

Panamá, 3 de agosto de 2004.

Su Excelencia
EDUARDO A. QUIRÓS B.
Ministro de Obras Públicas
E. S. D.

Señor Ministro:

Por este medio doy respuesta a consulta formulada mediante nota DM-772 fechada 21 de mayo de 2004, recibida en este despacho el 28 de junio del presente año, en la que nos plantea cierta problemática referente al uso de las servidumbres viales y la competencia del Ministerio de Obras Públicas para disponer sobre las mismas.

En su nota usted señala que de conformidad al artículo 8 del Código Fiscal, la administración de los bienes nacionales corresponde al Ministerio de Hacienda y Tesoro¹, y serán administrados por el Ministerio o entidad correspondiente, atendiendo las reglas normativas y de fiscalización que establezca el Órgano Ejecutivo.

Este concepto es desarrollado en el Decreto No.687 de 11 de octubre de 1944², al establecer en sus artículos 5 y 10, lo siguiente:

“ARTÍCULO 5. En las carreteras transístmicas construidas o que se proyectan, la línea de construcción estará a una distancia no menor de treinta (30) metros, a ambos lados del eje central, reservándose de esta manera una faja de servidumbre de sesenta (60) metros, **dentro de la cual queda absolutamente prohibido toda clase de construcción,** salvo las líneas telegráficas, telefónicas y las de transmisión eléctrica que autorice el Ministerio de Salubridad y Obras Públicas.” (Subraya este Despacho)

¹ Hoy Ministerio de Economía y Finanzas, conforme Ley 97 de 1998. Gaceta Oficial 23.698 de 23 de diciembre de 1998.

² Gaceta Oficial No.9543 de 31 de octubre de 1944

=====0=====

“ARTÍCULO 10. Para poder edificar a lo largo de las carreteras nacionales debe obtenerse un permiso y la aprobación de los planos respectivos por parte de la Sección General de Construcción y Conservación de Caminos, calles y Muelles del Ministerio de Salubridad y Obras Públicas, con excepción de aquellas construcciones que queden dentro del inciso c) del artículo 6 del Decreto No.502 de 25 de agosto de 1943.

De acuerdo a estos preceptos debe entenderse de manera indubitable que dentro de la faja comprendida como servidumbre queda absolutamente prohibido toda clase de construcción, salvo aquellos servicios públicos necesarios como lo son los expresamente señalados en la disposición in comento.

El artículo 10 expresa que para edificarse a lo largo de las carreteras nacionales deberá obtenerse un permiso y la aprobación de los planos respectivos de parte del Ministerio de Salubridad y Obras Públicas.³

Por su parte el Decreto Número 176 de 20 de agosto de 1951, que reforma el Decreto No.687 de 11 de octubre de 1944, es categórico al reafirmar la distancia que debe existir entre la carretera interamericana y las poblaciones en concepto de servidumbre y lo concerniente a la autorización que es necesaria que emita el Ministerio de Obras Públicas para la instalación de tuberías subterráneas, líneas telefónicas, telegráficas y de transmisión eléctrica u otras similares.

El artículo 4 del Decreto ibídem, es prístino al establecer, lo que a continuación copiamos:

“ARTÍCULO 4. Las estructuras existentes dentro de la zona de servidumbre quedarán en pie hasta tanto el Gobierno proceda a su expropiación; **pero queda absolutamente prohibida toda clase de construcciones o reparaciones a las mismas.**” (Subraya este despacho)

Luego de examinar las normas consultadas, llegamos a la conclusión de que el uso dado a las servidumbres viales ha sido plenamente definido por la Ley, al disponer en qué casos el Ministerio de Obras Públicas autorizará la utilización de las mismas y no puede ser de otra manera, salvo que así lo señale la ley de forma expresa.

