

Entrada No.401-05

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD FORMULADA POR EL LICENCIADO JUAN CARLOS HENRÍQUEZ CANO EN SU PROPIO NOMBRE Y REPRESENTACIÓN CONTRA CIERTOS PÁRRAFOS DE LOS ARTÍCULOS 18, 20, 21, 22, 23 Y 24 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA N°609-98 DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1998, SUSCRITO ENTRE LA AUTORIDAD DE LA REGIÓN INTEROCEÁNICA Y LA SOCIEDAD FUERTE AMADOR RESORT Y MARINA.

MAGISTRADO PONENTE: ABEL AUGUSTO ZAMORANO

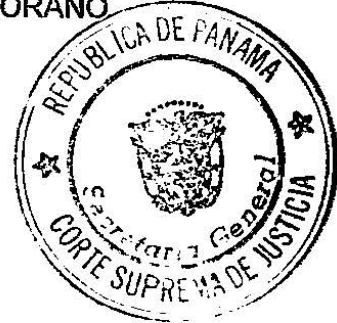
REPÚBLICA DE PANAMÁ



ÓRGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

P L E N O



Panamá, veinte (20) de mayo de dos mil quince (2015).

VISTOS:

Ha sido presentada ante esta Superioridad, Demanda de Inconstitucionalidad propuesta por el Licenciado Juan Carlos Henríquez Cano, en su propio nombre y representación contra ciertos párrafos de los artículos 18, 20, 21, 22, 23 y 24 del Contrato de Concesión Administrativa N°609-98 de 11 de noviembre de 1998, suscrito entre la AUTORIDAD DE LA REGIÓN INTEROCEÁNICA y la sociedad FUERTE AMADOR RESORT Y MARINA.

I. POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

El Licenciado Juan Carlos Henríquez Cano, quien actúa en su propio nombre y representación, interpuso Demanda de Inconstitucionalidad contra algunos párrafos de los artículos 18, 20, 21, 22, 23 y 24 del Contrato de Concesión Administrativa N°609-98 de 11 de noviembre de 1998, suscrito entre la Autoridad de la Región Interoceánica y la Sociedad Fuerte Amador Resort y Marina.

La demanda se fundamenta en el artículo 258 de la Constitución Política, mismo que establece que los bienes que pertenecen al Estado, son de dominio público y no son susceptibles de apropiación privada.

La acción de inconstitucionalidad se encuentra dirigida a que se declare la inconstitucionalidad de ciertos párrafos del Contrato de Desarrollo, Arrendamiento e Inversión N°609-98 de 11 de noviembre de 1998, el cual apareció publicado en la Gaceta Oficial N°23,705 de 5 de enero de 1999; y específicamente, contra aquellos párrafos que guardan relación con la posibilidad de venta a favor de Fuerte Amador Resort y Marina de bienes constitucionalmente reconocidos como bienes de dominio público.

Señala el demandante que en el precitado contrato, la Autoridad de la Región Interoceánica concede facultades a la sociedad Fuerte Amador Resort y Marina para adquirir en propiedad, mediante venta, espacios de rellenos construidos sobre el mar territorial.

Continúa señalando que la Autoridad de la Región Interoceánica, en nombre y representación del Estado Panameño, no puede otorgar propiedad privada sobre las mejoras que construye Fuerte Amador Resort y Marina sobre el área en la que se ejecuta o ejecutará el contrato suscrito para el desarrollo, arrendamiento e inversión. Adicionalmente manifiesta que Fuerte Amador Resort y Marina no puede vender a terceros las edificaciones, obras, construcciones o instalaciones construidas a sus expensas en el área concesionada, puesto que lo característico y fundamental de todo contrato de concesión administrativo es que los bienes reviertan al Estado sin gravamen alguno.

En consecuencia, estima que son inconstitucionales todos los traspasos efectuados por la Autoridad de la Región Interoceánica a favor de Fuerte Amador Resort y Marina.

El Licenciado Henríquez Cano, procede a resaltar las frases de las Cláusulas Contractuales, que considera inconstitucionales, de la siguiente forma:

- A. Cláusula Dieciocho del Contrato de Concesión No.609-98 que señala:
"El conjunto de mejoras e instalaciones que integran LAS OBRAS a construir por LA ARRENDATARIA INVERSIONISTA (Fuerte Amador Resort y Amador) sobre LA PARCELA NUMERO VEINTIDOS (22), podrán ser de carácter permanente o temporal.



151

Para los efectos de este contrato, se entiende como mejoras o instalaciones de carácter permanente aquellas edificaciones que se construyan sobre la parcela de manera tal que sea imposible su remoción sin que sufran quebranto, menoscabo o deterioro, o sin que dichas mejoras se destruyan o alteren sustancialmente. De la misma manera, se entiende por mejoras de carácter temporal aquellas mejoras o instalaciones que se construyan, coloquen o adhieran sobre la parcela, bien para su adorno o utilidad o bien para provecho de LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA, siempre y cuando las mismas puedan ser removidas sin que sufran quebranto, menoscabo o deterioro. LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA está obligada a declarar e inscribir el título constitutivo de dominio a su favor sobre las edificaciones o mejoras de carácter permanente que construya sobre LA PARCELA NUMERO VEINTIDOS (22) dentro del término de seis (6) meses contados a partir de la expedición del Permiso de Ocupación correspondiente. El título constitutivo de dominio de dichas instalaciones o mejoras de carácter permanente que LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA edifique sobre LA PARCELA NUMERO VEINTIDOS (22) serán inscritas a su favor en la Sección de la Región Interoceánica del Registro Público, en cumplimiento del artículo tres (3) de la Ley cincuenta y tres (53) de mil novecientos cincuenta y seis (1956) y conforme lo dispone el artículo mil setecientos setenta (1770) del código civil, el numeral quinto (5to) del Artículo cuarenta y uno (41) de la Ley número cinco (5) del veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993) y el artículo mil cuatrocientos sesenta y ocho (1468) del Código Judicial.

LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA no podrá inscribir título de dominio sobre las mejoras ya existentes sobre la PARCELA NUMERO VEINTIDOS (22) a la fecha de este contrato”.



B. La cláusula veinte del Contrato No.609-98.

"TRASPASO DE LAS MEJORAS DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO.

LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA podrá vender las mejoras e instalaciones de su propiedad a terceros o a LA NACION, previa autorización de la AUTORIDAD. Sin embargo, LA NACION no estará obligada a comprar las mejoras o instalaciones que LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA decida vender.

El adquirente de las mejoras o instalaciones deberá convenir con LA AUTORIDAD, su subrogación en los derechos y obligaciones dimanadas del presente contrato a cargo de la ARRENDATARIA-INVERSIONISTA, y deberá cumplir con todas las obligaciones que este contrato impone, principalmente el pago de la renta correspondiente al arrendamiento de la tierra sobre la cual estén construidas las mejoras vendidas y demás pagos adeudados a LA AUTORIDAD en virtud del presente contrato, así como construir todas y cada una de las garantías, fianzas y pólizas de seguro que este contrato requiere en su ejecución. En ningún momento LA PARCELA NÚMERO VEINTIDOS (22),

152

sus mejoras ni las actividades que en ella se realicen podrán quedar desamparadas de las citadas cauciones.

En caso de que LA NACION opte por comprar las mejoras, las mismas deberán estar libre de todo gravamen.

Las ventas de las mejoras deberá realizarse de la forma que establezcan los procedimientos legales vigentes en ese momento".

C. La Cláusula Veintiuno 21 del Contrato No.609-98.

"(LAS MEJORAS AL TÉRMINO DEL CONTRATO).

Al finalizar el presente contrato LA AUTORIDAD podrá optar entre exigir el desalojo inmediato de la parcela arrendada y hacer suyas las mejoras construidas por la ARRENDATARIA-INVERSIONISTA, pagando por dichas mejoras el valor determinado por las autoridades correspondientes y siguiendo los procedimientos legales vigentes en ese momento: o vender la parcela arrendada a LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA de la forma aquí indicada".

