

Panamá, 26 de agosto de 1999.

Su Excelencia
ROLANDO E. MEJIA
Viceministro de Gobierno y Justicia.
E. S. D.

Señor Viceministro:

En cumplimiento de nuestras funciones como Asesores de los servidores de la Administración Pública, nos permitimos ofrecer contestación a su Nota N°79-99 DVM, fechada 5 de agosto de 1999, llegada a este Despacho el día 6 de agosto del mismo año, por medio del cual solicita nuestra opinión jurídica, respecto a, si debe o no la Dirección Nacional de Reforma Agraria del Ministerio de Desarrollo Agropecuario, adjudicar tierras insulares ocupadas o en posesión de personas naturales o jurídicas antes del año 1972.

En primer lugar, veamos el contenido del artículo 286 de la Constitución Política, máxima norma dentro del ordenamiento jurídico nacional, que la enajenación del territorio insular dice lo siguiente:

¿Artículo 286. Las personas naturales o jurídicas extranjeras y las nacionales cuyo capital sea extranjero, en todo o en parte, no podrán adquirir la propiedad de tierras nacionales o particulares situadas a menos de diez kilómetros de las fronteras.

El territorio insular sólo podrá enajenarse para fines específicos de desarrollo del país y bajo las siguientes condiciones:

Cuando no sea considerada área estratégica o reservada para programas gubernamentales.

Cuando sea declarada área de desarrollo especial y se haya dictado legislación sobre su aprovechamiento, siempre que se garantice la Seguridad Nacional.

La enajenación del territorio insular no afecta la propiedad del Estado sobre los bienes de uso público.

En los casos anteriores se respetarán los derechos legítimamente adquiridos al entrar a regir esta Constitución; pero los bienes correspondientes podrán ser expropiados en cualquier tiempo, mediante pago de la indemnización adecuada.¿ (Lo subrayado es nuestro)

Del texto constitucional, se extrae que los territorios insulares sólo pueden ser enajenados bajo ciertas condiciones tales como: no ser áreas estratégicas o reservadas para proyectos gubernamentales, y cuando sean declaradas para desarrollo especial y dispuesto por una Ley que garantice la Seguridad Nacional, existe una cláusula de reserva legal en esta disposición, para efectos de la explotación de ese territorio.

El autor Luis Fuentes Montenegro en su Obra *¿Constitución Política Comentada¿* señala que el Estado a través del artículo 286, no sólo vela por la utilización adecuada de la tierra, sino que además vigila porque el ejercicio de su *ius imperium*, no sea resquebrajado o se mediatice, ya que ninguna otra persona o ente, puede disputar la soberanía de su territorio. Por ello, se justifican a plenitud, las medidas de protección sobre el territorio panameño, en general, y sobre las áreas fronterizas e insulares, en particular.

No obstante, lo expresado por la Carta Fundamental, el Código Agrario, Ley 37 de 21 de septiembre de 1962, norma jurídica anterior y de inferior jerarquía a la Constitución Política de 1972, establece en su artículo 27, numeral 8, que las islas son inadjudicables en su totalidad a personas naturales nacionales que las solicitarán como tierras estatales sujetas a los fines de Reforma Agraria. Ahora bien, parte de éstas pueden ser adjudicadas en tanto sean poseídas u ocupadas por personas que las explotaran agropecuariamente y que tuvieran derecho según las disposiciones del Código Agrario. Establece el artículo 26 y 27, numeral 8, de aquel cuerpo legal lo siguiente:

¿Artículo 26. Para los efectos de lo dispuesto por este Código todas la tierras Estatales salvo las exceptuadas taxativamente por el Artículo 27 están sujetas a los fines de la Reforma Agraria.¿

*¿Artículo 27. Se exceptúan de lo dispuesto por el Artículo anterior las siguientes tierras:
8º Las islas marítimas, con excepción de las porciones de ellas poseídas u ocupadas por las personas que tengan derecho a su adjudicación en propiedad a título gratuito u oneroso, con arreglo a las disposiciones de este Código;¿¿*

Al no haber sido derogada, ni declarada inconstitucional por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, la obvia contradicción de esta norma con lo dicho por la Constitución, obliga el Ejecutivo Nacional, actuando a través del Ministerio de Desarrollo Agropecuario, a dictar el Decreto Ejecutivo N° 54 de 11 de diciembre de 1979, el cual, en su artículo cuarto refiriéndose al artículo 250, hoy día 286, de la Constitución Política dice:

¿Artículo Cuarto. En tanto no se expida la ley que desarrolle el artículo 250 de la Constitución Política de la República de Panamá, se ordena suspender todos los procedimientos para la adjudicación de tierras baldías ubicadas en territorio insular de la República. Se respetarán los derechos legítimamente adquiridos al entrar a regir la Constitución de 1972¿. (Lo subrayado es nuestro).

Por otra parte, nos permitimos hacer algunos comentarios sobre el derecho de posesión. En efecto, la posesión es un hecho al cual el ordenamiento jurídico brinda una especial protección legal. La posesión es definida por el Código Civil como la retención de una cosa o el disfrute de un derecho con ánimo de dueño (Art. 415); y la misma se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar estos sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por actos propios o formalidades legales establecidas (Art. 423). El poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios establecidos en los Códigos Judicial y Administrativo (Art. 432); y a prescribir el dominio de las cosas poseídas, con buena fe y justo título por el tiempo determinado en la Ley.

Sin embargo, el título de propiedad prima sobre la posesión de hecho, pues como aclara el artículo 431 del Código Civil ¿¿Si surgiere contienda sobre el hecho de la posesión, se considerará como mejor posesión la que se funde en título legítimo¿. Los actos meramente facultativos y los de mera tolerancia no pueden servir de fundamento a la adquisición de la posesión legítima, así como tampoco dan derecho a la prescripción (Arts. 417 y 1680 del Código Civil). Sobre las cosas que no pueden ganarse por prescripción no caben acciones posesorias (Artículo 598 del Código Civil).

Cabe advertir, que al haber sido suspendidas por virtud del Decreto N° 54 de 11 de diciembre de 1979, las adjudicaciones de las tierras baldías nacionales ubicadas en territorio insular y como contra las tierras de la Nación no se puede prescribir (Art. 1670 del Código Civil), el Estado no puede reconocer sino precariamente los derechos de los ocupantes isleños.

En ese sentido, el artículo 3 del Código Fiscal define como bienes nacionales, los pertenecientes al Estado y los de uso público, y los existentes dentro del territorio de la República que no pertenezcan a los Municipios, a las entidades autónomas o semiautónomas ni sea individual o colectivamente de propiedad particular. El Registro Público tiene debidamente inscrito los bienes que pertenecen a las entidades autónomas y los que pertenecen a los particulares y todos los que no se encuentran en esas categorías, o sea los restantes, pertenecen al Estado. Cuando las tierras insulares, que forman parte del territorio nacional y están sujetas a la jurisdicción de la República, no se encuentran inscritas a nombre de otras personas de derecho público o de particulares, únicamente el Estado, por disposición constitucional y legal puede enajenarlas o concederlas. (Cfr. Consulta N° 11 de enero de 1997).

Por otra parte, el Código Fiscal en su artículo 8, preceptúa que la administración de los bienes nacionales estará a cargo del Ministerio de Hacienda y Tesoro (ahora de Economía y Finanzas). En ese mismo orden, el artículo 28 del citado Código también señala, que dicho Ministerio, dispondrá todo lo concerniente a la enajenación y arrendamiento de los bienes nacionales.

El artículo 122 (restablecido por el artículo 3 del Decreto Ley 12 de 1964, G.O. 15.068 de 27/2/64) del Código Fiscal establece:

¿Artículo 122. El Órgano Ejecutivo podrá conceder en explotación las tierras inadjudicables comprendidas en los ordinales 2°, 3°, 8°, 9°, 10° y 11°, del Artículo 116 con sujeción a lo que dispone este Código y las leyes especiales.¿

El ordenamiento legal antes citado, reafirma la posibilidad de que el Estado pueda dar en concesión los territorios insulares para fines exclusivos, que guarden relación con el desarrollo del país o explotación turística, al respecto de esto último, el artículo 34 y 35 de la Ley N° 8 de 14 de junio de 1994 ¿Por la cual se promueven las actividades turísticas en la República de Panamá¿ señalan:

¿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 y sujeto a la ratificación de la Comisión de Hacienda, Planificación y

Política Económica de la Asamblea Legislativa, otorgue hasta por el término de veinte (20) años la concesión de islas, sin afectar los derechos preexistentes; de tierras de propiedad del Estado y terrenos que requieran 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.¿ (La frase subrayada fue declarada inconstitucional por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 10 de mayo de 1995)

¿Artículo 35. No obstante lo dispuesto en 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, debidamente por la Comisión de Hacienda Pública y Planificación y Política Económica ratificada por la Asamblea Legislativa, se trate de proyectos cuyo monto de inversión, impacto económico y potencial de generación de empleos requieran 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.¿

Vale destacar, que las normas bajo estudio, fueron objetos de pronunciamiento por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, mediante Resolución de 8 de mayo de 1997, y cuya parte medular transcribimos:

¿En lo que atañe el artículo 34 de la Ley N° 8 de 14 de junio de 1994, la Sala estima que, efectivamente, ha sido violado por omisión por las razones que exponemos a continuación. La Ley N° 8 de 14 de junio de 1994, publicada en la Gaceta Oficial N° 22,558 de 15 de junio de 1994 ¿Por la cual se promueven las actividades turísticas en la República de Panamá, dispone en su artículo 34, referente a la concesión de islas, es el Órgano Ejecutivo por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro quien está autorizado para efectuar esas concesiones, previa recomendación de la Junta Directiva del Instituto Panameño de Turismo y sujeto a la ratificación de la Comisión de Hacienda Pública, Planificación y Política Económica de la Asamblea Legislativa.

De igual manera, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 30 de mayo de 1995, acotó lo siguiente:

¿La finalidad de la Ley número 8 de 14 de junio de 1994, se propone promover `las actividades turísticas en la República de Panamá¿ como se advierte del texto de artículo 1° de dicho instrumento legal; el cual establece además que la aludida ley tiene por objeto el establecimiento de un proceso simple, rápido y racional para el desarrollo de actividades turísticas en el país; otorgar incentivos y beneficios a las personas que se dediquen a la actividad turística; adoptar mecanismos necesarios para lograr la conjunción y coordinación de la acción el sector público y del sector privado en el área del turismo, y promover el turismo en Panamá. Se trata así de una ley que autoriza al Órgano Ejecutivo a celebrar `contratos de concesión con personas naturales o jurídicas dentro del campo o de la actividad turística del país.

Ahora bien, en relación con el segundo cargo de que se acusa también al artículo 35 de la comentada Ley 8 de 14 de junio de 1994, consiste en la frase que ¿¿Los contratos de concesión podrán celebrarse hasta por un término de cuarenta (40) años¿ fundado en la

violación del artículo 297 de la Carta Política, ¿el Pleno de la Corte estima oportuno reiterar, una vez más, que la jurisprudencia constitucional sentada por esta Corporación en relación con la prohibición presentada en dicha norma de la Carta Política la cual ha sido adoptada por todas las constituciones de la República, no comprende los bienes del estado y demás entidades públicas que están destinadas al uso o servicio público (13/52. V. Fallo de 27 de mayo de 1992)

De igual manera en lo referente a la parte final de la excerta constitucional en comento, la jurisprudencia de la Corte también de vieja data tiene sentado que ésta ¿¿tiene aplicación exclusivamente, en obligaciones de carácter privado; es decir, entre particulares, y que no puede ser aplicado en obligaciones entre el Estado y un particular, porque en el segundo caso, rige el principio universal de que el Estado tiene dominio inminente sobre todos los bienes que existen dentro de sus confines y puede expropiarlo en cualquier momento. Por tanto, la comentada parte final de la disposición constitucional referida no puede aplicarse a los contratos o concesiones que haga el Estado. (Fallo de 12 de noviembre de 1954 G.O. N° 12.641 de 8 de abril de 1955)¿¿.

En mérito de lo expuesto, consideramos que el Órgano Ejecutivo por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro (hoy Ministerio de Economía y Finanzas) puede otorgar concesión de ¿territorios insulares¿ previa recomendación del Instituto Panameño de Turismo y ratificación o convalidación de la Asamblea Legislativa de acuerdo con el numeral 15 del artículo 153 de la Constitución Política.

Por otra parte, la Procuraduría de la Administración en reiteradas ocasiones ha dispuesto que las playas, territorios insulares son bienes de Dominio Público y como tales no pueden ser vendidas. Veamos el contenido medular de la Circular DPA-001/97 de 3 de marzo de 1997, emitido por este Despacho, específicamente el numeral 6.

¿6. La ocupación y utilización de playas, fondos de mar o mar territorial e islas, sin la autorización del Ministerio de Hacienda y Tesoro o de la Autoridad Portuaria Nacional (hoy día Ministerio de Economía y Finanzas y Autoridad Marítima de Panamá) según corresponda, constituye clara violación de normas constitucionales y legales específicas, pudiendo sus ocupantes ser sujetos de severas sanciones pecuniarias y ser demolidas las construcciones erigidas.¿

Nuestra Conclusiones

1. La Procuraduría de la Administración es del criterio, que los territorios insulares son bienes de dominio público, y por lo tanto sólo es posible darlos en concesión bajo las condiciones estrictamente constreñidas en la Constitución Política y la Ley 8 de 1994.

2. La ocupación del territorio insular, condicionalmente enajenable al tenor de los párrafos segundo y tercero del artículo 286 de la Constitución Política, constituye clara violación de normas constitucionales y leyes específicas pudiendo ser los usurpadores sancionados por las autoridades competentes. Las ventas de supuestos ¿derechos posesorios¿, pueden ser en consecuencia demandadas de ilegales e inconstitucionales. (Consulta N°11 de 17 de enero de 1997)

3. Tratándose de bienes de dominio público natural (islas) conservan su carácter especial aunque la Administración Pública les dé un tratamiento de uso y explotación

turística, pero dichos bienes podrán ser expropiados en cualquier tiempo, mediante la indemnización adecuada, establecida por la Ley.

4. El Estado tiene el derecho y el deber de garantizar la conservación del Dominio Público Natural. Ese deber de protección es inexcusable, pues las normas que regulan la actuación de la Administración Pública, se rigen por los principios de Derecho Público.

5. El Órgano competente para otorgar concesiones de Islas es el Órgano Ejecutivo por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro (hoy Ministerio de Economía y Finanzas), previo asesoramiento del Instituto Panameño de Turismo y ratificación de la Asamblea Legislativa.

En estos términos esperamos haber atendido debidamente su solicitud.

De Usted, con toda consideración y respeto.

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/il/hf.

¿1999: Año de la Reversión del Canal a Panamá¿