En tal sentido, el administrativista, Fernando Garrido Falla destaca que por contraste con el uso común general, nadie tiene derecho a la utilización especial del dominio público, pues, es la Administración la titular de ese dominio y sólo un acto específico de tolerancia de ésta, puede facultar al particular para realizar ese uso. El mismo autor aclara, en cuanto a la naturaleza jurídica de las autorizaciones concedidas por la Administración, que son

³ Hoy, Ministerio de Obras Públicas, de acuerdo ala Ley No.35 de 30 de junio de 1978, por el cual se reorganiza el Ministerio de Obras Públicas.

auténticos actos de tolerancia para un uso especial del dominio al que el particular no podía alegar derecho alguno; son actos administrativos unilaterales, sin que a ello se oponga el hecho de que se concedan previa petición del particular, es decir, no se admite el carácter contractual; y, finalmente, es revocable, lo que determina el carácter precario para el autorizado, por lo que su derecho se limita por tanto, a poder utilizar el dominio "en la forma autorizada" y en tanto la autorización esté vigente (Tratado de Derecho Administrativo, Volumen II, Novena Edición, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1989, pág. 438).

Este razonamiento, lleva como fundamento el cumplimiento del principio de legalidad que impera en nuestro sistema público administrativo y que constituye piedra angular de nuestro estado de derecho. Sobre este principio de derecho administrativo, la jurisprudencia nacional emitida por nuestro más alto organismo de justicia, la Corte Suprema ha sido constante al explicar:

El principio de legalidad como vinculación positiva de las autoridades ha sido analizado con particular claridad por parte del jurista español GARCIA DE ENTERRIA, quien al analizar como opera la técnica del citado principio medular de Derecho Público, señala:

"Así, pues, no hay en Derecho español ningún "espacio franco o libre de Ley" en la Administración pueda actuar con un poder jurídico y libre. Los actos y las disposiciones de la Administración, todos, han de "someterse a Derecho", han de ser "conformes" a Derecho. El desajuste, la disconformidad, constituyen "infracción del Ordenamiento jurídico" y les priva actual o potencialmente (distinción entre nulidad y anulabilidad), de validez. El Derecho no es, pues, para la Administración una linde externa que señale hacia fuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio. Por el contrario, el Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa. En términos de BALLBE, que fue entre nosotros el primero que recapitó lúcidamente sobre este mecanismo:

La conexión necesaria entre Administración y Derecho y la máxima que lo cifra **-quae non sunt permissae prohibita intelliguntur** [lo que no está permitido ha de entenderse prohibido, por diferencia, dice el mismo autor en otro lugar, del principio que rige la vida privada: **permissum videtur in omne quod not prohibitum**: ha de entenderse permitido todo lo que no está prohibido]-implica, ... que toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que se trata de una válida acción administrativa, ha de ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico; y sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico, o partiendo del principio jurídico se pueda derivar de él, puede tenerse como tal acción administrativa válida ... Para contrastar la validez de un acto no hay, por tanto, que preguntarse por la existencia de algún precepto que lo prohíba, bajo el supuesto de que ante su

falta ha de entenderse lícito; por el contrario, hay que inquirir si algún precepto jurídico lo admite como acto administrativo para concluir por su invalidez en ausencia de tal disposición".

(Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, "Curso de Derecho Administrativo I", Séptima edición, Editorial Civitas, p. 430)

Y, más adelante, en la misma obra, explica la técnica operativa del principio de legalidad, así:

"El principio de legalidad de la Administración, con el contenido explicado, se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente".(Op. cit., p. 431).⁴

En el mismo sentido, en Fallo de 7 de diciembre de 1993, la Sala Tercera de la Corte Suprema, expresó:

"Los actos y actuaciones administrativas, se rigen por estrictos principios que los encuadran dentro de la Teoría de la estricta legalidad, eminentemente formalista, que ha sido acogida por nuestra legislación.