CH. La cláusula Veintidos del Contrato de Concesión Administrativa No.609-98:

"(VALOR Y FORMA DE PAGO DE LAS MEJORAS.

En el evento en que LA AUTORIDAD opte por el desalojo inmediatamente de la parcela y hacer suyas las mejoras construidas por la ARRENDATARIA-INVERSIONISTA, al terminar la vigencia del presente contrato, el valor deberá ser determinado por las autoridades correspondientes y siguiendo los procedimientos legales vigentes en ese momento, lo cual en ningún momento se considerará como una expropiación. Si no se llegase a un acuerdo sobre el valor, la forma y los términos de pago, la decisión será sometida a arbitraje conforme la cláusula cincuenta y cinco (55) de este contrato. LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA se obliga a transferir dichas mejoras libre de gravámenes y se obliga a responder en caso de evicción".



D. La cláusula Veintitres del Contrato No.609-98:

"(DERECHO PREFERENCIAL DE COMPRA DE LA PARCELA)

Por ministerio de la Resolución de Gabinete Número Ciento Cuarenta y Tres (143) del veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997) que modificó la Resolución de Gabinete número ciento diecinueve (119) del trece (13) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996), LA AUTORIDAD está autorizada para incluir en este contrato un derecho preferencial de compra a favor de LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA. Por consiguiente, LA AUTORIDAD por este medio confiere a LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA el derecho preferencial de compra de la PARCELA NUMERO VEINTIDÓS (22) en el caso de que la AUTORIDAD decida venderla, cuya venta se realizará sujeta a los procedimientos legales vigentes en ese momento.

Si en cualquier momento de la vigencia del presente contrato o a su terminación LA AUTORIDAD decide vender la PARCELA NÚMERO VEINTIDÓS (22), deberá notificar

153

inmediatamente a la ARRENDATARIA-INVERSIONISTA de su decisión, comunicándole los términos completos de su oferta y LA ARRENDATARIA podrá, desde ese momento, ejercer su derecho preferencial de compra sobre la parcela en los términos establecidos en la oferta.

LA ARRENDATARIA -INVERSIONISTA deberá ejercer su derecho preferencial de compra notificando por escrito a LA AUTORIDAD dentro de los sesenta (60) días laborales siguientes a la comunicación de la oferta de venta, su aceptación de comprar las condiciones ofrecidas por LA AUTORIDAD.

Vencido este plazo sin recibir de la ARRENDATARIA-INVERSIONISTA su aceptación de comprar, o en caso de que sin haber vencido este plazo, LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA exprese por escrito su decisión de no comprar, LA AUTORIDAD podrá vender LA PARCELA NÚMERO VEINTIDÓS (22) a terceros, siempre y cuando no ofrezca condiciones más ventajosas que las ofrecidas a LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA.

E. La Cláusula Veinticuatro del Contrato No.609-98:

"(VENTA DE LA PARCELA A TERCEROS.

En el evento de que LA AUTORIDAD venda LA PARCELA NUMERO VEINTIDOS (22) a persona distinta de la ARRENDATARIA-INVERSIONISTA, LA AUTORIDAD deberá pactar con el adquirente, en el contrato de compraventa correspondiente, que el comprador quedará obligado a respetar el presente contrato de arrendamiento a favor de la ARRENDATARIA-INVERSIONISTA, hasta su terminación o que podrá darlo por terminado, con la obligación del comprador de indemnizar a LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA, por los daños y perjuicios que la cause dicha terminación anticipada del contrato y eximir a LA AUTORIDAD de dicha responsabilidad."



Como se observa de lo anteriormente transcrito, la parte actora demanda la inconstitucionalidad de algunos párrafos constitutivos de cláusulas del contrato de concesión; específicamente, en lo referente a tres temas principales a saber: La imposición que se hace a la arrendataria-inversionista de declarar e inscribir el título constitutivo de dominio a su favor sobre las edificaciones o mejoras de carácter permanente que construya sobre la parcela dada en concesión; el traspaso de mejoras e instalaciones a terceros o a la Nación; y el traspaso a favor de FUERTE AMADOR RESORT Y MARINA y/o a favor de terceras personas de la parcela dada en concesión, área de terreno que es un relleno y que según la Constitución Nacional constituye un bien inalienable.

154
El demandante solicita que la sentencia de inconstitucionalidad puede tener efectos retroactivos y cita como jurisprudencia el fallo fechado 4 de junio de 1991, proferido por la Corte Suprema de Justicia, que sostuvo lo siguiente:

"Si se permite que un acto jurisdiccional pueda ser demandado como inconstitucional, es obvio que puede ser declarado inconstitucional. Sostener que la decisión de la Corte en estos casos no produce efecto hacia el futuro traería como consecuencia que la declaratoria de inconstitucionalidad sea totalmente intrascendente, inocua."

De igual forma, procede a citar la opinión de la Procuraduría de la Administración, en ocasión de la Demanda de Inconstitucionalidad formulada en contra del artículo 2 de la Ley No.5 de 1988 (sobre Concesiones Administrativas) propuesta por el mismo, en la que se conceptuó lo siguiente:

"Agregamos que las mejoras, rellenos u otras construcciones que se lleven a cabo en tales terrenos quedarán libres de costos a favor del Estado al finalizar tales concesiones. Ello es así, porque los rellenos efectuados en dichas áreas constituyen bienes de Dominio Público."

Adicionalmente, se fundamenta en el fallo de 30 de diciembre de 2004, dictado por la Corte Suprema de Justicia dentro de la demanda de inconstitucionalidad antes mencionada en la que se dictaminó:

"En vista de que el relleno formaría parte del bien principal, el primero debe correr con la misma suerte que aquél (el principal); tal y como lo refleja el viejo adagio romano que indica que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, en otras palabras, si el bien es de dominio público, el relleno hecho sobre éste, también lo es; si ese bien es dado en concesión de acuerdo a los requisitos que la ley establece, ambos deberán revertir al Estado." (Demanda de Inconstitucionalidad presentada por el Licenciado Juan Carlos Henríquez Cano contra el artículo 2 de la Ley 5 de 1998)



Sostiene que es inconstitucional que a la sociedad Fuerte Amador Resort y Marina se le haya facultado para traspasar, a título de dominio, las mejoras e instalaciones construidas sobre el área concesionada, siendo que ésta constituye un bien de dominio público. Ello aunado al hecho que las cláusulas demandadas, incluso, conceden un derecho preferencial de adquirir en propiedad la parcela concesionada.

A su juicio, con lo anterior se socava el espacio marítimo y demás bienes públicos, haciendo ilusoria la disposición constitucional.

155

II. CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACION

Admitida la demanda, se corrió traslado al Procurador de la Administración, quien al emitir concepto expone su análisis, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 258 de la Constitución Política.

Señala el Señor Procurador de la Administración que, las cláusulas 18, 20, 21, 22, 23 y 24 del Contrato, autorizan primeramente a la empresa concesionaria a inscribir en el Registro Público el título constitutivo de dominio sobre las mejoras o edificaciones construidas en el área arrendada, además le permiten tener derecho preferencial de compra sobre los bienes arrendados, sin embargo nuestra Carta Política Nacional no contempla la posibilidad jurídica de variar la naturaleza de los bienes de dominio público, de manera que al pretenderse la desafectación de tales áreas para enajenarlas a su favor o de un particular, se ha conculcado lo preceptuado en el numeral 1, del artículo 258 constitucional, que prohíbe expresamente que los bienes de dominio público sean objeto de apropiación privada.

