

Panamá, 19 de septiembre de 2003.

Ingeniero

ALFREDO ARIAS GRIMALDO

Administrador General de la

Autoridad de la Región Interoceánica (ARI)

E.

S.

D.

Señor Administrador General:

En cumplimiento de nuestras funciones como asesores de los funcionarios de la Administración Pública, nos permitimos ofrecer contestación a su Nota N°ARI-AG-DAL-2447-03, que tuvo a bien elevar a este despacho, relacionada con la viabilidad jurídica de efectuar cambios en la relación contractual que se originó bajo la modalidad de concesión y ahora adecuarla a la modalidad de arrendamiento.

Los antecedentes

Tal y como ustedes lo han señalado, el 16 de septiembre de 1997, se perfeccionó el contrato de concesión y custodia N°.082-97 firmado por las partes y refrendado por las autoridades competentes, celebrado con la empresa **DETUR PANAMÁ, S.A.**, para el desarrollo y operación de un complejo turístico de actividad hotelera en la antigua Escuela de Las Américas y otros bienes adyacentes, ubicados en el Residencial Espinar, Corregimiento de Cristóbal, Distrito y Provincia de Colón, trámite iniciado desde 1996, cuando los bienes estaban afectados al régimen de dominio público y los compromisos contractuales debían pactarse con las normas vigentes contenidas en 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 que a la letra dice:

“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 con meridiana claridad, 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, como fue el caso y, que más adelante observaremos.

La Ley N°.5 de 1993, regula un régimen especial que fija atribuciones, obligaciones y fines específicos a la Autoridad de la Región Interoceánica sobre los bienes revertidos, contando entre ellos, con la planificación regional y desarrollo del área del Canal ; así como vigilar la transferencia de los bienes para que estos estén en buen estado de funcionamiento y asignar el uso correspondiente a través de venta, concesión arrendamiento y administración de bienes.

Compartimos el criterio expresado por ustedes cuando sostienen que los bienes inmuebles del Estado pueden revertir, de acuerdo con su régimen jurídico de dos formas, cuando se trate de:

- 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; es decir, 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 lo siguiente:

“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 establece una obligación inherente al propietario, consistente en que la propiedad realice una función social; y se consagra la expropiación con indemnización, por razones de utilidad pública o de interés social. De allí que se enmarque en la idea de bienes de dominio público, esas tres nociones de función, uso y servicio público.

Debería tenerse en cuenta lo establecido en los artículos 328, 329 del Código Civil y 9, 10 y 14 de la Ley N°.21 de 2 de julio de 1997, por la cual se aprueban el Plan

para el desarrollo de la Región Interoceánica y el Plan general de uso, conservación y desarrollo del área del Canal, que establecen las condiciones para que la ARI pueda modificar la relación contractual que mantiene con la empresa Detur de Panamá, S.A. Veamos:

“Artículo 328. Los bienes son de dominio público o de propiedad privada.

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...”

Ley N°.21 de 2 de julio de 1997:

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

1. Los 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.”.

“Artículo 10. La Autoridad de la Región Interoceánica podrá vender, arrendar y dar en concesión las tierras y demás bienes revertidos, así como ejercer las facultades de custodia y administración de dichos bienes, de conformidad con la Ley 5 de 1993, esta Ley y el Plan General”

“Artículo 14. Quedan derogados el párrafo primero del artículo 42 y el artículo 47 de la Ley 5 de 1993, así como toda disposición legal contraria a esta Ley. Quedan vigentes la Ley 9 de 1973 y el artículo 56 de la Ley 3 de 1995 que modifica y adiciona y deroga disposiciones del texto único del Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa contenido de la Ley 49 de 1984 y la Ley 7 de 1992”.

Las normas del Código Civil arriba citadas, establecen claramente el régimen jurídico de los bienes inmuebles pertenecientes al Estado y los clasifica en bienes de dominio público y bienes patrimoniales.

El artículo 9 de la Ley N°.21 de 2 de julio de 1997, especifica cuales bienes deberán considerarse de dominio público y, 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 5 de 1993, la Ley y el Plan General.

