

64



REPÚBLICA DE PANAMÁ  
ÓRGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE LO CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO.-

Panamá, veintidós (22) de septiembre de dos mil quince (2015).

**VISTOS:**

El Licenciado **GIOVANI A. FLETCHER**, actuando en su propio nombre y representación, ha interpuesto demanda Contencioso Administrativa de Nulidad para que se declaren nulas, por ilegales, algunas frases contenidas en el artículo 43 del Decreto Ejecutivo No. 46 de 23 de junio de 2009, emitido por intermedio del Ministerio de Comercio e Industrias.

**I. ACTO DEMANDADO**

A través del Decreto Ejecutivo No. 46 de 2009, por conducto del Ministerio de Comercio e Industrias reglamentó el Título II de Protección al Consumidor, el artículo 100, numeral 2 del Título III de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y el Título V de Procedimiento Administrativo de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, que dicta normas sobre protección al consumidor y defensa de la competencia.

La demanda de nulidad que nos ocupa, tienen la finalidad de que se declaren nulo por ilegales, las frases del artículo 43 del Decreto Ejecutivo 46 de

2009, que contienen: “ **el promitente vendedor debe establecer la nueva fecha de entrega e informarlo así al comprador**”. Y, “**En caso de incumplimiento del nuevo plazo de entrega fijado..**”

El contenido completo de esa norma es el siguiente:

“Artículo 43. Construcciones nuevas. En los contratos de promesa se compraventa de bienes inmuebles nuevos debe estipularse la fecha cierta o determinable de entrega del mismo.

De darse retrasos en la construcción por causa no imputables al proveedor que impidan hacer la entrega en el plazo estipulado en el Contrato de promesa de Compra Venta, **el promitente vendedor debe establecer la nueva fecha de entrega e informarlo así al promitente comprador**.

**En caso de incumplimiento del nuevo plazo de entrega fijado**, por situaciones no imputables al proveedor, el promitente comprador tendrá la opción de dar por terminado el contrato, con la correspondiente devolución total de las sumas abonadas y sin ningún tipo de penalización.”

Cabe mencionar, que se incluyó en el libelo de la demanda una solicitud especial, consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos de las frases acusadas de ilegales del artículo 43 del Decreto Ejecutivo No. 46 de 2009, acusadas de ilegales; sin embargo, la Sala no accedió a esa solicitud, a través de la resolución de 31 de enero de 2011 de la Sala.

## II. DISPOSICIONES LEGALES QUE FIGURA COMO INFRINGIDA

La primera norma que el demandante estima como infringida es el artículo 15 del Código Civil según el cual las órdenes y demás actos ejecutivos expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la constitución y a las Leyes. La infracción alegada de esa norma es por violación directa por comisión, explicado en que las frases especificadas previamente en el artículo 43 del Decreto Ejecutivo 46 de 2009, violan la letra y espíritu y letra del párrafo tercero del artículo 79 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, por cuanto que esta última ley no permite o facilita la fijación, frente a un previo incumplimiento en la fecha de

entrega de un inmueble, dentro de una relación de consumo; sin embargo las frases acusadas de ilegal, deja a voluntad del proveedor que se establezca una nueva fecha de presunta entrega.

Así mismo, que proveer las frases del artículo 43 del Decreto Ejecutivo 46 de 2009, la posibilidad de otorgarle a cualquier proveedor en forma unilateral la anotación de una nueva fecha de presunta entrega, frente a un primer incumplimiento en la fecha prometida de entrega contractualmente, establecida originalmente, potencia la violación del espíritu y letra del párrafo tercero del artículo 79 de la Ley 45 de 2007, de protección del consumidor, ya que no consigna en similar vía esa posibilidad.

Agrega, la parte actora que a su juicio es evidente la opción de dar por terminado el contrato de promesa de compra venta frente a un incumplimiento en la entrega del bien inmueble, dispuesto en el referido artículo 79. Y que hay una diferencia textual que se opone al derecho base delimitado en la ley a favor de los consumidores, por medio de la reglamentación estipulada a favor de los consumidores afectados por el incumplimiento en la entrega del bien inmueble en torno al cual contrataron alguna nueva vivienda.

### **III. INFORME DE CONDUCTA DE LA ENTIDAD DEMANDADA**

El funcionario demandado, a través de la nota DM No.254-14 de 27 de febrero de 2014, rindió el informe requerido mediante oficio No.425 de 19 de febrero de 2014, señalando primeramente, que de conformidad con el artículo 184 numeral 14 de la Constitución Política, es atribución del Presidente de la República con la participación del Ministro reglamentar las leyes para su mejor cumplimiento, sin apartarse en ningún momento de su espíritu. A ello, agrega que cuando la ley formal no siempre puede agotar en contenido, junto con las complejidades técnicas establecidas al momento de su interpretación y aplicación, se hace necesario atacar las atribuciones de reglamentación del Ejecutivo, a través del Ministro.

Así, el funcionario en comento anota, que la ley formal que nos ocupa, la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, en su artículo 79 señala ciertas situaciones que animan la necesidad reglamentarse para auxiliar su intención y mejor aplicación de la normativa, razón por la cual se ejercita la atribución de reglamentar, y dicha norma se desarrolla por el artículo 43 del Decreto Ejecutivo No. 46 de 2009, cubriendo la intención y el espíritu por el cual se regulan los contratos de compra venta de las construcciones nueva ordenando las situaciones y especificaciones que cubren , los distintos actores sus derechos y obligaciones.

En ese sentido explica, que de la ley formal se desprende que los proveedores o vendedores de construcciones nuevas tengan la obligación de señalar fecha cierta o determinable para la entrega del bien, lo cual además ha sido expresado en otra normativa como requisito sine qua non para la legitimidad de los contratos de compraventa; y por otro lado, la situación de que puede darse el incumplimiento de fecha de entrega.

Considera, que el incumplimiento de fecha de entrega cierta, que haya sido por causas imputables al proveedor o al comprador, tanto la ley como el reglamento establece que el comprador opte a rescindir el contrato de compra venta sin ningún perjuicio o penalización, y además, que se e devuelvan las sumas abonadas o pagadas; y que así lo dispone el artículo 79 de la ley 45 de 2007; sin embargo, como no establece realidades de las relaciones de los proveedores y consumidores y los hechos subsiguientes al incumplimiento de la entrega sin que medie culpabilidad por parte del proveedor.

Y con relación al artículo 43 del decreto ejecutivo 46 de 2009, se manifiesta que del mismo se desprende que se mantiene la obligación de determinar fecha cierta de entrega, y la potestad del comprador de rescindir el contrato por causas no imputables al proveedor, lo que no se aparta del espíritu ni tenor de la ley formal, sino que por el contrario trata de dilucidar para mejor

aplicación de la misma, situaciones reales en el quehacer de las construcciones nuevas.

En ese orden, se manifiesta el funcionario que el mencionado artículo viene a establecer las prerrogativas del consumidor por el hecho que el proveedor no cumpla con la fecha determinada de entrega aún cuando fuese por causas no imputables al proveedor.

También, se sostiene en el informe de conducta que es una realidad que antes de la reglamentación de la ley formal, el consumidor o comprador quedaba en indefensión al no pactarse la fecha cierta de entrega en los casos de no imputabilidad del proveedor, y solo se establecían de manera escrita las causas por la cual no era culpable del incumplimiento de la fecha de entrega. Y la reglamentación viene a atender aquellas situaciones en cuanto a la obligatoriedad de señalar fecha cierta o determinable de entrega del bien, y además en caso de que no se cumpla la nueva fecha por causa no imputable al proveedor, la oportunidad al comprador de rescindir sin ningún perjuicio a su contrato, para evitar recurrir a la justicia ordinaria o arbitral, por tanto, la reglamentación plasma el cumplimiento de las finalidades de la ley formal.

#### **IV. OPINIÓN DEL PROCURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN**

El Procurador de la Administración, mediante la vista 248 de 2 junio de 2014, emitió concepto en el que solicitó a esta Sala que declare que son ilegales las frases "...el promitente vendedor debe establecer una nueva fecha de entrega e informarlo así al promitente comprador." y "En caso de incumplimiento del nuevo plazo de entrega fijado.." que forman parte de los párrafos segundo y tercero del artículo 43 del Decreto Ejecutivo 46 de 23 de junio de 2009, sustentado en que frente a un primer incumplimiento del plazo fijado contractualmente y contrariando lo que se dispone en el mencionado artículo, y la norma reglamentaria cuya nulidad se demanda le da a cualquier proveedor la

posibilidad de fijar, de forma unilateral, una nueva fecha para la presunta entrega del bien inmueble objeto de una promesa de compraventa.

Igualmente, en que lo que persigue la potestad reglamentaria tiene que manifestarse con estricto apego a las exigencias de subordinación, desarrollo y complementariedad de la norma legal, es decir, no rebasar el contenido de la ley, lo que no se da en el presente caso, al concederse en la norma legal al consumidor la opción de dar por terminados los contratos de opción de compra venta y de compra venta de construcciones nuevas, en caso de producirse incumplimiento en la fecha de entrega del inmueble, por parte del vendedor, de lo cual se apartan las frases acusadas de ilegales al permitir que el porveedor fije unilateralmente un nuevo plazo de entrega.

## CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

Desarrolladas las etapas procesales de rigor, corresponde a esta Sala entrar a resolver el presente negocio, sobre la base de las consideraciones que siguen:

### **1. Competencia**

De conformidad con lo establecido en los artículos 206 de la Constitución Política y 97 del Código Judicial, a la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo le están atribuidos los procesos que se originan de actos, omisiones, prestaciones defectuosas o deficientes de los servidores públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten o expidan o en que incurran en el ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos o autoridades nacionales o provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas.

### **2. Legitimación activa y pasiva**

En el presente caso, actúa como demandante el licenciado Giovani Fletcher, quien comparece como persona natural para impugnar las frases "...el promitente vendedor debe establecer una nueva fecha de entrega e informarlo

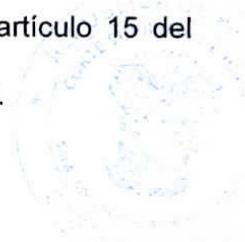
así al promitente comprador." y "En caso de incumplimiento del nuevo plazo de entrega fijado..", contenidas en el artículo 43 del Decreto Ejecutivo No. 46 de 2009, dictado por conducto del Ministerio de Comercio e Industrias. En las acciones de nulidad cualquier persona puede recurrir, de conformidad con el artículo 43B de la Ley 135 de 1943, por tanto, el nombrado se encuentra legitimado.

El acto demandado fue dictado por conducto del Ministerio de Comercio e Industrias, organismo estatal que figura entonces, como sujeto pasivo en este proceso.

### **3. Problema Jurídico**

Observa este Tribunal que el argumento central del cargo de ilegalidad gira en torno a que en las frases demandadas de ilegales se establece que el promitente vendedor puede establecerla nueva fecha de entrega e informarlo así al promitente comprador; y que en caso de incumplimiento de la nueva fecha, el comprador tienen la opción de dar por terminado el respectivo contrato, un monto máximo y uno específico a pagar, y la ley que regula la materia, la Ley 45 de 2007, específicamente el artículo 79 establece primero, que en los contratos de promesa de compraventa de construcciones nuevas debe constar la fecha cierta o determinable de entrega, y en caso de incumplimiento del plazo de entrega el consumidor tienen la opción de dar por terminado el contrato con la correspondiente devolución total de las sumas abonadas y sin ningún tipo de penalización.

Lo anterior, nos lleva a plantearnos como problema jurídico a resolver en el presente asunto, el siguiente: ¿Si al contemplarse en las frases demandadas de ilegales, contenidas en el artículo 43 del Decreto Ejecutivo 46 de 2009, que el promitente vendedor pueda establecer una nueva fecha de entrega en informarlo al promitente comprador; y que cuando este se incumpla es cuando el comprador tiene la opción de rescindir el contrato, se viola el artículo 15 del Código Civil, por ser contrario al artículo 79 de la Ley 45 de 2007?



Observa esta Superioridad que las frases, cuya ilegalidad se solicita, se encuentran establecidas en el artículo 43 del Decreto Ejecutivo 46 de 2009, por el cual se reglamenta el Título II de Protección al Consumidor, y Defensa de la Competencia y el Título V de Procedimiento Administrativo de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, que dicta normas de protección al consumidor y defensa de la competencia. La norma es del contenido siguiente:

“Artículo 43. Construcciones nuevas. En los contratos de promesa se compraventa de bienes inmuebles nuevos debe estipularse la fecha cierta o determinable de entrega del mismo.

De darse retrasos en la construcción por causa no imputables al proveedor que impidan hacer la entrega en el plazo estipulado en el Contrato de promesa de Compra Venta, el promitente vendedor debe establecer la nueva fecha de entrega e informarlo así al promitente comprador.

En caso de incumplimiento del nuevo plazo de entrega fijado, por situaciones no imputables al proveedor, el promitente comprador tendrá la opción de dar por terminado el contrato, con la correspondiente devolución total de las sumas abonadas y sin ningún tipo de penalización.”

Interpretamos del artículo citado, que con las frases acusadas de ilegales, permite que en caso de no entregarse un construcción nueva, en el plazo estipulado en el contrato de promesa de compraventa originario, el promitente vendedor pueda establecer una nueva fecha de entrega e informarlo al promitente comprador, y cuando se incumpla esa nueva fecha, el promitente comprador tienen la opción de rescindir el respectivo contrato, con la correspondiente devolución total de las sumas abonadas y sin ningún tipo de penalización.

Ahora bien, el artículo 79 de la Ley 45 de 2007, que dicta normas de protección al consumidor y defensa de la competencia y otra disposición, es del siguiente contenido:

“Artículo 79. construcciones nuevas. El proveedor de construcciones residenciales nuevas deberá establecer, de manera clara y por escrito, los términos y las condiciones de la garantía de la obra.

En caso de que existan diferentes coberturas en la garantía, están deberán estar debidamente detalladas.

La publicidad de las construcciones residenciales nuevas formará parte integral del contrato de compraventa suscrito entre el proveedor y el consumidor. Los anuncios que se publiciten en volantes, panfletos, libros o por cualquier otro medio que el proveedor distribuya son vinculantes para este y exigibles por el consumidor.

En los contratos de promesa de compraventa de construcciones nuevas debe constar la fecha cierta o determinable de entrega. En caso de incumplimiento del plazo de entrega, el consumidor tendrá la opción de dar por terminado el contrato, con la correspondiente devolución total de las sumas abonadas y sin ningún tipo de penalización".

Precisando sobre el tema sometido a consideración de esta Sala, conceptuamos que el artículo citado, pone de manifiesto que una vez que no se haga entrega de una construcción nueva en la fecha establecida en el contrato de promesa de compraventa, el comprador tiene la opción de rescindir el contrato respectivo, y que se le devuelva el total de la sumas pagadas sin ningún tipo de penalización.

La potestad reglamentaria, manifiesta el Magistrado Víctor L. Benavides Pinilla, en su obra intitulada: "Compendio de Derecho Público Panameño", que la misma obedece a:

"...aquella facultad que tiene el Poder Ejecutivo de emitir disposiciones de carácter general y obligatorio. Sus expresiones características son los reglamentos (textos orgánicos y de cierta extensión).

También se pueden mencionar los decretos, órdenes, circulares e instrucciones.

La potestad reglamentaria es una potestad exclusiva del Poder Ejecutivo, que la tiene por mandato constitucional, es decir, que su ejercicio no emana de la ley ni de una expresa autorización legislativa." (Benavides Pinilla, Víctor L. Compendio de Derecho Público Panameño, Panamá, 2012, pág.871)

Frente a ese escenario, consideramos que las frases acusadas de ilegal del artículo 43 del Decreto Ley No. 45 de 31 de octubre de 20009, infringen una norma de mayor jerarquía, siendo este el artículo 79 de la Ley 45 de 2007, toda

vez que, este solo permite que el promitente vendedor incumpla con un primer plazo de la fecha de entrega de la construcción establecida en el contrato de promesa de compraventa, para que el promitente comprador tenga la opción de dar por terminado el contrato, sin ningún tipo de penalización, de lo cual no vemos que ello alcance para establecer frente al incumplimiento del plazo inicial fijado, que unilateralmente el promitente vendedor fije otra nueva fecha, y ante el incumplimiento de ésta última, es que surge para el promitente comprador la opción de rescindir el contrato sin penalización alguna.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Contencioso Administrativa, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE SON ILEGALES**, las frases “...el promitente vendedor debe establecer la nueva fecha de entrega e informarlo así al comprador”. Y, “En caso de incumplimiento del nuevo plazo de entrega fijado..”, contenidas en artículo 43 del Decreto Ejecutivo No. 46 de 23 de junio de 2009, emitido por intermedio del Ministerio de Comercio e Industrias.

**NOTIFÍQUESE,**

  
ABEL AUGUSTO ZAMORANO  
MAGISTRADO

  
NELLY CEDENO DE PAREDES  
MAGISTRADA

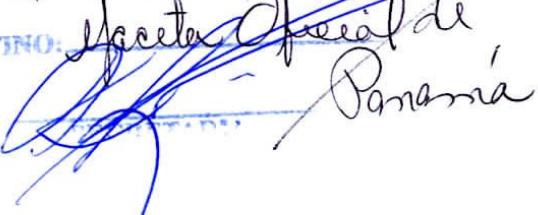
  
LUIS RAMON FABREGA S.  
MAGISTRADO

  
KATIA ROSAS  
SECRETARIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA TERCERA  
ES COPIA AUTÉNTICA DE SU ORIGINAL

Panamá, 18 de enero de 2015

DESTINO:

  
Gaceta Oficial de  
Panamá