

Artículo publicado en la Revista “Centro Financiero” - Órgano informativo de la Asociación Bancaria de Panamá

**Año 24, No. 154
Mayo / Agosto 2012**

LA DESAFECTACIÓN DEL ‘MAR TERRITORIAL’ EN PANAMÁ

Por. Julio E. Linares Franco
Bufete Tapia, Linares y Alfaro

De acuerdo con el artículo 258 de nuestra Constitución Política, el mar territorial (entre algunos otros bienes como las riberas de playas, el espacio aéreo o la plataforma continental submarina) es de uso público y por ende, no puede ser objeto de apropiación privada. Este criterio fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 30 de diciembre de 2004. En dicho fallo la Corte dejó claro y sentado que los rellenos que se hacen sobre bienes de dominio público, como el mar territorial, mantienen esa calidad de uso público y por ende, son inalienables.

Sucede que mediante la Ley No. 36 de 6 de julio de 1995 sobre concesiones administrativas, se agregaron una frase e inciso final al artículo 2 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. A través de la adición de esa frase e inciso final, se permitió la enajenación de bienes del Estado en el caso de concesiones, incluyendo la facultad de rellenar tales bienes, convirtiéndose los rellenos sobre bienes de dominio público (o lo que es igual, sobre el mar territorial) en bienes patrimoniales del Estado, los cuales sí serían objeto de disposición o traspaso a terceros. La frase final que se incluyó al artículo 2 aludido decía “ ... *enajenación de bienes del Estado en favor del concesionario, incluyendo la facultad de rellenar tales bienes o por cualquier otra forma que se convenga.*” Y el inciso final señalaba: “*En el caso de rellenos sobre bienes de dominio público, las áreas rellenadas constituirán bienes patrimoniales del Estado*”.

La razón de esta adición fue avalar en aquel momento la transferencia de terrenos ganados al mar, a la empresa ICA Panamá, S.A., como una de las tantas contraprestaciones del gobierno de turno por la construcción del Corredor Sur. Fue en base a estas adiciones al artículo 2 mencionado, que se ejecutó y rubricó el Contrato No. 70-96 de 6 de agosto de 1996 por el cual el Estado panameño le otorga concesiones a ICA, incluyendo la adquisición de rellenos al mar. Pero con muy buen criterio, en su fallo de 30 de diciembre de 2004, la Corte declara inconstitucionales la frase e inciso

final del artículo 2 de la Ley No. 5 de 15 de abril de 1988, según quedó modificado por la Ley No. 36 de 6 de julio de 1995, dado que vulneraba el artículo 255 de la Constitución Nacional (actual artículo 258).

En aquel fallo, cuyo decisión fue unánime, la Corte destacó de manera correcta entre otras cosas, lo siguiente: *“Como consecuencia de lo anterior, esta Corporación de Justicia puede manifestar entre otras cosas que, los bienes de dominio público no deben perder tal carácter por el solo hecho de que se de una concesión administrativa o cualquiera otras, lo correcto es que se desafecten a través de una ley de igual jerarquía a la que los creó como tal. Si se está 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.”*

El fallo aludido no deja ninguna duda. Solo se pueden desafectar los bienes de dominio público a través de una reforma constitucional, por haber sido nuestra Carta Política la que les dio tal calidad, así como la imposibilidad de que fuesen objeto de apropiación privada. Además la transformación del mar territorial en propiedad privada, a través de un relleno, haría perder al Estado parte de su patrimonio y elemento constitutivo. Y como si todo esto fuera poco, se afirma en el fallo de la Corte en 2004 que el relleno realizado sobre el mar territorial debe revertir al Estado, como parte de un bien principal (el mar territorial) que es de uso público y no se puede transferir a manos privadas.

Este fallo implicó que el Contrato No. 70-96 fue basado (en lo que respecta a los rellenos al mar traspasados a ICA) en una norma declarada inconstitucional por lo cual, esos rellenos solamente se podían otorgar en concesión o administración, pero nunca traspasarse a nombre de terceros. Por esa razón, mediante Resolución de 5 de mayo de 2005 la Corte Suprema de Justicia admite una acción de inconstitucionalidad en contra de aquellos artículos del Contrato No. 70-96, relacionados con los rellenos sobre el mar territorial traspasados a favor de ICA, por haber sido éstos ratificados por la Corte el año anterior como bienes de dominio público, no susceptibles de apropiación privada.

Ahora bien, al destacar el artículo 2573 del Código Judicial que los fallos de inconstitucionalidad no tienen efectos retroactivos, entendemos que a esas alturas no era posible despojar a terceros de buena fe de propiedades adquiridas a raíz de la venta de lotes y propiedades sobre los rellenos otorgados a ICA. Pero esto no impedía bajo ninguna circunstancia que la Corte mantuviera su obligación, de acuerdo al artículo 206 de la propia Constitución, de guardar la integridad de esta Carta Magna y por ende,

respetar aquellos fallos cuyas decisiones cumplieran a cabalidad lo señalado en la Constitución Política. Y más aún, si esas decisiones iban a tener efectos a futuro (*ex nunc*), por lo que no afectarían derechos adquiridos ni la seguridad jurídica. A pesar de lo anterior, en una sentencia que provocó tres salvamentos de voto, nuestra Corte Suprema de Justicia da un giro completo a lo decidido solo dos años antes, y el 11 de diciembre de 2006 declara que no son inconstitucionales las cláusulas del Contrato No. 70-96 de 6 de agosto de 1996, suscrito entre el Estado panameño e ICA, afirmando ahora que el traspaso de los rellenos era totalmente legítimo.

La razón esgrimida fue un lejano fallo de 25 de septiembre de 1970, por el cual según la Corte, “ *... se concluye que existe la figura jurídica de la desafectación, 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*”. Según la Corte ahora, por este fallo de 1970 existe la figura de la desafectación antes de la modificación al artículo 2 de la Ley 5 de 1988. Y en virtud de ello, concluye el 11 de diciembre de 2006 que “ *... como consecuencia de la certeza jurídica de la existencia de la figura de la desafectación, 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. Eso 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*”.

Antes de invocar un fallo bastante limitado de 1970 o de cualquier otra época, la Corte debió invocar la Constitución o bien, aquellos fallos cuyas decisiones sí fueron sustentadas en la Constitución Política como lo fue la sentencia de 30 de diciembre de 2004. Y es que en la decisión de la Corte en 2006, aparte de transcribir gran parte de la sentencia de 1970, no realiza una explicación técnica ni con mínima profundidad sobre el porque impone, según nuestra humilde opinión, un criterio erróneo esgrimido hacía casi 40 años sobre un desarrollo correcto y objetivo de lo que dispone la Constitución Política vigente (no la de 1946 que regía en 1970), tal como fuera plasmado en la sentencia de 30 de diciembre de 2004. Inconcebible además, que si la ley que autoriza disponer rellenos del Estado sobre el mar territorial es declarada inconstitucional, el contrato que se basó en dicha ley para precisamente, disponer de esos rellenos, no lo sea.

En 2006, la Corte fue más allá al facultar la realización de rellenos como retribuciones para concesionarios que construyen obras públicas, en calidad de contraprestaciones. Una especie de “vestido a la medida” que pareció beneficiar a un particular en un momento dado. Y para acabar de rematar, no existe actualmente una legislación, un criterio o una política que regule la facultad de desafectar bienes de dominio público, como el mar territorial cuando es objeto de rellenos, para convertirlos

en bienes patrimoniales y traspasarlos a terceras personas. Con esta sentencia de 2006, parece que se ha sacrificado el interés público para beneficio de particulares.

En síntesis de acuerdo con el último fallo de 2006 de la Corte Suprema de Justicia, el mar territorial al igual que el resto de los bienes de uso público descritos en el artículo 258 de la Constitución Política, puede ser objeto, a través de rellenos, de desafectación para beneficiar a particulares. Esto a pesar de que el propio artículo 258 señala taxativamente que estos bienes no pueden ser objeto de apropiación privada.