

Panamá, 7 de mayo de 2004.

Ingeniero

Alfredo Arias Grimaldo

Administrador General de la

Autoridad de la Región Interoceánica

E. S. D.

Señor Administrador:

En cumplimiento de nuestras funciones como asesores de los funcionarios de la Administración Pública, nos permitimos ofrecer contestación a la consulta jurídica identificada con el N°.ARI/AG/DAL/1063-04, que tuvo a bien elevar a este despacho, relacionada con la facultad que puedan o no tener, los concesionarios de riberas y fondos de mar para desarrollo de marinas de carácter turístico y actividades conexas, de negar el acceso de embarcaciones a la marina, sin causa y justificación, pese a cumplir estas embarcaciones con las normas que dicta la Autoridad Marítima de Panamá.

Antecedentes:

Tal como lo señalan en su consulta, la Autoridad de la Región Interoceánica ha otorgado contratos de arrendamiento en el área de Amador para el desarrollo hotelero, lo cual incluye la facultad de construir marinas, sujetas a las aprobaciones de los entes encargados de autorizar las concesiones para el uso de riberas y fondos de mar, tomando en cuenta que el desarrollo de estas marinas es autorizado por la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá, la cual dicta las pautas para la formalización del Contrato de Concesión el cual regula la relación entre la Autoridad Marítima y el Concesionario.

La opinión legal de la A.R.I., menciona el Decreto de Gabinete N°.7 de 10 de febrero de 1998, el cual se refiere a la celebración de un Contrato de Préstamo entre la República de Panamá y el Banco Interamericano de Desarrollo (B.I.D.); aunque debió

mencionar el Decreto Ley N°.7 de 10 de febrero de 1998, por el cual se crea la Autoridad Marítima de Panamá, la cual unifica las distintas competencias marítimas de la Administración Pública, en su artículo 31 del Capítulo Quinto, se determina cuales son las funciones de la Dirección de Puertos e Industrias Marítimas Auxiliares, entre las cuales se encuentran las siguientes:

- 1.....
- 2.....
3. Construir, mejorar, ampliar y conservar los puertos e instalaciones portuarias comerciales de uso público, de acuerdo a las políticas dictadas por la oficina del Administrador. La ejecución de las obras podrá realizarla por sí, o por intermedio de otros organismos especiales del Estado, o por particulares.
- 3 Explotar y operar los servicios portuarios señalados en el ordinal anterior, así como controlar y fiscalizar aquellos puertos e instalaciones que no opere directamente.
- 4 Operar los puertos e instalaciones portuarias nacionales que no sean dados en concesión a empresas privadas y que no sean puertos e instalaciones portuarias de la Fuerza Pública o de la Autoridad del Canal de Panamá.

Se añade, que por medio del Acuerdo N°.9-76 de 1976, el Comité Ejecutivo de la Autoridad Portuaria Nacional, estableció el Reglamento para otorgar concesiones para la construcción y explotación de instalaciones marítimas y portuarias en los fondos, playas y riberas del mar.

Este Acuerdo establece en su artículo sexto que el Estado mantendrá sobre los bienes objeto de la concesión, el dominio de los mismos, por lo que en consecuencia, no otorgará ninguna facultad de dominio sobre el área o bien dado en concesión.

Las concesiones marítimas y portuarias son de interés público, lo cual se recoge en el artículo 12 del Acuerdo, al expresar que en caso de que varios interesados soliciten una concesión sobre el mismo bien, la preferencia se determinará por la que presente mayor interés público.

De las demás normas del Acuerdo, tampoco se desprende que la concesión le otorga derechos absolutos al concesionario sobre el bien objeto de la concesión lo cual incluye en el caso de la marina, un área de fondo de mar.

Además, las normas que regulan las actividades marítimas en Panamá, no se refieren específicamente “las marinas”, por lo que esta actividad especial, se regulará por las normas generales aplicables a las concesiones para actividades portuarias y marítimas.¹

Nuestro criterio:

Este despacho comparte el criterio legal expresado por la A.R.I., y, en reiteradas consultas hemos sostenido que las actividades marítimas y portuarias que guarden relación con los fondos de mar, playas, riberas y marinas deberán observar las siguientes disposiciones:

En el caso de las áreas revertidas, la Ley N°.5 de 1993, por la cual se crea la Autoridad de la Región Interoceánica de Panamá y se adoptan otras medidas sobre Bienes Revertidos, específicamente en su artículo 42 establece lo siguiente:

“**Artículo 42.** Se declaran de dominio público todos los bienes revertidos y los que en el futuro reviertan, excepto aquellos desafectados por leyes especiales y los que desafecte la ley que aprueba el Plan General.

...”

Se desprende de la norma arriba transcrita que todos aquellos bienes presentes y futuros al momento de promulgada la ut supra citada ley, se constituyeron y declararon de dominio público hasta tanto no existiera una ley especial que dispusiera lo contrario.