En Derecho Privado, se puede hacer todo aquello que la Ley no prohíba, pero en Derecho Público, el funcionario sólo puede hacer aquello que esté consagrado en la Ley. **Si el funcionario público vulnera este principio, su actuación podrá ser calificada de ilegal y por ende nula, además se habrá extralimitado en sus funciones.** Esta disposición se ha infringido en el concepto de violación directa."⁵ (Resalta y Subraya este Despacho)

⁴ DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD FORMULADA POR EL LICENCIADO SIXTO ABREGO CONTRA EL ARTICULO 43 DE LA LEY 16 DE 17 DE FEBRERO DE 1998. MAGISTRADO PONENTE: ROGELIO A. FABREGA Z. PANAMÁ, SEIS (6) DE JULIO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO (1998). PLENO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

⁵ DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCIÓN, INTERPUESTA POR LA FIRMA VILLALAZ Y ASOCIADOS, EN REPRESENTACIÓN DE DAVID CALVO, PARA QUE SE DECLARE NULA POR ILEGAL, LA ACCIÓN DE PERSONAL NO.00001 DE 4 DE ENERO DE 1991, EXPEDIDA POR EL JEFE DE PERSONAL Y EL DIRECTOR EJECUTIVO DEL INSTITUTO DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS NACIONALES, ACTO CONFIRMATORIO Y PARA QUE SE HAGAN OTRAS DECLARACIONES. MAGISTRADO PONENTE: EDGARDO MOLINO MOLA. PANAMÁ, SIETE (7) DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES (1993).

Del mismo modo, en Fallo de 23 de junio de 2003, la propia Sala Tercera explica la importancia del principio de legalidad en la administración pública y lo analiza a la luz de la nueva ley de procedimiento administrativo, la Ley 38 de 2000, veamos:

Importa anotar que en Derecho Público rige el principio de estricta legalidad que emana del artículo 18 constitucional, -hoy potenciado y reforzado específicamente por el artículo 34 de la Ley 38 de 2000, cuyo libro segundo regula el procedimiento administrativo general. **Según este principio, los organismos y funcionarios sólo pueden hacer lo que la Ley manda u ordena.** La finalidad incuestionable del principio *positivizado* es someter a la Administración Pública a la observancia de la juridicidad que nuclea todo el ordenamiento, preserva la seguridad jurídica al ser garantía de protección de derechos de los asociados y deberes correlativos exigibles a éstos, y marca las pautas imprescindibles del correcto desenvolvimiento del aparato público, en consonancia con la noción y práctica del Estado Constitucional y Social de Derecho.”⁶

De los extractos jurisprudenciales copiados podemos inferir de manera definitiva que la acción administrativa se ve condicionada y determinada de manera positiva por el derecho, o sea, que esta acción no es válida si no responde a una previsión normativa. Por lo que la doctrina más autorizada sostiene que toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que se trata de una válida acción administrativa, ha de ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico; y sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico, o partiendo del principio jurídico que se puede derivar de él, entonces puede tenerse como acción administrativa plenamente válida.

Es por eso, que las entidades públicas en cuanto a las facultades que deben desarrollar, sólo pueden hacer aquello que esté previsto expresamente en la Constitución Política, en las leyes que las crea, y en los decretos que las reglamenta o reorganiza, pues, cualquier disposición en contrario se califica como extralimitación de funciones, acción sancionada penalmente.

En cuanto a las facultades que tienen los municipios para disponer de los bienes de uso público, los artículos 105 y 106 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, Sobre el Régimen Municipal, modificada por la Ley 52 de 12 de diciembre de 1984, dispone:

“ARTÍCULO 105. Los bienes municipales de uso común no podrán ni enajenarse, ni arrendarse, ni gravarse en ninguna forma”.

=====0=====

⁶ Ver, DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD, INTERPUESTA POR EL LICDO. CARLOS HERRERA MORÁN, EN REPRESENTACIÓN DEL MOVIMIENTO DE CONTADORES PUBLICOS INDEPENDIENTES, PARA QUE SE DECLARE NULA POR ILEGAL, LA RESOLUCIÓN N° 3 DE 30 DE AGOSTO DE 2000, DICTADA POR LA JUNTA TÉCNICA DE CONTABILIDAD. PONENTE: HIPÓLITO GILL SUAZO. PANAMÁ, VEINTICUATRO (24) DE JUNIO DE DOS MIL TRES (2003).. SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO-CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

“ARTÍCULO 106. Los bienes que por su función u origen estén destinados a un objeto especial, no podrán tener en ningún caso otra finalidad, excepto cuando se demuestre la necesidad de darle otro uso, y siempre que ello se determine por acuerdo municipal, y mediante consulta previa a la Junta Comunal respectiva.”

