

Comentarios al Fallo de la Corte Suprema de Justicia que declaró que es inconstitucional el artículo 2-A de la Ley No. 5 de 15 de abril de 1988 *“Por la cual se establece y regula el Sistema de Ejecución de Obras Públicas por el Sistema de Concesión Administrativa y se adoptan otras disposiciones”*, adicionado por la Ley 76 de 15 de noviembre de 2010.

Por
Linda B. Domínguez S.*

Mediante fallo del 13 de mayo de 2021, la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional el artículo 2-A de la ley 76 de 15 de noviembre de 2010, que modificaba la Ley 5 de 15 de abril de 1988, por la cual se establece y regula la ejecución de obras públicas mediante el sistema de concesión administrativa, ratificando el criterio vertido por esa corporación, conforme el cual no es posible la apropiación privada de bienes de dominio público.

La norma demandada, tal como se indica en el fallo analizado, restablecía la facultad del Estado “para pactar con los concesionarios la construcción y habilitación de nuevas áreas de terreno que resulten del relleno de lecho marino con el objetivo de que las fincas así creadas puedan ser desafectadas por el Consejo de Gabinete y, acto seguido, inscribirse como bienes patrimoniales de la Nación con el ulterior propósito de traspaso al concesionario o a un fideicomiso como medio para garantizar el financiamiento del proyecto y/o amortizar el monto total recuperable de la concesión”.

*Asistente legal del Despacho Superior.

El pronunciamiento se da por razón de las demandas de inconstitucionalidad promovidas por los abogados Juan Carlos Henríquez Cano y Víctor Manuel Martínez Cedeño, las cuales fueron acumuladas por razón de identidad de la petición y a pesar de las opiniones adversas del entonces Procurador de la Administración, Oscar Ceville, y de dos magistrados que integran el Pleno, se reiteró el criterio vertido en sentencia de inconstitucionalidad dictada el 30 de diciembre de 2004, que versaba sobre la misma temática. En referencia a dicha sentencia, el Pleno enfatizó que los argumentos en que se apoyó aquella decisión, “conservan hoy, el mismo rigor y vigencia jurídica, pues ningún cambio se ha producido en la Constitución, que justifique una reinterpretación de disposiciones que gravitan en torno a la habilitación efectuada por el legislador para enajenar, en favor de concesionarios, rellenos sobre bienes de uso y dominio públicos”.

Consideraciones sobre el fallo

El primer aporte que valoramos del fallo es el ejercicio de docencia desplegado por el Pleno, al ofrecer una serie de precisiones conceptuales en torno a términos ampliamente utilizados, cuyo adecuado manejo resulta clave para comprender el sentido del fallo. Igualmente, ofrece una exposición sistemática de las modificaciones realizadas al artículo 2 de la Ley 5 de 15 de abril de 1988, desde su origen hasta la actualidad y los antecedentes jurisprudenciales, en virtud de las múltiples demandas de que ha sido objeto.

En cuanto a las precisiones terminológicas, se aclara que “los bienes nacionales son un género que comprende entre sus especies tanto los de dominio público como los patrimoniales”. Al referirse a los

bienes de dominio público, aclara que el término es equivalente al de bienes públicos utilizados por el constituyente en las Cartas de 1946 y 1972, y los define como aquellos “sobre los cuales el Estado tiene un poder de policía y no derecho de propiedad”. Al describirlos señaló que “Los bienes de dominio público del Estado son, por tanto, inalienables, imprescriptibles e inembargables” atributos que resultan opuestos al concepto de desafectación, que definió como “el fenómeno jurídico por el cual un bien que ostenta la calidad de uso público deja de serlo” afirmando que el anclaje jurídico de esta figura (la desafectación), no debe buscarse en el Código Civil u otra norma legal, sino en la Constitución, y en Panamá se encuentra expresamente prohibida su aplicación sobre bienes de dominio público.

Al exponer en el fallo las modificaciones legales a que ha sido sometido el artículo 2 de la Ley 5, afirmó que la Asamblea Nacional ha quebrantado la prohibición del numeral 1 del artículo 163 de la Constitución Política, al incurrir nuevamente en la expedición de una Ley contraria al texto y al espíritu de la norma constitucional, agregó que “Si algo demuestra que la presente temática siga siendo objeto de análisis constitucional y que la Asamblea Nacional, cada tanto, insista en la expedición de leyes que permitan desafectar bienes del Estado constitucionalmente resguardados, es que dicha práctica no se emprende por el prurito de otorgarle la calidad de “bien patrimonial” a ciertas parcelas de propiedad de la Nación, sino que persigue brindar respaldo legal para su enajenación”.

El tema de los derechos que se pueden otorgar sobre los rellenos del lecho marino ha sido objeto de pronunciamientos desde 1970 hasta la actualidad y la ambigüedad jurisprudencial en cuanto a este, que

opera básicamente sobre la posibilidad o no de que puedan ser objeto de apropiación privada, no encuentra una solución pacífica.

La defensa a la tesis de que opere la apropiación sobre estos bienes se apoya en que es viable luego de un proceso de transformación del bien de uso público en bien patrimonial, a fin de que puedan ser objeto de desafectación y por lo tanto ser “susceptible de aprovechamiento”.

Argumentan quienes se decantan por este criterio que estos procesos de transformación encuentran justificación en distintas normativas (Código Civil, Código Fiscal), en virtud de la reserva legal consagrada en el texto constitucional, es decir, aunque no de forma explícita, es constitucionalmente viable que opere la desafectación del bien público a través de los mecanismos legales existentes.

Sustentan su tesis en la premisa de que las modificaciones sobre un bien estatal (de uso público o patrimonial) puede implicar la pérdida de aquellos atributos que le caracterizan como tal y por ende de su función social.

De la tesis opuesta, defendida por la mayoría del Pleno, se desprende que no opera la reserva legal aludida, ya que la claridad de la normativa constitucional relativa a la imposibilidad de que opere la apropiación privada sobre bienes de uso público, es incuestionable. La voluntad del constituyente a lo largo de la evolución constitucional ha sido mantener dicho criterio desde 1941 hasta la actualidad, por lo tanto, no es viable aplicar normativa legal cuya vigencia (1917), es previa a la consignación de dicho criterio constitucional.

Además, aseveran que la calidad de bien público, que implica la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad del mismo, se extiende a los rellenos construidos sobre estos, por lo tanto, si el bien es dado en concesión, ambos deberán revertir al Estado.

La primera tesis por vía de la interpretación y aplicación de normas legales procura el aprovechamiento económico de un bien de dominio público que, por no ser útil al uso o servicio colectivo, puede ser desafectado y pasar a manos de particulares, y la tesis apoyada por la mayoría del Pleno invoca la guarda de la Constitución y de la voluntad del constituyente dirigida a establecer sin lugar a interpretaciones, la prohibición dirigida a impedir la pérdida de sus elementos constitutivos como lo son el mar territorial, las playas y el lecho marino.

El fallo resulta enriquecedor, dado que aborda ambas posiciones con profundidad, y no resultan descabelladas ninguna de las fundamentaciones legales que justifican cada postura. Sin embargo, por muy relevante que resulte la interpretación de la norma constitucional en dirección de la promoción de prácticas que redunden en posibles beneficios económicos para el Estado, corresponde al Pleno la guarda de la integridad de la Constitución, de cuyas normas se desprende el bienestar social y el interés público.

Las concesiones administrativas constituyen una importante actividad realizada por el gobierno, para estimular la inversión de empresas privadas en proyectos de desarrollo de obras públicas, a fin de proveer bienes y servicios que le permitan, con apego a la ley, desarrollar sus funciones y satisfacer las necesidades de los administra-

dos de forma eficiente y oportuna, por lo que debe procurarse en el marco de la estricta seguridad jurídica, que se garanticen los intereses del Estado y de los proveedores y el estricto cumplimiento de las responsabilidades de cada uno, y en ese sentido, es imprescindible el consenso en la aplicación de los criterios jurisprudenciales sobre el tema.