El artículo 14 del mismo texto legal, deroga de manera expresa el párrafo primero del artículo 42 de la Ley 5 de 1993. Ello quiere decir, que los bienes objeto de su consulta, (las áreas dadas en concesión para el desarrollo de una actividad hotelera en la Antigua Escuela de Las Américas y otros bienes adyacentes ubicados en el Residencial Espinar) quedaron automáticamente desafectadas y, pasaron a constituirse en bienes patrimoniales y, por consiguiente, con esta desafectación las tierras administradas por la ARI, pasaron al comercio y el Estado podrá ahora negociar su disponibilidad.

Podemos concluir en esta primera etapa de la consulta con las siguientes consideraciones:

1. Bajo el régimen de la Ley N°.5 de 1993, por la cual se crea la Autoridad de la Región Interoceánica, todos los bienes revertidos y los que en el futuro revertirían, eran declarados de dominio público,¹ lo que quiere decir, que los mismos estaban afectados;
2. Los únicos bienes que eran considerados como de dominio público, los constituían aquellos desafectados por leyes especiales² y, los que serían desafectados al aprobarse y promulgarse el Plan General.³;

¹ Ver artículo 42 de la Ley N°.5 de 1993

² Ibídem

³ Véase Ley N°.21 de 2 de julio de 1997, por la cual se aprueba el Plan Regional para el Desarrollo de la Región Interoceánica y el Plan General de Uso, Conservación y Desarrollo del Área del Canal.

3. Tal condición de afectación sobre dichos bienes dominio público, limitaban a la ARI para que los mismos fueran vendidos o dados en arrendamiento a terceros; por ello la contratación celebrada entre la ARI y la empresa Detur Panamá S.A., se perfeccionó bajo la figura del Contrato de Concesión
4. Con la promulgación de la Ley N°.21 de 1997 ut supra citada, se especificaron de manera categórica cuales bienes serían destinados como de dominio público⁴;
5. Se facultó por primera vez a la ARI, para poder vender, arrendar y dar en concesión las tierras y demás bienes revertidos, que sería desafectados por el Plan General.⁵;
6. Al derogarse el párrafo primero del artículo 42 de la Ley N°.5 de 1993, los bienes de dominio público pertenecientes a la ARI, se constituyeron en bienes de dominio patrimonial.⁶

Continuando con el tema objeto de su consulta, veamos la dos modalidades de contratos que han surgido producto de la desafectación de los bienes pertenecientes a la ARI, luego de promulgada la Ley N°.21 de 2 de julio de 1997.

- a. Contrato de Concesión y Custodia;
- b. Contrato de Arrendamiento.

Contrato de Concesión y Custodia.

Hay ocasiones en que el Estado se apoya en personas privadas, para que colaboren con él en la prestación de 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 benefician a la colectividad, bien sea por éstas nacionales o locales.

De esta sencilla introducción, podemos extraer una serie de elementos indispensables, para que sea factible la concesión administrativa.

- El primero de ellos, es la figura del **Estado cedente**, que constituye la autoridad soberana a cargo de la administración pública, y es a quien corresponde la prestación y funcionamiento de los servicios públicos, por razón de los derechos y garantías de los asociados establecidos en la Constitución Política.

⁴ Artículo 9 de la Ley N°.21 de 1997

⁵ Artículo 10 ibídem

⁶ Artículo 14 ibídem.

- El segundo elemento es el **Concesionario**, que es la persona natural o jurídica a quien se le hace la concesión u otorgamiento, y es quien se obliga a realizar las obras o a brindar el servicio público. Para ello, debe contar con el capital necesario que le permita efectuar tales actividades; es importante resaltar que el concesionario no actúa en nombre y representación de la Administración, sino por su cuenta y riesgo.
- El tercer elemento, es la propia **Concesión**, que en sí misma constituye el otorgamiento de una gracia, autorización o permiso. En el ámbito administrativo, se traduce en que la autoridad del Estado, delega en un particular (o en un funcionario público, de acuerdo con algunas doctrinas) la prestación de los servicios públicos.

La concesión se formaliza mediante un Contrato, en el que se establecen los derechos y obligaciones del Estado cedente y del Concesionario, así como los plazos términos y condiciones en que la misma se va a llevar a efecto.