Queda claro que, los bienes municipales de uso común no pueden ser donados, vendidos, cedidos, arrendados ni gravados y en aquellos casos en que sea necesario darle otro uso se deberá justificar dicho uso, por medio de Acuerdo Municipal previa consulta con la Junta Comunal como queda establecido en la norma.

En este sentido, este despacho ha expresado:

“...pues mediante los actos acusados se permitió y se condicionó el “uso” de una servidumbre, que es un bien de dominio público, mas no se dispuso de ella ni se delegó a particulares para hacer efectivos los derechos reales que el mismo artículo en referencia no permite. Lo anterior indica, que de poder los particulares disponer de las edificaciones y mejoras construidas sobre ese bien de dominio público, estarían ejerciendo indirectamente un derecho real sobre los bienes cuyo uso sólo es permitido, lo cual sería contrario a la letra y el espíritu del artículo 105 de la Ley 106 de 1973, el cual no sólo se ciñe a prohibir expresamente a los entes correspondientes (para estos efectos Consejo Municipal) sobre la disposición de los bienes municipales de uso para los efectos reales, sino a todo lo que ello conlleva. (Ver, Consulta C-41 de 14 de marzo de 2000)

En sentido similar, la Corte Suprema de Justicia en demanda de Nulidad, sustanciada por la Sala Tercera, externó:

“A tenor de lo dispuesto en el citado artículo 333 del Código Civil, las vías públicas son consideradas bienes de uso público. Estos bienes, de acuerdo al texto del artículo 329 del Código Civil, constituyen bienes de dominio público, y, por consiguiente, son bienes de uso común cuya característica intrínseca es la de que no son enajenables, además de ser imprescriptibles.

Significa entonces que, al ser el lote municipal No.172 afectado con una servidumbre de paso (uso público), al momento en que el Consejo Municipal procedió a la suspensión del acto que así lo declaró (Acuerdo No.12 de 24 de junio de 1994), sin que hubiese desaparecido el interés social que motivó su afectación como tal (la construcción del proyecto urbanístico), infringió el artículo 333 del Código Civil, que como hemos visto, les da a las calles el carácter de ser bienes de dominio público, y por ende, no pueden ser objeto de apropiación privada.

Corrobora lo expresado, y, como bien lo manifestara la Procuradora de la Administración, lo dispuesto en el artículo 105 de la Ley 106 de 1973, que claramente establece la prohibición de que los bienes municipales de uso común, tales como las calles, que es el caso que nos ocupa, no podrían enajenarse, ni arrendarse, ni gravarse en ninguna forma.”⁷

Este pronunciamiento de nuestra más alta casa de justicia reafirma, el mandato legal de que las calles son bienes de uso público que no pueden ser objeto de apropiación privada de ninguna forma, pues dicha práctica viola ostensiblemente las normas legales vigentes.

Cabe citar el Fallo de 4 de agosto de 1995, en donde la Sala Tercera analizó un caso de construcción sobre servidumbres viales en áreas de la Carretera Transístmica, este texto sostiene:

“También se estima infringido el artículo 5 del Decreto No. 687 de 11 de octubre de 1944, aún cuyo texto reproducimos a continuación:

Artículo 5. En las carreteras transístmicas construidas o que se proyectan, la línea de construcción estará a una distancia no menor de treinta (30) metros, a ambos lados del eje central, reservándose de esta manera una faja de servidumbre de sesenta (60) metros, dentro de la cual queda absolutamente prohibido toda clase de construcción, salvo las líneas telegráficas, telefónicas y las de transmisión eléctrica que autorice el Ministerio de Salubridad y Obras Públicas.

Conviene aclarar que la Sala Tercera ha encontrado que de la emisión del Decreto No.687 de 11 de octubre de 1944 fue promulgado en la Gaceta Oficial No.9,543 del 31 de octubre de 1944.