Régimen jurídico de los bienes:

- a. Bienes de Dominio Público; o
- b. Bienes Patrimoniales.

Los bienes de dominio público se encuentran vinculados siempre a la función pública; es decir son todos aquellos destinados de manera directa a un servicio o uso público, o a la realización de una función pública; siendo los bienes de dominio público por naturaleza las playas, ríos, riberas y otros, o por afectación (destinados a algún servicio público).

El artículo 45 de la Constitución Política establece:

¹ Opinión de la Asesoría Legal de la A.R.I.

“**Artículo 45.** La propiedad privada implica obligaciones para su dueño por razón de la función social que debe llenar.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos en la Ley, puede haber expropiación mediante juicio especial e indemnización”.

Esta norma contiene la obligación inherente al propietario, consistente en que la propiedad realice una función social; y reconoce la expropiación con indemnización, por razones de utilidad pública o de interés social. De allí que la idea de bienes de dominio público, implica nociones de función, uso y servicio público.

En el caso que nos ocupa, la “*marina*” constituye una instalación portuaria, costa, ribera de mar o parte de la tierra en contacto con el mar, que debe prestar, siendo de carácter pues aun cuando privado, un servicio público que el Estado haya dado en concesión un área específica a la empresa **FUERTE AMADOR RESORT & MARINA, S.A.**, conservará el dominio sobre el área o bien dado en concesión, tal y como lo consagra el artículo 239 de la Constitución Política al respecto:

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, 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...”

Por su parte, la Ley N°.21 de 2 de julio de 1997, establece lo siguiente:

“**Artículo 9.** Son bienes de dominio público y por tanto, no podrán ser objeto de apropiación privada, los siguientes:

1. Lo bienes revertidos contemplados en el artículo 6 de la Ley 5 de 1993, modificada por la Ley N°.7 de 1993.
2. Los bienes considerados de uso público por la Constitución Política y el Código Civil.
3. Los bienes reservados por el tratado del Canal de Panamá de 1997 para la operación del Canal.
4. Los bienes considerados por la Ley de la Autoridad del Canal de Panamá como inalienables.” (El subrayado es nuestro)

El artículo 9 de la Ley N°.21 de 2 de julio de 1997, especifica cuales bienes deberán considerarse de dominio público los cuales no podrán ser objeto de apropiación privada;

no obstante resulta de importancia señalar, que el artículo 10 ibídem faculta por primera vez a la ARI para que pueda vender, arrendar las tierras y demás bienes revertidos, así como ejercer la facultad de custodia y administración de dichos bienes de conformidad con la Ley N°.5 de 1993.

Hay ocasiones en que el Estado se apoya en personas privadas, para que colaboren con él en la prestación y desarrollo de algunos servicios públicos, y lo hace, a través de la Concesión Administrativa; por consiguiente, la Concesión Administrativa es una figura jurídica, a través de la cual, el Estado, representado por una o diversas instituciones, otorga a los particulares el aprovechamiento de bienes de dominio público, con la intención de construir obras u ofrecer servicios que beneficien a la colectividad, ya las de carácter nacional o local.

En el caso que nos ocupa, el contrato formalizado entre la A.R.I., y la empresa FUERTE AMADOR RESORT & MARINA, S.A., **no especificó ni incluyó restricciones al concesionario, para que éste limitara la entrada a nadie en particular, al recinto portuario.**

La característica más importante en todo ello, es que el Estado debe siempre, ser cauteloso al momento de efectuar tales otorgamientos, permisos o concesiones **y tener presente que el interés público debe tener prelación en beneficio de los asociados,** por lo cual debe asegurar las mejores condiciones para el Estado.

En el presente caso, cuando la A.M.P. y Fuerte Amador Resort & Marina. S.A., convinieron y pactaron el contrato de concesión sobre un área de fondo de mar entre las islas de Flamenco y Perico, **no establecieron dentro de su relación contractual,** si el concesionario podía o no, negar el acceso de embarcaciones a la marina, con o sin justificación, pese a cumplir éstas, con las normas que dicta la Autoridad Marítima de Panamá, y demás requisitos, condiciones y exigencias que impone la propia administración de la marina objeto de la concesión.

Ahora bien, por ser esta una relación contractual de carácter administrativo, donde el Estado (la Administración), combinado en una relación o acuerdo de voluntades con un particular o empresa³, mantiene su soberanía sobre aquél (el particular o empresa), puede perfectamente dentro de lo convenido en dicho acto jurídico, revelar la flexibilidad de los vínculos contractuales y permitirse, con apego a derecho, solicitar al concesionario que, antes de que este decida negar el acceso de embarcaciones a la marina, **notifique la decisión o pida orientación sobre este caso, sería a la Autoridad Marítima.**

En el caso particular de la consulta bajo análisis, debemos señalar que dentro nuestro ordenamiento positivo, lamentablemente la figura de la “*marina*” como tal, como instalación o recinto portuario no está regulada en ningún instrumento jurídico, razón por la cual la A.M.P., debe en el menor tiempo posible mediante una Resolución motivada

² CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II, C-CH, 26ª. Edición. Editorial Heliasta S.R.L. 1998. Buenos Aires, Argentina.

³ Fuerte Amador Resort & Marina.

reglamentar la materia objeto de su consulta, para así evitar que los concesionarios puedan en un momento determinado, tomar este tipo de acciones al margen de la ley.

Somos del criterio que a pesar de que las “*marinas*” constituyen un área privada, también éstas, prestan un servicio público que el Estado les ha confiado a través de la concesión y, no por ello pueden adoptar medidas caprichosas o sin causa justificada. Si en algún momento determinado, la empresa Fuerte Amador Resort & Marina advierte un posible problema que justifique tomar medidas de seguridad y protección del recinto portuario, debe inmediatamente antes de tomar cualquier medida, reportar y notificar a la Autoridad Marítima de Panamá dicha situación, sin que con ello se violente su legitimidad, privacidad y autonomía de la cual goza plenamente producto del contrato de concesión.

Los concesionarios de riberas y fondos de mar para el desarrollo de marinas de carácter turístico, que prestan un servicio público, sí pueden tomar medidas de seguridad dentro de sus instalaciones, pero estas medidas no pueden ir mas allá de lo que se haya establecido y/o pactado por escrito en el contrato de concesión. El derecho de reserva de admisión dentro de estas instalaciones debe ser moderado, justificado legalmente y, no debe ser una medida discriminatoria en contra de terceros que tienen derecho a utilizar el recinto, para gozar del servicio público prestado por el concesionario.

Las medidas restrictivas que pudiesen establecer en un momento determinado las concesionarias, deben ser preventivas y protectoras, cuando se den situaciones que reflejen un inminente peligro o riesgo para la seguridad del recinto portuario y sus ocupantes; pero estas medidas no deben ser en ningún momento discriminatorias o antojadizas.

Para concluir, este despacho es del siguiente criterio jurídico:

1. Por disposición legal, el Estado siempre mantendrá sobre bienes dados en concesión (instalaciones marítimas y portuarias en los fondos de mar, playas y riberas de mar) el dominio de los mismos.
2. Las concesiones marítimas y portuarias, así como también las marinas, son de interés público.
3. Ningún concesionario puede establecer de manera independiente y exclusiva regulaciones sobre los derechos de terceros, acciones y/o medidas restrictivas, privativas o de cualquier otra naturaleza, que no hayan sido previamente autorizadas en el contrato de concesión por el Estado; mucho menos medidas discriminatorias, sin causa justificada.
4. La concesionaria está obligada a comunicar a la AUTORIDAD, a la brevedad posible, sobre cualquier perturbación o daño que se cause al área dada en concesión por acción de terceros.
5. La Autoridad Marítima de Panamá, debe en todo momento mantener una constante, armónica e ininterrumpida coordinación con la empresa FUERTE AMADOR RESORT & MARINA, S.A., para evitar que este tipo de sucesos se produzcan al margen de la ley.
6. La A.M.P., tiene que asegurar siempre los legítimos derechos de la concesionaria tal y como fueron pactados en el contrato, sin que los mismos excedan los límites establecidos y permitidos en el contrato de concesión; así como también, velar y

proteger los derechos y beneficios de terceros que necesiten hacer uso del recinto portuario, en busca de un servicio público.

7. Coordinar en el menor tiempo posible, una reunión con la empresa FUERTE AMADOR RESORT & MARINA S.A., de manera tal que esta exponga o exprese los motivos que la llevaron a tomar tales acciones restrictivas y, procurar el mejor beneficio para las partes involucradas pero sobre todo, resguardando los mejores intereses para la Nación, en base a medidas justas, legales y equitativas.
8. No podrán establecerse cláusulas que afecten o causen un daño patrimonial a la Nación o a terceros.
9. La A.M.P., debe colaborar y ayudar en todo lo que pueda a la empresa FUERTE AMADOR RESORT & MARINA, S.A., de manera tal que la misma logre el desarrollo por el cual ha invertido en beneficio del país en virtud del contrato de concesión otorgado.
10. El Estado deberá en lo sucesivo, prever dentro de los contratos de concesión, cláusulas que regulen este tipo de situaciones, de manera que se protejan los derechos de terceros que harán uso de los servicios públicos que prestan las concesionarias.

Por todo lo expuesto esta Procuraduría de la Administración es del criterio jurídico, que los concesionarios de riberas y fondos de mar para el desarrollo de marinas de carácter turístico y que desarrollan actividades conexas, es decir, que prestan un servicio al público , no pueden negar el acceso de embarcaciones a la marina sin causa justificada y, al margen de la ley, tal y como lo han expresado ustedes en su opinión legal.

De esta manera esperamos haber atendido debidamente su solicitud, atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/14/jabsm

c.c. Lic. Jerry Salazar
Administrador General
de la Autoridad Marítima de Panamá