- El cuarto elemento es la **Retribución**, que consiste en los derechos o tarifas que cobra el concesionario (previa autorización del Estado), por la realización de una obra o por brindar un servicio público a los particulares; también se denominan retribuciones económicas.

El Autor Andrés Serra Rojas, destacado autor mexicano de derecho Administrativo, reconoce la justicia de las retribuciones económicas, cuando acota que:

"...el Estado no debe olvidar que si un particular adquiere una concesión, es para sacar un **provecho razonable** de ella, poniendo su capital y trabajo en una empresa que puede ofrecer beneficios o pérdidas ..."
(Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. 5a. ed. Impresora Galve, S.A. México, 1972, Tomo II, pág. 970).

Los elementos indicados poseen gran importancia; de allí que sea vital su presencia en la concertación de toda concesión administrativa.

El complemento y/o garantía que surge y se observa en el contrato de concesión, suscrito entre la ARI y la empresa Detur Panamá, S.A., lo constituye la parte que representa un contrato paralelo a la concesión, llámese a este, contrato de custodia. Sobre este, podemos decir que es aquel en el cual una persona encomienda a otra de su confianza una cosa para su guarda leal, con retribución o sin ella. El depositario --la consecuencia habría obligado a decir el custodio-- está

obligado a cuidar de la cosa y a conservarla conforme a lo pactado; pero en todo caso responde de la pérdida por dolo o culpa grave.¹

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

Contrato de Arrendamiento.

El concepto original de esta forma de contrato en el caso objeto de la presente consulta, se circunscribe a que estamos en presencia de un contrato netamente administrativo, en donde la Administración, por una parte, y un particular o empresa, por la otra, explotan un servicio público o se autoriza una concesión de alguna fuente de riqueza dependiente de la entidad de Derecho Público. Esta combinación de voluntades, desiguales por su calidad, pública y aun soberana la una, y privada y aun sometida en aspectos generales la otra, revela la **flexibilidad de los vínculos contractuales**, y se anticipa la singularidad de esta contratación.

En materia de derecho comparado¹, nuestro ordenamiento positivo ha consolidado una distinción fundamental entre dos categorías de contratos celebrados por la Administración Pública: privados, cuyo conocimiento se le atribuye a la jurisdicción ordinaria y administrativa, en los que la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Una observación que se hace necesario acotar, por su importancia dentro del desarrollo de la presente consulta, lo constituye el hecho, que mientras en los contratos civiles los contratantes se encuentran en una posición sustancialmente igual, **en los contratos administrativos se reconocen desigualdades en la medida en que uno de ellos, la Administración, representa el interés general frente a la otra parte, que sólo actúa de acuerdo con su propio y particular interés**. En este segundo criterio de distinción queda definitivamente evidenciada la consideración de que en todo contrato administrativo, aparecen incorporadas unas cláusulas exorbitantes no explicables, ni justificables, desde la perspectiva del Derecho común de obligaciones, por cuanto dotan a la Administración contratante de unas singulares prerrogativas que, justamente marcan esa diferencia o desequilibrio entre las partes, propias del Derecho Administrativo.

⁷ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II, C-CH, 26ª. Edición. Editorial Heliasta S.R.L. 1998. Buenos Aires, Argentina.

⁸ Nos referimos a algunos contratos administrativos que se celebran en la legislación española.

Por lo anterior, este despacho da contestación a sus interrogantes en los siguientes términos:

Primera interrogante:

“1. Cambiar el concepto de Concesión a Arrendamiento;”

A pesar de que los contratos de concesión y de arrendamiento, literalmente hablando no son iguales, existen características, similitudes, derechos y deberes que los suscriptores convienen y se obligan entre sí.

La más importante de esas características y quizás, la más determinante, lo constituye el hecho o condición de que ambos contratos son el resultado de un **acuerdo de voluntades** que contraen y comprometen a las partes entre sí. Tanto el contrato de Concesión como el de Arrendamiento, constituyen un pacto establecido con ciertas formalidades comunes en virtud de la cual se obligan recíprocamente a ciertas cosas.

