

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1561

Panamá, 29 de diciembre de 2017

**Proceso Contencioso
Administrativo de Nulidad.**

**Concepto de la Procuraduría
de la Administración.**

El Doctor Ernesto Cedeño Alvarado, actuando en nombre y representación de la Junta Directiva del **P.H. Bahía del Golf**, solicita que se declare nula, por ilegal, la cláusula segunda de la Resolución 35-10 de 27 de abril de 2010, emitida por el **Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial**, y sus actos modificatorios.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la ley en el proceso descrito en el margen superior.

I. Antecedentes.

El 13 de septiembre de 2016, el Doctor Ernesto Cedeño Alvarado, actuando en nombre y representación de la Junta Directiva del P.H. Bahía del Golf, presentó una demanda contencioso administrativa de nulidad en contra de la Resolución 35-10 de 27 de abril de 2010 (clausula segunda), a través de la cual se aprobó, entre otras cosas, el Reglamento de Copropiedad del **P.H. Bahía del Golf** (Cfr. fojas 2 – 8 del expediente judicial).

La acción a la que hacemos alusión en el párrafo que antecede se fundamentó, entre otras cosas, en que el **Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial** no debió aprobar la reserva contenida en la cláusula segunda de la Resolución 35-10 de 2010, habida cuenta que, la Ley 39 de 2002, en su artículo 2, vigente al momento de la expedición del acto objeto de reparo, no permitía una construcción a futuro (Cfr. fojas 5 - 7 del expediente judicial).

Así las cosas, mediante la Providencia de 23 de septiembre de 2016, el Magistrado Sustanciador admitió la demanda que ocupa nuestra atención, disponiendo en el mismo acto que se le corriera traslado de ésta a la sociedad **Bahía del Golf, S.A.**, así como a la Procuraduría de la Administración (Cfr. foja 83 del expediente judicial).

El 27 de enero de 2017, la firma forense Darío Eugenio Carillo Gomila y Asociados, actuando en nombre y representación de la sociedad **Bahía del Golf, S.A.**, presentó su contestación a la demanda indicando, entre otras cosas, lo siguiente:

“Contrariamente a lo expuesto por el demandante, tal y como consta en la escritura Pública 4853 de 3 de junio de 2010, en la que se protocoliza la declaración de mejoras, se incorpora al régimen de propiedad horizontal el Edificio P.H. Bahía del Golf (torre 300 y 400) autorizado mediante la resolución 35-10 de 27 de abril de 2010, nuestro representado en la finca 18,138, de su propiedad, inscrita al tomo 448, folio 160, de la Sección de Propiedad, de la provincia de Panamá, del Registro Público, a sus expensas construyó a un costo de **TREINTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y COCHO MIL CINCUENTA BALBOAS B/.36,538,050.00**, las Torres 300 y 400 pertenecientes al Edificio denominado BAHÍA DEL GOLF, complejo compuesto por 4 torres de apartamentos denominadas **TORRE 100, TORRE 200, TORRE 300 Y TORRE 400**, tal y como consta en la Escritura Pública 4853 de 3 de junio de 2010, extendida en la Notaría Tercera del Circuito de Panamá, inscrita como finca 320781, documento redi 1871659, asiento 1, código de Ubicación 8709, de la Sección de la Propiedad Horizontal, de la Provincia de Panamá, del Registro Público. Sobre el referido inmueble nuestro representado reservó para sí, un globo de terreno en el cual construiría las torres 100 y 200 del P.H. Bahía del Golf.

La sociedad Bahía del Golf, S.A., no requiere autorización de **LA ASAMBLEA DE PROPIETARIOS DEL P.H. BAHÍA DEL GOLF** para disponer de sus propiedades.

En este orden de ideas el artículo 37 de la Ley 13 de 1993, aplicable a la causa, (artículo no modificado por la Ley 39 del 2002); faculta la incorporación al Régimen de Propiedad Horizontal de las mejoras consistentes en edificios cuyo desarrollo se cumpla por etapas, destinados

al Régimen de Propiedad Horizontal conforme se vayan construyendo.

ARTICULO 37. Las mejoras consistentes en edificios destinados al Régimen de Propiedad Horizontal podrán declararse e inscribirse a medida que las respectivas unidades departamentales se vayan construyendo, sí además de cumplir con las formalidades de los artículos 34 y 36 de esta Ley en cuanto sean aplicables, median las siguientes causas:

1. Que la parte ya construida sea utilizable para su destino;

...”

II. Normas que se aducen infringidas.

La actora alega que la resolución acusada infringe las siguientes disposiciones:

1. El artículo 2 de la Ley 39 de 2002, el cual establece el tipo de mejoras que pueden ser incorporadas al régimen de propiedad horizontal, el cual si bien ha sido derogado, estaba vigente al momento en que dieron los hechos (Cfr. fojas 6 – 7 del expediente judicial).

2. El artículo 44 de la Ley 31 de 2010, el cual establece que para reformar el Reglamento de Copropiedad se requiere de un acuerdo tomado en Asamblea de Propietarios por el voto del 66% de los propietarios de las unidades inmobiliarias que representen a su vez, no menos del 75% del valor de la propiedad horizontal (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Una vez examinados los cargos de ilegalidad en los que se sustenta la pretensión la demandante, este Despacho se aboca a intervenir en interés de la ley, advirtiendo que es de la opinión que **no le asiste la razón**; criterio que basamos en las razones de hecho y de Derecho que exponemos a continuación.

Del contenido de las constancias que reposan en autos podemos observar que la causa de pedir gira en torno a la solicitud que se declare nulo, por ilegal, el acto objeto de reparo, debido a que, a su concepto, se avaló una *reserva* para una construcción a futuro, como lo eran las Torres 100 y 200 (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

A fin de sustentar su pretensión, la actora alega como vulnerado el artículo 2 de la Ley 39 de 2002, vigente al momento de la emisión del acto objeto de reparo, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 2. Podrán pertenecer al Régimen de Propiedad Horizontal, sujetos a la presente Ley, los siguientes bienes:

1. Las diversas unidades departamentales de un edificio, cuando sean independientes y tengan salida a la vía pública directamente o por un pasaje común.

2. Los distintos edificios o unidades departamentales edificadas sobre un terreno común.

3. El edificio o los edificios construidos sobre un mismo terreno, cuyas unidades departamentales sean independientes y tengan acceso a la vía pública directamente o por un pasaje común que se construya sobre un terreno cuyo propietario no sea el promotor. En tal caso, se celebrará un acuerdo contractual entre el titular y el promotor, en el que se dispondrá que el inmueble que se construya sobre dicha propiedad podrá formar parte del Régimen de Propiedad Horizontal. En dicho contrato deberá especificarse si el titular tiene una concesión del Estado por determinado tiempo, que será cedida al promotor en las mismas condiciones, o en que condiciones se autoriza el uso de terreno al promotor si el titular es su propietario.

4. Cualquier otro tipo de unidad departamental, conjunto, edificios o edificios, siempre que sean susceptibles de aprovechamiento independiente y que se presenten las características del régimen.

5. Las construcciones o edificios destinados exclusivamente a estacionamientos, bodegas, cementerios o cualquier otra actividad comercial, siempre que por su naturaleza pueden ser identificados los bienes comunes de los privativos.”

De conformidad a lo indicado por la actora, la *reserva* aprobada por el **Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial** infringe lo dispuesto en el artículo arriba citado, pues se avaló la edificación de una construcción futura, tal y como lo eran las Torres 100 y 200 (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

En relación al argumento externado por la demandante consideramos necesario traer a colación lo establecido en los artículos 67 y 74 (numeral 4) de la Ley 39 de 2002, vigentes al momento de la emisión del acto acusado, los cuales eran del tenor siguiente:

“Artículo 67. Sin perjuicio de dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en la presente Ley que regula la materia, los aspectos relacionados con la creación, enajenación, modificación, constitución de derechos reales y registro de bienes sometidos al Régimen de Propiedad Horizontal, se regirán por las normas de derecho común.

En consecuencia, **las limitaciones, restricciones y gravámenes que afecten a inmuebles incorporados al Régimen de Propiedad Horizontal, se reconocen sin perjuicio en la denominación que las partes den al contrato** mediante el cual se enajena la propiedad, así como también a la promesa de compraventa, a los arrendamientos con opción a compra o a cualquier otra transacción que afecte la titularidad del bien.”

Por otro lado el artículo 74 de la Ley en mención establece lo siguiente:

“Artículo 74. En la promesa de compraventa que suscriban el promitente comprador y promitente vendedor, necesariamente deberán incluirse los siguientes puntos:

...

4. Información de las reservas que el promotor impondrá en el Reglamento de Propiedad sobre azoteas, fachadas, servidumbres, rampas de acceso y otros.”

Así las cosas, tenemos dos artículos, que desarrollan de manera clara lo que la ley denomina como *reservas*, que no es más que el derecho que se subroga el *Promotor* del proyecto, para la realización de un determinado acto dentro de la propiedad horizontal.

En este sentido, el artículo 67 arriba citado, se refiere de manera clara al establecimiento de **derechos reales** sobre los bienes sometidos al régimen de propiedad horizontal, lo que debe entenderse como el poder jurídico que ejerce una persona, en este caso el *Promotor*, sobre una cosa de manera directa e inmediata para un aprovechamiento total o parcial, **siendo este derecho oponible a terceros**.

Tal y como se desprende de esta concepción clásica de lo que debe entenderse como un *derecho real*, debemos resaltar que esto es precisamente lo que es un *reserva*, un derecho real a favor del *Promotor*, dentro de una determinada área del inmueble incorporado al régimen de propiedad horizontal.

En este orden de ideas, y refiriéndose de manera más puntual a la facultad de establecer *reservas*, el artículo 74 de la ley en mención, se refiere a éstas de manera clara y específica, indicando que resulta una obligación por parte del *Promotor* establecer en los contratos de *promesa de compraventa* la información necesaria relativa a las *reservas* que este vaya a imponer en el reglamento de copropiedad y en consecuencia sobre el inmueble incorporado al régimen de propiedad horizontal.

Lo anterior permite concluir, que el establecimiento de *reservas* por parte del *Promotor*, no constituye un acto que se encuentre al margen de la ley, es más, de conformidad 74 de la Ley 39 de 2002, al que arriba hicimos alusión, observamos que desde el momento más incipiente de la relación comercial de compra-venta entre el *Promotor* y el *promitente comprador*, éste último ya debe tener conocimiento de la existencia de las *reservas* que el *Promotor* haya podido constituir a su favor dentro del P.H. o del inmueble a ser incorporado al régimen de propiedad horizontal, a lo que, mediante la firma del *contrato de promesa de compraventa* y posteriormente, a través el *contrato de compraventa*, el *promitente comprador* mostro su aceptación al establecimiento y contenido de éstas.

En atención a lo anterior, constituye una desatención al *Principio de los Actos Propios*, pretender cuestionar la legalidad o legitimidad de una *reserva* que los promitentes compradores, hoy propietarios de las unidades inmobiliarias, se obligaron a reconocer mediante la firma de sus respectivos contratos de compraventa de sus unidades inmobiliarias.

En este mismo marco conceptual, si bien la norma vigente al momento de la emisión del acto objeto de reparo era la Ley 39 de 2002, consideramos oportuno indicar que esta fue derogada por la Ley 31 de 2010, la cual a su vez, también recoge la figura de las *reservas* en sus artículos 43 y 95, los cuales son del tenor siguiente:

“Artículo 43. El Reglamento de Copropiedad deberá contener, como mínimo, sin perjuicio de otras disposiciones que los propietarios juzguen necesarias para el mejor funcionamiento del Régimen, lo siguiente:

...

13. La descripción de las reservas que haga el promotor, que tendrán un periodo de vigencia máximo de diez años, siendo nula cualquier estipulación en contrario, de conformidad con lo establecido en esta Ley y la reglamentación que sobre esta materia dicte el Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial.” (El resaltado es nuestro).

“Artículo 95. En la promesa de compraventa que suscriban el promitente comprador y el promitente vendedor, en el caso de viviendas nuevas, sin perjuicio de los requisitos exigidos por la legislación de protección al consumidor, deberán incluirse:

...

4. Información detallada de las reservas que el promotor impondrá en el Reglamento de Copropiedad sobre la azotea, sótanos, fachadas, servidumbres y otros. Las reservas que podrán establecerse sobre áreas privadas ya edificadas, igual las podrá fijar sobre terrenos adyacentes para continuar con futuras etapas de la propiedad horizontal. Se permitirá al promotor adelantarlas, asumiendo haberse cumplido con el mínimo exigido por las normas de desarrollo urbano. No podrá el promotor desmejorar los derechos a la propiedad privada ofrecida al comprador.” (El resaltado es nuestro).

De lo arriba expuesto se puede concluir que el establecimiento de *reservas* constituye una facultad con la que contaba el *Promotor*, no solo durante la vigencia de la Ley 39 de 2002, sino que mantiene en la actualidad tal y como lo disponen los artículos arriba citados de la Ley 31 de 2010.

Una vez aclarado lo anterior, y teniendo en cuenta que las *reservas* constituyen derechos reales que se subroga el *Promotor* dentro del P.H., corresponde ahora entrar a conocer en qué consistió la reserva impuesta por éste en el **P.H. Bahía del Golf**.

En este sentido, de conformidad a la Resolución 131-2013 de 30 de julio de 2013, mediante la cual se corrigió la Resolución 4-2013 de 11 de enero de 2013, correspondiente a la modificación del Reglamento de Copropiedad del **P.H. Bahía del Golf**, se indicó, entre otras cosas lo siguiente:

“ARTICULO 5: Para los efectos de la determinación de las cuotas de participación de cada uno de los propietarios en relación con los bienes de dominio común del **P.H. BAHÍA DEL GOLF**, a la que se refieren los artículos 19 y 20 de la Ley 31 de 18 de junio de 2010, se establecen los siguientes valores y cuotas de participación.

El valor total del **P.H. BAHIA DEL GOLF** se obtendrá de la suma entre los valores correspondientes a la primera etapa ya construidas y el valor correspondiente a los **POLIGONOS RESERVADOS** con sus respectivas mejoras:

...

	VALOR DE TERRENO	VALOR DE MEJORAS	VALOR TOTAL	PORCENTAJE
--	------------------	------------------	-------------	------------

...

SUBTOTAL PRIMERA ETAPA (TORRE 300 Y 400)	1,141,799.83	35,396,250.17	36,538,050.00	50%
SUBTOTAL POLIGONO RESERVADO	1,141,800.17	0.00	1,141,800.17	50%
TOTAL	2,283,600.00	35,396,250.17	37,679,850.17	100%

PARAGRAFO TRANSITORIO: Toda vez que el **P.H. BAHIA DEL GOLF** consiste en un proyecto a ser desarrollado por etapas, la proporción aludida se alterará en la medida en que sean declaradas e incorporadas al régimen de propiedad horizontal las mejoras que se construyan sobre el **POLIGONO RESERVADO**. **EL PROMOTOR** se reserva la facultad exclusiva de varias dicha proporción en el presente Reglamento de Copropiedad sin requerir aprobación de los propietarios de las unidades inmobiliarias del **P.H. BAHIA DEL GOLF**, de la Asamblea de Propietarios, de la Junta Directiva, del Administrador o de cualquier otra entidad del **P.H. BAHIA DEL GOLF**, hasta que la totalidad del **P.H. BAHIA DEL GOLF** se encuentre finalizada, es decir cuando se haya construido, declarado e incorporado al régimen de propiedad horizontal la Torre 100 y la Torre 200, que integran la Segunda Etapa de la referida propiedad horizontal.

Quando la Segunda Etapa del **P.H. BAHIA DEL GOLF**, antes descrita, se encuentre terminada, la proporción aludida únicamente podrá ser modificada por la aprobación del sesenta y seis por ciento (66%) de todos **LOS PROPIETARIOS** reunidos en Asamblea de Copropietarios.

EL PROMOTOR del **P.H. BAHIA DEL GOLF**, desarrollará los proyectos que integran la segunda etapa del P.H. BAHIA DEL GOLF, es decir las Torres 100 y la Torre 200 sobre un polígono con una superficie de MIL TRESCIENTOS CUATRO METROS CUADRADOS CON VEINTICINCO DECÍMETROS CUADRADOS (1,304.25 M2) dentro del proyecto **P.H. BAHIA DEL GOLF**, identificado en la presente cláusula como POLIGONO RESERVADO, el cual será bien privativo de **EL PROMOTOR** y, por lo tanto, éste será el propietario y único titular del mismo y conservará el título de propiedad hasta el momento en que el mismo sea edificado y que dichas mejoras sean incorporadas al régimen de copropiedad del **P.H. BAHIA DEL GOLF**, y las mismas sean segregadas como unidades independientes.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 31 de 18 de junio de 2010, las edificaciones y mejoras que se hagan sobre el **POLIGONO RESERVADO**, las incorporará **EL PROMOTOR** al presente Régimen de Propiedad Horizontal a medida que se vayan construyendo, quedando entendido que para tal fin y desde ahora está autorizado para ello, sin necesidad de que en el futuro, cuando en efecto se realicen dichas edificaciones o mejoras, requiera obtener **EL PROMOTOR** aprobación de los propietarios de las unidades inmobiliarias del **P.H. BAHIA DEL GOLF**, de la Asamblea de Propietarios, de la Junta Directiva, del Administrador o de cualquier otra

entidad del **P.H. BAHIA DEL GOLF.**" (El resaltado es nuestro).

De la lectura del fragmento transcrito se observan elementos que resultan necesarios ponerlos de relieve, siendo el primero de ellos que, el **P.H. Bahía de Golf**, es un proyecto que estuvo conceptualizado desde un principio **a ser construido en dos etapas**, siendo la primera de ellas aquella a través de la cual se incorporaron la Torre 300 y la Torre 400.

Lo anterior es importante señalarlo ya que, esto fue indicado desde un principio por el *Promotor* a través de lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento de Copropiedad, el cual es de obligatorio cumplimiento para todos los propietarios de unidades inmobiliarias de un determinado P.H.

Por otro lado, observamos que la *reserva* a la que hacemos alusión, guarda directa relación con el desarrollo del proyecto inmobiliario. En este sentido, debemos recordar que el propio giro de la actividad de construcción imposibilita, muchas veces, que los proyectos se desarrollen en su totalidad en una sola etapa, lo cual obedece a una multiplicidad de factores, tales como financiamiento, condiciones propias del mercado, aprobaciones de autoridades urbanísticas, entre otras.

Por lo anterior, es que la Ley de Propiedad Horizontal, tanto la vigente al momento de la emisión del acto objeto de reparo, como la actual, contempla la posibilidad que el *Promotor* establezca *reservas*, precisamente para poder continuar con el proyecto originalmente conceptualizado a través del desarrollo de etapas sucesivas.

Desconocer, por un lado, la existencia, y por el otro lado, el alcance de las *reservas* en materia de propiedad horizontal, implicaría el tener que someter a la aprobación de una Asamblea de Propietarios, la posibilidad que pueda tener un determinado *Promotor*, sobre una finca o área **de su propiedad**, para seguir

desarrollándola, lo cual constituye una limitación a la libre disposición sobre un bien que constituye parte de su patrimonio.

Igualmente debemos tener presente, que cuando se adquiere una unidad inmobiliaria, ya sea en un edificio o en una barriada, y el proyecto está concebido para que se realice por etapas, siempre existirán amenidades que se irán incorporando en la medida que se vayan construyendo las etapas sucesivas, por lo que, si limitamos el que un *Promotor* pueda desarrollar un proyecto a través de esta modalidad, estaríamos afectando todos los edificios y urbanizaciones que actualmente se estén desarrollando por etapas, poniendo en riesgo, no solo la existencia de las amenidades a las que hacemos referencia, sino de todos los contratos de compra-venta y promesa de compra-venta que se hayan podido suscribir para la compra de una unidad inmobiliaria, así como de todas aquellas operaciones comerciales y financieras que resulten necesarias realizar para llevar a cabo un desarrollo urbanístico.

Refiriéndonos ahora a las normas que la actora considera infringidas, debemos indicar que el artículo 2 de la Ley 39 de 2002, vigente al momento de la emisión del acto objeto de reparo, hace alusión al tipo de mejoras que pueden ser incorporadas al régimen de propiedad horizontal.

En este sentido, debemos resaltar que la Resolución 35-10 de 27 de abril de 2010, se limitó a declarar apto para ser incorporado al régimen de propiedad horizontal la **Torre 300 y la Torre 400, que eran la que se encontraban construidas en ese momento, y no la Torre 100 y la Torre 200, tal y como sugiere la actora**, de lo que se desprende con claridad, que el Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial, **no incorporó mejoras que no estuvieran construidas para el momento de la emisión de la resolución de incorporación** (Cfr. foja 25 del expediente judicial).

Por otro lado, en lo que respecta a la supuesta vulneración del artículo 44 de la Ley 31 de 2010, tampoco compartimos el análisis de la recurrente, ya que, como indicamos con anterioridad, el *Promotor*, al momento de la redacción del Reglamento de Copropiedad, estableció de manera clara, que el **P.H. Bahía del Golf** se estaría desarrollando por etapas, para lo cual constituyó una reserva a su favor consistente en la posibilidad de continuar con la incorporación de las etapas subsiguientes, y la consecuente modificación del Reglamento de Copropiedad, sin que para esto necesitara el visto bueno o aprobación de ningún organismo de gobierno del P.H.

Obsérvese que la modificación al Reglamento de Copropiedad a la que hacemos alusión en el párrafo que antecede, se limita al contenido de los artículos que, de alguna forma, realicen una descripción de la manera en que está constituido el P.H., tal y como ocurre en el caso del artículo 5 del Reglamento, el cual contiene lo que se denomina como La Tabla de Valores, en donde se hace un desglose de la cantidad de unidades inmobiliarias que posee el P.H., la nomenclatura de cada uno, el nivel en el que se encuentra, el valor de terreno, el valor de mejoras, el valor total y su porcentaje de participación sobre las áreas comunes.

En este sentido, resulta evidente, que ante una modificación consistente en la incorporación de nuevas unidades a un P.H., resulta obligatorio el que se modifique la Tabla de Valores, en el sentido de incorporar las nuevas unidades que entren a formar parte del P.H.

En este marco conceptual, obsérvese que la *reserva* que constituyó el *Promotor* a su favor, se limita a poder adecuar el Reglamento de Copropiedad en la medida que éste incorporara la segunda etapa del proyecto; sin que a través de ella pudiera modificarse, en ningún sentido, temas ajenos a la incorporación de la segunda etapa.

Por lo anterior y contrario a lo sugerido por la actora, la *reserva* que el *Promotor* constituyo a su favor representa una garantía a través del cual éste podrá culminar con el proyecto tal cual fue promocionado, e indicado en los distintos instrumentos jurídicos, sin que su consecución se encuentre condicionada al aval de una Asamblea de Propietarios.

Por las consideraciones previamente expuestas, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL Resolución 35-10 de 27 de abril de 2010, emitida por el Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial**; y, en consecuencia, se niegue el resto de las pretensiones solicitadas en la demanda.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 600-16