

Panamá, 11 de agosto de 2004.

Honorable señor
ARÍSTIDES RODRÍGUEZ GIL
Alcalde Municipal de Antón –Provincia de Panamá.
E. S. D.

Señor Alcalde:

En uso de las facultades contenidas en los artículos 217, numeral 5 de la Constitución Política y 6 numeral 1, de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, procedo a contestar su nota N°**AMA-224** de 19 de julio de 2004, ingresada el día 30 del mismo mes y año por medio de la cual nos solicita nuestro parecer jurídico respecto a servidumbre de la Vía Panamericana.

Concretamente nos plantea lo siguiente:

“Subsiguientemente, se refiere a problemática de servidumbre de la Vía Panamericana, donde a ese Despacho se le han acercado los propietarios de los terrenos colindante, que le solicitan el desalojo de los vendedores artesanales ubicados al lado del puente elevado, cerca de la Policía de Tránsito, de esa comunidad. La inquietud radica en esto:

- Si es competencia de ese Despacho efectuar desalojo de estos comerciantes, cuando hay dos que tienen más de diez años de dedicarse a este negocio de artesanía, protegidos por el Ministerio de Comercio e Industria y el I.P.A.T.
- Que recomendaciones se debe seguir en la siguiente situación”.

Criterio de la Procuraduría

Iniciamos el presente estudio, examinando las normas que regulan lo atinente a las carreteras nacionales y la faja de servidumbre que comprenden las mismas, empero antes de entrar al contenido de la interrogante, es importante exponer las siguientes consideraciones:

Como bien lo expresa el Jurista Alfonso Luciano Parejo, "en una época de transición caracterizada por transformaciones profundas, tanto en la sociedad como en su sistema

económico-social y estructuras jurídico-políticas, ameritan una adecuación urgente en los programas de construcción o reconstrucción de las obras de ensanchamiento vial acorde al ordenamiento constitucional y legal. Es una época de grandes cambios globales en el sistema de capitalización financiera, y composición política centralizada y descentralizada que busca alternativas efectivas para hacer frente a las necesidades del sistema económico-productivo y los valores de conservación del ambiente en que se desarrolla nuestra vida diaria, siendo esto hoy por hoy irrenunciable”. (Cfr. Parejo Alfonso, Luciano. Derecho Urbanístico. Instituciones Básicas, 1a. ed. Edit. Ciudad argentina, 1986, págs. 6, 7 y 8.)

El aspecto económico y financiero, requiere de nuevos replanteamientos en los que se considere, a la producción de pequeños productores, artesanos etc, nos referimos a los artesanos que se ubican en establecimientos pequeños para vender sus artesanías relativas al Folclor y a las tradiciones culturales de nuestro país.

La Ley N°27 de 24 de julio de 1997 “por la que establecen la Protección, el Fomento y Desarrollo Artesanal”, preceptúa en su artículo 1, que la finalidad de la presente legislación es promover la actividad artesanal en la República de Panamá, mediante establecimiento de condiciones especiales de protección, fomento, desarrollo y comercialización, mejorando las condiciones productivas y de rentabilidad y competitividad en el mercado, para lograr su efectiva integración en el sistema socioeconómico del país.

Es deber del Estado, por conducto del Ministerio de Comercio e Industrias **coordinar con las instituciones públicas**, organismos **nacionales e internacionales** y empresas vinculadas al sector artesanal, todo lo concerniente a la materia. (V. Artículo 3 de la Ley 27 de 1997).

Dentro de las funciones de la Dirección General de Artesanías Nacionales, está realizar estudios específicos para determinar los problemas que afrontan los artesanos en la producción y comercialización de las artesanías, así como proponer las posibles soluciones a dichos problemas, por lo que estén confrontando.

De igual manera, la Dirección General en comento, debe llevar un registro nacional de artesanías y mantener su actualización continua; y también debe expedir la tarjeta de identificación artesanal a los artesanos, de acuerdo con el reglamento que establece el uso de dicha tarjeta. (Artículo 4, numerales 5 y 8). Por consiguiente los artesanos panameños deberán tener y portar la tarjeta de identificación artesanal, expedida por la Dirección General de Artesanías Nacionales del Ministerio de Comercio e Industrias. (Ver Artículo 19 de la Ley 27 de 1997)

Entrando en la materia de servidumbre viales a nivel nacional, debemos abocarnos al contenido del Decreto N°687 de 11 de octubre de 1944, aún vigente, cuyo texto reproducimos a continuación:

Normas aplicables al caso:

Artículo 1. Se consideran carreteras nacionales las que se construyen y conservan con fondos del Estado y todas las que por cesión, en virtud de acuerdos o convenios especiales corresponda al Estado su conservación.

Artículo 2. De acuerdo con su situación, las carreteras nacionales se dividen en tres grupos: centrales, transístmicas y vecinales.

- a) Se considerarán carreteras centrales: el tramo construido actualmente de la Carretera Panamericana, entre Chepo y Volcán; y los que faltan por construir, de la misma carretera, entre Volcán y la República de Colombia; y la carretera de Divisa a Pedasí.
- b) ...

Artículo 3. Se considerarán como partes integrantes de las carreteras nacionales, las calles por donde estas carreteras atraviesan las ciudades y poblaciones.

Artículo 4. En las carreteras centrales, la línea de construcción estará a una distancia no menor de veinticinco (25) metros a ambos lados del eje de la carretera.

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.

Artículo 10. Para poder edificar a lo largo de las carreteras nacionales ***debe obtenerse un permiso y aprobación*** de los planos respectivos por parte de la Sección General de Construcción y Conservación de caminos, calles... del Ministerio de Salubridad y Obras Públicas, con excepción de aquellas construcciones que queden dentro del inciso c) del artículo 6 del Decreto N°502 de 25 de agosto de 1943.

Artículo 11. Los permisos serán extendidos por intermedio ...del Ministerio de Salubridad y Obras Públicas;...”

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 el permiso y la aprobación de los planos respectivos de parte del Ministerio de Salubridad y Obras Públicas*¹

Por su parte el Decreto Número 176 de 20 de agosto de 1951, que reforma el Decreto N°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 claro al establece, 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).

Examinadas las disposiciones legales precedentes, llegamos a la conclusión de que el uso dado a las servidumbres viales ha sido plenamente definido en 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 jurista 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 auténticos actos de tolerancia para un uso especial del dominio al que el particular no podría 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, 9ª ed; Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1989, pág. 438).

¹Hoy, Ministerio de Obras Públicas, de acuerdo a la Ley N°35 de 30 de junio de 1978, por la cual se reorganiza el Ministerio de Obras Públicas.

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 explicó lo siguiente:

“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 señala:

‘Así, pues, no hay en Derecho español ningún “espacio franco o libre de la Ley” en la Administración que 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 “comunes” 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 recapacitó 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,... 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 validez en ausencia de tal disposición”. (Eduardo García 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)²

En ese mismo orden de ideas, en Sentencia de 7 de diciembre de 1993, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, indicó:

“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 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.”³

De los extractos jurisprudenciales citados, se colige 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 autorizada sostiene que toda acción administrativa, ha de ser examinada desde el

² Demanda de Inconstitucionalidad formulada por el Licenciado Sixto Ábrego contra el artículo 43 de la Ley 16 de 17 de febrero de 1998. Magistrado Ponente: Rogelio A. Fábrega Z. Panamá, seis (6) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998). Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

³ Sentencia de 7 de diciembre de 1993. Plena Jurisdicción.

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”.

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)**

De manera 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.

Corroborar 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”⁴

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 Transistmica, 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 transistmicas 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

⁴ Ver demanda Contencioso Administrativa de Nulidad de 2 de enero de 1997-Sala tercera de la Corte Suprema de Justicia. Registro Judicial. Enero de 1997, pág. 411.

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 Transistmica (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.

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: ... **“se 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 Transistmica, 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)

Conclusión

Para tales efectos, el Ministerio de Obras Públicas, es el ente encargado de administrar las vías públicas en servidumbres del área pública en las calles, vías de acceso y de salidas, tanto en la Carretera de la Transístmica como la Panamericana. Consecuentemente, 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. (V. Consulta 146 de 3 de agosto de 2004)

En ese mismo orden de ideas, este despacho considera que el Ministerio de Obras Públicas, podrá verificar o inspeccionar aquellas estructuras construidas o que se proyecten construir a lo largo de la carretera nacional, a efectos de determinar o comprobar, que estas no se encuentren edificadas en áreas de servidumbres públicas viales o cercana a la línea de construcción o eje central de las carreteras nacionales, con fundamento en el artículo 10 del Decreto N°687 de 11 de octubre de 1944.

Cabe advertir al señor Alcalde, que en función al principio de legalidad, antes analizado y contenido en la Constitución Política, que el funcionario sólo puede hacer lo que la ley le ordene, en ese sentido, no puede proceder a desalojar a los vendedores artesanos si previamente, no se remite el caso, a las autoridades competentes para que realicen las investigaciones correspondientes y determinen lo de lugar.

Recomendaciones:

1. Se recomienda al señor Alcalde de Antón, remitir la petición de los propietarios colindantes contra establecimientos de vendedores artesanos en la Carretera Panamericana, al Ministerio de Obras Públicas, a efectos de que estos determinen, si dichas edificaciones se realizaron o no en zonas comprendidas como servidumbres del área pública, calles, vía de acceso y de salida cercana al eje central de la carretera, en virtud del Decreto N°.687 de 11 de octubre de 1944, con el objetivo de que se investigue y adopten la medidas de lugar.

2. Lo anterior recomendación, se fundamenta en el artículo 40 de la Ley 38 de 2000, que preceptúa en su numeral 3, lo siguiente:

“Si la autoridad ante la que se formula una petición, estimare que carece de competencia para resolver, la remitirá a la que considere competente, y comunicará tal circunstancia al peticionario, previa resolución inhibitoria en la que expresará la norma o normas legales en que se funda la declinatoria de competencia y la entidad administrativa o jurisdiccional que, a su juicio, es la competente”.

3. Se sugiere al señor Alcalde de Antón poner en conocimiento a la Dirección General de Artesanías del Ministerio de Comercio e Industrias, respecto de la situación de los vendedores artesanos con la finalidad de que estos intervengan en forma coordinada con el Ministerio de Obras Públicas en la solución del problema, de acuerdo al artículo 4, numeral 5, de la Ley 27 de 1987.

Sin otro particular, me suscribo del señor Alcalde con muestras de consideración y respecto, esperando que nuestras recomendaciones cumplan con el objetivo de lo consultado.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/20/hf.