

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista 1304

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 24 de noviembre de 2020.

**Proceso Contencioso
Administrativo de Nulidad.**

**(Concepto de la Procuraduría
de la Administración).**

El Doctor Ernesto Cedeño Alvarado, actuando en nombre y representación de la sociedad **Interfast Panamá, S.A.**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el artículo 51 contenido en el Decreto Ejecutivo 151 de 16 de junio de 2020, expedido por el **Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial**.

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 dentro del proceso contencioso administrativo nulidad descrito en el margen superior.

I. Breves antecedentes.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 98 de la Ley 31 de 18 de junio de 2010, que establece el Régimen de Propiedad Horizontal, se emitió el Decreto Ejecutivo 151 de 16 de junio de 2020 (Cfr. Gaceta Oficial 26558-A del 18 de junio de 2010).

Que a través del Decreto Ejecutivo 151 de 16 de junio de 2020, el Presidente de la República en uso de sus facultades constitucionales y legales aprueba la reglamentación de la Ley 31 de 18 de junio de 2010 (Cfr. Gaceta Oficial 29048-B del 16 de junio de 2020).

Por su parte, el Doctor **Ernesto Cedeño Alvarado**, el 13 de julio de 2020, compareció ante la Sala Tercera, con el objeto de presentar una demanda contencioso administrativa de nulidad en contra del artículo 51 contenido en el Decreto Ejecutivo 151 de 16 de junio de 2020, expedido por el **Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial**; y, entre sus pretensiones, solicitó la suspensión provisional de los efectos del

mismo, petición que al momento de emitir este concepto, no había sido resuelta por el Tribunal (Cfr. fojas 2-18 del expediente judicial).

Este Despacho considera oportuno transcribir, para los efectos del análisis correspondiente, el contenido del artículo 51 contenido en el Decreto Ejecutivo 151 de 16 de junio de 2020, cuyo texto señala lo siguiente:

“CAPÍTULO II

SUMINISTRO DE SERVICIOS

Artículo 51. Siempre que se garantice el funcionamiento de los servicios básicos y de las áreas comunes, en el Reglamento de Copropiedad se podrán incorporar disposiciones relativas al suministro de servicios por parte del propietario inicial o terceros que cuenten con permisos de operación y/o licencias de explotación que les hayan sido otorgados por las autoridades competentes, por contar éstos con la cualidad para la explotación de la actividad y para la prestación del servicio.

El operador ejercerá la actividad y brindará el servicio correspondiente a las unidades inmobiliarias, conforme a los términos dispuestos en la licencia y/o permiso de operación.

El suministro de estos servicios podrá implicar la propiedad de la infraestructura construida o pagada por los operadores. Dado el caso, deberán especificarse las servidumbres o limitaciones de dominio correspondientes.

Ello, sin perjuicio del derecho de los propietarios de contratar al proveedor de servicios de su elección; en estos casos dispondrán el uso de la infraestructura construida o pagada por el operador, en los términos que se establezcan.” (Cfr. página 76 de la Gaceta Oficial 29048-B del 16 de junio de 2020). (El destacado es nuestro)

Mediante la Resolución de 9 de octubre de 2020, se le corrió traslado al Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial, para que en el término de cinco (5) días, rindiera su informe explicativo de conducta en relación con la actuación adelantada en la expedición del artículo 51 contenido en el Decreto Ejecutivo 151 de 16 de junio de 2020 (Cfr. foja 119 del expediente judicial).

II. Normas que se aducen infringidas.

El apoderado judicial de la sociedad demandante manifiesta que la norma acusada, vulnera las siguientes disposiciones:

A. Los artículos 36 y 162 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, los que, en su orden, señalan que ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque este provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo; que los recursos podrán fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluyendo la desviación de poder (Cfr. fojas 7-11 del expediente judicial).

B. El artículo 16 (numeral 4) de la Ley 31 de 18 de junio de 2010, establece el Régimen de Propiedad Horizontal, el cual señala que son bienes comunes las áreas e instalaciones de servicios centrales, como electricidad, gas, agua fría y caliente, refrigeración, cisterna, tanques y bombas de agua y demás similares (Cfr. fojas 11-12 del expediente judicial).

C. El artículo 44 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, por el cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones, el cual establece que toda persona tiene derecho, en igualdad de condiciones, al acceso a los servicios de telecomunicaciones, de acuerdo con las normas vigentes en materia de telecomunicaciones y los requerimientos de la concesión correspondiente (Cfr. fojas 12-13 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Del examen del contenido del artículo 51 del Decreto Ejecutivo 151 de 16 de junio de 2020, que, a juicio de la actora, infringe las normas antes invocadas, podemos advertir que el **Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial**, señala que en el Reglamento de Copropiedad se podrán incorporar disposiciones relativas al suministro de servicios por parte del propietario inicial o terceros que cuenten con permisos de operación y/o licencias de explotación que les hayan sido otorgados por las autoridades competentes; que el operador ejercerá la actividad y brindará el servicio correspondiente a las unidades inmobiliarias, conforme a los términos dispuestos en la licencia y/o permiso de operación;

que el suministro de estos servicios podrá implicar la propiedad de la infraestructura construida o pagada por los operadores; y además, sin perjuicio del derecho de los propietarios de contratar al proveedor de servicios de su elección (Cfr. página 76 de la Gaceta Oficial 29048-B del 16 de junio de 2020).

Indica la recurrente que la disposición impugnada viola directamente el artículo 36 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, porque ningún decreto ejecutivo puede modificar una ley, además que adopta motivos contrarios a los que prevé la Ley 31 de 18 de junio de 2010, que establece el Régimen de Propiedad Horizontal, y además infringe el artículo 162 de la misma excerpta legal, que se refiere al fenómeno jurídico denominado desviación de poder, ya que a su parecer se ha querido revestir con razones legales, el favorecer a los proveedores dominantes en el servicio de telecomunicaciones o a las promotores que construyen edificios sin ser concesionarios de estos servicios, y sin realizar las inversiones de infraestructura, despliegue de red, entre otros (Cfr. fojas 7-11 del expediente judicial).

En adición a tales argumentos, la accionante señala, que la norma que se acusa de ilegal contenida en el Decreto Ejecutivo 151 de 16 de junio de 2020, posibilita la apropiación privada de los bienes comunes, como son las áreas destinadas a la instalación de servicios centrales (Cfr. fojas 11-12 del expediente judicial).

Finalmente sostiene que, la disposición que se acusa de ilegal, desconoce el derecho fundamental de los usuarios de los servicios públicos de tener acceso a los servicios de telecomunicación, y de escoger, al prestador de su preferencia; por lo que considera que no debe afectarse la libre oferta, en detrimento de otros competidores (Cfr. fojas 12-13 del expediente judicial).

Esta Procuraduría advierte, en relación con el concepto que debe emitir, que la pretensión de la demandante se fundamenta en el hecho que el **Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial** no tiene facultad para regular la Ley 31 de 18 de junio de 2010, a través de un decreto ejecutivo, que reglamentó el régimen de propiedad horizontal, tal y como lo hizo a través del Decreto Ejecutivo 151 de 16 de junio de 2020. No obstante, debe

entenderse que previo y por encima de este decreto, existen disposiciones constitucionales y legales que desarrollaron los antecedentes del mismo, los cuales pasamos a exponer.

El artículo 184 de la Constitución Nacional, desarrolla las atribuciones que ejerce el Presidente de la República con la participación del Ministro respectivo, y establece en el numeral 14 de dicha disposición constitucional, la de reglamentar las leyes que lo requieran para su mejor cumplimiento, sin apartarse en ningún caso de su texto ni de su espíritu.

En este orden de ideas, el artículo 98 de la Ley 31 de 18 de junio de 2010, que establece el Régimen de Propiedad Horizontal, señala que: **“El Órgano Ejecutivo, a través del Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial, reglamentará la presente Ley.”** lo que es aplicado, al caso que nos ocupa, sobre todo en la búsqueda de garantizar que el funcionamiento de los servicios básicos y de las áreas comunes sean incorporados por el propietario inicial o terceros que cuenten con los permisos de operación y/o licencias de explotación, en las disposiciones del Reglamento de Copropiedad (Cfr. página 35 de la Gaceta Oficial 26558-A del 18 de junio de 2010).

A juicio de este Despacho, la infracción que plantea la demandante resulta ajena a este contexto, puesto que pierde de vista que el artículo 51 contenido en el Decreto Ejecutivo 151 de 16 de junio de 2020, cuya declaratoria de nulidad demanda, es sólo una reglamentación que desarrolla una ley sobre asuntos que son de competencia del Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial, como lo es lo relativo al régimen de propiedad horizontal.

En razón de ello, diferimos del criterio expresado por la recurrente en el sentido que la mencionada disposición cuya legalidad se discute es violatorio de las normas invocadas como infringidas y que, además, sugiere que el **Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial** no tiene facultad de regular la Ley 31 de 18 de junio de 2010, a través de un decreto ejecutivo, puesto que, como ya hemos advertido **la actuación del Presidente de la República con el ministro respectivo, sólo se limitó a desarrollar la normativa dictada por el Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial, tal como lo hizo en el**

Decreto Ejecutivo 151 de 16 de junio de 2020, que es una atribución que viene dada expresamente a través de la propia ley, de allí que, a juicio de esta Procuraduría, no existe contradicción alguna entre el texto reglamentario y las normas invocadas como infringidas; y, por ende, puede concluirse que el mismo se emitió con apego al principio de estricta legalidad.

En Sentencia de 19 de septiembre de 2014, la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, se ha pronunciado sobre la facultad reglamentaria que reconoce el numeral 14 del artículo 184 de la Constitución Nacional en los siguientes términos:

“Se ha comprobado entonces, que la facultad reglamentaria que reconoce el numeral 14 del artículo 184 de la Constitución Nacional, no sólo puede darse a través de una ley, sino que también se permite la posibilidad de reglamentar aspectos contenidos en ella, mediante normas de menor jerarquía, tal y como ha ocurrido en el presente caso.

Hemos visto que es la ley 30 de 2006 (que es una ley formal), la que permite que se surtan reglamentaciones de ella, pero además, en su artículo 13 le reconoce a CONEAUPA, que es el ente que profirió el acto impugnado, la facultad de realizar gestiones y actos relativos a la reglamentación y desarrollo de la ley.

Luego entonces, si consta que ha sido la ley 30 de 2006 la que ha reconocido que se surta la posibilidad de reglamentarla a través de normas de menor jerarquía, y que en virtud de ello se dictó un decreto ejecutivo y luego la resolución atacada, ¿cómo puede alegar el actor una vulneración al debido proceso y a la facultad reglamentaria?

¿Cómo puede señalarse que existe una contravención constitucional, cuando la facultad reglamentaria se ha realizado de una norma de mayor jerarquía a una de menor y, además, se ha comprobado que no es el acto impugnado donde se establecen sanciones, sino en el decreto ejecutivo?

Evidentemente, los hechos planteados en el análisis que preceden, impiden que esta Corporación de Justicia dicte una inconstitucionalidad. Ello es así, porque se ha comprobado que se ha cumplido con la forma y el proceso para reglamentar la Ley 30 de 2006, a través de los distintos instrumentos legales que para ello se tiene. Pero además, se constata que el tema de las sanciones y su procedimiento, han sido ubicados dentro de las normativas que correspondían.

Así las cosas, no puede ser otra la decisión a adoptar, que la de declarar la constitucionalidad del acto impugnado, ya que se ha comprobado que en cuanto a su forma, se ha dictado al tenor del procedimiento o reglas que establece la Constitución Nacional...” (El destacado es nuestro).

Finalmente, debemos advertir que del contenido del artículo 51 el Decreto Ejecutivo 151 de 16 de junio de 2020, se desprende, que las disposiciones incorporadas al Reglamento de Copropiedad relativas al suministro de servicios por parte del propietario inicial o terceros que cuenten con permisos de operación y/o licencias de explotación, **deben haber sido otorgados por las autoridades competentes, y además que ello debe ser sin perjuicio del derecho de los propietarios de contratar al proveedor de servicios de su elección; en estos casos dispondrán el uso de la infraestructura construida o pagada por el operador, en los términos que se establezcan;** lo que supone, dada la especial naturaleza del servicio público de telecomunicaciones, que la entidad reguladora, en este caso, la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, puede ordenar mandatos de interconexión y resolver controversias relacionadas con este tema, a fin de impedir que concesionarios aprovechen su posición en detrimento del resto de los operadores, o que el conflicto entre los operadores trascienda a la esfera general, ya sea interrumpiendo la interconexión o poniendo en peligro ésta de forma que se afecte la calidad, regularidad y continuidad del servicio que debe brindarse a los usuarios, de ahí que lo alegado en ese sentido carece de sustento jurídico.

Para concluir este análisis, esta Procuraduría debe advertir que como parte de las normas que invoca como infringidas la recurrente aduce la violación del artículo 162 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que se refiere al fenómeno jurídico denominado desviación de poder, ya que a su parecer se ha querido revestir con razones legales un acto administrativo, con motivos totalmente ajenos a la finalidad que se persigue; sin embargo, no existen elementos que indiquen que el Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial ha actuado infringiendo los principios que rigen las actuaciones administrativas. Por el contrario, el Decreto Ejecutivo 151 de 16 de junio de 2020, en su aspecto

impugnado, se enmarca dentro de las competencias legales que le asiste a esa institución para regular el régimen de la propiedad horizontal, así como el procedimiento, la forma y los términos en que se hará efectiva su incorporación a dicho sistema. No obstante, de los apartados anteriores se infiere que el artículo impugnado fue emitido, entre otras cosas, para incorporar al Reglamento de Copropiedad disposiciones relativas al suministro de servicios por parte del propietario inicial o terceros que cuenten con permisos de operación y/o licencias de explotación, de manera que lleva consigo la búsqueda del bien común o social y no individual, como puede desprenderse de la naturaleza de esa figura jurídica.

Lo anterior, es atribuido a los presupuestos jurídicos construidos desde la doctrina y que desde la perspectiva del autor Gustavo Penagos, supone lo siguiente:

“Lo que viola el acto dictado con desviación de poder es, en último análisis, el postulado básico del estado de derecho que pudiera enunciarse así: El poder público no se justifica sino en función de servicio a la colectividad. De este postulado se deduce, en primer lugar, que la discrecionalidad con que pueden obrar los órganos del poder en ejercicio de sus atribuciones no es jamás ilimitada.

En el campo administrativo, donde es necesaria la facultad discrecional sobre la oportunidad y conveniencia de un gran número de las decisiones que hayan de adoptarse (pues la ley no puede preverlo y regularlo todo), **cualquier decisión ha de ser tomada únicamente en orden al normal y correcto funcionamiento del servicio público o, en otras palabras, debe ser siempre motivada por razones de buen servicio.**

Como todo acto administrativo obedece siempre a motivos, quien impugna un acto administrativo porque fue proferido con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación correspondiente, afirma que le agente administrativo ya no obró en función del buen servicio sino por motivos ajenos a dicha finalidad ineludible. De ahí que en todo juicio de nulidad del acto administrativo por desviación de poder son los motivos determinantes del acto impugnado los que hay que juzgar (PENAGOS, Gustavo. El Acto Administrativo. Ediciones Librería del Profesional, 30 Ed. Bogotá, 1981. pág. 483 a 485).

De los conceptos vertidos, es claro que para que exista la desviación de poder la actuación administrativa se aparta del fin perseguido por la ley; no obstante, en el caso analizado la autoridad local ha reglamentado una norma existente y vigente, con fundamento en la protección de los propietarios de unidades inmobiliarias sometidos al

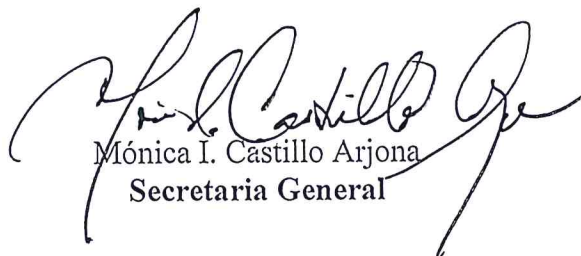
régimen de propiedad horizontal, por lo que, en nuestra opinión no se configura, el fenómeno jurídico denominado desviación de poder.

Lo anteriormente indicado, permite a esta Procuraduría señalar que en el proceso bajo análisis no se han infringido los artículos 36 y 162 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que establece el procedimiento administrativo general; el artículo 16 (numeral 4) de la Ley 31 de 18 de junio de 2010, establece el Régimen de Propiedad Horizontal; y, artículo 44 de la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, por el cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones, ni tampoco se advierte la configuración de ninguna causal de nulidad, por lo que las afirmaciones hechas en este sentido por la actora en su demanda deben ser desestimadas.

Por lo antes expuesto, este Despacho solicita al Tribunal se sirva declarar que **NO ES ILEGAL** el artículo 51 contenido en el Decreto Ejecutivo 151 de 16 de junio de 2020, emitido por el **Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial**.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 383642020