Manifiesta también, que los rellenos efectuados en las Islas Perico y Flamenco, se encuentran sobre un espacio que es parte del mar territorial panameño y que por su naturaleza, constituye un bien inadjudicable, imprescriptible, inembargable e inhipotecable, por consiguiente, un bien que se encuentra fuera del comercio.

Procede a citar el contenido del fallo de 30 de diciembre de 2004 y concluye que si bien la Autoridad de la Región Interoceánica y la empresa Fuerte Amador Resort y Marina, S.A. pactaron en el contrato N°609-98 que la arrendataria podía inscribir las edificaciones y mejoras en el Registro Público como propias y tener derecho a primera opción de compra, esto es contrario a lo dispuesto en el artículo 258, numeral 1 de la Constitución Nacional, mismo que no permite que los bienes de dominio público sean objeto de apropiación privada.

Finalmente la Procuraduría de la Administración solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de los renglones impugnados de las cláusulas 18, 20, 21, 22, 23 y 24 del Contrato de Concesión Administrativa N°609-98, suscrito el 11 de noviembre de



1998, por la Autoridad de la Región Interoceánica y la sociedad Fuerte Amador Resort y Marina, S.A. 176

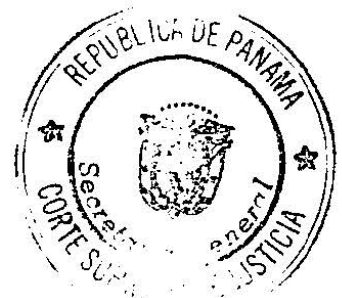
III. ALEGATOS DE LA PARTE Y DE LOS INTERESADOS SOBRE EL CASO

Dentro del término de diez días (10) el demandante y las personas interesadas presentaron sus argumentos por escrito sobre el presente caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2564 del Código Judicial.

El Licenciado Juan Carlos Henríquez Cano, proponente de la presente acción de inconstitucionalidad sostiene, al igual que lo hace el Procurador de la Administración en su Vista No.189 de 24 de junio de 2005, que el Contrato en comento vulnera el principio constitucional contenido en el numeral 1 del Artículo 258 de la Constitución Política, en tanto que no es jurídica ni constitucionalmente posible conceder en propiedad rellenos efectuados sobre el Mar Territorial o Lecho Marino de Panamá, ni aún las estructuras o mejoras construidas sobre dichos rellenos.

Acude a presentar sus alegatos la firma forense ALFARO, FERRER & RAMÍREZ, en término oportuno, a través del Licenciado Narciso Arellano quien presenta escrito de alegatos manifestando que no es inconstitucional el libelo corre de fojas 50 a 60 y argumenta que las cláusulas del Contrato de Concesión Administrativa No.609-98 de fecha 11 de noviembre de 1998, suscrito entre la Autoridad de la Región Interoceánica y la sociedad Fuerte Amador Resort y Marina no son inconstitucionales, lo hacen fundamentándose a la luz del derecho civil y específicamente señalando que los bienes de dominio público pueden devenir en bienes patrimoniales o bienes de dominio privado y fundamentan su afirmación en el artículo 332 del Código Civil y en la doctrina de autores como Dulio Arroyo Camacho y Arturo Alessandri Rodríguez.

En lo central de sus alegatos señala, que las cláusula impugnadas confieren el derecho a inscribir el título constitutivo de dominio sobre las edificaciones o mejoras que se construyen sobre los mencionados rellenos, los cuales a su juicio, continúan bajo el dominio público del Estado, por lo cual es perfectamente legal y no se viola el artículo 258 de la Constitución Política y que la Corte Suprema de Justicia ha



reconocido que bienes u obras llevadas a cabo sobre bienes de dominio público pueden ser materia de desafectación y devenir en bienes de dominio privado .

De igual manera se apoyan en una sentencia de 25 de septiembre de 1970 que señaló lo siguiente:

"Anota el recurrente que el muro de reten 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 obras solicitada 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 resultando de la construcción del muro de reten sobre playa " (sic)

Sin embargo, aclaramos que la sentencia es anterior a la Constitución Política de 11 de octubre de 1972, que ha tenido cuatro actos de reformas siendo la última de 2004; donde está contemplado en el artículo 258 los bienes de dominio público.

Agrega el licenciado Arellano que "lo que las cláusulas impugnadas confieren es el derecho a inscribir el título constitutivo de dominio sobre las edificaciones o mejoras que se construyan sobre los mencionados rellenos; los cuales reiteramos, continúan bajo el dominio público del Estado, lo cual es perfectamente legal y no viola el mencionado precepto constitucional".

Concluye recomendando el Licenciado Narciso Arellano que no son inconstitucionales los párrafos o renglones contenidos en la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Licenciado Juan Carlos Henríquez Cano contra los párrafos y renglones contenidos en las Cláusulas 18, 20, 21, 22, 23 y 24 del Contrato de Concesión Administrativa No.609-98 de 11 de noviembre de 1998, suscrito entre la Autoridad de la Región Interoceánica y la Sociedad Fuerte Amador Resort y Marina

Por otro lado, el Licenciado Jaime Antonio Montero Batista, quién también presenta argumentos en esta fase del proceso, señala que todas las cláusulas



demandadas resultan de Leyes, Decretos y Resoluciones vigentes, y por tanto: las pautas insertas en tales cláusulas constituyen derechos adquiridos y obligaciones de las partes y que todas las cláusulas del contrato demandado, se relacionan con el objeto del mismo, que el contrato fue concebido para el Desarrollo, Arrendamiento e Inversión en la parcela 22 con superficie de 72,200 mts, que forman parte de la Finca 158,012 inscrita en el rollo 21928, Documento 1 de la Sección de la Autoridad de la Región Interoceánica, constituyéndose en derechos y obligaciones para el particular, una vez cumplidos los trámites pertinentes del propio contrato y que siendo así, el particular, o sea a la sociedad Fuerte Amador Resort y Marina, S.A., no podía menos que presumir no sólo la legalidad de la finca sino la constitucionalidad del acto que la crea, que es una ley vigente y no atacada en acción similar.

Continúa manifestando el Licenciado Montero que el compromiso adquirido por el Estado a través de la Autoridad de la Región Interoceánica, tiene respaldo constitucional como bien lo estipula el artículo 47 de la Constitución Política que señala lo siguiente:

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

Concluye el Licenciado Montero señalando que, con fundamento en el principio de preferencia de la jurisdicción contencioso administrativa la demanda en estudio debe declararse NO VIABLE, que impera la presunción de constitucionalidad de la Ley N°5 de 1993, modificada por la Ley N°7 de 1995 y que las cláusulas demandadas no violan la Constitución Política de Panamá, ya que el objeto del Contrato que se demanda no es un bien público sino patrimonial.

También concurre a presentar argumentos en esta fase, el Licenciado Didimo Manuel Ríos quien señala que no nos encontramos frente a la posibilidad de venta a favor de FUERTE AMADOR RESORT Y MARINA de bienes constitucionalmente reconocidos como Bienes de Dominio Público, como afirma el demandante en el hecho quinto, sino la posibilidad de venta de una finca, bien de dominio privado del Estado.



159

Finalmente señala que, el demandante equivocadamente ha atacado como inconstitucionales los párrafos acusados de las citadas cláusulas del contrato y lo que debió hacer era impugnar los actos ejecutados que dieron como origen las fincas producto de los rellenos en el mar territorial y solicita a los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia declaren no viable la presente acción de inconstitucionalidad.

