

Panamá, 31 de mayo de 2002.

Señor
José Ellintong Druribu
Gobernador Comarcal
Comarca Gnobé-Buglé
E. S. D.

Señor Gobernador Comarcal:

Nos complace ofrecer respuesta a su *consulta administrativa*¹, mediante la cual tuvo a bien elevar a esta Procuraduría de la Administración, relacionada con la concesión de la Isla Escudo de Veraguas para fines turísticos, teniendo en cuenta que esta isla parece haber sido declarada "Patrimonio Histórico".

Consulta específica.

"Es aquí donde radica nuestra interrogante y objeto de nuestra consulta en el sentido de que por ser la misma, patrimonio histórico de la República de Panamá y por no ser objeto de apropiación privada puede ser la misma objeto de concesión a personas jurídicas o naturales para su explotación turística tal y como lo establece la ley a la cual hemos hecho referencia.

Además nos interesa saber si la autorización definitiva y única recae sobre el IPAT para otorgar las concesiones o intervendrán organismos gubernamentales como el Consejo Económico Nacional, se generará una Licitación Pública, para empresas que deseen explotar estos servicios, o a través de una contratación directa".

Opinión de la Procuraduría de la Administración.

Desde nuestra perspectiva, para poder responder con cierto grado de acierto a sus interrogantes debemos estudiar las normas que en el ámbito constitucional estudia la forma de disposición de los bienes de carácter público, como lo son las islas y los declarados patrimonio histórico. Luego establecer las diversas disposiciones que establecen la forma de permitir el uso privado de aquellos

¹ Sin numeración y sin fecha.

bienes, es decir las normas sobre la concesión turística y la participación del Instituto Nacional de Cultura, y por supuesto, la metodología para que se escoja a la persona que pueda hacer uso de la Isla Escudo de Veraguas.

Para lo antes dicho nos permitimos transcribir las normas jurídicas aplicables, y luego interpretaremos estas normas desde un punto de vista general.

Normas directamente aplicables.

- *Normas constitucionales.*

“**ARTICULO 81:** Constituyen el patrimonio histórico de la Nación los sitios y objetos arqueológicos, los documentos, los monumentos históricos u otros bienes muebles o inmuebles que sean testimonio del pasado panameño. Industrial y de orden tecnológico”. (El subrayado es de la Procuraduría de la Administración)

“**ARTICULO 86:** El Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales, realizará programas tendientes a desarrollar los valores materiales, sociales y espirituales propios de cada una de sus culturas y creará una institución para el estudio, conservación, divulgación de las mismas y de sus lenguas, así como la promoción del desarrollo integral de dichos grupos humanos”.

“**ARTICULO 255:** Pertenecen al Estado y son de uso público y, por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada:

1. El mar territorial y las aguas lacustre 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 las aguas destinadas a servicios públicos y a toda clase de comunicaciones.

3. Las tierras las aguas destinadas o que el Estado destine y 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”.

“**ARTICULO 256:** Las concesiones para la explotación del suelo, del subsuelo, de los bosques y para la utilización de agua, de medios de comunicación o transporte y de otras empresas de servicio público, se inspirarán en el bienestar social y el interés público”.

“**ARTICULO 257.** La riqueza artística e histórica del país constituye el Patrimonio Cultural de la Nación y estará bajo la salva guarda del Estado el cual prohibirá su destrucción, exportación o transmisión”.

- *Normas de carácter legal.*

1. Normas de la Ley 10 de 7 de marzo de 1997².

“**Artículo 49.** Se crea una comisión de desarrollo turístico, en cada una de las regiones comarcales, para la elaboración del plan de desarrollo turístico sostenible y la supervisión de la ejecución de los proyectos, a fin de explotar áreas con vocación de desarrollo turístico. Dicha comisión estará integrada por el Instituto Panameño de Turismo, que la coordinará, tres representantes del gobierno nacional, el presidente del Congreso Regional, el alcalde del distrito comarcal, el representante del corregimiento, el cacique regional del área respectiva, el presidente del Congreso General y el gobernador comarcal.

Sin perjuicio de los derechos de la Comarca y sus habitantes, conforme a la presente Ley y con el objeto de incentivar la inversión, se crea zona de desarrollo sostenible que se extiende 2000 metros de la costa hacia tierra firme, a todo lo largo del litoral.

Se autoriza a la comisión de desarrollo turístico, por conducto del Instituto Panameño de Turismo, para que apruebe las concesiones a empresas privadas, para la inversión turística dentro de la zona de desarrollo turístico sostenible, por el término que establece la Ley 8 de 1994. Antes de la aprobación de la concesión, deberán asegurarse y garantizarse los derechos de las comunidades.

Los recursos que se generen, en concepto de la concesión otorgada, irán directamente a los respectivos municipios, los cuales serán invertidos en obras de interés social. Las condiciones y beneficios de la concesión serán desarrollados en la Carta Orgánica”.

“**Artículo 58.** La Isla Escudo de Veraguas, por ser patrimonio histórico de la República de Panamá, no podrá ser objeto de apropiación privada”.

2. Normas de la Ley 14 de 5 de mayo de 1982³

² Ley 10 de 7 de marzo de 1997 por la cual se crea la Comarca NÖBE- BUGLÉ y se toman otras medidas, publicada en la Gaceta Oficial número 23, 242 de 11 de marzo de 1997.

³ Ley 14 de 5 de mayo de 1982 por la cual se dictan medidas sobre custodia, conservación y administración del Patrimonio Histórico de la nación, publicada en la Gaceta Oficial número 19, 566 de 14 de mayo de 1982.

“**Artículo 36.** La calificación de una obra, objeto o documento como de interés histórico, arqueológico, artístico, arquitectónico, será decretada mediante ley”.

“**Artículo 37.** Podrán calificarse y declararse monumentos nacionales las áreas conjuntas urbanas como calles, plazas, recodos, barrios, murallas, fortalezas, ruinas u otros semejantes, y los lugares cuya memoria éste unida a hechos importantes del proceso histórico nacional”.

“**Artículo 38.** El Instituto Nacional de Cultura, a través del Órgano Ejecutivo, podrá solicitar al Consejo Nacional de Legislación y la calificación y declaración de monumento nacional para cualquier obra, objeto o conjunto urbano o rural y la prevención de cualesquiera trabajos que puedan afectar la integridad de aquellos o disminuir su valor estético o histórico. En caso de que hubiera obras en ejecución se podrá decretar, la suspensión de las mismas”.

“**Artículo 39.** La Dirección Nacional de Patrimonio Histórico, deberá aprobar todo proyecto de obras que se realicen en las áreas adyacentes de un monumento nacional o histórico, con el fin de prevenir el deterioro o desmejoramiento del mismo”.

“**Artículo 40.** La Dirección Nacional de Patrimonio Histórico deberá aprobar previamente todo proyecto de restauración u obra de conservación de los monumentos nacionales o históricos y velará porque tales obras no comprendan la alteración de los mismos ni desfiguren su identidad. Asimismo, procurará conservar el medio ambiente propio del sitio donde se encuentre emplazado el monumento histórico”.

3. Normas de la Ley 37 de 22 de mayo de 1996⁴

“**Artículo 4.** Los interesados en realizar obras de construcción, restauración, remodelación o conservación, en algún monumento histórico, conjunto monumental histórico o sitio histórico, deberán presentar, previamente a la ejecución del proyecto, los documentos que se estimen necesarios para la evaluación de la obra a realizar, así como aquellos otros documentos que solicite la Dirección Nacional de Patrimonio Histórico, de acuerdo con lo que disponen los artículos 39, 40, del la Ley 14 de 1982.

La Dirección Nacional de Patrimonio Histórico deberá tomar las medidas necesarias, con el fin de prevenir la destrucción o alteración de los monumentos históricos, conjuntos monumentales y sitios históricos, así como para la conservación del medio ambiente que los rodea”.

4. Normas de la Ley N° 8 de 14 de junio de 1994⁵.

⁴ Ley 37 de 22 de mayo de 1996 por medio de la cual se declaran históricos varios monumentos, publicada en la Gaceta Oficial número 23, 044 de 27 de mayo de 1996.

⁵ Ley 8 de 14 de junio por la cual se promueven las actividades turísticas en la República de Panamá, Publicada en la Gaceta Oficial N° 22.558 de 15 de junio de 1994.

“Artículo 34. Se autoriza al Órgano Ejecutivo para que, por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro, previa recomendación de la Junta Directiva del Instituto Panameño de Turismo y⁶, otorgue hasta por el término de veinte (20) años la concesión de islas, sin afectar los derechos preexistente de tierras de propiedad del Estado y terrenos que requieran de rellenos que estén destinados al desarrollo turístico, de acuerdo a los Planes Maestros del Instituto Panameño de Turismo; y áreas para la construcción de marinas y muelles que el Estado resuelva dedicar a la actividad turística pública”.

“Artículo 35. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los contratos de concesión podrán celebrarse hasta por un término de cuarenta (40) años, cuando a juicio de la Junta Directiva del Instituto Panameño de Turismo, consignado mediante resolución motivada,⁷ se trate de proyectos cuyo monto de inversión, impacto económico y potencial de generación de empleos requieran de una relación contractual de mayor duración, salvo las concesiones de bienes revertidos que son de competencia de la Autoridad de la Región Interoceánica, que será en este caso el organismo encargado de otorgar las respectivas concesiones.

“Artículo 36. La falta de cumplimiento del plazo estipulado para desarrollar la actividad turística que se le autorizó a la empresa concesionaria, dará lugar a la pérdida de la concesión, entendiéndose que toda mejora construida sobre el área pasará a ser propiedad del Estado sin costo alguno para éste, sin perjuicio de otras sanciones legales que correspondan”.

“Artículo 37. Para otorgar una concesión, se exigirán los siguientes requisitos:

1. El presupuesto asignado a la obra, sus especificaciones técnicas y el correspondiente programa de trabajo;
2. El pago de las indemnizaciones en caso que sea necesario;
3. La modalidad de los servicios que se prestarán y sus beneficios para los usuarios;
4. La capacidad financiera del oferente y la procedencia de sus recursos;
5. La experiencia del oferente en proyectos similares;

⁶ En este párrafo se debería leer la siguiente frase: “sujeto a la ratificación de la Comisión de Hacienda Pública, Planificación y Política Económica de la Asamblea Legislativa”; sin embargo por medio de la Sentencia del 30 de mayo de 1995, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia declara que la frase “...sujeto a la ratificación de la Comisión de Hacienda Pública, Planificación y Política Económica de la Asamblea Legislativa...” es Inconstitucional. Aparece en el Registro Judicial 7 de septiembre de 1995.

⁷ En este párrafo se debería leer la siguiente frase: “debidamente ratificada por la Comisión de Hacienda Pública, Planificación y Política Económica de la Asamblea Legislativa”; sin embargo por medio de la Sentencia del 30 de mayo de 1995, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia declara que la frase “...debidamente ratificada por la Comisión de Hacienda Pública, Planificación y Política Económica de la Asamblea Legislativa...” es Inconstitucional. Aparece en el Registro Judicial de septiembre de 1995. Por medio de la Sentencia del 30 de mayo de 1995, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia declaró que la frase “...podrán celebrarse hasta por un término de cuarenta (40) años...” es Constitucional. Aparece en el Registro Judicial de septiembre de 1995.

El ente responsable de otorgar la concesión ejercerá una inspección permanente en todas las etapas de la concesión de la obra, para asegurar que se cumpla con lo pactado”.

“**Artículo 38.** El concesionario y en su caso, sus subcontratistas, están obligados a cumplir el programa de trabajo convenido hasta la terminación de la obra. Si no cumplen el programa o la obra no se realiza conforme a las especificaciones técnicas acordadas, se declarará la resolución administrativa del contrato, así como la pérdida de la fianza de cumplimiento brindada y de todos los derechos de la concesión”.

“**Artículo 39.** Las concesiones que se otorguen al tenor de la presente Ley, incluyendo las condiciones **con** que se confieren, deberán ser publicadas durante quince (15) días consecutivos en diarios de circulación nacional, antes de declarar que dichas concesiones son definitivas”.

Interpretación del derecho aplicable.

¿Los bienes inadjudicables pueden ser usados por los particulares?

Según se ha visto, la propia Constitución Nacional en su artículo 81 establece que “la Ley reglamentará lo concerniente a su custodia (de los bienes que conforman el patrimonio histórico), fundada en la primacía histórica de los mismos y tomará las providencias necesarias para conciliar con la factibilidad de programas de carácter comercial, turístico”. Así, pues, estos bienes son de carácter inadjudicable, por ser de aprovechamiento libre y común de todas las personas, pero sí podrían ser dados en uso provisional a empresas para que sean aprovechados en proyectos turísticos.

Existe como vemos, una imposibilidad constitucional y legal en la venta o transferencia de la Isla Escudo de Veraguas a favor de cualesquiera persona, natural o jurídica; lo que sí podría ocurrir es que se permita un contrato de concesión, a favor de beneficiar a la persona interesada con el uso de la isla, por un espacio de tiempo más o menos corto (veinte años) .

¿Qué significado tiene que una ley de la República afirme que determinado bien pertenece al patrimonio histórico de la Nación?

Es muy interesante ver que el artículo 58 de la Ley de la Comarca consultante, establezca que “la Isla Escudo de Veraguas, por ser patrimonio histórico de la República de Panamá, no podrá ser objeto de apropiación privada”. La curiosidad estriba en que, si bien el legislador no declara de manera expresa a la Isla Escudo de Veraguas como patrimonio histórico, sí afirma que ese hecho es cierto. Sin embargo, en los historiales y archivos de la organización que directamente tiene que ver con los bienes patrimoniales de carácter históricos: el INAC, y más

específicamente la Dirección de Patrimonio Histórico⁸, no existe una Resolución o acto administrativo que indique que esa isla haya sido declarada de patrimonio histórico.

A pesar de lo que parece haber sido un error del legislador, no cabe duda que la Ley 14 de 5 de mayo de 1982, en su artículo 36, establece, según hemos leído que: “la calificación de una obra, objeto o documento como de interés histórico, arqueológico, artístico, arquitectónico, será decretada **mediante ley**”.

Así pues, se puede afirmar que, si bien no hay una Resolución administrativa o algún acto administrativo que haya declarado ese bien como patrimonio histórico, ello no es relevante porque no es el Órgano Ejecutivo el que tiene la competencia para dicha declaratoria, sino el Poder Legislativo. Lo que quiere decir, que la declaración del artículo 58 de la Ley de la Comarca Gnobe-Buglé, debe tomarse por válida y afirmar que ciertamente, la Isla Escudo de Veraguas es patrimonio histórico de la Nación.

Según se desprende de lo anteriormente declarado, hasta tanto se corrija por medio de ley, ese lamentable y vergonzoso error legislativo; se debe presumir que el legislador quiso declarar esa Isla como patrimonio de la Nación. Y por tanto, le corresponde al INAC, darle custodia y seguimiento al uso que de los monumentos y sitios históricos que existan en la Isla, si es que existen.

Es decir que, en la negociación de la concesión turística de la Isla, se debe tener muy en cuenta la participación del INAC. Esto ya que como se ha visto el artículo 1 de la Ley N°.14 de 5 de mayo de 1982, por la cual se dictan medidas sobre custodia, conservación y administración del Patrimonio Histórico de la Nación, establece que: “ Corresponde al Instituto Nacional de Cultura, a través de la Dirección Nacional de Patrimonio Histórico el reconocimiento, estudio, custodia, conservación, administración y enriquecimiento del Patrimonio Histórico de la Nación”.

Esto, nos indica en primera instancia que existe una autoridad dentro del Instituto Nacional de Cultura, que tiene la representación sobre la custodia del Patrimonio Histórico de la Nación y esta es, la Dirección Nacional de Patrimonio Histórico. Y además que ella, tiene más que una simple facultad, el deber de preservar todos los bienes considerados Patrimonio Histórico de la Nación. Y para ello, según el artículo 39 de la misma ley, “la Dirección Nacional del Patrimonio Histórico deberá aprobar todo proyecto de obras que se realicen en las áreas adyacentes de un monumento nacional o histórico, con el fin de prevenir el deterioro o desmejoramiento del mismo.”

Más claramente en el artículo 40 se establece que “la Dirección Nacional del Patrimonio Histórico deberá aprobar previamente todo proyecto de restauración u

⁸ Esto según las afirmaciones del Asesor Legal el licenciado Greco.

obra de conservación de los monumentos nacionales o históricos y velará porque tales obras no comprendan la alteración de los mismos ni desfiguren su identidad. Asimismo, procurará conservar el medio ambiente propio del sitio donde se encuentre emplazado el monumento histórico.”

Las normas reproducidas señalan claramente la responsabilidad que tiene el Director General del Patrimonio Histórico, responsabilidad que involucra no sólo aprobar todas aquellas obras a realizarse en las áreas adyacentes de un monumento nacional o histórico sino también velar porque se dé a la obra de que se trate cuidado y conservación, sin menoscabar en modo alguno el origen estético, arquitectónico o histórico del bien que custodie. Esto conlleva, asimismo, cuidar que no se cause deterioro al medio ambiente en donde se encuentre dicho bien, ya que así lo ha dispuesto acertadamente la Ley.

¿Por qué se debe cuidar el patrimonio histórico?

Porque además de ser un bien con valor en sí mismo, en función de ser bien cultural; el patrimonio debe ser valorado como un instrumento de desarrollo económico y cultural.

Como se puede constatar en la actualidad, el objetivo cultural y el disfrute de la naturaleza dentro de un viaje ha cobrado gran importancia al momento de tomar la decisión de concretarlo dejando de lado destinos tradicionales como las playas o los grandes centros urbanos.

Es por ello que los destinos turísticos deberán afrontar el gran desafío de revalorizar su Patrimonio Histórico - Cultural y Natural en pos de lograr que éstos se transformen en parte de los atractivos que busca el turista / cliente y permitan que éste aumente los pernoctes y gasto diario promedio que realiza en el destino.

