



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

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

VISTOS:

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

I. NORMA ACUSADA DE INCONSTITUCIONAL

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

"Artículo 2-A: El Estado podrá pactar con el concesionario la construcción y habilitación de las nuevas áreas de terreno que resulten del relleno del lecho marino u otros medios para desarrollos habitacionales o comerciales, de modo que las nuevas fincas así creadas puedan garantizar el financiamiento del proyecto y/o amortizar el monto total recuperable de la concesión.
En estos casos, previo consentimiento de la entidad licitante, las nuevas fincas resultantes deberán ser desafectadas e inscritas como bienes patrimoniales de la Nación mediante resolución del Consejo de Gabinete, y traspasadas al concesionario o, según sea el caso, a un fideicomiso de administración y garantía, en ambos casos para los fines de la concesión.
Las nuevas fincas que sean traspasadas al concesionario o a un fideicomiso, según lo establecido en el párrafo anterior, podrán ser utilizadas como garantía de las facilidades de financiamiento de la concesión y ser vendidas para los fines de la concesión mediante subasta privada, bajo la fiscalización del Ministerio de Economía y Finanzas, conforme a las siguientes reglas:

1. El concesionario dirigirá y administrará el proceso de la subasta privada, la cual podrá ser mediante convocatoria al público en general (subasta abierta) o por invitación directa con base en una lista corta (subasta cerrada).
2. El procedimiento de subasta será creado por el concesionario y puesto en conocimiento de los participantes y del Ministerio de Economía y Finanzas, y estará orientado a garantizar la transparencia de las ofertas y la eventual adjudicación de las fincas a precios de mercado. La subasta podrá convocarse para ventas individuales de fincas o grupos de fincas, a criterio del concesionario. En cada caso, el precio base de la subasta será fijado por el concesionario.
3. El Ministerio de Economía y Finanzas podrá asistir a las reuniones que se celebren en relación con la subasta con los posibles interesados. También podrá solicitar información al concesionario sobre el proceso para fines de fiscalización.
4. En caso de que, luego de dos intentos de subasta abierta, esta sea declarada desierta por falta de ofertas o por haberse recibido ofertas por debajo del precio base de la subasta, el concesionario podrá vender a terceros la finca o las fincas en cuestión sin necesidad de convocar a subasta. Para los fines de este numeral, entre una y otra subasta sobre los mismos bienes deberán transcurrir por lo menos treinta días hábiles.
5. El Estado, por conducto del Ministerio de Economía y Finanzas, podrá adquirir fincas del concesionario en los casos y para los fines pactados en el contrato de concesión correspondiente.



II. NORMAS CONSTITUCIONALES QUE SE CONSIDERAN INFRINGIDAS

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

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

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

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

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

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



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

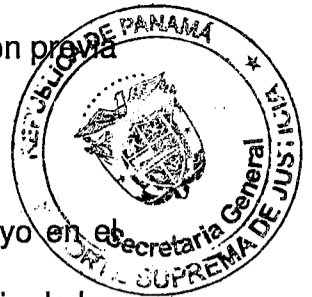
Argumenta que la disposición demandada viola, de manera directa, el artículo 258 de la Constitución Política, puesto que el lecho marino forma parte del mar territorial y, por lo tanto, cualquier relleno que se construya sobre el mismo, constituye, de igual manera, un bien de dominio público que no puede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

III. OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

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

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

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



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

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

IV- FASE DE ALEGATOS

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

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

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

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



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

V- CONSIDERACIONES Y DECISIÓN DEL PLENO

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

² Gaceta Oficial N° 21,030 de 18 de abril de 1988 y N° 26,660-A de 15 de noviembre de 2010.
³ De hecho, el constituyente de 1941, el primero en referirse a ellos, los califica como bienes de "dominio público".
⁴ BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo, Tomo III. 1980. Página 454-455.
⁵ *Ibíd*em, páginas 459-460.

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



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

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

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

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

⁷ No susceptibles de usucapión.

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

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

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

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



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

El Antecedente Jurisprudencial

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

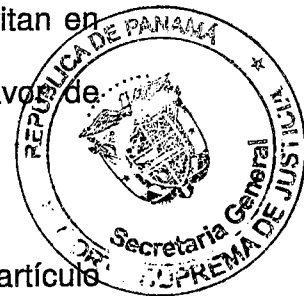
**"Artículo 2. Mediante el sistema de concesión administrativa, una persona jurídica o entidad se obliga por su cuenta y riesgo, a realizar cualquiera de las actividades susceptibles de concesión a que se refiere esta Ley, bajo el control y fiscalización de la entidad concedente, a cambio de una retribución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

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

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

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

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



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

Ley 5 de 15 de abril de 1988.	Ley 31 de 30 de diciembre de 1994 ¹³ .	Ley 36 de 6 de julio de 1995
<p>"Artículo 2: Mediante el sistema de concesión administrativa, una persona jurídica o entidad se obliga, por su cuenta y riesgo, a realizar cualesquiera de las actividades susceptibles de concesión a que se refiere esta ley, bajo el control y fiscalización de la entidad concedente, a cambio de una retribución que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación del Órgano Ejecutivo, el primero cobre a los usuarios de tales obras por el tiempo que se determine en el acto que otorgue la concesión, o en cualquier otra forma que se convenga".</p>	<p>"Artículo 2. Mediante el sistema de concesión administrativa, una persona jurídica o entidad se obliga, por su cuenta y riesgo, a realizar cualesquiera de las actividades susceptibles de concesión a que se refiere esta ley, bajo el control y fiscalización de la entidad concedente, a cambio de una retribución que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación del Órgano Ejecutivo, el primero cobre a los usuarios de tales obras por el tiempo que se determine en el acto que otorga la concesión, mediante la utilización de bienes del Estado por el concesionario, incluyendo la facultad de rellenar tales bienes, o por cualquier otra forma que se convenga".</p>	<p>"Artículo 2. Mediante el sistema de concesión administrativa, una persona jurídica o entidad se obliga por su cuenta y riesgo, a realizar cualquiera de las actividades susceptibles de concesión a que se refiere esta Ley, bajo el control y fiscalización de la entidad concedente, a cambio de una retribución que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación del Órgano Ejecutivo, el primero cobre a los usuarios de tales obras, por el tiempo que se determine en el acto que otorga la concesión, mediante la utilización o enajenación de bienes del Estado en favor del concesionario, incluyendo la facultad de rellenar tales bienes o por cualquier otra forma que se convenga. En el caso de rellenos sobre bienes de dominio público, las áreas rellenadas constituirán bienes patrimoniales del Estado¹⁴".</p>
Ley 52 de 28 de diciembre de 2005 ¹⁵ .	Ley 76 de 15 de noviembre de 2010	
<p>"Artículo 2: Mediante el sistema de concesión administrativa, una persona jurídica o entidad se obliga, por su cuenta y riesgo, a realizar cualesquiera de las actividades susceptibles de concesión a que se refiere esta ley, bajo el control y fiscalización de la entidad concedente, a cambio de una retribución que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación del Órgano Ejecutivo, la persona jurídica o la entidad cobre a los usuarios de tales obras, por el tiempo que se determine en el acto que otorgue la concesión o en cualquier otra forma que se convenga¹⁶".</p>	<p>"Artículo 2: Mediante el sistema de concesión administrativa, una persona jurídica o entidad se obliga, por su cuenta y riesgo, a realizar cualesquiera de las actividades susceptibles de concesión a que se refiere esta ley, bajo el control y fiscalización de la entidad concedente, a cambio de una retribución que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación del Órgano Ejecutivo, la persona jurídica o la entidad cobre a los usuarios de tales obras, por el tiempo que se determine en el acto que otorgue la concesión o en cualquier otra forma que se convenga.</p> <p>Artículo 2-A. El Estado podrá pactar con el concesionario la construcción y habilitación de las nuevas áreas de terreno que resulten del relleno del lecho marino u otros medios para desarrollos habitacionales o comerciales, de modo que las nuevas fincas así creadas puedan garantizar el financiamiento del proyecto y/o amortizar el monto total recuperable de la concesión.</p> <p>En estos casos, previo consentimiento de la entidad licitante, las nuevas fincas resultantes deberán ser desafectadas e inscritas como bienes patrimoniales de la Nación mediante resolución del Consejo de Gabinete, y traspasadas al concesionario o, según sea el caso, a un fideicomiso de administración y garantía, en ambos casos para los fines de la concesión.</p> <p>Las nuevas fincas que sean traspasadas al concesionario o a un fideicomiso, según lo establecido en el párrafo anterior, podrán ser utilizadas como garantía de las facilidades de financiamiento de la concesión y ser vendidas para los fines de la concesión mediante subasta privada, bajo la fiscalización del Ministerio de Economía y Finanzas, conforme a las siguientes reglas:</p> <p>...</p>	

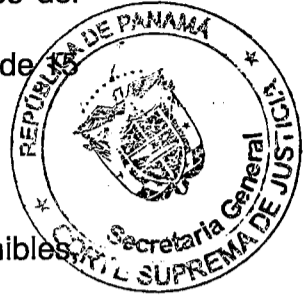
¹³ Gaceta Oficial N° 22,694 de 31 de diciembre de 1994.

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

²⁰ Gaceta Oficial N°25806 de 5 de junio de 2007.
²¹ Gaceta Oficial N°27771 de 30 de abril de 2015.
²² Gaceta Oficial N°28667 de 4 de diciembre de 2018.
²³ Gaceta Oficial N°28963 de 17 de febrero de 2020.

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



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

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

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

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

²⁴ Gaceta Oficial N°29097 de 24 de agosto de 2020.
²⁵ Gaceta Oficial N°29213 de 5 de febrero de 2021.