Conceptúa el Licenciado Elio Camarena quien igualmente acude a presentar sus argumentos, que el contrato de DESARROLLO, ARRENDAMIENTO E INVERSIÓN N°609-98 de 11 de noviembre de 1998, suscrito por FUERTE AMADOR RESORT Y MARINA, S.A., no versa ni se refiere o trata sobre ningún bien de dominio público, habida cuenta que las cláusulas 1 y 2 del citado convenio no permiten ninguna duda, cuando establecen que el objeto de este contrato, lo es una parcela identificada con el No.22 que forma parte de la Finca 158,012 inscrita en el rollo 21928, Documento 1 de la Sección de la Autoridad de la Región Interoceánica, a su juicio el contrato se impugna de manera indebida y se refiere a un inmueble existente con anterioridad al Contrato de Concesión Administrativa N°609-98 de 11 de noviembre de 1998, celebrado entre la Autoridad de la Región Interoceánica y la Sociedad Fuerte Amador Resort y Marina.

Concluye su alegato, señalando que a su juicio el presente recurso de inconstitucionalidad debe ser declarado no viable porque el demandante no ha individualizado y nominado de manera correcta el acto jurídico que se impugna, incumpliendo el artículo 2560 del Código Judicial y que si se decide resolver el fondo se declare que no son inconstitucionales los párrafos o renglones de las cláusulas demandadas.

La Licenciada Denise Guillén, quien acude a presentar sus argumentaciones señala que la condición o naturaleza de los bienes propiedad del Estado no es permanente ni inmutable y que los bienes patrimoniales pueden convertirse en bienes de dominio público por estar "afectos" al uso público o destinados a la prestación de un servicio público. Considera que la presente acción de inconstitucionalidad debe



declararse no viable en aplicación del principio de preferencia de la vía contencioso administrativa.

Por último, el Licenciado Víctor Manuel Quiróz, al presentar sus argumentaciones señala que, las cláusulas demandadas de Inconstitucionalidad 18, 20, 21, 22, 23 y 24 sólo hacen alusión a las facultades del Arrendatario sobre un Bien que es Patrimonio del Estado, regulado y regido por los Tratados Canaleros, la Ley de la Autoridad de la Región Interoceánica (Ley 5 de 1993) y la Ley General y Regional para el Uso, Explotación y Desarrollo (Ley 22 de 1997) y así se encuentran inscritos en el Registro Público de dicha área, otorgando el título como parte del Patrimonio del Estado y no autorizan ni facultan ningún relleno ni desafectación de un Bien de Dominio Público, por lo que a su juicio no puede decretarse la Inconstitucionalidad cuando las mismas sólo han procurado regular el ejercicio de la Inversión y Desarrollo Administrativo reservando y salvaguardando los Derechos del Estado y los particulares arrendatarios, que de ser declarados inconstitucionales sólo provocarían la confusión en cuanto al área de Explotación y Desarrollo Nacional.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Esta Superioridad procede a resolver la pretensión del actor consistente en la declaratoria de inconstitucionalidad de ciertas frases contenidas en el Contrato N°609-98 suscrito por la Autoridad de la Región Interoceánica (en nombre y representación del Estado Panameño) y la sociedad Fuerte Amador Resort y Marina, mediante el cual se regula lo relacionado al arrendamiento e inversión relativo a la parcela número veintidós (22) ubicada en el área de la bahía o ensenada formada entre las Islas Perico y Flamenco y las instalaciones comprendidas dentro del perímetro de la parcela.

Las frases contenidas en los párrafos de los artículos 18, 20, 21, 22, 23 y 24 del Contrato de Concesión Administrativa N°609-98 de 11 de noviembre de 1998, que se consideran inconstitucionales son las siguientes:

A. Cláusula Dieciocho del Contrato:

"El conjunto de mejoras e instalaciones que integran LAS OBRAS a construir por LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA (Fuerte Amador Resort y Amador) sobre LA PARCELA NÚMERO VEINTIDÓS (22), podrán ser de carácter permanente o temporal



Para los efectos de este contrato, se entiende como mejoras o instalaciones de carácter permanente aquellas edificaciones que se construyan sobre la parcela de manera tal que sea imposible su remoción sin que sufran quebranto, menoscabo o deterioro, o sin que dichas mejoras se destruyan o alteren sustancialmente. De la misma manera, se entiende por mejoras de carácter temporal aquellas mejoras o instalaciones que se construyan, coloquen o adhieran sobre la parcela, bien para su adorno o utilidad o bien para provecho de LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA, siempre y cuando las mismas puedan ser removidas sin que sufran quebranto, menoscabo o deterioro.

LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA está obligada a declarar e inscribir el título constitutivo de dominio a su favor sobre las edificaciones o mejoras de carácter permanente que construya sobre LA PARCELA NÚMERO VEINTIDÓS (22) dentro del término de seis (6) meses contados a partir de la expedición del Permiso de Ocupación correspondiente. El título constitutivo de dominio de dichas instalaciones o mejoras de carácter permanente que LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA edifique sobre LA PARCELA NÚMERO VEINTIDÓS (22) serán inscritas a su favor en la Sección de la Región Interoceánica del Registro Público, en cumplimiento del artículo tres (3) de la Ley cincuenta y tres (53) de mil novecientos cincuenta y seis (1956) y conforme lo dispone el artículo mil setecientos setenta (1770) del código civil, el numeral quinto (5to) del artículo cuarenta y uno (41) de la Ley número cinco (5) del veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993) y el artículo mil cuatrocientos sesenta y ocho (1468) del Código Judicial.

LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA no podrá inscribir título de dominio sobre las mejoras ya existentes sobre la PARCELA NUMERO VEINTIDÓS (22) a la fecha de este contrato”.

B. La cláusula veinte

TRASPASO DE LAS MEJORAS DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO.

LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA podrá vender las mejoras e instalaciones de su propiedad a terceros o a LA NACIÓN, previa autorización de la AUTORIDAD. Sin embargo, LA NACIÓN no estará obligada a comprar las mejoras o instalaciones que LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA decida vender.

El adquirente de las mejoras o instalaciones deberá convenir con LA AUTORIDAD, su subrogación en los derechos y obligaciones dimanadas del presente contrato a cargo de la ARRENDATARIA-INVERSIONISTA, y deberá cumplir con todas las obligaciones que este contrato impone, principalmente el pago de la renta correspondiente al arrendamiento de la tierra sobre la cual estén construidas las mejoras vendidas y demás pagos adeudados a LA AUTORIDAD en virtud del presente contrato, así como construir todas y cada una de las garantías, fianzas y pólizas de seguro que este contrato requiere en su ejecución. En ningún momento LA PARCELA NUMERO VEINTIDÓS (22), sus mejoras ni las actividades que en ella se realicen podrán quedar desamparadas de las citadas cauciones.

En caso de que LA NACIÓN opte por comprar las mejoras, las mismas deberán estar libre de todo gravamen.

Las ventas de las mejoras deberá realizarse de la forma que establezcan los procedimiento legales vigentes en ese momento”.

C. La cláusula 21 del Contrato N° 609-98.

“(LAS MEJORAS AL TÉRMINO DEL CONTRATO).

Al finalizar el presente contrato LA AUTORIDAD podrá optar entre exigir el desalojo inmediato de la parcela arrendada y hacer



suyas las mejoras construidas por la ARRENDATARIA-INVERSIONISTA, pagando por dichas mejoras el valor determinado por las autoridades correspondientes y siguiendo los procedimientos legales vigentes en ese momento: o vender la parcela arrendada a LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA de la forma aquí indicada”.

CH. La cláusula Veintidós:

“VALOR Y FORMA DE PAGO DE LAS MEJORAS.

En el evento en que LA AUTORIDAD_ opte por el desalojo inmediatamente de la parcela y hacer suyas las mejoras construidas por la ARRENDATARIA-INVERSIONISTA, al terminar la vigencia del presente contrato, el valor deberá ser determinado por las autoridades correspondientes y siguiendo los procedimientos legales vigentes en ese momento, lo cual en ningún momento se considerará como una expropiación. Si no se llegase a un acuerdo sobre el valor, la forma y los términos de pago, la decisión será sometida a arbitraje conforme la cláusula cincuenta y cinco (55) de este contrato. LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA se obliga a transferir dichas mejoras libre de gravámenes y se obliga a responder en caso de evicción”.

D. La cláusula veintitrés:

“DERECHO PREFERENCIAL DE COMPRA DE LA PARCELA

Por ministerio de la Resolución de Gabinete Número Ciento Cuarenta y Tres (143) del veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997) que modificó la Resolución de Gabinete ciento diecinueve (119) del trece (13) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996), LA AUTORIDAD está autorizada para incluir en este contrato un derecho preferencial de compra a favor de LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA. Por consiguiente, LA AUTORIDAD por este medio confiere a LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA el derecho preferencial de compra de la PARCELA NUMERO VEINTIDÓS (22) en el caso de que la AUTORIDAD decida venderla, cuya venta se realizará sujeta a los procedimientos legales vigentes en ese momento.

Si en cualquier momento de la vigencia del presente contrato o a su terminación LA AUTORIDAD decide vender la PARCELA NÚMERO VEINTIDÓS (22), deberá notificar inmediatamente a la ARRENDATARIA-INVERSIONISTA de su decisión, comunicándole los términos completos de su oferta y LA ARRENDATARIA podrá, desde ese momento, ejercer su derecho preferencial de compra sobre la parcela en los términos establecidos en la oferta.

LA ARRENDATARIA -INVERSIONISTA deberá ejercer su derecho preferencial de compra notificando por escrito a LA AUTORIDAD dentro de los sesenta (60) días laborales siguientes a la comunicación de la oferta de venta, su aceptación de comprar las condiciones ofrecidas por LA AUTORIDAD.

Vencido este plazo sin recibir de la ARRENDATARIA-INVERSIONISTA su aceptación de comprar, o en caso de que sin haber vencido este plazo, LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA exprese por escrito su decisión de no comprar, LA AUTORIDAD podrá vender LA PARCELA NÚMERO VEINTIDÓS (22) a terceros, siempre y cuando no ofrezca condiciones más ventajosas que las ofrecidas a LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA.

E. La Cláusula Veinticuatro del Contrato 609-98:

“(VENTA DE LA PARCELA A TERCEROS.

En el evento de que LA AUTORIDAD venda LA PARCELA NÚMERO VEINTIDÓS (22) a persona distinta de LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA, LA AUTORIDAD deberá



163

pactar con el adquirente, en el contrato de compraventa correspondiente, que el comprador quedará obligado a respetar el presente contrato de arrendamiento a favor de la ARRENDATARIA-INVERSIONISTA, hasta su terminación o que podrá darlo por terminado, con la obligación del comprador de indemnizar a LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA, por los daños y perjuicios que le cause dicha terminación anticipada del contrato y eximir a LA AUTORIDAD de dicha responsabilidad."

Quien demanda aduce que, dichas frases o párrafos de las cláusulas del contrato señaladas vulneran el artículo 258 de la Constitución Política, al establecer que los bienes o área en la que se ejecuta o ejecutará el contrato suscrito para el desarrollo, arrendamiento e inversión, que pertenecen al Estado, por ser de dominio público y no susceptibles de apropiación privada al ser rellenos construidos dentro del mar territorial, puedan ser adquiridos en propiedad, mediante venta, a favor de Fuerte Amador Resort y Marina, o de traspaso a favor de terceros las edificaciones, obras, construcciones o instalaciones construidas a sus expensas en el área concesionada, por ser bienes constitucionalmente establecidos como de dominio público y porque lo característico y fundamental de todo contrato de concesión administrativo es que los bienes reviertan al Estado sin gravamen alguno.

En primer lugar, en cuanto a las características de las concesiones, es importante considerar que a través del mecanismo de las concesiones se propicia la inversión privada que el Estado no se encuentra en condiciones de asumir, de allí que, mediante la figura de la concesión administrativa, el Estado se despoja temporalmente, más no de forma irreversible o indefinida, de alguno de los atributos de la propiedad o derechos que ejerce sobre sus bienes y concede otros beneficios a los particulares para que inviertan y puedan explotar los beneficios de su inversión, por un término que les permita recuperar la misma y además obtener utilidades que son la razón o justificación del particular para asumir el riesgo de la inversión, normalmente sustentado en estudios previos de factibilidad o viabilidad financiera.

De esta manera, al término de la concesión, las mejoras reviertan al Estado bajo el concepto de que el inversionista ha recuperado su inversión y ha obtenido utilidad en ello; y, desde luego, sin perjuicio que se pueda pactar la extensión del término de la misma o incluir otros aspectos relacionados.



164

Estas referencias anotadas a propósito de las concesiones administrativas, no son ajenas a lo que debe imperar en el Contrato N°609-98 de 11 de noviembre de 1998, cuya inconstitucionalidad a ciertos renglones de algunas cláusulas constitutivas, ha sido demandada.

La norma constitucional que se dice infringida por el contrato de concesión que nos ocupa, es el artículo 258 de la Constitución Política actual, que corresponde a igual contenido del artículo 254 del texto constitucional vigente al momento de suscribirse el contrato de concesión N°609-98 de 11 de noviembre de 1998, Constitución Política que no incluía el Acto Legislativo N°1 de 2004. Dicha norma se encuentra en el Título IX de la Constitución Política, sobre "La Hacienda Pública", desarrolla en su Capítulo I° de los Bienes y Derechos de los cuales el Estado.

A continuación transcribimos la norma constitucional, para mejor ilustración:

"Artículo 258. Pertenecen al Estado y son de uso público y, por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada:

1. El mar territorial y las aguas lacustres y fluviales, las playas y riberas de las mismas y de los ríos navegables, y los puertos y esteros. Todos estos bienes son de aprovechamiento libre y común, sujetos a la reglamentación que establezca la Ley.
2. Las tierras y las aguas destinadas a servicios públicos y a toda clase de comunicaciones.
3. Las tierras y las aguas destinadas o que el Estado destine a servicios de irrigación, de producción hidroeléctrica, de desagües y de acueductos.
4. El espacio aéreo, la plataforma continental submarina, el lecho y el subsuelo del mar territorial.
5. Los demás bienes que la Ley defina como de uso público.

En todos los casos en que los bienes de propiedad privada se conviertan por disposición legal en bienes de uso público, el dueño de ellos será indemnizado."

La parte enunciativa de esta norma evidencia que es al Estado al que le pertenecen los bienes enumerados y se entiende en cuanto a su destino que los mismos sean de uso público por parte de todos los habitantes del territorio nacional y no de manera exclusiva como se pretende en el presente contrato.

El jurista colombiano Julián Andrés Pimiento Echeverri nos dice que debemos entender por dominio público señala "dominio público se refiere entonces a un régimen jurídico especial, aplicable a ciertos bienes que se encuentran destinados ya sea al uso directo por parte de particulares, o al servicio público, siempre y cuando haya recibido



168

alguna adecuación especial que permita ese destino.” (Pimiento Echeverri, Julián Andrés. Teoría de los Bienes de Uso Público. Universidad Externado de Colombia, año 2010 página 71)

En este mismo orden, Libardo Rodríguez ha señalado “Ese carácter especial del derecho de propiedad sobre el dominio público se manifiesta principalmente por sus condiciones de inalienabilidad, imprescriptibilidad, que constituyen el punto de partida de una normativa muy propia para el mantenimiento, utilización y protección de los bienes que lo componen.” (Rodríguez, Libardo Derecho Administrativo General y Colombiano. Editorial Temis 18ª ed; Editorial Temis, 2013 , pág 290)

Sobre ese mismo tema argumenta el jurista citado Julián Andrés Pimiento Echeverri, que señala:

“la doctrina se ha encargado de establecer los parámetros de discusión sobre la noción misma de lo que significa dominio público en el derecho español. Uno de los estudios más importantes sobre el tema, indica la existencia de cuatro elementos específicos que lo constituyen: Un elemento subjetivo -sólo puede existir dominio público donde haya una persona pública-, uno objetivo – una cosa jurídicamente apropiable-, uno teleológico - la afectación- y uno normativo -el régimen jurídico es derecho público.

Sin embargo, existe consenso en la doctrina en la categorización del dominio público, no ya como un conjunto de bienes o como régimen jurídico, sino como una “técnica de intervención mediante la que se afectan a una finalidad pública determinada prevista por la ley-ya sea el uso o el servicio público, el fomento de la riqueza nacional o la protección y garantía de explotación racional de recursos naturales-ciertos bienes de titularidad pública igualmente previstos por la Constitución o las leyes, dotándolas de un régimen jurídico de protección y utilización de derecho administrativo.” (Sánchez Morón, Miguel. Los Bienes Públicos (Régimen jurídico) Madrid, Tecnos, año1997, p.37) (Pimiento Echeverri, Julián Andrés. Teoría de los Bienes Públicos, Universidad Externado de Colombia, año 2010, pág 65 y 66)

Por otra parte, el artículo 258 de la Constitución Política, precisa que el derecho del Estado sobre estos bienes no tiene naturaleza estática, pues, consigna, inmediatamente, que dichos bienes son de aprovechamiento libre y común, sujetos a la reglamentación que establezca la ley.

Si bien el acceso al aprovechamiento de estos bienes debe estar desarrollado por ley, en ninguna forma la norma constitucional autoriza a que el Estado se despoje



166

de manera irreversible o indefinida de alguno de los atributos de la propiedad o titularidad sobre dichos bienes, en beneficio de particulares.

Dado lo anterior, se deduce con claridad que los bienes listados en la norma constitucional, no pueden ser objeto de apropiación privada.

Con relación a los bienes a los que se refieren las cláusulas del Contrato N°609-98, podemos advertir que se trata de una parcela de terreno identificada como número veintidós (22), la cual constituye un relleno (extensión de tierra artificial) sobre el mar territorial panameño.

Según lo pactado por las partes, sobre dicha parcela, la arrendataria (Fuerte Amador Resort y Marina) realizaría inversiones, construyendo instalaciones o edificaciones, es decir, mejoras a la parcela, mejoras éstas que según la cláusula 18 del Contrato de Concesión N°609-98 debían ser inscritas en el Registro Público, como de propiedad privada de la arrendataria.

Lo anterior evidencia, que la Autoridad de la Región Interoceánica, representando al Estado, autorizó la inscripción, a título de dominio, a favor de un particular (persona jurídica) de un bien accesorio, construido sobre la parcela N°22, propiedad del Estado.

Por tanto, se entiende, que el contrato de concesión demandado, en cuanto a las instalaciones y edificaciones, propicia un trato separado entre los bienes accesorios (mejoras) y el bien principal (mar territorial).

Este tratamiento distinto para las mejoras, que adquieren la naturaleza de bien accesorio (instalaciones o edificios), construidos a su vez sobre otro bien accesorio (relleno) que es parte integrante de un bien de dominio público (mar territorial), constituye el primer punto constitucional discutible por razón del principio que sostiene que lo accesorio sigue el destino de lo principal, tal como lo ha sostenido esta Corporación de Justicia en decisiones anteriores, que han sido citadas por la parte actora y la Procuraduría de la Administración.

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia fechada 30 de diciembre de 2004, dictada dentro de la Demanda de Inconstitucionalidad presentada



contra el artículo 2 de la Ley No.5 de 1988, tal como quedó modificado por el artículo 20 de la Ley No.36 de 1995, señaló en su parte pertinente que:

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

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

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

Si el Estado permite que los rellenos que se hagan sobre bienes de dominio público sean propiedad privada, estará perdiendo parte del patrimonio y de los elementos constitutivos del Estado, como lo es el mar territorial, playas, el lecho marino, etc.

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

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

Agregamos que las mejoras, rellenos u otras construcciones que se lleven a cabo en tales terrenos quedarán libres de costos a favor del Estado al finalizar tales concesiones. Ello es así porque los rellenos efectuados en dichas áreas constituyen bienes de dominio público.

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

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



168

Debido a la importancia que implica lo anterior, una norma de cualquier rango legal no debe transformar los bienes de dominio público, en privados...". (Demanda de Inconstitucionalidad presentada por el Licenciado Juan Carlos Henríquez Cano contra el artículo 2 de la Ley 5 de 1988)"

De lo anterior, se infiere claramente que los rellenos no son bienes patrimoniales del Estado, sino que son bienes de dominio público y no pueden ser objeto de venta.

Por tanto, siendo el relleno un bien de dominio público que se encuentra sobre el mar territorial por razón de la accesión que se da al integrarse a dicho bien principal, independientemente de que sea construido por un particular, resulta sencillo concluir que la naturaleza de otro bien accesorio construido sobre dicho relleno, mantiene la misma condición de bien de dominio público.

De esta forma se colige que la incorporación de bienes al mar territorial, harán extensiva la naturaleza de dicho bien de dominio público, a tales mejoras y en consecuencia, serán incorporadas al patrimonio del Estado.

Y es que si se permite que el Estado a través de rellenos, desafecte los bienes de dominio público, se estaría aprobando que parte del patrimonio de la Nación se viera disminuido, para aumentar los privados.

La Corte Constitucional colombiana ha afirmado que en materia de bienes de uso público "la Desafectación es el fenómeno jurídico por el cual un bien que ostenta la calidad de uso público deja de serlo, por cuanto cambia su calidad de bien de dominio público a la de un bien patrimonial ya sea del Estado o de los particulares. Es necesario aclarar que la desafectación no consiste en una extinción del dominio sino en una modificación del régimen jurídico que se le aplica." (Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, T-150 de 1995)

En cuanto a la afectación de bienes de uso público la aludida sentencia del Tribunal colombiano señala que "consiste en una manifestación de voluntad expresa del poder público, por medio del cual se incorpora un bien al uso o goce de la comunidad, ya sea directo o indirecto. Como se desprende de la anterior definición, para que el fenómeno de la afectación sea posible requiere de dos momentos claramente identificados: a) un aspecto material; esto es, la existencia de un bien apto



169

para el uso público y b) el aspecto intencional o subjetivo, que consiste en la declaración de voluntad o el accionar del órgano estatal que demuestra de manera directa e inequívoca el deseo de consagrar un bien al uso público.”

Lo que se pretende son controles rígidos y precisos para preservar el patrimonio nacional, y no permitir que aquello que pertenece a todos, sea fácilmente entregado a un particular, afectándose así a la colectividad. Por tal razón, se establecen como inalienables los bienes desarrollados en el artículo 258 de la Carta Magna, y aquellos que la ley defina como tales. Por tanto, es bajo la figura de la desafectación que puede darse una transformación en los mismos y hay que partir de premisas básicas que se desprenden del contenido del ya citado artículo 258 de la Constitución Política. La primera consistente en que existen bienes de dominio público naturales y reconocidos por la Carta Magna, y otros (artificiales) que pueden surgir de lo dispuesto en otras normas de menor jerarquía, como los que define el artículo 329 del Código Civil. Dicha norma del Código Civil se encuentra en el artículo 329 del Código Civil, Libro II, Título I, Capítulo IV, “De Los Bienes Según Las Personas A Que Pertenecen”.

A continuación el contenido del citado artículo, para mejor comprensión:

“Artículo 329. Son bienes de dominio público:

1. Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas; las playas, radas y otros análogos;

2. los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras no se otorgue su concesión;

3. el aire

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

A raíz de esta división, el tratamiento para unos y otros no es igual, ya que como indicamos, unos nacen por disposición constitucional y otros por otro tipo de normas. Aspecto éste que repercute en la forma en que debe y puede surtir su desafectación.