La inversión turística puede ser un instrumento para el desarrollo.

Según se puede ver, está claro que difícilmente se puede concebir el patrimonio histórico si no se tienen en cuenta fenómenos tan importantes como el turismo, que permite que los Museos estén abiertos, las casas se conserven restauradas, etc. Es evidente que para poder financiar el mantenimiento de un bien cultural y a la vez a los lugareños de un sitio histórico, hoy en día hay que aprovechar la ventaja que ofrece la inversión turística.

Hay que reconocer que el turismo es una de las principales fuentes de los recursos económicos mundiales -por encima incluso de las fuentes energéticas como el petróleo-. Y, como tal negocio, es el que más fondos mueve en el mundo, convirtiéndose en el auténtico "monocultivo" de algunas ciudades.

¿Cómo y quién debe tramitar el contrato de concesión turística?

Según la legislación comarcal, debe existir una “Comisión de Desarrollo Turístico”, de la cual debe ser parte un representante del Instituto Panameño de Turismo, y será esta “Comisión”, la que aprobará el contrato de concesión.

Para que se pueda cumplir con las exigencias de la ley de contratación pública, se debe someter a un concurso de postulantes, la concesión de la isla. Esto ya que si bien, la ley de turismo no dice nada respecto de la libre oferta y concurrencia de posturas, es la ley 56 de 1995, que es ley general y por tanto supletoria de todas las legislaciones sobre contratación pública; la que establece que la regla general en materia de con contratos públicos, es la libre concurrencia de posturas.

Esta afirmación anterior es todavía más cierta si se sabe que la concesión y la propuesta de inversión podrían superar los dos millones de balboas.

Así pues, para mayor transparencia en la gestión de los bienes públicos, y tratándose de bienes que conforman el patrimonio histórico de Panamá, sería aconsejable hacer una propuesta libre para que los que tengan a bien, participen con sus propuestas y que al final la Nación contrate con la oferta más ventajosa.

Una cuestión a tener en cuenta: la Isla Escudo de Veraguas debe estar dentro de la zona de desarrollo sostenible.

Ahora bien un tema importante es saber antes de la contratación si la Isla Escudo de Veraguas se encuentra dentro de los dos mil metros de la costa hacia el mar, pues de no ser así, no se podría otorgar dicha concesión.

Ciertamente según lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 49 de la Ley 10 de 1997, “sin perjuicio de los derechos de la Comarca y sus habitantes, conforme a la presente Ley y con el objeto de incentivar la inversión, **se crea zona de desarrollo sostenible que se extiende 2000 metros de la costa hacia tierra firme, a todo lo largo del litoral**” Y, “se autoriza a la Comisión de Desarrollo Turístico, por conducto del Instituto Panameño de Turismo, para que apruebe las concesiones a empresas privadas, para la inversión turística **dentro de la zona de desarrollo turístico sostenible**”.

Respuestas concretas a las interrogantes.

Aunque la Isla Escudo de Veraguas sea patrimonio histórico de la República de Panamá, y por no ser objeto de apropiación privada; sí puede ser la misma objeto de concesión a personas jurídicas o naturales para su explotación turística.

En cuanto a la autorización definitiva para contratar ella, si bien debe contar con el visto bueno del IPAT para otorgar las concesiones, debe intervenir el INAC, y por supuesto que las autoridades comarcales. Otro asunto importante es que debe ser

por medio de concurrencia libre de ofertantes e interesados en la inversión turística de esa isla.

Conclusión.

En virtud de lo anterior, esta Procuraduría de la Administración es de la opinión, que una de las entidades públicas que le corresponde ejercer la potestad de manejar la Concesión de un bien perteneciente al patrimonio cultural de Panamá es el Instituto Nacional de Cultura, a través de la Dirección Nacional de Patrimonio Histórico.

No obstante, la última ley que regula la forma de disposición de la Isla Escudo de Veraguas, es decir la Ley 10 de 7 de marzo de 1997, establece con claridad que el Instituto Panameño de Turismo es la entidad que tiene competencia deliberante o primaria para tramitar la concesión y es la Comarca Gnobe-Bugle, por medio de la Comisión de Desarrollo Turístico, la que realmente otorga y administra la Concesión.

Ahora bien el INAC a través de la Dirección Nacional de Patrimonio Histórico, de darle seguimiento a los trabajos que se realicen. O sea que, el INAC no debería descuidar la custodia y vigilancia de ese patrimonio histórico.

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/15/hf.