A juicio de la Sala, se ha producido la violación de la citada norma, ya que la construcción que además tiene el carácter de permanente, como bien lo señalará la entidad demandada, efectivamente se encuentra comprendida dentro de los 60 metros que comprenden la línea de construcción, área según lo dispuesto en el artículo 5 in exámine. Constituye servidumbre de vía pública.

En el informe pericial aportado al proceso de marras, se estableció claramente que la servidumbre vial de la carretera Transístmica (Carretera Boyd-Roosevelt) es de sesenta metros con noventa y seis centímetros en su totalidad (60.96 mts), y que al ser medida el área sobre la cual recae el referido permiso de construcción se encuentra dentro del límite de 60 metros.

⁷ Ver, Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad de 2 de enero de 1997, emitida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Registro Judicial. Enero. 1997, pág.411.

También se consideran violados en forma directa por omisión los artículos 1640 y 1644 del Código Administrativo, que por estar estrechamente relacionados entre sí, se analizaran en su conjunto. El texto de estos artículos se lee así:

“Artículo 1640. Las vías públicas son bienes de uso común inajenables e imprescriptibles.

Toda porción usurpada, sobre una vía pública, se restituirá luego que sea reconocida, quedando a favor del público los edificios u obras de cualquiera clase que sobre ella se hubieren construido.”

“Artículo 1644. Ninguno puede hacer, sobre la vía pública, obra alguna de uso particular, y el que la haga incurrirá en una multa de cinco a veinte balboas.

Se reconoce la violación impetrada, por cuanto:

Que el permiso de construcción, que es el acto demandado, y como lo expresáramos en líneas anteriores, recae sobre una zona que constituye servidumbre de vía pública. Tal situación contraviene la prohibición de construir sobre las vías públicas obra alguna de uso particular, que en el caso que nos ocupa se trata de una estructura de uso particular, con fines comerciales.”

Sobre este caso, este despacho opinó: **“... este despacho recomienda al Consejo Municipal de San Miguelito coordinar con el Ministerio de Obras Públicas, ente encargado de administrar las vías públicas en servidumbres del área Transístmica, calles, vías de acceso y de salidas, en conjunto con la Dirección de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda, entidad encargada de fiscalizar y aprobar, los diseños de la propia urbanización, todo lo concerniente a las servidumbres públicas en áreas de la vía Transístmica por ser los entes encargados por ministerio de la Ley sobre esta materia.”** (Cfr. C-41 de 14 de marzo de 2000)

Así, cabe agregar, a guisa de ejemplo que aunque corresponde a los Municipios la competencia para autorizar la instalación de Anuncios Publicitarios en áreas de servidumbre vial a nivel nacional. (Cfr. Decreto N°88 de 1 de noviembre de 1995, por el cual se subroga el Decreto Ejecutivo N°107 de 19 de abril de 1993, mediante el cual se dictan disposiciones relacionadas con la instalación de anuncios publicitarios dentro de las zonas contiguas a las vías públicas a nivel nacional), no deja de ser cierta la competencia del Ministerio de Obras Públicas para establecer las normas por cumplir en la instalación de los mencionados anuncios.

Para tales efectos, el Ministerio de Obras Públicas, desarrolló el artículo 2 del citado Decreto Ejecutivo N°88 de 1 de noviembre de 1995, a través de la Resolución N°37 de 20 de mayo de 1997, a través de la cual establece que las normas sobre instalación de Anuncios Publicitarios es de competencia exclusiva del Ministerio de Obras Públicas.

Consecuentemente, para el caso que nos ocupa, somos de la opinión que el Ministerio de Obras Públicas dentro de las áreas comprendidas como servidumbres, sólo puede autorizar la colocación de tuberías subterráneas, líneas telefónicas, telegráficas y de transmisión eléctrica, así como los similares a estos servicios públicos por disposición expresa de la Ley. Ley, que asimismo, prohíbe de forma categórica toda clase de construcción en dichas áreas, lo que evidentemente, significa que otorgar autorizaciones para otro tipo de acciones no guardaría congruencia con las actividades para las que ha sido facultado tal Ministerio, desvirtuando así lo normado en las disposiciones que regulan la materia.

Esperando que el estudio realizado le sea de utilidad, me suscribo atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/16/hf.