En este orden de ideas, resulta claro que el fondo de mar, por las características que posee y encierra, es uno de esos bienes de dominio público reconocido por la Norma Fundamental, de tal suerte, que es a través de la Constitución Nacional que debe surtir su desafectación. Caso contrario sería si lo que se pretende desafectar es un bien de dominio público establecido mediante una disposición de menor jerarquía. Aquí sí se podría concretar una transformación del bien a partir de una normativa de tal nivel.

Y es que resulta claro que lo antes exigido, obedece a planteamientos básicos que se pretenden desconocer bajo algunas corrientes, como lo es que en nuestro sistema jurídico actual, existe la supremacía constitucional, lo que da lugar a que normas que se encuentran debajo de ellas, no puedan trastocar su contenido y esencia.

En tal sentido el Pleno de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 30 de diciembre de 2004, manifestó lo siguiente:

“Finalmente, concluye expresando que **“NO PUEDE UNA LEY ORDINARIA TRASTOCAR E IR MAS ALLA DE LO QUE ESTABLECE LA LEY FUNDAMENTAL DEL ESTADO”**. En tal sentido, si la Constitución define y determina cuáles son los bienes de dominio público, es la Constitución la que debe decidir cuándo y ante cuáles circunstancias esos bienes pueden transmutarse en bienes patrimoniales consecuentemente ser susceptibles de apropiación privada. Nuestra Constitución ni siquiera prevé la posibilidad que una Ley Ordinaria pueda desafectar la calificación de bienes de dominio público. Lo que si consagra nuestra Carta Fundamental es la posibilidad de que una Ley Ordinaria establezca otros bienes, que no son de dominio público, como de dominio público, previa indemnización al propietario privado. Por tanto, la única forma de desafectación de los bienes que la Constitución determina como de dominio público, es a través de una reforma constitucional para que la misma contemple el mecanismo jurídico para ello.” (Demanda de Inconstitucionalidad presentada por el Licenciado Juan Carlos Henríquez Cano contra el artículo 2 de la Ley 5 de 1988)

Siendo esto así, las cláusulas que pactan que la sociedad Fuerte Amador Resort y Marina puede traspasar las mejoras y edificaciones que se construyan sobre la



parcela N°22 a terceros, implica un agravio a nuestra Carta Magna que prohíbe, de manera expresa, la apropiación privada de este tipo de bienes. 171

La cláusula de registro del título de propiedad y la posibilidad y opción de venta a Fuerte Amador Resort y Marina, tanto sobre las mejoras o bienes accesorios, como de la parcela N°22, es a todas luces inconstitucional, según lo que venimos explicando.

Cabe anotar que la Autoridad de la Región Interoceánica (ARI) fue creada mediante Ley No.5 de 1993, modificada por la Ley No.7 de 1995 y es una entidad del Estado encargada de administrar y custodiar lo bienes revertidos a Panamá como consecuencia del cumplimiento de los Tratados Torrijos-Carter.

Dentro de la gama de bienes revertidos, se encuentran bienes que pueden ser objeto de apropiación privada y bienes de dominio público.

En consecuencia, las facultades de la Autoridad de la Región Interoceánica para contratar, arrendar, enajenar y dar en concesión bienes revertidos en nombre y representación del Estado panameño, no son ilimitadas, pues se encuentran sujetas a la Ley y a la Constitución; última ésta que establece un régimen especial para ciertos bienes del Estado, que no puede ser desconocido por la Autoridad en detrimento del Estado.

En cuanto al tema de la retroactividad los fallos del Pleno de la Corte Suprema de Justicia que constituyen parte del bloque de la Constitucionalidad, son de carácter obligatorio y vinculante, pues forman parte de la Constitución Nacional, ya que establecen en forma reiterativa y constante, que tratándose de la declaratoria de inconstitucionalidad de un acto individualizado tiene efectos de nulidad constitucional retroactivos o ex tunc, la declaratoria de su inconstitucionalidad. Lo anterior se encuentra reconocido en fallos del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, entre ello el de 22 de abril de 1994, que establece:

"En el caso que nos ocupa la declaratoria de inconstitucionalidad decretada mediante fallo de 11 de mayo de 2009, recae sobre un acto individualizado de carácter jurisdiccional que afecta derechos subjetivo, y tiene como consecuencia efectos retroactivos de acuerdo a la doctrina del bloque de la inconstitucionalidad, pues esta ha sido doctrina constante y reiterada, establecida para otros actos individualizados declarados inconstitucional, ya que de



172

lo contrario como señala la doctrina constitucional constante y reiterada, sus efectos se colocarían en un ámbito de aplicación insignificante o inocuo, lo que deviene y busca ser congruente con la función del Tribunal Constitucional, cuales son: restaurar el orden jurídico conculcado, eliminar material litigioso e impedir la repetición sucesiva de las mismas controversias.”

En posturas jurisdiccionales más recientes, se ha dicho que :

”.... la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha cambiado, dentro de la jurisdicción constitucional objetiva al otorgarle a las sentencias efectos retrospectivos o ex-tunc, sobre todo en actos individualizados que presenten características especiales o cuando exista un perjuicio actual de derechos subjetivos.” (Cfr. Registro Judicial de abril de 1998, pág. 112, Sentencia del Pleno de la Corte de 31 de mayo de 2002):

En consideración a las referencias judiciales que vienen reseñadas, la Corte Suprema de Justicia señala que, en el caso que ahora nos ocupa, dado que el contrato censurado es un acto de carácter eminentemente individualizado, puesto que sólo afecta la vinculación jurídica de quien fue beneficiado con el mismo, se debe colegir que, su declaratoria de inconstitucionalidad, tiene efectos retrospectivos o ex-tunc. No se puede perder de vista que la sentencia constitucional, por garantizar el fiel cumplimiento de preceptos superiores, debe tener la virtualidad y trascendencia de restituir las cosas, una vez se determine la inconstitucionalidad del acto, al estado natural en el que se encontraban; de lo contrario, se estaría dando validez, al menos tácitamente, a la materialización y vigencia de actos, que son el resultado de infracciones constitucionales, lo que no debe concebirse, pues de ser así el pronunciamiento emitido por esta máxima Corporación de Justicia se colocaría en un ámbito de aplicación insignificante.

Finalmente, resulta oportuno señalar que, si bien la parte actora ha enfatizado las expresiones que sirven de apoyo a la demanda, se advierte en el contexto de las normas cuestionadas, contenidos adicionales que se ubican dentro del objeto de la pretensión.

Con fundamento en lo citado y respetando el principio de congruencia, se decretará la inconstitucionalidad de las frases enfatizadas por el demandante y



aceptadas por la Procuraduría de la Administración y además aquellas que dentro de las cláusulas mencionadas se refieren al objeto de la pretensión en los términos solicitados. 173

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia-Pleno, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE SON INCONSTITUCIONALES LAS SIGUIENTES FRASES** contenidas en el Contrato N°609-98 suscrito entre la Autoridad de la Región Interoceánica y la sociedad Fuerte Amador Resort y Marina, publicado en la Gaceta Oficial N°23,705 de 5 de enero de 1999 que a continuación se enumeran:

A. La frase contenida en la cláusula dieciocho (18):

"...LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA está obligada a declarar e inscribir el título constitutivo de dominio a su favor sobre las edificaciones o mejoras de carácter permanente que construya sobre LA PARCELA NÚMERO VEINTIDÓS (22) dentro del término de seis (6) meses contados a partir de la expedición del Permiso de Ocupación correspondiente. El título constitutivo de dominio de dichas instalaciones o mejoras de carácter permanente que LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA edifique sobre LA PARCELA NÚMERO VEINTIDÓS (22) serán inscritas a su favor..."

F. La frase contenida en la cláusula veinte (20):

"TRASPASO DE LAS MEJORAS DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO.

LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA podrá vender las mejoras e instalaciones de su propiedad a terceros o a LA NACIÓN, previa autorización de la AUTORIDAD. Sin embargo, LA NACIÓN no estará obligada a comprar las mejoras o instalaciones que LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA decida vender.

El adquirente de las mejoras o instalaciones deberá convenir con LA AUTORIDAD, su subrogación en los derechos y obligaciones dimanadas del presente contrato a cargo de la ARRENDATARIA-INVERSIONISTA, y deberá cumplir con todas las obligaciones que este contrato impone, principalmente el pago de la renta correspondiente al arrendamiento de la tierra sobre la cual estén construidas las mejoras vendidas.

En caso de que LA NACIÓN opte por comprar las mejoras...

Las ventas de las mejoras deberá realizarse de la forma que establezcan los procedimientos legales vigentes en ese momento".

G. La frase contenida en la cláusula veintiuna (21):

"LAS MEJORAS AL TÉRMINO DEL CONTRATO. hacer suyas las mejoras construidas por la ARRENDATARIA-INVERSIONISTA, pagando por dichas mejoras el valor determinado por las autoridades ... o vender la parcela arrendada a LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA de la forma aquí indicada".



CH. La frase contenida en la cláusula veintidós (22):

"...VALOR Y FORMA DE PAGO DE LAS MEJORAS.
...hacer suyas las mejoras construidas por la ARRENDATARIA-
INVERSIONISTA...el valor deberá ser determinado por las
autoridades correspondientes...

H. La frase contenida en la cláusula veintitrés (23):

"...DERECHO PREFERENCIAL DE COMPRA DE LA PARCELA
...LA AUTORIDAD está autorizada para incluir en este contrato un
derecho preferencial de compra a favor de LA ARRENDATARIA-
INVERSIONISTA. Por consiguiente, LA AUTORIDAD por este
medio confiere a LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA el derecho
preferencial de compra de la PARCELA NUMERO VEINTIDÓS (22)
en el caso de que la AUTORIDAD decida venderla, cuya venta se
realizará sujeta a los procedimientos legales vigentes en ese
momento.

Si en cualquier momento de la vigencia del presente contrato o a su terminación LA AUTORIDAD decide vender la PARCELA NÚMERO VEINTIDÓS (22), deberá notificar inmediatamente a la ARRENDATARIA-INVERSIONISTA de su decisión, comunicándole los términos completos de su oferta y LA ARRENDATARIA podrá, desde ese momento, ejercer su derecho preferencial de compra sobre la parcela en los términos establecidos en la oferta.

LA ARRENDATARIA -INVERSIONISTA deberá ejercer su derecho preferencial de compra notificando por escrito a LA AUTORIDAD dentro de los sesenta (60) días laborales siguientes a la comunicación de la oferta de venta, su aceptación de comprar las condiciones ofrecidas por LA AUTORIDAD.

Vencido este plazo sin recibir de la ARRENDATARIA-INVERSIONISTA su aceptación de comprar, o en caso de que sin haber vencido este plazo, LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA exprese por escrito su decisión de no comprar, LA AUTORIDAD podrá vender LA PARCELA NÚMERO VEINTIDÓS (22) a terceros, siempre y cuando no ofrezca condiciones más ventajosas que las ofrecidas a LA ARRENDATARIA-INVERSIONISTA.

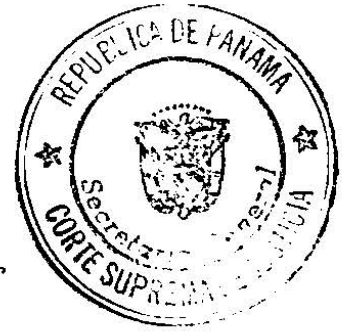
I. La Frase contenida en la cláusula veinticuatro (24):

"...VENTA DE LA PARCELA A TERCEROS,
En el evento de que LA AUTORIDAD venda LA PARCELA NÚMERO
VEINTIDÓS (22) a persona distinta de la ARRENDATARIA-
INVERSIONISTA, LA AUTORIDAD deberá pactar con el adquirente,
en el contrato de compraventa correspondiente, que el comprador;

Notifíquese,


ABEL AUGUSTO ZAMORANO
MAGISTRADO





27

[Handwritten signature]

OYDÉN ORTEGA DURÁN
MAGISTRADO

[Handwritten signature]
JOSÉ E. AYÚPRADO CANALS
MAGISTRADO

[Handwritten signature]
VÍCTOR L. BENAVIDES P.
MAGISTRADO

[Handwritten signature]
HERNÁN A. DE LEÓN BATISTA
MAGISTRADO

[Handwritten signature]
WILFREDO SÁENZ FERNÁNDEZ
MAGISTRADO

[Handwritten signature]
LUIS R. FÁBREGA S.
MAGISTRADO
VOTO RAZONADO

[Handwritten signature]
JERÓNIMO MEJÍA E.
MAGISTRADO

[Handwritten signature]
HARLEY J. MITCHELL D.
MAGISTRADO

[Handwritten signature]
YANIXSA Y. YUEN
SECRETARIA GENERAL

SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
En Panamá a los 9 días del mes de octubre de
año 2015 a las 3:00 de la tarde
Notifico a Procurado de la resolución anterior

[Handwritten signature]
Firma del Notificado

Procurador de la Administración

LO ANTERIOR SE LE NOTIFICÓ
DE SU...
Per... 30 de octubre 2015
[Handwritten signature]
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
OMAR SIMITI GORDÓN
OFICIAL MAYOR IV
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

175

ENTRADA No. 401-05 PONENTE: MAG. ABEL AUGUSTO ZAMORANO
DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD FORMULADA POR EL LICENCIADO JUAN CARLOS HENRÍQUEZ CANO, EN SU PROPIO NOMBRE Y REPRESENTACIÓN CONTRA CIERTOS PÁRRAFOS DE LOS ARTÍCULOS 18, 20, 21, 22, 23 Y 24 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA No. 609-98 DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1998, SUSCRITO ENTRE LA AUTORIDAD DE LA REGIÓN INTEROCEÁNICA Y LA SOCIEDAD FUERTE DE AMADOR RESORT Y MARINA.



VOTO RAZONADO DEL MAGISTRADO LUIS RAMÓN FÁBREGA

Si bien es cierto concuerdo con lo expuesto en el presente proyecto, sugiero que en el mismo se debe advertir a las partes que el contrato de concesión administrativa en estudio debe ser reformulado para llenar los vacíos de las frases que han sido declaradas inconstitucionales (ADENDA), o hacer la salvedad de que con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad de las partes y analizando que el sentido de este (Contrato de Concesión Administrativa No. 609-98 de 11 de noviembre de 1998), no afecta o podría afectar más adelante a alguna de las partes intervinientes en el contrato, quedando con los vacíos existentes en el fondo y en la forma.

De esta manera quedaría claro para ambas partes que al declarar inconstitucional las frases de los artículos en estudio, los mismos pierden el sentido y quedan en un limbo jurídico, porque se desprende de la lectura de estos que las ideas no son cónsonas, ni pueden ser interpretadas de manera razonada, por ende resulta sumamente difícil su interpretación y comprensión.

Estos comentarios debieron ser acogidos para evitar que más adelante se pueda suscitar un inconveniente entre las partes, al darle un sentido diferente a las frases de los artículos declaradas inconstitucionales, por consiguiente considero necesario aclarar estos puntos, fundamentándose en el principio de congruencia, tal como se está mencionado en el proyecto, pero haciendo énfasis, en las sugerencias antes mencionadas.

Por los motivos expuestos, hago este voto razonado.

LUIS RAMÓN FÁBREGA S.
 MAGISTRADO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

YANIXA Y. YUEN C.
 SECRETARIA GENERAL

LO ANTERIOR ES FIEL COPIA
 DE SU ORIGINAL

Penabón, 24 de Nov de 2015

 Omar SIMITI GORDÓN
 OFICIAL MAYOR IV
 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA