alguna que se oponga a la desafectación de cualquier bien público, ya se trate de los que integran el dominio llamado "natural" o de lo que integran el dominio llamado "artificial" desafectación que puede efectuarse por cualesquiera de los medios reconocidos al respecto por el derecho -compatibles con la índole del respectivo bien-, de cuyas especies me ocuparé en el parágrafo siguiente.

En consecuencia, la desafectación de un bien o dependencia domoial, lograda o afectada por cualquier medio reconocido al respecto por el derecho, siempre y cuando la efectúe o disponga la autoridad competente para ello, importa el ejercicio legítimo de una potestad legal. (....)

Tratándose de bienes del llamado dominio público "*natural*", debe distinguirse ante la mera desafectación que deja subsistente la individualidad de la cosa y la desafectación por transformación del bien, el que en tal supuesto cambia de individualidad. Como consecuencia de la primera, en el bien respectivo se opera un cambio jurídico; como consecuencia de la segunda un cambio físico, que a su vez genera consecuencias legales. A título de ejemplos de desafectación que deja subsistente la individualidad o naturaleza física de la cosa, pueden mencionarse la desafectación de un río o de una isla, que continuarán siendo tales aun después de la desafectación. Como ejemplos de desafectación por transformación del bien, que entonces cambia de individualidad o de naturaleza física, pueden mencionarse los trabajos de rellenamiento de todo o parte del lecho de un curso de agua, o de parte del lecho del mar (tierras "ganadas" a los ríos o al mar), el desecamiento de un lago, la disgregación de una isla, etc." (Matienhoff, Miguel, Tratado de Dominio Público, tipográfica Universal Argentina, Buenos Aires, 1960, pag. 175 et.seq.) El subrayado es nuestro).

Asimismo, a Zade:

"Tratándose de bienes del llamado dominio público "*natural*", hay que distinguir entre la simple desafectación que deja subsistente la individualidad de la cosa y la desafectación por transformación del bien, el que en supuesto cambia de individualidad.

Pero frente a la desafectación de los bienes públicos "*naturales*" que deja subsistente la individualidad de la cosa, hallase la que, al alterar o cambiar dicha individualidad, da como resultado que el bien, o parte de él, deje de subsistir. Así, un río, un arroyo, etc., o parte de ellos, pueden dejar de ser tales a raíz de trabajos de rellenamiento o terraplenamiento que los convierten en tierra firme; una isla puede ser destruida por disgregación o puede dejar de ser isla a raíz del rellenamiento del cauce de las aguas circundantes; un lago puede ser desecado; etc. Esto es lo que se llama *desafectación por transformación o por especificación.*"

(El subrayado es nuestro).

En su demanda, el impugnante endilga serios cargos a la figura de la desafectación de bienes de dominio público. De esta manera, se distinguen en su escrito algunos verbos, adjetivos y adverbios que desvirtúan la verdadera naturaleza jurídica de la desafectación. El demandante se refiere a los rellenos legítimamente hechos como actos que van "socavando paulatina y gradualmente nuestro espacio marítimo" y los cataloga como algo "descabellado". Es decir, el impugnante intenta adelantar su tesis consistente en que la desafectación es una manera de dilapidar los bienes de dominio público, que es un mecanismo a través del cual se abusa de la Nación y se deja en desmedro al patrimonio público. Esto no es cierto. Es importante seZalar dos cosas. Primero, que la desafectación es un proceso facilitador de la gestión asignada a la Nación como administradora de los bienes nacionales. Segundo, que la desafectación no es sinónimo de destrucción de los bienes de dominio público.

Como bien lo ha reconocido el impugnante, la Nación tiene la obligación y responsabilidad de administrar los bienes públicos, entre los que se incluyen los bienes de dominio público. Esta tarea se vería entorpecida y burocratizada si no fuera por la alternativa -legítima y eficaz- de la desafectación a través de un acto administrativo. Un bien de dominio público es catalogado como tal por la finalidad que el bien persigue. A diferencia de lo que indica el impugnante, existen múltiples razones por las que un bien deja de perseguir sus objetivos públicos y que eliminan la necesidad de que continúen vigente en éste los efectos que le imprime la clasificación de dominio público. Pueden ser razones motivadas por actos humanos, de la naturaleza o legales. Así, la desafectación lo único que hace es cambiar las consecuencias legales que rigen sobre un bien, porque no existen razones ni motivos para que un bien continúe al amparo de un régimen de dominio público. La ley ha creado un mecanismo dinámico, versátil y rápido para que el Estado pueda, sin mayores obstáculos ni impedimentos, administrar los bienes como a bien tenga o estime. Cuando por razones fundadas ya no se amerita que un bien permanezca afectado, el Estado tienen a su disposición una herramienta facilitadora de su gestión como administrador, que le permite tomar el bien, pasarlo a su patrimonio y hacer con éste lo que considere mejor (venderlo, arrendarlo, darlo en concesión, etc.) Someter, como el impugnante pretende, esta administración a la inmovilidad por él sugerida es desconcertante.

Igualmente,, no toda desafectación supone la consecuente venta del bien. Un bien puede ser desafectado para que éste sea utilizado por el Estado, o sea arrendado, o sea vendido, etc. En fin, hay muchas transacciones de las que puede ser objeto un bien desafectado y no exclusivamente una venta. Y aún en los caos de venta a particulares, no tiene por qué suponerse, como lo hace el impugnante, que es una venta desventajosa a la Nación. La venta puede hacerse por un precio justo, cónsono con las realidades del mercado y para que el adquirente realice obras que retornen en alguna utilidad o beneficio a la población. De allí que no concordemos con que una desafectación forzosamente involucre una venta injusta y provechosa de manera unilateral.

la desafectación no es sinónimo de una destrucción ni es un robo que se hace a los bienes nacionales. No entendemos por qué el impugnante sostiene que una desafectación necesariamente conlleva la desaparición del bien y la consecuente pérdida de oportunidad para utilizarlo. Marienhoff ha explicado:

"No debe confundirse la desafectación" de la cosa dominical, con su "destrucción" realizada por terceros. La *destrucción* se diferencia de la *desafectación*. La destrucción o desaparición jurídica de la cosa nos coloca, ciertamente, ante un hecho irremediable, cuyas consecuencias se imponen por sí mismas; pero ella no equivale a la desafectación. Esta constituye una institución o procedimiento *jurídico*; en cambio, la *destrucción* de la cosa, ya sea por hechos de guerra producidos por el enemigo constituye un hecho situado fuera de los límites del derecho. La 'destrucción no constituye, técnicamente, un caso de *desafectación*, sino precisamente de 'destrucción, que es distinto. En la *destrucción* la cosa no cambia simplemente de individualidad, sino que físicamente deja de existir; (...) En cambio, el efecto fundamental de la *desafectación* es el cambio de condición jurídica de la cosa, sea que esta conserve o cambie su individualidad; pero la cosa no deja de existir, ni aún en los supuestos de especificación o transformación, donde opera una modificación, pero no una desaparición del mundo físico".

Y es que lo cierto es que estas playas no han desaparecido. Tampoco es cierto que este terreno ha sido *usurpado* de la Nación o de la población. Tampoco es cierto que el Estado no ha recibido nada a cambio por estos terrenos. Las desafectaciones traen muchas consecuencias beneficiosas y positivas que el impugnante ha decidido ignorar, pero que no podemos dejar que los Honorables Magistrados pasen de largo. Los rellenos desafectados y cedidos legalmente han sido objeto de construcciones e inversiones que han incentivado el empleo, la construcción y el comercio. No es cierto que estos rellenos no pueden ser utilizados por la población. Los mismos son de libre acceso para todas las personas. Tenemos que entender que la desafectación y no sólo esta sino cualquier otra, es siempre generadora y facilitadora de alternativas para darle un uso más eficiente a un bien. En este caso en particular, los rellenos donde otrora se encontraba una playa inutilizable por razones de geografía y contaminación, hoy se levantan viviendas, hospitales, carreteras, centros comerciales, hoteles y demás infraestructuras que traen múltiples beneficios a la nación panameña, entre los que destacan incrementos en la inversión extranjera, turismo, construcción, comercio, por mencionar sólo algunos.

Debe concluirse, pues que:

1. 1. La afectación y la desafectación participan de la misma naturaleza jurídica que están íntimamente unidas al concepto mismo de dominio público y que, como señalan los autores, constituyen su médula. En consecuencia, no puede desvincularse la noción del dominio público de la posibilidad de afectar o desafectar bienes del Estado a un uso público o a un servicio público.
2. 2. La desafectación puede tener lugar por manifestaciones de voluntad del poder público, sea a través de ley o de actos administrativos o por "hechos" de la naturaleza o de los seres humanos.
3. 3. No existen bienes, sean éstos naturales o artificiales, que no puedan ser objeto de desafectación, siempre que éste se lleve a cabo por autoridad competente.
4. 4. En determinados supuestos la desafectación produce la transformación del bien, cambia su individualidad y da por resultado que dicho bien o parte de él, deje de existir. Tal es el caso de los trabajos de relleno del lecho del mar, en que el mismo se transforma en tierra firme.

## B. LA DESAFECTACION EN NUESTRO DERECHO POSITIVO Y EN NUESTRA JURISPRUDENCIA.

No es cierto, como plantea el demandante, que la posibilidad misma de desafectación esté proscrita de nuestro régimen jurídico por virtud de lo dispuesto en el artículo 258 de la Constitución Nacional. Panamá sigue en este tema a la mayor parte de la Doctrina científica y del Derecho Comparado.

Bienes Patrimoniales pueden convertirse en bienes de dominio público por estar "afectos" al uso público o destinados a la prestación de un servicio público. Este proceso de afectación lo contempla expresamente el propio artículo 258 de nuestra Carta Magna el cual establece en su último párrafo que "En todos S los casos en que los bienes de propiedad privada se conviertan por disposición legal en bienes de uso público, el dueZo de ellos será indemnizado". De igual forma, bienes de dominio público pueden devenir en bienes patrimoniales o bienes de dominio privado. Así lo contempla expresamente el artículo 332 del Código civil, al seZalar que los bienes de uso público (dentro de los cuales se encuentran las riberas y las playas) **cuando dejan de estar destinados al uso general** pasan a formar parte de los bienes de propiedad del Estado. Si bien la Constitución no lo regula expresamente nada impide, no se encuentra expresamente prohibido, que lo dispuesto en la norma constitucional pueda ocurrir

a la inversa, es decir, que bienes de uso público se conviertan en bienes de propiedad privada.

Asimismo, el artículo 99 de la Ley 56 de 1995 expresamente seZala que: "Los bienes de dominio público son indisponibles, salvo que previamente sean desafectados por el Organo ejecutivo, por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro, que reglamentará la materia."

La posibilidad de desafectar bienes de dominio público ha sido expresamente reconocida por nuestros tribunales. Así, en sentencia de 25 de septiembre de 1970, la Corte Suprema de Justicia seZaló:

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

Más adelante aZadió:

*"Para concluir, el Pleno considera que el caso que se examina no presenta ningún problema de interpretación.*

1. *Los actos impugnados no violan el ordinal 1º del artículo 209 de la Constitución Nacional. Es indudable que los bienes del Estado no son susceptibles de apropiación privada, mientras sean de dominio o uso público. No obstante, el Estado puede modificar la naturaleza de tales bienes para realizar obra de interés público. Por ello en la práctica y con cierta frecuencia, el Estado desvía ríos, seca pantanos y rellena áreas que*

*originalmente eran marítimas. El resultado es que estos bienes sufren una auténtica transformación en su naturaleza original. "Al ocurrir esto, pierden los atributos jurídicos del dominio público".*

De igual forma, en sentencia de 16 de septiembre de 1993, la Sala Primera de lo Civil de esta Corporación de Justicia reconoció la posibilidad que existe de desafectar bienes de dominio público:

De suerte que si de conformidad con la citada excerta legal los bienes revertidos sólo podrán ser desafectados mediante ley, corresponde, por tanto, al

legislador patrio, en ejercicio de sus facultades constitucionales, expedir la ley que cumpla el cometido de desafectar tales bienes y darle a los mismos el destino que más convenga a los intereses de la Nación panameza...."

(Sentencia de 16 de septiembre de 1993 dictada por la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia en respuesta al Recurso de Casación interpuesto pro ESSO MARINE SUPPLY COMPANY LIMITED en el Proceso especial de reconocimiento de título de dominio sobre mejoras construidas en terreno ajeno).

Además, la firma Alfaro, Ferrer & Ramírez argumenta sobre la tesis de la desafectación constitucional, en los términos que se transcriben a continuación:

"El demandante no ha podido desconocer, por evidente, el hecho de que los bienes de dominio público del Estado pueden ser desafectados para convertirse en bienes de dominio privado. No obstante, desarrolla una novedosa teoría que, en el fondo, persigue negar tal posibilidad y que es posible resumir así: En vista de que nuestra Constitución señala cuáles son los bienes de dominio público, sólo es posible desafectarlos, a fin de que se constituyan en bienes de dominio privado, a través de un acto de jerarquía, es decir a través de una reforma constitucional. En realidad, la tesis del demandante equivale a decir que nuestro actual régimen constitucional y legal no permite desafectación y expresamente la permite. Tal argumento llevaría, asimismo, a la conclusión de que las normas del Código Civil y de la Ley 56 de 1995 que contemplan la desafectación son inconstitucionales puesto que admiten un supuesto que la Constitución proscribe.

Tal argumento no es de recibo. No es ni nunca ha sido la intención del Legislador crear este estado de inmutabilidad y permanencia. Las características de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad generalmente atribuidas a los bienes de dominio público sólo subsisten mientras los bienes mantengan tal condición. Lo contrario traería más perjuicios que beneficios e impediría al Estado promover el desarrollo nacional.

Olvida, asimismo, el demandante que el art. 258 de la Constitución limita a describir, en forma general, aquellas categorías de bienes que constituyen bienes de dominio público. Resulta erróneo concluir, como lo hace el demandante, que la desafectación de bienes específicos constituye una violación de la norma constitucional.

Y es que la necesidad de adoptar un trámite, que no sea una reforma constitucional, para desafectar bienes de dominio público es necesaria para la correcta administración de los bienes del Estado. Someter los bienes nacionales a la inmovilidad que sugiere el impugnante es descabellado en todos sus sentidos. No podemos dejar de sugerirle a la Corte la necesidad que existe de continuar dotando a las autoridades competentes de poder suficiente para afectar y desafectar bienes de dominio público, sin la necesidad de tener que recurrir, como lo intenta proponer el impugnante, al complejo

proceso de una reforma constitucional. Lo más importante es la flexibilidad que debe existir para poder clasificar los bienes del Estado, de manera que si por cualquier motivo un bien ya no tiene sentido que esté sujeto al dominio público, debe existir un proceso rápido que permita desafectar bienes sin mayores obstáculos, no podemos pretender someter a las autoridades encargadas por la administración de los bienes nacionales a realizar una lenta y angustiosa reforma constitucional para decidir sobre actos que no ameritan afrontar las exigencias económicas, políticas y sociales que conllevan y significan una reforma constitucional. Así como la Constitución sienta las bases sobre las que debe operar nuestra República e impone el marco principal de gobierno y operación de la Nación obviando los detalles, no es lógico pensar que la administración hasta del más mínimo bien que deba ser desafectado sea motivo de alterar nuestra Carta Magna".

Y también se refiere al principio de los derechos adquiridos, en la forma siguiente:

"Aún en el remoto caso que esta Corte decidiera que las sentencias en materia de constitucionalidad guardan efectos retroactivos, éstos jamás podrían concretarse afectando derechos adquiridos.

Como se dejó expresado anteriormente, al momento de perfeccionarse el Contrato de Concesión Administrativa N°70-96 de fecha 5 de agosto de 1996, publicado en la G.O. N°23,108 de 26 de agosto de 1996, dentro del cual se encuentran los párrafos y renglones de las cláusulas cuya inconstitucionalidad se demandan, se encontraba en plena vigencia -y actualmente aún se encuentra vigente- el artículo 99 de la Ley 56 de 1995 que permite la desafectación de bienes por el Organismo Ejecutivo, en cuyo último párrafo se dispone expresamente:

**"Los bienes de dominio público son indisponibles, salvo que previamente sean desafectados por el Organismo Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro, que reglamentará la materia"**, (lo resaltado es nuestro)

De igual manera, al momento de suscribirse el mencionado contrato N°70-96, se encontraba vigente y en pleno rigor el artículo 2 de la Ley 5 de 1998, que expresamente desafectaba los bienes de dominio público que eran objeto de rellenos. La mencionada excerta legal era del siguiente tenor literal:

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

**En tal caso de rellenos sobre bienes de dominio público, las áreas rellenadas constituirán bienes patrimoniales del Estado"**. (lo resaltado es nuestro).

No escapará al criterio de los Honorables Magistrados que los derechos adquiridos constituyen un "principio de derecho" de trascendental importancia, para la seguridad jurídica.

Debemos distinguir entre dos tipos de derechos adquiridos que existen en el caso *sub júdice*. Los derechos adquiridos de los terceros que han obtenido de buena fe la propiedad de las fincas constituidas sobre estos rellenos, y los derechos adquiridos de la empresa ICA PANAMA, S.A. de poder realizar los rellenos.

Ninguna ley ni fallo puede desconocer los derechos adquiridos legítimamente por las personas. Este principio se encuentra contenido de igual manera en el artículo 46 de la constitución Nacional, en el sentido que las leyes son irretroactivas y no pueden perjudicar derechos adquiridos. El artículo 3 del código Civil refleja este principio al expresar que "las leyes no tendrán efecto retroactivo en perjuicio de derechos adquiridos"

Refiriéndose a los derechos adquiridos, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo indicó que resulta "imperioso en el Estado de derecho reconocer y respetar aquellos derechos que ingresan en el patrimonio de los asociados cumplidos los requisitos y presupuestos jurídicos previstos" (Sentencia de 21 de abril de 2003, Acción contencioso Administrativa contra Resolución Administrativa N°090-2001 de 16 de febrero de 2001 emitida por el Administrador de la autoridad Marítima de Panamá).

En el caso de los derechos adquiridos de los propietarios de las fincas constituidas en los rellenos, es imposible negar el privilegio que le asiste a los mismos por haber adquirido propiedad de acuerdo a mecanismos conforme a la ley y bajo la tutela del principio de la fe registral. Hacemos referencia al punto V *infra* de este escrito, donde planteamos a la Corte nuestro criterio en cuanto a esta adquisición de buena fe por parte de terceros. Por ahora, reiteramos el derecho adquirido que existe a favor de estos propietarios, en el sentido que las fincas que han sido transferidas a su patrimonio, y que forman parte de éste, no pueden ser extraídas y revertidas al patrimonio de la Nación, ya que sería en total contradicción con el principio de los derechos adquiridos.

Acerca del derecho adquirido que tiene ICA PANAMA, S.A. de rellenar el lecho marino, hacemos referencia a la sentencia de 2 de diciembre de 2004, dictada por el Pleno de la Corte suprema de Justicia en la demanda de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 27 de la Ley 23 de 29 de enero de 2003. Allí la Corte indicó que un derecho que se encuentre en suspenso o condicionado a ciertas futuras actuaciones mal podría considerarse un derecho adquirido. La Corte concluyó que el derecho adquirido en todo caso sería el derecho a "aspirar a la renovación de los contratos", más no la renovación en sí. La Corte llegó a esta decisión toda vez que los contratos originales preveían una serie de condiciones a las que supeditaba la prórroga de los mismos.

Extrapolando dicho punto de vista a la situación frente a la que nos encontramos, podemos identificar que el derecho que guarda ICA PANAMA, S.A. de poder realizar los rellenos es un derecho netamente adquirido que hoy no puede afectarse de manera retroactiva. Ninguna cláusula en el Contrato condiciona el derecho a rellenar. Muy por el contrario, el Estado le paga a ICA PANAMA, S.A, como parte de la construcción de una mega carretera en la ciudad de Panamá, carretera ya construida y utilizada por cientos de ciudadanos panameños, con el derecho de rellenar sobre el lecho marino. Es decir, esto no fue un pago que se supeditó a alguna situación futura otra que la construcción de la carretera. Este no fue un derecho que está sujeto a que ocurra algo o se den ciertas condiciones. Es un derecho verdadero, presente, real y efectivo.

Es un derecho a través del cual el Estado pagó su obligación y su contraprestación con un concesionario. Es un derecho adquirido que mantiene ICA PANAMA, S.A. Inclusive en el caso de los rellenos que aún no se han hecho, el derecho de hacer tales rellenos es un derecho adquirido porque, siguiendo el

lineamiento de la Corte, es un derecho que consta en el Contrato y que no está condicionado a nada. Como tal, el derecho a rellenar es un derecho adquirido, aún cuando no se haya ejercido ni efectuado y, no puede ser alterado ni menoscabado por una ley o fallo retroactivo.

Aunado a lo anterior está la realidad económica y mercantil que el derecho que tiene ICA PANAMA, S.A. de poder realizar estos rellenos mantienen un valor comercial real, que refuerza nuestra sugerencia de que tales derechos constituyen derechos adquiridos".

La licenciada Ely Staff Wilson, actuando en nombre y representación del Ministerio de Obras Públicas, presentó escrito de alegato oponiéndose a las pretensiones del demandante y solicitó al Pleno que declare no inconstitucionales las referidas cláusulas (fs. 182 1 90). La licenciada Staff en principio solicita al Pleno de la Corte Suprema que se sirva declarar no viable la demanda, por ya haber sido previamente el Contrato de concesión objeto de una demanda de inconstitucionalidad, que en aquel entonces fue declarada no viable. A continuación, en su libelo la letrada Staff efectúa una réplica a los argumentos expuestos por el demandante, señalando que "la condición o naturaleza de los bienes de propiedad del Estado no es permanente ni inmutable", así "bienes patrimoniales pueden convertirse en bienes de dominio público por estar "afectos" al uso público destinados a la prestación de un servicio público". Continúa argumentando que de igual forma, bienes de dominio público pueden devenir en bienes patrimoniales o bienes de dominio privado", ya que "la transformación de un bien cuyo destino es ser de uso público, puede ocurrir por diversas causas, tanto naturales (propias de la naturaleza) como artificiales (siendo en ese caso el Estado, el único facultado para ello).

Adicionalmente la licenciada Staff indica que la posibilidad de desafectar bienes de dominio público ha sido expresamente reconocida por nuestros tribunales y para acreditar su dicho, cita la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 25 de septiembre de 1970. Y agrega que es primordial resaltar la importancia de esta facultad en la ejecución de una política de desarrollo económico por parte del Estado, que permita, como en otros países del primer mundo, ganarles tierras al mar para dedicarlas a actividades económicas que atraen inversión y por ende, generar los empleos necesarios para disminuir la tasa de desempleo de todo el país.

Finalmente, la firma forense Galindo, Arias y López concurrió mediante escrito de fojas 191 a 227 y solicitó que el Pleno declare no viable la demanda o en caso de no prosperar dicha petición, que reconozca que las cláusulas demandadas no son inconstitucionales. Basa su petición en los siguientes argumentos.

#### "A- LA TESIS DEL MAR TERRITORIAL

La demanda tiene como fundamento la aseveración de que los rellenos que se hagan en el mar territorial siguen siendo mar territorial y, por lo tanto, estos rellenos no pueden ser desafectados de su condición de bienes de dominio público porque precisamente no pierden esa condición de mar territorial.

Esta tesis es totalmente equivocada, pues el terreno ganado al mar territorial deja de ser mar en la porción rellenada. Tanto es así que el mar territorial se mide a partir del nuevo litoral producto del relleno. En efecto, en la Ley 58 de 1958 y en la Ley 38 de 1995 se establece que la extensión del mar territorial se mide desde la línea de bajamar a lo largo de la costa.

Por lo tanto, es absurdo pensar que el Estado panameño pierde mar territorial cuando, con miras en el interés público, desarrolla obras en el mar territorial o en las playas o en las riberas de las mismas. En este sentido, no existe norma constitucional o legal que le impide al Estado panameño ganar terreno al mar punto importante que el demandante pasa por alto.

Así las cosas, si el Estado le puede ganar terreno al mar, como lo ha reconocido la Corte Suprema, la cuestión de determinar si la naturaleza o condición del terreno ganado al mar es de dominio público o bien patrimonial del Estado, es opción de política legislativa. En consecuencia, si en el artículo 2 de la Ley 5 de 1988 de Concesiones Administrativas el Órgano legislativo determinó que los terrenos ganados al mar gracias a los rellenos serían bienes patrimoniales del Estado, esa decisión cae entre las facultades legislativas de disponer si el relleno es bien de dominio público o patrimonial. En otras palabras corresponde al Órgano Legislativo decidir si el terreno ganado al mar es un bien patrimonial del Estado. Así lo hizo el artículo 2 de la Ley de Concesiones Administrativas, que fue declarado inconstitucional, a nuestro criterio erradamente, por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 30 de diciembre de 2004. Y, asimismo, el Órgano Legislativo lo determinó en el último párrafo del artículo 99 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1996 sobre Contrataciones Públicas cuyo texto transcribimos: "Los bienes de dominio público son indisponibles, salvo que previamente sean desafectados por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Economía y Finanzas, que reglamentará la materia".

El Estado en ese afán de crear las condiciones favorables para promover las inversiones de los particulares, aprobó la Ley 5 de 1988 sobre Concesiones Administrativas en cuya virtud se permite la prestación de servicios públicos por los particulares mediante la debida retribución de la inversión. Una ligera lectura de esa ley deja claro que el Estado establece el sistema de concesión administrativa para "la ejecución de obras públicas de interés público, aplicable a la construcción, mejora, mantenimiento, conservación, restauración y explotación de carreteras, autopistas y otras obras que el consejo de Gabinete califique como de interés público".

De la misma manera, dicha Ley otorga una variedad de beneficios y exoneraciones fiscales, para incentivar la inversión de los particulares en este tipo de obras de interés público. Asimismo, esta Ley 5 como alternativas de recuperación de la inversión, concede al concesionario el derecho de cobrar peaje a los usuarios y de rellenar en el lecho marino para que los terrenos ganados al mar, sean traspasados en propiedad al concesionario.

Se observa, entonces, que es opción del legislador aprobar las leyes que incentiven el desarrollo de la economía mediante la participación de los particulares (artículo 282 de la Constitución Nacional). Es decir, es cuestión de política legislativa crear los mecanismos legales que propicien la inversión en obras públicas, cuyo ejemplo más patente lo constituye la Ley 5 de 1988 sobre Concesiones Administrativas. Y, en esta misma línea, como ratificación de lo que ya hemos sostenido, el artículo 2 de la Ley 5 de 1988, erróneamente tildada de inconstitucional por la sentencia del 30 de noviembre de 2004 de la Corte Suprema de Justicia, obedecía a la opción legislativa de determinar si los terrenos ganados al mar son de dominio público o por el contrario, son de dominio patrimonial. Como ya sabemos, el legislador optó por la segunda alternativa

por una sola razón: propiciar la inversión en obras públicas, tal como es el Corredor Sur.

#### B.- LA TESIS DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCION.

Otra afirmación equivocada que se hace en la demanda objeto de estos comentarios es la de que la única forma de desafectar los bienes de dominio público y convertirlos en bienes patrimoniales es a través de una reforma constitucional.

Nadie discute que el mar territorial y las playas son bienes de dominio público, a tenor de lo estipulado en el numeral 1 del actual artículo 258 de la Constitución. Por otro lado, nadie discute tampoco que para que el mar territorial y las playas dejen de ser, globalmente bienes de dominio público sería necesario reformar la Constitución. Lo único que realmente se discute es:

a- Si el Estado puede ganarle terreno al mar (o a las playas) mediante rellenos para realizar obras de interés público; b.- Si los terrenos resultantes de tales rellenos son bienes de dominio público o de dominio privado del Estado.

La Corte en la ya mencionada sentencia del 30 de noviembre de 2004, al declarar inconstitucional el artículo 2 de la Ley 58 de 1988, dijo: (a) que el Estado si puede ganarle terreno al mar; (b) que los terrenos así ganados son bienes de dominio público.

#### C.- LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR

Estas dos cuestiones habían sido analizadas anteriormente y resueltas por la Corte Suprema de Justicia en el fallo de fecha 25 de septiembre de 1970, cuyos antecedentes son los siguientes:

1.- Al tenor de diversos actos administrativos, el Organo Ejecutivo decidió rellenar unas áreas de playa y, una vez efectuado el relleno, por considerar que los bienes resultantes de dicho relleno no eran necesarios para el uso o el servicio público, decidió venderlos mediante licitación pública, como en efecto lo hizo.

2.- Se impugnaron por inconstitucionales a todos los actos administrativos pertinentes. El recurrente, en síntesis, sostuvo:

a.- Que los bienes que, como el mar y las playas, derivan de su propia naturaleza su condición de bienes de dominio público nunca pueden variar tal condición y, en consecuencia, nunca pueden ser objeto de apropiación privada.

b.- Que el bien objeto de la controversia, por ser una playa, derivada de su propia naturaleza su condición de dominio público.

c.- Que, por tanto, el referido bien (playa) no podía ser objeto de apropiación privada aún después del relleno.

Obsérvese que estos argumentos prácticamente coinciden con los esgrimidos en la presente demanda de inconstitucionalidad.

Al pronunciarse respecto de las cuestiones enunciadas, la Corte en su sentencia de 1970 resolvió que los actos administrativos impugnados no eran inconstitucionales.

Recalcamos que en la sentencia de 1970, la Corte llegó a la conclusión, a nuestro juicio correcta, de que el Estado puede desafectar bienes de dominio público por medio de un acto administrativo. Si ello es así con mayor razón lo puede hacer a través de una ley, como en efecto aconteció con la Ley de Concesiones Administrativas, específicamente el artículo 2 de la misma, y como también se dispone en el último párrafo del artículo 99 de la Ley 56 de 1995."

La firma Galindo, Arias y López manifiesta las siguientes consideraciones, en cuanto a los conceptos de destacados juristas, que han opinado sobre el tema bajo análisis:

#### D.- OPINIONES RELEVANTES ADICIONALES DE LOS DOCTORES GALILEO SOLÍS Y DULIO ARROYO.

Como queda dicho, el demandante sostiene que los bienes de dominio público no pierden jamás esa naturaleza, salvo a través de una reforma constitucional. La evolución por la que ha transitado nuestro Derecho Constitucional pone de manifiesto que el Estado si puede ganarle terreno al mar y que los terrenos así ganados no necesariamente tienen que ser considerados bienes de dominio público.

En esta línea de pensamiento, dicentes son las opiniones del Dr. Galileo Solís, propulsor de la reforma a la Carta de 1904, quien dijo:

*"Nuestra Constitución (la de 1904), en relación con esta materia, sólo trae el artículo 115 que acabo de transcribir, el cual comprende una enumeración de todos los bienes de propiedad del Estado, sean públicos o privados. Para que ese artículo sea completo es necesario agregarle al final un ordinal más que, con un carácter general, comprenda cualesquiera otros bienes que hubieran escapado a la enumeración de los ordinales anteriores.*

*Después de ese Artículo 115, deben venir dos artículos más, uno que defina los bienes de dominio público y otro que defina los de dominio privado.*

*De acuerdo con estas ideas, propongo un inciso quinto para el Artículo 115 y dos artículos, el 115<sup>a</sup> y el 115 b, en los términos siguientes: ----" Págs. 142 y 143).*

Además, el Dr. Solís explicó en el prólogo de su obra su propósito de que el legislador tuviera mucha libertad para desarrollar el texto constitucional, como se comprobará fácilmente por la siguiente cita que figura en las páginas IV y V:

*"En cuanto a las innovaciones que debe introducirse a la Constitución para ponerla a tono con los avances de las ciencias sociales, políticas y económicas, he seguido el plan de adoptar todas las conquistas que la humanidad ha alcanzado en los campos de esas ciencias, dándoles cabida dentro del texto constitucional, pero no en forma rígida, sino dando amplitud al Legislador para aplicar en la práctica esas conquistas en mayor o menor grado según la conveniencia general y, sobre todo, según la reacción favorable o desfavorable con que la opinión pública reciba la aplicación de las nuevas doctrinas en cada caso. (énfasis aZadido).*

*Además, este plan tiene la ventaja práctica muy importante, de que reducirá la importancia y amplitud de los debates en que se discutan las reformas, toda vez que gran parte de la materia a discutir por razón de dichas reformas quedará a la consideración posterior del Legislador cuando éste entre en la labor de expedir las leyes nuevas en desarrollo de los nuevos preceptos constitucionales, lo que facilitará el pase de las reformas en la Asamblea."*

Lo medular del propósito del Dr. Solís no era sólo su deseo de armonizar nuestras normas fundamentales con lo que constituciones de otros países disponían en forma mejor estructurada, sino también aclarar que el legislador tenía la potestad amplia de legislar sobre la materia.

Nuestro criterio está, además, avalado por la opinión del Dr. Dulio Arroyo quien en su obra denominada ESTUDIOS JURIDICOS, páginas 37 y 38 (1060), que en parte citó la Corte suprema en su fallo de 1970, a página 10 del mismo, expresa:

*"Nuestro Código Civil, felizmente, al igual que el espaZol, no utiliza el método de enumeración, sino que superándolo, determina el dominio público mediante el empleo de fórmulas amplias, atendiendo a la especial afectación de los bienes. De acuerdo con el artículo 329, son bienes de dominio publico los destinados al uso directo del público, a algún servicio público, al fomento de la riqueza nacional o a la defensa del territorio, es decir, todos los destinados a la utilidad pública, a una función pública, como ya vimos. Así resulta de los artículos 339 y 332 del Código Civil, de los cuales nos ocuparemos con mayor detenimiento más adelante. Por consiguiente, se puede decir con el Dr. De Buen que, en nuestro Derecho, los bienes de dominio público presentan una nota común: su afectación de tal manera que cuando dicho destino cesan pierden ese carácter para convertirse en bienes de propiedad privada del Estado. ( Art. 332 del Código Civil)." (Subrayado aZadido)*

Finalmente, en alegato la firma forense Galindo, Arias y López también vierte sus conceptos legales en relación con el traspaso de los terrenos que ocupaba el antiguo aeropuerto Marcos A. Gelabert, y sobre los efectos no retroactivos de las sentencias que se dictan en materia de inconstitucionalidad

### III.- LA PRETENDIDA INCONSTITUCIONALIDAD DEL TRASPASO DE LOS TERRENOS DEL ANTIGUO AEROPUERTO MARCOS A. GELABERT (PAITILLA).

Sustenta el demandante la inconstitucionalidad del traspaso de estos terrenos en los hechos sexto y séptimo de su demanda:

Sin pasar por alto la situación jurídica de estos terrenos que constituían bienes patrimoniales o privados del Estado inscritos como fincas en el Registro Público, analizaremos el planteamiento del demandante en el sentido de que los referidos terrenos eran bienes de dominio público por destinación y que, por ende, si no han sido previamente desafectados por la propia Constitución Política, es inconstitucional el traspaso efectuado por el Estado a favor de Ica Panamá, S.A. de las áreas comprendidas "en el otrora Aeropuerto Internacional Marcos Gelabert".

A nuestro criterio, esta conclusión no merece la menor consideración pues tanto a nivel de la doctrina nacional y extranjero y del propio derecho positivo panameño, que con anterioridad vimos, lo que distingue a los bienes de dominio público es, como afirma Dúlio Arroyo, " su afectación, de tal manera que cuando dicho destino cesa, pierden ese carácter para convertirse en bienes de propiedad privada del Estado". La afirmación del demandante no es de recibo por cuanto sería concluir que el edificio, por ejemplo, del Ministerio de Economía y Finanzas, que deja de estar afecto por destinación al servicio público, el Estado no lo podría vender pues para ello previamente tendría a través de una reforma de la constitución despojarlo de la categoría de bien de dominio público por destinación. Nada más absurdo que este enfoque.

El Dr. Galileo Solís confirma lo anterior refiriéndose específicamente al artículo 209 de la Constitución Nacional de 1946 y que corresponde al artículo 258 de la Carta actual, que por lo pertinente en esta causa transcribimos:

"Como se ve, los bienes enumerados en los cinco ordinales del artículo 209, son de uso público y de prohibida apropiación privada, por tres razones, según los casos o causas, saber: a) por su naturaleza (1º y 4º), b) por el destino que se les da (2º y 3º) y c) por definición legal (5º).

En consecuencia, según sea el caso, si desaparece la naturaleza del bien previsto en los ordinales 1º a 4º o si se elimina el destino dado al bien según los ordinales 2º a 3º, o si se deroga la definición legal del bien como de uso público, también quedaría, por sustracción de materia, excluido, ipso facto e ipso jure del artículo 209 de la constitución vigente y dejaría de ser un bien de uso público y de prohibida apropiación privada". (Extracto copiado de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia con fecha 25 de septiembre de 1970 y a la cual hemos hecho alusión en líneas atrás).

#### IV.- LE RETROACTIVIDAD DE LA SENTENCIA QUE SE DICTE.

Pretende el demandante que la Corte Suprema de Justicia le de efectos retroactivos a la sentencia que llegare a pronunciar, si se declara que son inconstitucionales los PARRAFOS IMPUGNADOS.

Olvida el recurrente el texto claro y contundente del artículo 2573 del código Judicial que le niega todo efecto retroactivo a las sentencias proferidas en materia de inconstitucionalidad. Y así lo ha entendido en múltiples ocasiones la propia Corte Suprema de Justicia, como es el caso de la sentencia del 4 de junio de 1991 que declaró inconstitucional el artículo 2573 del Código Judicial. "

#### Decisión de la Corte:

Una vez analizados los argumentos del demandante, de la Procuradora General de la Nación y de todos los interesados, que presentaron sus libelos de alegatos, el Pleno de la Corte Suprema procede a resolver la demanda planteada contra las estipulaciones acusadas de inconstitucionales, contenidas en las cláusulas Tercer, décima Quinta, décima Sexta y Décima Séptima del Contrato de Concesión Administrativa N°70-96, suscrito entre el Estado, a través del Ministerio de Obras Públicas y la Sociedad ICA PANAMA, S.A.

Específicamente el demandante solicita que se declaren inconstitucionales aquellos párrafos de las cláusulas antes citadas, que guardan relación con el traspaso a favor de la sociedad concesionaria ICA PANAMA, S.A., de áreas y rellenos, como contraprestación por los trabajos, pago de indemnizaciones y obras realizadas por dicha concesionaria con relación al diseño y la construcción del Corredor Sur, una obra pública del Estado panameño.

La polémica constitucional gira en torno a, si el amparo del Contrato de concesión Administrativa N°70-96, el Estado puede traspasar en propiedad al concesionario los terrenos que ocupaba el antiguo aeropuerto de Paitilla Marcos A. Gelabert, y los terrenos producto de rellenos sobre el lecho marino que el Estado se obligó a traspasarle al concesionario, de conformidad con lo estipulado en las cláusulas Tercera, décima Quinta, décima Sexta y Décima Séptima del citado contrato de Concesión Administrativa N°70-96.

Para esta Superioridad, es claro que el Artículo 258 de nuestra constitución Nacional, dispone que pertenecen al Estado y son de uso público y, por consiguiente no pueden ser objeto de propiedad privada, el mar territorial y las aguas lacustres y fluviales, las playas, riberas de las mismas y de los ríos navegables, y los puertos y esteros, siendo estos bienes de aprovechamiento libre y común, sujetos a la reglamentación que establezca la Ley, así como en general, no pueden ser objeto de apropiación privada los bienes que están destinados a un servicio o uso público. Es claro también que los bienes de dominio público poseen la característica de ser inalienables.

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

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

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

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

**cambio de régimen jurídico y su virtual desafectación o "declassament" Como lo denomina la doctrina francesa, se efectúa por un acto administrativo** y aún en ciertos casos - de carácter excepcional- por hechos (cambio en el curso de un río), en cuyo caso precisa la correspondiente determinación administrativa". (negritas de la Corte).

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

"A la desafectación del dominio público se refiere concretamente el Art. 332 del Código Civil que dice: **"Los bienes de dominio**

**público y de uso público en los Municipios cuando dejan de estar destinados al uso general o a las necesidades de la defensa del territorio, pasan a formar parte de los bienes de propiedad del Estado"**. Esta disposición se inspira en el Art.341 del código Civil espaZol, aunque difiera un tanto de él. Y la diferencia consiste en que mientras que en la legislación espaZola la desafectación sólo se contempla en el uso de los bienes de dominio público del Estado, la nuestra, en cambio, sin duda con mejor criterio, la hizo extensiva a los bienes de uso público de los Municipios y no del Estado, como allí se dice.

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

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

De esta forma, como lo pudimos aclarar, la figura jurídica de la DESAFECTACION existe antes que la modificación del artículo 2 de la Ley N°5 de 1988 a través del Artículo 20 de la Ley N°36 de 6 de julio de 1995, que fue declarado inconstitucional por esta Corte Suprema de Justicia mediante fallo de 30 de diciembre de 2004. En este último fallo la Corte declaró inconstitucional la frase e inciso final del artículo 2 de la Ley N°5 de 15 de abril de 1988, considerando que vulneraba el artículo 255 de la Constitución. La frase e inciso declarados inconstitucionales son los siguientes:

".....enajenación de bienes del Estado en favor del concesionarios 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 rellenas constituirán bienes patrimoniales del Estado".

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

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

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

En consecuencia, esta Superioridad reitera su interpretación expresada en la sentencia de septiembre de 1970 y declara, que sin necesidad de reforma constitucional, el Estado, mediante Ley, contrato de concesión administrativa para la ejecución de una obra pública,, decreto o resolución de gabinete, puede declarar cuáles bienes de uso público pueden ser desafectados y transferidos a la calidad de bienes patrimoniales, con capacidad de pasar al patrimonio privado.

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 QUE NO SON INCONSTITUCIONALES las cláusulas tercera, décimo quinta, décimo sexta y décimo séptima del Contrato de Concesión Administrativa N°70-96 de 6 de agosto de 1996, suscrito entre el ESTADO (MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS) y la Sociedad ICA PANAMA, S.A. para el estudios, diseZo, construcción, mantenimiento, administración y explotación del Corredor Sur, que fue publicado en la Gaceta Oficial N°23,108 de 26 de agosto de 1996.

Notifíquese.

**MAG. ALBERTO CIGARRUISTA CORTEZ**

**MAG. ROBERTO GONZÁLEZ R. MAG. HARLEY J. MITCHELL D.**

**MAG. ANIBAL SALAS CESPEDES MAG. WINSTON SPADAFORA F.**

**MAG. JOSE A. TROYANO MAG. ADAN A. ARJONA L.**

**(Con Salvamento de voto)**

**MAG. ESMERALDA AROSEMENA MAG. VICTOR L. BENAVIDES P.**

**DE TROITIYO (Con Salvamento de Voto)**

**(Con salvamento de voto)**

**Lcda. YANIXSA Y. YUEN**

**Secretaria General**

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO**

**ADAN ARNULFO ARJONA L.**

Con todo respeto me veo en la necesidad de expresar de modo categórico que no comparto el fallo de mayoría por los motivos que paso a explicar:

La decisión a la cual me opongo, infortunadamente, no ofrece, en mi opinión, razones sólidas ni tampoco esclarece con la enjundia y profundidad que amerita el trascendente tema constitucional en debate. Esta situación coloca al pronunciamiento en una precaria y endeble base argumental que temo puede dar cabida a partir de ahora a interpretaciones inconvenientemente extensivas que finalmente debiliten o desconozcan la fuerza y eficacia de los preceptos instituidos por el Constituyente, en una cuestión tan sensitiva como lo es el elenco de bienes que integran el patrimonio nacional y que el artículo 258 de nuestra Carta Política proclama con toda contundencia al indicar que "pertenecen al Estado y son de uso público, y por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada".

Los reparos que formulo son, en síntesis los siguientes:

- I. **I. SE CALIFICA LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNAS CLAUSULAS CONTRACTUALES PESE A QUE EN OTRA DECISIÓN LA CORTE NEGÓ TAL POSIBILIDAD EN RELACION CON EL CONTRATO.**

En efecto, me parece obligante destacar el proceder ostensiblemente contradictorio que se ha seguido, puesto que en un fallo de 15 de noviembre de 1996, el Pleno sostuvo que no podía examinar la constitucionalidad del Contrato de Concesión N°70-96 suscrito entre el Ministerio de Obras Públicas y la Sociedad ICA PANAMA, S.A., y ahora esta misma corporación ha decidido sin mayores esfuerzos argumentativos considerar que las cláusulas de ese Contrato si pueden ser sometidas al examen constitucional.

En el fallo de 15 de noviembre de 1996, el Pleno en un cuestionable razonamiento afirmó que el referido Contrato de Concesión no podía ser objeto de revisión constitucional porque "...una demanda de inconstitucionalidad sobre cláusulas contractuales, privaría a una de las partes contratantes el derecho a contradecir las afirmaciones del co-contratante, en un proceso contradictorio con todas las garantías procesales, lo que dejaría en indefensión a la parte afectada".

Ahora el fallo de mayoría sólo dedica unos cuantos párrafos al tratamiento de la cuestión, como si fuera un asunto pacífico, concluyendo que en esta ocasión, el Pleno sí puede confrontar las cláusulas de la concesión con el texto constitucional.

Debo señalar que en lo personal no me cabe ninguna duda de que los contratos públicos que celebre el Estado pueden ser sometidos al examen de constitucionalidad correspondiente. Lo que echo de menos en el pronunciamiento con el cual discrepo, es que habiendo fallos anteriores del propio Pleno en una orientación distinta, no se hayan incluido las imperativas consideraciones rectificatorias para dejar completamente en claro que los contratos que celebre el Estado son susceptibles de ser revisados en sede constitucional por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

Estimo que era necesario desplegar este esfuerzo argumentativo precisamente porque ya existían decisiones que negaban la viabilidad del examen constitucional a los contratos suscritos por el Estado (vgr. sentencia de mayo de 1993, Registro Judicial, pág.126 respecto del contrato N°35 que celebró el Estado con la sociedad REFINERÍA PANAMA, S.A.; sentencia diciembre de 1994, Registro Judicial, pág. 117, en relación con el contrato celebrado por el Estado con la sociedad E.S.B.A. S.A.).

## **II. SE FIJA UN CRITERIO QUE DEBILITA LA FORMA COMO ES POSIBLE DESAFECTAR BIENES DE DOMINIO PÚBLICO.**

Uno de los aspectos que más inquietud y preocupación suscitan en el presente fallo es que se plantea el criterio de que la operación de desafectación de bienes de dominio público para su conversión en bienes patrimoniales del Estado **puede realizarse mediante actos administrativos** (vgr. concesión administrativa, Decreto o Resolución de Gabinete).

Considero que esta interpretación no se ajusta al orden constitucional puesto que la lectura de las partes pertinentes del artículo 258 de la Constitución Nacional indica que tal conversión tiene que realizarse "**por disposición legal**", es decir, mediante la adopción de una Ley.

La posición que sobre el particular trae el Constituyente es comprensible si se tiene en cuenta que el mecanismo de la Ley implica de suyo una forma de control mucho más riguroso, que la que puede significar la simple expedición de un acto administrativo.

La operación de desafectar un **bien de dominio público** para hacer viable su conversión en un **bien patrimonial del Estado** susceptible de ser vendida a los particulares, no es un acto ordinario que puede desarrollar la Administración sin mayores controles.

Es por ello que, aun cuando resulte un tanto más dispendioso el trámite, es necesario que tal conversión se realice por conducto de una Ley debidamente aprobada por el Órgano Legislativo y sancionada por el Órgano Ejecutivo.

Este planteamiento no sólo encuentra sustento constitucional sino que, además, curiosamente ya fue proclamado por el Pleno en la sentencia de 30 de diciembre de 2004 que declaró inconstitucional la frase e inciso final del artículo 2 de la Ley 5 de 15 de abril de 1988. En este fallo que es el obligado referente del tema en debate, el Pleno expresó:

**"...esta Corporación de Justicia puede manifestar entre otras cosas que, los bienes de dominio público no deben perder tal carácter por el sólo hecho de que se dé una Concesión Administrativa o cualesquiera otras, LO CORRECTO ES QUE SE DESAFECTEN A TRAVÉS DE UNA LEY DE IGUAL JERARQUIA A LA QUE LOS CREO COMO TAL.**

"Si se esta relleno un bien de dominio público como lo es el hecho 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 de 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 aquél (el principal); tal 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.

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

Las contradicciones que se dan entre el fallo transcrito y la decisión que hoy se profiere son tan notorias que se advierten, sin mayor esfuerzo:

- a) a. **En diciembre de 2004, el Pleno** luego de interpretar el artículo 258 de la Constitución **reconoció que: "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."**, y ahora afirma sorprendentemente que **"...una vez creado el relleno, se crea un bien de dominio público, que puede** permanecer con tal carácter, o bien, a través de una decisión del Estado en uso de sus potestades, por medio de un Acto Administrativo, el bien puede **ser desafectado y, entonces, pasa a ser un bien patrimonial susceptible de ser enajenado a un particular**, que para este caso en estudio, se trata de un concesionario".
- b) b. En diciembre de 2004, el Pleno como fiel interprete de la Constitución dijo claramente que: "(...) Debido a la importancia que implica lo anterior, **una norma de cualquier rango legal no debe transformar los bienes de dominio público, en privados**", y ahora en diciembre de 2006 dice, sin sonrojo alguno **"...una vez creado el**

**relleno, se crea un bien de dominio público, que puede** permanecer con tal carácter, o bien, a través de una decisión del Estado en uso de sus potestades, **POR MEDIO DE UN ACTO ADMINISTRATIVO**, el bien puede **ser desafectado y, entonces, pasa a ser un bien patrimonial susceptible de ser enajenado a un particular**, que para este caso en estudio, se trata de un concesionario".

### **III. III. SE DESCONOCE LA FUERZA DE COSA JUZGADA QUE TIENE LA SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 2004 SOBRE EL MISMO TEMA.**

Finalmente, el fallo que ahora pronuncia el Pleno desconoce de manera patente la interpretación constitucional que sobre el tema de los bienes de dominio público, en especial, el relativo al relleno sobre mar territorial, fijó la Corte como Tribunal Constitucional mediante sentencia de 30 de diciembre de 2004.

El artículo 206 de la Constitución es claro en señalar que las decisiones que expida la Corte en ejercicio de su atribución de velar por la guarda de la integridad de la Constitución son  **finales, definitivas y obligatorias**. Es realmente difícil aceptar que sobre un mismo punto constitucional la Corte pretenda mantener criterios divergentes.

En la sentencia de 30 de diciembre de 2004, como se ha visto, el Pleno al interpretar el artículo 258 de la Constitución expresó con toda claridad que infringía ese estatuto superior la estimación legal que consagraba el artículo 2 de la Ley 5 de 15 de abril de 1988 al atribuir el carácter de bien patrimonial del Estado a los rellenos sobre mar territorial. Este pronunciamiento es lo suficientemente categórico para cerrar en forma final, definitiva y obligatoria la discusión acerca del carácter jurídico de los rellenos sobre mar territorial.

Ahora la Corte pretextando una supuesta contradicción entre un remoto fallo de 1970 y el fallo de diciembre de 2004, pretende fijar un criterio distinto para permitir, en últimas, que los rellenos sobre mar territorial pueda a través de la desafectación traspasarse a manos particulares a pesar de que de conformidad con el texto manifiesto del artículo 258 de la Constitución y la interpretación del Pleno de la Corte, tales bienes **"pertenecen al Estado y son de uso público y, por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada"**.

No esta demás recalcar que la sentencia de constitucionalidad es decir, la que interpreta el sentido y alcance de un precepto constitucional, tiene atributos particulares que la distancian de las demás decisiones judiciales.

Las sentencias de constitucionalidad trazan el sentido y alcance de las normas que componen la Constitución y los criterios vienen a formar un acervo que cuenta con firmeza y estabilidad al punto que la propia Constitución le reconoce que son finales, definitivas y obligatorias. Las sentencias de constitucionalidad no admiten recurso de revisión como si ocurre en otro tipo de decisiones judiciales (vgr. sentencia civiles o penales).

En el presente caso, a pesar de que el Pleno ya dio una interpretación sobre la inconstitucionalidad de considerar los rellenos de mar territorial como bienes patrimoniales del Estado, hipótesis consagrada en el artículo 2 de la Ley 5 de 1988, ahora pretende señalar un criterio manifiestamente contrario que lo único que hace es desconocer de forma notoria la cosa juzgada que emana de la sentencia de 30 de diciembre de 2004.

Apoyado en lo anterior, dejo expresado que no comparto el fallo de mayoría y manifiesto de manera inequívoca y respetuosa que, **SALVO EL VOTO.**

Fecha ut supra.

**ADAN ARNULFO ARJONA L.**

**LIC. YANIXSA YUEN**

Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO DE LA**

**MAGISTRADA ESMERALDA AROSEMENA DE TROITIÑO**

Respetuosamente, paso a exponer las razones que me llevan a apartarme del fallo de mayoría y que sustentan mi salvamento de voto, en los siguientes términos:

En primer lugar, debo manifestar que al no haberse sometido a la discusión del Pleno las distintas observaciones que se hicieron al proyecto, esta actuación impidió mayor debate sobre el mismo, emitiéndose un pronunciamiento que deja en evidencia la oscilante jurisprudencia de este tribunal de justicia sobre un tema de importancia nacional.

Respecto a la no viabilidad de la demanda de inconstitucionalidad, criterio defendido por la Procuraduría General de la Nación, al igual que por la mayoría de los terceros que presentaron sus alegatos en ejercicio de la acción pública, estimo que el fallo de mayoría no es lo suficientemente exhaustivo en los argumentos que sustentan la viabilidad de este pronunciamiento de fondo, en lugar de optar por una decisión inhibitoria. En tal sentido, antes que señalar los efectos socioeconómicos que conlleva una decisión que declare inconstitucional las cláusulas contractuales del acto impugnado, señalamientos que desde mi punto de vista adelantan el pronunciamiento de la Corte, creo que es importante expresar que el fallo de fondo, además de ser fáctica y jurídicamente viable, era necesario a fin de abordar el contenido y efectividad del fallo de la Corte de 30 de diciembre de 2004, en el que se declaró la inconstitucionalidad de la norma legal que **permitía la enajenación de bienes de dominio público resultantes de la desafectación de rellenos en las costas panameñas.**

Ahora, en este pronunciamiento del cual me aparto, la Corte vuelve sobre sus pasos, y en lugar de emitir un fallo consecuente con lo resuelto el 30 de diciembre de 2004, declara constitucional normas contractuales que contravienen, desde mi punto de vista, el contenido del artículo 258 de la Carta Magna.

Los argumentos que se han expresado, a partir del principio de la seguridad jurídica, en favor de la juridicidad de las normas contractuales impugnadas, debido a que para el tiempo de su adopción se apoyaban en normas legales que gozaban de la presunción de constitucionalidad (ahora derogadas por el fallo de 30 de diciembre de 2004), tal consideración no soslaya la realidad que en el presente negocio se examina la constitucionalidad de tales cláusulas y no su legalidad, como mal parecen entender algunos de los terceros que intervinieron en la etapa correspondiente. Así como la

Corte determinó que resultaba inconstitucional que la administración celebrara contratos de concesión en los que se enajenaran bienes de dominio público resultantes de la desafectación de rellenos en las costas panameñas; era consecuente con dicha decisión, que cualquier acto estatal que permitiera tal posibilidad está viciado de inconstitucionalidad, ya sea que exista o no la norma legal que supuestamente lo autorizó.

De otro lado, y pese al esfuerzo de concatenar las decisiones de 25 de septiembre de 1970 y la actual con la de 30 de diciembre de 2004, considero que lo resuelto por la Corte Suprema en esta oportunidad, da al traste con el fallo de 2004.

Así es, lo ahora resuelto en el fallo de mayoría, se sustenta en apreciaciones que me resultan irreconciliables con el sentido de las que inspiraron el fallo de 2004. En éste se expresó categóricamente, que "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 esa dirección, considero que existen bienes que por su naturaleza, son absolutamente de dominio público (playas y riberas, por ejemplo), y aún cuando la Constitución Nacional permite que éstos sean explotados y dados en concesión por el Estado, **no dejan de tener el carácter de inalienables y están exentos de apropiación privada** (art. 258 de la CN). Por tanto, si la ley fundamental establece que estos bienes son de aprovechamiento libre y común, mal puede el Estado proceder a su enajenación. Sobre este punto, no debemos perder de vista el principio fundamental de derecho público, de acuerdo con el cual la administración pública sólo puede hacer lo que la Constitución y la Ley les autoriza.

De este modo, soy de la opinión que no es acorde a la Constitución Nacional, proceder con la desafectación de playas y riberas de todas nuestras costas, como si se tratara de cualquier otro bien de uso público, pues aquéllas tienen una consideración y tratamiento especial, reconocido en el numeral 1 del artículo 258 de la CN, en el sentido que son de aprovechamiento libre y común, con las reglamentaciones que la ley establece. La desafectación de bienes públicos no puede ser empleada como una fórmula para defraudar la ley máxima de Estado, sustrayendo del patrimonio común y del Estado, bienes para enajenarlos y convertirlos en propiedades de particulares, cuando por su naturaleza dichas áreas son de aprovechamiento libre y común. Bajo ningún parámetro resulta posible comparar la desafectación de terrenos mediterráneos con áreas costeras o de playas, pues el uso que la Constitución les concede a éstas es de carácter público o común, y no para aprovechamiento particular.

Distinta resulta la posibilidad de que el Estado otorgue en concesión administrativa y por tiempo determinado el uso de una playa para construir infraestructuras turísticas, que en principio es de acceso a todo el público, a que se permita la posibilidad de que se enajene una área costera para aprovechamiento particular y privado.

Por último, considero importante expresar algunos comentarios respecto a la opinión que expuso el Dr. Carlos López Guevara, al comparar el texto constitucional español con el nacional, en lo que atañe a los bienes de dominio público. En este sentido, el distinguido jurista concluye que en vista que el artículo 132 de la Constitución española recoge en el primer numeral la figura de la desafectación de los bienes de dominio público, tal posibilidad debe extenderse a las playas. El citado artículo es del tenor siguiente:

*Artículo 132.*

1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio publico 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.

Desde mi punto de vista, y haciendo una interpretación sistémica del texto anterior, soy de la opinión que la redacción del numeral 2 del artículo 132 de la Constitución española no da lugar a equívocos, puesto que de manera consistente con el numeral 1, respecto a la viabilidad de la desafectación de bienes de dominio público como regla general, establece inmediatamente en el siguiente numeral, que la playas, en todo caso, conservan la calidad de bienes de dominio público, y como tales, son inalienables. La misma limitación respecto a las playas de nuestro país, se desprende del artículo 258 de la Constitución Nacional, cuando establece claramente que éstas no pueden ser objeto de apropiación privada.

En atención a las consideraciones anteriores, **SALVO MI VOTO** en los términos ya explicados.

Fecha, *ut. supra*.

**MAG. ESMERALDA AROSEMENA DE TROITÑO.**

**LICDA. YANIXSA YUEN**

**Secretaria General.**

**Salvamento de voto**

Por este medio, manifiesto, respetuosamente, que estoy en desacuerdo con la sentencia que ha sido apoyada por la mayoría de los Magistrados colegas, con fundamento en las siguientes razones y consideraciones:

1. 1. En primer lugar, si en gracia de discusión aceptamos que el dominio público puede ser desafectado para que la propiedad pública pase de propiedad del Estado, a tener como titular una persona particular (natural o jurídica); la premisa básica es cómo y bajo el cumplimiento de qué requisitos constitucionales y legales ello puede ser viable.
2. 2. Esta consideración obedece, como se vislumbra en el caso estudiado y fallado, en bienes de dominio público que han sido objeto de concesión por la Nación a una empresa privada; pero no sólo esto sino que la modificación física de bien público concesionado, a su vez, ha sido traspasado a título de dominio a terceras personas que han inscrito en el Registro Público la titularidad civil sobre tales rubros.
3. 3. Como es sabido, los bienes del Estado son fundamentalmente de dos categorías: patrimoniales (propiedad privada) y bienes de dominio público. Estos últimos tienen una condición especialísima porque están afectados al uso, destino o servicio público, y por ello, no pueden ser objeto de apropiación privada. Son limitados los actos

jurídicos que pueden realizarse sobre tales bienes; pero, en todo caso, mediante la previa **desafectación** o *desclasificación* según la doctrina francesa. Una vez culminado el término del acto jurídico que los desafecta pasa al dominio del Estado. Imagínese una concesión administrativa sobre playas y ríos, sería un exabrupto considerar que luego de culminado el contrato respectivo el río o la playa pasan al dominio particular.

4. 4. La división anotada no surge artificialmente de la nada sino que emana de modo directo y claro de la Constitución de la República. El artículo 257 menciona los bienes patrimoniales del Estado (o sea de propiedad privada estatal); mientras que el 258 enuncia los de dominio público, y, acerca de estos últimos remarca de manera muy categórica que "no pueden ser objeto de apropiación privada". Ante tal contundencia no caben inferencias doctrinales ni legales sobre la posible titularidad por parte de personas particulares de bienes que son de dominio público. Repetimos, esto es distinto a que quepan un número muy limitado de alternativas jurídicas negociales para permitir el goce de bienes que, aunque de dominio público, sean administrados o explotados por particulares. Es un poco la tendencia seguida en el Derecho Administrativo español con la nueva Ley sobre Patrimonio de las Administraciones Públicas del año 2003 (Ley 33 de 3 de noviembre), porque el patrimonio público está definido "como un conjunto de bienes y derechos que pueden estar sujetos a un doble régimen: de carácter jurídico público, los bienes y derechos demaniales, y de carácter jurídico privado, los patrimoniales" (Cf. Exposición de Motivos).
5. 5. Esta última idea es remarcada porque la misma Carta Magna incluye la posibilidad que bienes de propiedad privada (entiéndase de los particulares o patrimoniales del Estado) se conviertan por "disposición legal en bienes de uso público", caso en el cual "el dueño de ellos será indemnizado". Sin embargo, no ha dicho el Máximo Estatuto Político que en todo caso en que bienes de dominio público se conviertan mediante Ley en cosa comerciable, el Estado será indemnizado, y es que esta hipótesis no es factible por las razones que ya esgrimí: el dominio público no puede ser objeto de apropiación privada por los particulares bajo ningún concepto, sólo pueden ser desafectados previamente esos bienes para uso particular bajo la condición inalterable de que el Estado conserva la nuda propiedad, por la sencilla razón que están destinados a una función especial de interés común o utilidad pública. Es el ejemplo clásico del mar territorial, aguas lacustres y fluviales, las playas y sus riberas, los ríos navegables, puertos y esteros, que son cosas de "aprovechamiento libre y común, sujetos a la reglamentación que establezca la Ley".
6. 6. Ante esta verdad evidente, cuál es el papel que puede jugar, y en esto nos vamos un poco a la forma, pero no por ello menos importante, sobre a través de qué instrumento puede lograrse la desafectación de bienes de dominio público, y a qué estaría supeditada esa desafectación.

El cuestionamiento es importante porque la Constitución ha querido que los bienes de dominio público sean librados de tal condición temporalmente mediante Ley; no a través de un acto administrativo como lo es una resolución de gabinete o un decreto ministerial. El argumento contrario, lo sostengo firmemente, sería la violación directa del artículo 258 de la Constitución Política.

7. 7. La explicación es sencilla: El dominio público y el interés común que le ha asignado el Constituyente a los bienes incluidos bajo esa denominación no pueden quedar al arbitrio de uno de los Órganos del Estado; se necesita el concurso del Ejecutivo que plantea la necesidad de tal o cual operación administrativa de interés colectivo para que un bien de este tipo sea desafectado y luego el Legislativo, por una competencia constitucional, desafecta la respectiva cosa pública. A mi juicio, es éste un típico ejemplo de coordinación administrativa y colaboración entre los estamentos oficiales, tal cual es querido por el artículo 2 de la Carta. La armónica actuación del poder público que reside en el pueblo y que exige dosis altas de cooperación e iniciativa dentro de los parámetros legales para que la

nave del Estado marche apropiadamente en la búsqueda de sus fines.

8. 8. Aquí es menester recordar la aceptación general de la doctrina sobre el dominio público. Prowham lo definió como "el conjunto de los bienes afectados a uso de todos". Ducrecq dijo que estaba "constituido por los bienes no susceptibles de propiedad privada por su naturaleza". Así añadía la idea del dominio público natural, a la par de la existencia de un dominio público establecido por la determinación de la Ley. Mientras que Ballbé, quien desarrolló la doctrina moderna sobre su noción, lo catalogó como "un conjunto de bienes de propiedad del Estado, afectados por ley al uso directo o indirecto de los habitantes". <sup>[1]</sup>
9. 9. El régimen jurídico del dominio público es especial por lo que está caracterizado por su inalienabilidad e imprescriptibilidad. La sentencia del Pleno de 30 de diciembre de 2004, hoy presuntamente reinterpretada según el fallo que censuro, pone de relieve en su real magnitud y con precisión estos dos conceptos inseparables del dominio público, al extremo que declaró inconstitucional el pretendido supuesto de considerar como patrimoniales rellenos sobre mar territorial (que contenía el artículo 2 de la Ley 5 de 1988).
10. 10. En el fondo lo que importa es determinar si una Ley u otro acto administrativo de inferior jerarquía puede determinar o convertir como patrimonial un bien de dominio público. Con la sola transformación física de manglares o riberas de playas en rellenos a base de tierra u otro material que posteriormente sea la base de estructuras como edificios, carreteras o áreas residenciales. En mi humilde concepto y atendiendo a la esencia y sentido jurídico de la clara disposición constitucional, un bien de dominio público no deja de serlo porque se le mute su apariencia física; dejará de serlo sólo si se consume o deja de existir, o por disposición constitucional. De ahí que, el Constituyente ha sido muy cauteloso al mencionar este tipo de bienes en la Carta (Art. 258), uno de los cuales es el mar territorial, concretamente rellenos sobre el lecho marino.
11. 11. Un análisis desapasionado dentro del sereno cauce interpretativo producto de la literalidad de las normas constitucionales arribaría a la conclusión que las cláusulas del contrato de concesión No. 70-96 entre el Estado y la Sociedad ICA, Panamá, S.A. demandadas son inconstitucionales porque afectan el dominio público.

De esta manera dejo planteadas mis desavenencias con el fallo de mayoría.

**Magistrado Víctor L. Benavides P.**

**YANIXSA Y. YUEN**

**Secretaria General**

<sup>1</sup>. El permiso de ocupación de los bienes de dominio público, en <http://www.monografias.co./trabajo20/ocupación-de-bienes/ocupación-de-biens.shtml>.