Un hecho cierto en el presente caso, es que, cuando la ARI y Detur Panamá, S.A., convinieron y pactaron el contrato de Concesión, sobre los bienes ubicados en la antigua Escuela de Las Américas y otros en el Residencial Espinar, no establecieron dentro de su relación contractual, que dicho contrato de Concesión podría más adelante cambiarlo o adecuarlo a la modalidad de un contrato de arrendamiento.

Tal condición, no podría pactarse debido a que, dentro de las diversas especies de obligaciones que existen en nuestro derecho positivo, hay obligaciones puras y condicionales que se basan en principios generales que las restringen, de manera que, perse, no pueden establecerse. Estas condiciones u obligaciones a las que nos referimos, son aquellas que no pueden pactarse sobre hechos futuros e inciertos; pues toda obligación podrá exigirse, cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro e incierto.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, y por ser esta una relación contractual de carácter administrativo, donde el Estado (o la Administración), combinado en una relación o acuerdo de voluntades con un particular o empresa, mantiene una 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, adecuar ahora, la relación contractual original, a la modalidad de un contrato de arrendamiento.**

En consecuencia, y con relación a su primera interrogante, somos del criterio, que la Autoridad de la Región Interoceánica, si puede cambiar el concepto de contrato de Concesión a Contrato de Arrendamiento, basado en el hecho de que los bienes originalmente dados en concesión, no constituyen bienes de dominio público, sino, patrimoniales.

Segunda interrogante:

“2. Posibilidad de reconocer el derecho preferencial de compra del terreno y mejoras”.

El derecho preferencial de compra, es una condición que factiblemente puede ser pactada por las partes en todo contrato de Arrendamiento; este derecho, debe establecer sus propias formalidades requeridas, los deberes y obligaciones a que las partes decidan convenir y que el mismo, no sean contrario a la ley. En este sentido, consideramos perfectamente viable, la posibilidad de reconocer el derechos preferencial de compra del terreno y las mejoras.

Tercera interrogante:

“3. Inscripción de mejoras a favor de la empresa, y sino compran la tierra, poder vender dichas mejoras al Estado o terceras personas”.

A este respecto, este despacho comparte el criterio expresado por la Dirección de Asesoría Legal de la ARI, cuando sostiene que, aún cuando el status jurídico que actualmente detenta el área donde se ubica el proyecto hotelero, puede sustituirse hoy en día el concepto de concesión a arrendamiento, ya que el área no constituye un bien de dominio público, y el contrato fue negociado cuando sólo podía tramitarse como concesión.

La ARI no puede pactar o acceder que la empresa inscriba las mejoras como de su propiedad y poder disponer de las mismas a su favor, toda vez que, tal condición no fue establecida en el contrato original de concesión, pues tal condición, evidentemente ocasionaría una lesión patrimonial al Estado, pese a que si puede reconocer el derecho preferencial de compra del terreno y las mejoras, pues ello es viable jurídicamente.

Para concluir, este despacho considera lo siguiente:

1. Cambiar el concepto de Concesión a Arrendamiento, entre la ARI y la empresa Detur Panamá, S.A., es legalmente viable.

2. Es necesario que la ARI, procure en todo momento mantener buenas relaciones con la empresa Detur Panamá, S.A., logrando con ello el mejor beneficio para las partes.
3. La Autoridad de la Región Interoceánica, deberá velar en todo momento por los mejores intereses de la Nación y no podrá pactar en ningún momento, condiciones o cláusulas que vayan en detrimento del Estado.
4. Recomendamos a la Administración de la ARI, se reúna en el menor tiempo posible con la empresa Detur Panamá, S.A., y juntos negocien en derecho, lo mejor para cada uno, y si la ARI considera conveniente que el contrato de Arrendamiento se de bajo la condición de otorgarle la primera opción de compra, podrá así pactarlo.
5. Las cláusulas que en un momento determinado pudieran afectar o causar un daño patrimonial a la Nación, no podrán establecerse bajo ningún concepto.
6. La ARI, debe ayudar en todo lo que pueda a la empresa Detur Panamá, S.A., de manera tal que la misma logre el desarrollo por el cual ha invertido en beneficio del país; siempre y cuando no se pacten cláusulas adversas a los mejores intereses de la Nación.

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

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración