

REPÚBLICA DE PANAMÁ**ORGANO JUDICIAL****CORTE SUPREMA DE JUSTICIA****SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Panamá, cuatro (4) de agosto de dos mil quince (2015).

VISTOS:

El Bufete De Sanctis, actuando en nombre y representación de ANTONIO F. ENRÍQUEZ KELLETH, BROOKE ALFARO, MARÍA SOLEDAD MIRÓ DE BODART, DOLORES RIANDE, RICARDO DÍAZ, FERNANDO ELETA CASANOVAS, RAÚL BARRAZA, JOAQUÍN MENDEZ, IVANHO DE ROUX, MIGUEL BROSTELLA, RODRIGO GUARDIA, JORGE ZARAK Y MARTHA ARIAS DE LINARES, ha interpuesto formal demanda contencioso administrativa de nulidad, para que se declare nulo, por ilegal, el Resuelto No. 186 de 8 de julio de 2005, emitido por la Dirección General de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda.

Por otro lado, el Bufete De Sanctis, actuando en su propio nombre y representación, también ha impugnado mediante Demanda contencioso administrativa de nulidad, para que se declare nulo, por ilegal, el Permiso de Construcción No. 360-05 de 21 de diciembre de 2005, emitido por el Ingeniero Municipal del Distrito de Antón.

En virtud de lo anterior, es decir, en razón de que ambas demandas tiene la misma causa, por economía procesal y a fin de mantener la unidad del

proceso, mediante Resolución de 9 de julio de 2009 (f. 121), se ordenó la acumulación de ambos libelos.

I. EL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO:

La promotora de la acción solicita mediante demanda visible a foja 19 a 43 que se declare nulo por ilegal el Resuelto No. 186 de 8 de julio de 2005, suscrito por el Arquitecto José Batista, Director General de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda, y que de ser necesario se dicten nuevas disposiciones en su reemplazo.

El acto administrativo demandado es del tenor siguiente:

**MINISTERIO DE VIVIENDA
DIRECCIÓN GENERAL DE DESARROLLO URBANO
DEPARTAMENTO DE TRAMITES**

RESUELTO No. 186 de 8 de JULIO de 2005

Por cuanto EL ARQUITECTO ALVARO GONZÁLEZ CLARE, EN REPRESENTACIÓN DE CAMFAB, S.A., propietario del Lote No. Registrado en las FINCAS:

9733,	TOMO: 1186,	FOLIO 14,
10267,	1321,	90
9187,	1071,	246
9196	1071	300

ubicadas en PLAYA BLANCA, FARALLÓN, CORREGIMIENTO DE RIO HATO, DISTRITO DE ANTÓN, PROVINCIA DE COCLÉ y con área total de 2,058.44 m² metros cuadrados, introdujo solicitud formal de ASIGNACIÓN DE USO DE SUELO RM (RESIDENCIAL DE ALTA DENSIDAD).

- APROBAR LA ASIGNACIÓN DE USO DE SUELO RM, QUE RIGE PARA LA CIUDAD DE PANAMÁ.
- SE APRUEBA EN BASE A INFORME TÉCNICO DE LA REGIONAL DE COCLÉ, CON FECHA 22 DE JUNIO DE 2005.
- DEBERÁ CUMPLIR CON LAS REGULACIONES PREDIALES Y LOS USOS PERMITIDOS CONTENIDOS EN LA NORMA RM, PARA LA CIUDAD DE PANAMÁ.
- LA ASIGNACIÓN DADA NO AFECTA EL CARÁCTER RESIDENCIAL TURÍSTICO DEL ÁREA.
- DEBERÁ MANTENER LAS ÁREAS DE ESTACIONAMIENTOS Y LAS EXIGIDAS POR LA NORMA Y UBICARLOS DENTRO DE LA PROPIEDAD.
- EL PROYECTO NO DEBERÁ SOBREPASAR LA ALTURA PERMITIDA POR AERONAUTICA CIVIL.
- DEBERÁ CUMPLIR CON TODOS LOS REQUISITOS TÉCNICOS AMBIENTALES Y DE SEGURIDAD EXIGIDOS POR EL MINISTERIO DE SALUD, LA OFICINA DE SEGURIDAD DE LOS BOMBEROS, EL MUNICIPIO DE PANAMÁ, ENTRE OTRAS.

Cualquier contravención a la disposición anterior o falsedad en los datos suministrados por el solicitante, quedará NULO el presente Resuelto. La aprobación de este Ministerio solamente se refiere al uso de suelo, retiro lateral o posterior, adosamiento a línea de propiedad o tolerancia en la densidad o altura de los edificios. Los proyecto de desarrollo físico,

deberán ser sometidos para su aprobación en las oficinas correspondientes.

(FDO) ARQ. REBECA DE SAMANIEGO

(FDO) ARQ. JOSÉ A. BATISTA

JEFA DE DEPTO. DE TRAMITES DIRECTOR GENERAL DE DESARROLLO URBANO

Al mismo tiempo, se solicita mediante demanda acumulada, que se declare nulo, por ilegal, el Permiso de Construcción Ing. No. 360-05 de 21 de diciembre de 2005, que es del tenor siguiente:

**"REPÚBLICA DE PANAMÁ
PROVINCIA DE COCLÉ – DISTRITO DE ANTÓN
EL SUSCRITO INGENIERO DE LA PROVINCIA DE ANTÓN
EN USO DE SUS FACULTADES LEGALES:**

Ing-No. 360-05

CONCEDE PERMISO A:

PROPIEDADES LA ENSENADA, S.A., CON SU REPRESENTANTE LEGAL CAMIÑO FÁBREGA, DUEÑO DE LA CÉDULA DE IDENTIDAD PERSONAL No. 8-101-745, PARA LLEVAR A CABO LA CONSTRUCCIÓN DEL "CONDOMINIO LA ENSENADA", DENTRO DE LAS FINCAS No. 9733, No. 10267, No. 9187, Y 90, No. 246 Y No. 300, UBICADO EN PLAYA BLANCA, CORREGIMIENTO DE RÍO HATO, DISTRITO DE ANTÓN, PROVINCIA DE COCLÉ, REPÚBLICA DE PANAMÁ, SECCIÓN PROPIEDAD DEL REGISTRO PÚBLICO, ESTÁ UBICADA DENTRO DE LOS SIGUIENTES LINDEROS GENERALES:

NORTE: CALLE EXISTENTE

SUR: PLAYA

ESTE: PROPIEDAD DE CARLOS ORILLAC

OESTE: SERVIDUMBRE PÚBLICA

DICHA OBRA CUENTA CON UN SÓTANO, UNA PLANTA BAJA, Y OCHO (8) ALTOS, CADA PLANTA TIENE DOS APARTAMENTOS, LA PLANTA BAJA CUENTA CON DOS (02) PORTAL, (01) RECÁMARACA DE CONSERJE, (01= SALA DE CONSERJE, (01) CUARTO DE EQUIPO, (01) PLANTA ELÉCTRICA, (01) ADMINISTRACIÓN, (01) TERRAZA, (01) DEPÓSITOS, (01) CUARTO DE CHOFER, (07) BAÑOS Y (01) COCINA, (01) SALA COMEDOR, (01) BALCÓN TERRAZA, (01) CUARTO DE EMPLEADA, (01) LAVANDERIA, (01) SALA DE ESTAR, (05) BAÑOS.

DICHA OBRA CONSTA DE UN ÁREA CERRADA DE 3,962.00 Y UN ÁREA ABIERTA DE 1,286.56, CON UN TOTAL DE 5,248.56 MTS².

ESTA OBRA TIENE UN VALOR APROXIMADO DE B/.1,5000.000.00 (UN MILLÓN QUINIENTOS MIL BALBOAS CON 00/100.)

EL IMPUESTO DE CONSTRUCCIÓN SE PAGÓ SEGÚN RECIBO DE TESORERÍA No. 103956 DEL 20 DE DICIEMBRE DE 2005.

EL RESPONSABLE DE LA OBRA ES INGENIERÍA LARA, S.A. ING. JORGE LUIS LARA TEJADA.

DADO EN EL DEPARTAMENTO DE INGENIERÍA MUNICIPAL A LOS (21) VEINTINÚO DÍAS DEL MES DE DICIEMBRE DE 2005".

II. FUNDAMENTO DE LA DEMANDA:

El parte demandante explica en los hechos y omisiones que fundamentan la acción, que el día 13 de abril de 2005, Corporación Isla de Pino, S.A. y Camfab, S.A., presentaron ante la Dirección General de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda, solicitud para la asignación de código de zona RM a favor de las fincas No. 9733, 9187, 9196, 10267, ubicadas en Playa Blanca, Farallón, Corregimiento de Río Hato, Distrito de Antón, provincia de Coclé, todas de propiedad de Camfab, S.A.; esto es, para la construcción de un edificio de ocho pisos.

Señala que la Dirección General de Desarrollo Urbano, emitió el Resuelto No. 186 de 8 de julio de 2005, por medio del cual aprobó la asignación de uso de suelo RM, que rige para la ciudad de Panamá, a favor de las fincas No. 9733, 9187, 9196, 10267 antes referidas.

Advierte que la Dirección General de Desarrollo Urbano, al realizar los trámites para la aprobación de la Resolución No. 186 de 8 de julio de 2005, omitió realizar una consulta pública con los vecinos del lugar, omitiendo así lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 6 de 2002, sobre transparencia en la gestión pública.

Afirma que la Dirección General de Desarrollo Urbano, reconoció a través de la Nota NP. 14.521-1753-05 de 28 de septiembre de 2005, haber omitido la consulta pública.

Sostiene que la solicitud de asignación de código zona en un área que no tiene zonificación vigente, afecta directamente los intereses de la comunidad y a los vecinos, a quienes se debió consultar antes de aprobarse el uso de suelo, ya que no hacerlo acarrea la violación del debido proceso. A juicio del recurrente, tal omisión no sólo afecta la garantía de participación ciudadana sino también el derecho al debido proceso.

Señala que al asignarse un uso de suelo de alta densidad (RM) a cuatro fincas de la comunidad, se pasa de estimación de casas de dos pisos a la construcción de un edificio de ocho pisos, zonificándose así un área, hasta entonces, sometida a división territorial de área no desarrollada con el fin de regular el uso de dicho suelo.

Sustenta que el artículo 24 y 25 de la Ley 6 de 2002 de Transparencia, prescriben que todos los actos de la administración pública que puedan afectar intereses y derechos de grupos de ciudadanos, deben ser sometidos a participación ciudadana por parte de las instituciones del Estado. De ahí que se estime que de obviarse esta obligación legal, se amputa el debido proceso legal que se encuentra recogido en el artículo 32 de la Constitución Política y el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Finalmente, con relación al Permiso de Construcción No. Ing. 360-05 de 21 de diciembre de 2005, emitido por el Ingeniero Municipal del Distrito de Antón, señala que éste como el Resulto No. 186 de 8 de julio de 2005, han obviado la garantía de participación ciudadana. Sustenta, por tanto, que en virtud de que el permiso de construcción ha sido emitido como consecuencia de lo decidido en el acto que otorga el uso de suelo RM a las fincas No. 9733, 10267, 9187, 9196 de propiedad de Camfab, S.A., de producirse la nulidad de éste último, entonces debe perder fuerza jurídica el referido permiso de construcción, originándose así lo que la doctrina denomina "decaimiento del acto administrativo", es decir, que desaparecen los fundamentos de hecho y los elementos esencial del acto administrativo, de acuerdo a lo que dispone el numeral 1 del artículo 201 de la Ley 38 de 2000.

III. DISPOSICIONES QUE SE ESTIMAN VIOLADAS:

El proponente considera que el acto demandado viola de forma directa por omisión el artículo 24 de la Ley 6 de 22 de enero de 2002. En este sentido, sostiene que el acto administrativo ha sido emitido sin que mediera ningún tipo de consulta previa; requisito *sine quanon* previo a la ejecución de obras como la presente en las que se afectan derechos de los particulares.

Advierte que la violación es evidente, pues, al momento que la autoridad ordenó asignar el código de zonificación RM a las fincas No. 9733, 9187, 9196 y 10267, ésta omitió adoptar alguna de las modalidades de participación ciudadana que establece la Ley 6 de 22 de enero de 2002.

La demandante, después de definir el concepto de zonificación con base a los dicho en la doctrina y lo dispuesto en el ordenamiento urbanístico nacional, llega a la conclusión de que el Ministerio de Vivienda reguló un uso de suelo en un área no desarrollada y, por tanto, zonificó la zona, pero sin llevar a cabo la consulta ciudadana.

Explica además que la Dirección General de Desarrollo Urbano, al ser cuestionada del por qué no llevo a cabo la consulta pública entre los vecinos, señaló que "en dicha área no existe un Plan Normativo que determine los usos de suelo (...) que las edificaciones existentes en el área colindantes con las fincas a que hace alusión el Resuelto No. 186 de 2005, no tienen asignado un Código de Zona por parte del MIVI, que les autorice el desarrollo existente".

En suma, cuestiona el demandante que la posición del MIVI, quiere justificar la aplicación de una excepción a la Ley 6 de 2002, sobre la base de la no existencia de códigos de zona en el uso de suelo, esto, aun cuando se desconoce la amplitud de la garantía contenida en el artículo 24 de la Ley de Transparencia, que establece la obligación de permitir a los ciudadanos participar en todos los actos de la administración pública que puedan afectar los intereses y derechos de grupos de ciudadanos; lo cual implica, además, que debe dársele el tiempo suficiente a las personas potencialmente afectadas para que puedan manejar la documentación e información necesaria para informar su opinión y entonces reconocer si es justificable o no acceder a la propuesta de los promotores.

Reitera, finalmente, que la omisión en la realización de la consulta pública, no debe ponerse en duda pues la misma autoridad así lo ha reconocido en Nota No. 14.521-1753-05 de 28 de septiembre de 2005 y en Nota No. 14-524-2237-2005 de 16 de diciembre de 2005.

En segundo lugar, el demandante aduce la violación directa por omisión del artículo 25 de la Ley 6 de 22 de enero de 2002. Explica la infracción bajo el entendido de que el acto administrativo es contrario a derecho por cuanto desconoció las formalidades correspondientes, como son la verificación de alguna de las modalidades de participación ciudadana. En otras palabras, señala que la violación se da en virtud de que no se dispuso ninguno de los mecanismos de participación ciudadana previstos en el artículo 25 de la Ley 6 de 2002, con respecto a la emisión de cualquier acto administrativo que afecte o pueda afectar intereses y derechos de grupos ciudadanos (derechos difusos).

Sostiene la demandante que por tratarse de zonificación, que es una actividad de la administración pública, cuyos efectos repercuten en la comunidad (por el cambio de uso de suelo, y por ende, modificación del entorno físico de un barrio, zona o región), la autoridad está obligada a exigir que se realice la consulta ciudadana, no como una manera vinculante de tomar decisiones, sino

como una forma de crear un diálogo entre el Estado y los ciudadanos, en el cual se informe, motive y sustente las razones técnicas, legales y de política urbanística en torno al posible cambio de uso de suelo.

En tercer lugar, aduce la infracción directa por omisión del artículo 34 y del numeral 4 del artículo 52 de la Ley 38 de 2000. Al respecto, arguye que la ausencia en la verificación de los trámites de participación, implica de suyo la ostensible nulidad del acto administrativo, ya que, previo a la expedición del acto debieron observarse todas y cada una de las formalidades contempladas en la ley sustantiva y que hacían mandataria la verificación de los mecanismos de participación ciudadana con los habitantes propietarios de fincas de la zona objeto de la medida, a los efectos de la determinación y asignación de uso de suelo.

La parte demandante pone de manifiesto que al omitirse la garantía de la participación ciudadana se desconoció también el derecho al debido proceso establecido en el artículo 32 constitucional y en el artículo 34 y 52 de la Ley 38 de 2000. De acuerdo con el accionante tal violación al debido proceso ocurre en virtud de que el Director General de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda, desconoció los tramites para el proceso de consulta previa y obvió el derecho ciudadano a ser oído de manera previa a la adopción de decisiones administrativas que puedan afectar sus derechos e intereses.

Por último, alega que la expedición del Resuelto No. 186 de 8 de julio de 2005 es el producto del quebrantamiento de las formalidades legales, por cuanto se viola el artículo 15 del Decreto Ejecutivo No. 124 de 21 de mayo de 2002.

Sobre el particular, advierte que siendo un hecho notorio que el acto demandado pretende la utilización de uso de suelo RM en las fincas No. 9733, 9187, 9196 y 10267 de la provincia de Coclé, la autoridad ha debido cumplir con los requisitos y trámites dispuestos en la Ley 6 de 2002 y el Decreto Ejecutivo 124 de 2002, entre estos, con la publicidad a través de avisos de convocatoria pública a los efectos de asegurar la participación ciudadana.

IV. INFORME DE CONDUCTA DE LA AUTORIDAD DEMANDADA:

El Director General de Desarrollo Urbano a través de la Nota No. 14.500-879-2006 de 15 de junio de 2006 (fj. 54-56), contestó el Oficio No. 821 de 26 de mayo de 2006, por medio del cual, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 33 de

la Ley 33 de 1946, la Sala solicitó la remisión del informe explicativo de conducta respectivo.

En lo medular del informe, la autoridad acusada se refiere en los términos siguientes:

"El Ministerio de Vivienda recibió la solicitud de asignación de uso de suelo, código RM (Residencial de Alta Densidad), para las Fincas No. 9733, No. 10267, No. 9187 y No. 9196, que unidas consisten en un globo de terreno de 2058.44 M2, frente al mar en la comunidad de Playa Blanca, Farallón, corregimiento de Río Hato, distrito de Antón, de propiedad de CAMFAB, S.A.

Esas fincas forman parte de una lotificación de hecho, que reúne un aproximado de 20 lotes, donde casi el 60% de ellos se encuentran baldíos, otros tienen ranchos, bohíos o pequeñas estructuras y en menor medida, casas y edificios. Es un área donde el uso de suelo predominante es el residencial de carácter temporal (viviendas de descanso).

Toda esa zona, que incluye los lotes de propiedad de los demandantes, fue declarada zona turística de interés nacional, denominada Zona 4 Farallón, mediante la Resolución de Gabinete No. 43 de 13 de febrero de 1996, modificada posteriormente por la Resolución de Gabinete No. 147 de 11 de julio de 1996.

La delimitación de esta zona responde a una política nacional de promoción de áreas de interés para el desarrollo de turismo, estrategia ampliada en el Plan Maestro de Desarrollo Turístico.

Si bien es cierto que la Ley 6 de 2002 establece la obligación de permitir la participación de los ciudadanos en todos los actos de la Administración Pública que pueden afectar los intereses y derecho de la ciudadanía entre los cuales se incluye la zonificación, no menos cierto es que cuando se le asignó el uso de suelo a dichas fincas, ya el área estaba zonificada para actividades turísticas. Este desarrollo contempla entre otros, hoteles, tiempo compartido, cabañas y hostales familiares.

De conformidad con la Ley 6 de 2006, que reglamente el ordenamiento territorial para el desarrollo urbano, zonificación significa "división territorial de un centro urbano o área no desarrollada, con el fin de regular los usos del suelo por áreas de uso homogéneas".

El Ministerio de Vivienda al asignar el uso de suelo a dichas fincas no esta zonificando el área, sino determinando el destino o actividad que se le dará a una finca en particular.

Es decir, no estamos, en el caso que nos ocupa, frente a un trámite de zonificación que requiere de consulta ciudadana como argumentan los demandantes, sino en una solicitud de asignación de uso de suelo a una finca en particular, ubicada en un área no desarrollada y zonificada para desarrollo turístico.

El Ministerio de Vivienda, principal autoridad urbanística del país, al asignar el uso de suelo a las fincas ya mencionadas, lo hizo tomando en cuentas las características de la zona, con una zonificación ya declarada cuya finalidad es promover el desarrollo sostenible del país.

Resulta necesario mencionar el hecho que los propios demandantes en fecha reciente, posterior a la demanda, han entregado al Ministerio de Vivienda un estudio de soporte para que se apruebe un Plan Normativo de Usos de Suelo en el Sector de Playa Blanca, donde proponen que se mantenga el Uso de Suelo RM ya asignado a las fincas en comento.

El Ministerio de Vivienda al asignar el uso de suelo, no zonificación, lo hizo en ejercicio de sus facultades legales y para ello no requería ninguna consulta ciudadana.

*Preparador: Dirección General de Desarrollo Urbano
Ministerio de Vivienda*

Panamá, 25 de junio de 2006".

Por su parte, el Jefe del Departamento de Ingeniería del Municipio de Antón, rindió su informe de conducta por medio de la Nota de 16 de diciembre de 2008 consultable a foja 180 a 182, en el que, por un lado, precisa que a solicitud Propiedades La Ensenada, S.A. se dictó la Resolución concediendo el Permiso de Construcción No. 360-05 de 21 de diciembre de 2005, para la construcción del proyecto Condominio La Ensenada, de conformidad a lo establecido en el Acuerdo Municipal No. 35 de 15 de diciembre de 2004, y por el otro, hace un recuento cronológico de las diferentes actuaciones administrativas y jurisdiccionales que se dieron posteriormente a la concesión de dicho permiso.

V. OPINIÓN DEL PROCURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN:

El Procurador de la Administración, en atención a lo dispuesto en el artículo 5 numeral 3 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, en interés de la ley interviene en el presente proceso contencioso administrativo mediante Vista No. 271 de 17 de 12 de marzo de 2010 (fj. 190-198).

En lo medular, el representante del Ministerio Público es de la opinión siguiente:

"Para los efectos de este análisis, resulta pertinente que examinemos los conceptos relativos al uso del suelo y a la zonificación, a fin de determinar si la asignación del uso del suelo implica zonificar.

En el caso concreto del uso del suelo, debemos señalar que de acuerdo con el decreto ejecutivo 36 de de 31 de agosto de 1998, "Por el cual se aprueba el Reglamento Nacional de Urbanizaciones, de aplicación en el territorio de la República de Panamá", el término uso del suelo se refiere al propósito específico, destino, actividad, que se le da a la ocupación o empleo de un terreno.

En relación con el vocablo zonificar, debemos puntualizar que se trata de la división territorial de un centro urbano o un área virgen con el fin de regular en forma ordenada los usos a que se destine el suelo, las características urbanísticas de las edificaciones y de procurar un equilibrio en las densidades de población para lograr su mejor utilización en

beneficio de las familias (Cfr. decreto ejecutivo 36 de 31 de agosto de 1998).

Dicho lo anterior, también resulta fundamental advertir que de conformidad con el decreto ejecutivo 205 de 28 de diciembre de 2000, "Por el cual se aprueba el Plan de Desarrollo Urbano de las Áreas Metropolitanas del Pacífico y del Atlántico, adscrito a la Dirección General de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y su reglamento general", la zonificación de usos de suelo consiste en determinar, a nivel de lote, el conjunto de zonas en que se divide un sector de la ciudad, atendiendo a la intención de que se divide un sector de la ciudad, atendiendo a la intención de que en cada una de ellas se desarrollen determinados tipos de actividades o usos de suelo, concordantes con el grupo de políticas urbanas previamente enunciadas para cada sector urbano.

Ello evidencia que la zonificación, concebida como uno de los principales mecanismos del proceso de ordenamiento territorial, se fundamenta en el análisis de usos de suelo, ya que el eje fundamental de la actuación urbanística es el suelo, considerado como espacio físico territorial en el que se llevan a cabo distintas acciones urbanísticas, por lo que, tal como lo ha sostenido ese Tribunal, no se puede alegar que el uso del suelo y la zonificación sean elementos independientes. (Cfr. JIMÉNEZ, Dorantes, Manuel. Constitución y Urbanismo. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera Edición 2006. México y la sentencia de 18 de noviembre de 2009, dictada por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo).

En virtud de lo anterior, lo procedente es analizar si en el proceso bajo estudio el Ministerio de Vivienda tenía o no la obligación de permitir la participación de los ciudadanos, por razón del procedimiento de elaboración de planes de urbanismo, el cual actúa básicamente para dotar al de un "extra" de legitimidad popular, ya que dentro de un sistema de planificación urbanística impuesta mediante la participación en la formulación, promoción y control del sistema urbanístico de las ciudades. (Cfr. JIMÉNEZ, Dorantes, Manuel. Constitución y Urbanismo. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera Edición 2006. México).

Dentro del marco de este criterio conceptual, este Despacho estima que como parte del procedimiento adoptado para emitir el resuelto 186 de 8 de julio de 2005, la Dirección de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda debió recurrir a la aplicación de lo contemplado en el artículo 24 de la ley 6 de 22 de enero de 2002, que impone a las instituciones del Estado, en el ámbito nacional y local, la obligación de permitir la participación de los ciudadanos en todos los actos de la administración pública que puedan afectar los intereses y derecho de grupos de ciudadanos; entre los cuales se encuentra la zonificación.

Por otra parte, el artículo 25 del aludido cuerpo normativo, sin perjuicio de las contempladas en otras leyes, establece como modalidades de participación ciudadana: la consulta pública, la audiencia pública, los foros o talleres y la participación directa en instancias institucionales, por lo que la Dirección General de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda estaba facultada para escoger una de estas modalidades y comunicarlo así a la ciudadanía, de tal manera que la dictar el resuelto cuya declaratoria de nulidad se demanda, lo hizo con total prescindencia de una de las formalidades previstas por la ley para la emisión de este tipo de actos administrativo, lo que conllevaría a tal declaratoria.

Sobre este tema se pronunció ese Tribunal en la sentencia de 19 de agosto de 2009....

(...)

Dicho lo anterior, consideramos necesario precisar que, a juicio de este Despacho, la omisión que provoca la nulidad del resuelto 186 de 2005, es decir, la ausencia de la consulta pública que ordena el artículo 24 de la ley 6 de 2002, la cual resultaba de obligatorio cumplimiento, como paso previo a la aprobación de la solicitud de asignación de código de zona presentada por las sociedades Corporación Isla de Pino, S.A. y Camfab, S.A., igualmente conlleva la nulidad del permiso de construcción 360-05 de 2005, debido a que, precisamente, el jefe de Departamento de Ingeniería Municipal del distrito de Antón concedió dicho permiso tomando en consideración el contenido del resuelto 186 de 2005, por lo que su otorgamiento vulnera lo contemplado en los artículos 24 y 25 de la ley 6 de 2002.

En consecuencia, este Despacho es del criterio que en el presente proceso puede concluirse que sí se ha producido la violación de las normas legales invocadas por la parte actora, por lo que solicita al Tribunal que declare que SON ILEGALES el resuelto 186 de 8 de julio de 2005 y el permiso de construcción 360-05 de 21 de diciembre de 2005, emitidos por la Dirección General de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y por el ingeniero municipal del distrito de Antón, respectivamente”.

VI. OPOSICIÓN A LA DEMANDA:

Por su parte, la firma forense Rubio, Álvarez, Solís & Abrego, en representación de Propiedades La Ensenada, S.A., se presentaron al proceso en calidad de terceros interesados, mediante memorial de oposición a la demanda visible a foja 83 a 96.

La intervención de la representación de Propiedades La Ensenada, S.A., como terceros interesados fue admitida mediante resolución de 20 de julio de 2006 (f. 97).

Estos solicitan que se declare que no es nula por ilegal, la Resolución No. 186 de 8 de julio de 2005, emitida por el Arquitecto José Batista, Director General de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda.

En sustentación a la oposición, se niega en el libelo que el artículo 24 de la Ley 6 de 2002, establezca la obligación de permitir la participación ciudadana en el caso de actos relativos a zonificación. De acuerdo con estos, en el presente asunto no hay grupos de ciudadanos que puedan ser afectados por la resolución demandada. Y se arguye, que contrario a lo expuesto por el demandante, la ley no exige la consulta pública sino la participación ciudadana, además, que la asignación de uso de suelo no es de acuerdo a la ley objeto de la participación ciudadana.

En suma, considera la apoderada legal de Propiedades La Ensenada, S.A. que la consulta pública no era obligatoria de acuerdo a lo establecido en la Ley 6 de 2002, toda vez que lo otorgado en la resolución del Ministerio de Vivienda fue la asignación del uso de suelo y no una zonificación, conceptos que advierten están claramente diferenciados en la Ley. En otras palabras, es de la opinión que en el área no hay una zonificación, por lo que no era necesaria la participación, de hecho, afirma la oposición que la asignación de uso de suelo "RM" es totalmente compatible con las asignaciones preexistentes otorgadas en Playa Blanca (como son las del Hotel Decameron, Hotel Playa Blanca, Condominio Playa Blanca), pues está supeditada a las asignaciones del Plan Regional de Zona Turística decretado por el Gobierno Nacional.

Advierten los terceros que el Director de Desarrollo Urbano rechazó la solicitud de participación ciudadana en el trámite de asignación de uso de suelo, en razón de que el uso de suelo se otorgó en un lugar donde no hay un plan normativo, donde tampoco se estaba concediendo una zonificación, y mucho menos se trataba de una actuación que pudiera afectar intereses y derechos de grupos ciudadanos.

Ya para finalizar, en el memorial se señala que sobre el área en cuestión, se presentó un Plan de Desarrollo Turístico, en el que se estableció mediante Resolución de Gabinete No. 43 de 1996, como Zona Turística identificada como Zona 4 Farallón, con el propósito de hacer en Playa Blanca "...una de las principales playas del país". Por lo anterior, la oposición estima paradójico que luego que tanto otros inversionistas como su propio mandante hayan invertido en ese área, cumpliendo con los requisitos de ley, se demande ahora por la supuesta afectación a la ley con relación a los intereses de posibles ciudadanos afectados.

Así pues, los terceros rechazan la violación a la garantía de participación y el derecho al debido proceso, éste último, además, bajo la consideración de que la actuación demandada es potestativa de la administración y no un acto jurisdiccional propiamente tal.

VII. ALEGATOS FINALES:

En sus alegatos finales el Bufete De Sanctis, reitera que el Resuelto No. 186 de 8 de julio de 2005, emitido por la Dirección de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda, que aprueba la asignación de uso de suelo, zona RM a favor de las fincas No. 8733, 9187, 9196, 10267, ubicadas en Playa Blanca,

Farallón, corregimiento de Río Hato, distrito de Antón, provincia de Coclé, propiedad de Camfab, S.A. (para la construcción de un edificio de ocho pisos), ha sido expedido en abierta violación al artículo 24 de la Ley 6 de 22 de enero de 2002, el artículo 25 de la Ley 6 de 22 de enero de 2002, y el artículo 15 del Decreto Ejecutivo 124 de 21 de mayo de 2002.

En adición a los planteamientos de la demanda, hace referencia a la solicitud de sustracción de materia planteada por el tercero interviniente, misma que fuera sustentada con base en la Nota No. 14.500-171-07 de 30 de enero de 2007, por medio de la cual el Ministerio de Vivienda informa que se llevó a cabo por insistencia una consulta pública el 18 de diciembre de 2006.

En este sentido, sostiene que tal consulta se realizó al margen de la ley, con la complicidad de las autoridades del Ministerio de Vivienda. Señala que las actuaciones del Director General de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda, como la de cualquier otro funcionario, deben darse en el marco estricto del principio de imparcialidad y legalidad, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 38 de 2000.

Afirma que para la realización de consultas públicas con la participación ciudadana, éstas deben realizarse en el marco de alguna actuación de administración pública que pueda afectar intereses ciudadanos. Aspecto que no se ha dado con tal consulta, pues, no ha existido ningún procedimiento o actuación administrativa en curso, sino que solamente ha mediado la solicitud de la apoderada legal de Corporación Isla del Pino, S.A., quien solicitó la realización de tal consulta de forma extemporánea y con el evidente fin de eludir las consecuencias de la suspensión de la Resolución No. 186 de 8 de julio de 2005.

Estima para finalizar, que de conformidad con la Ley 6 de 2002 y la Ley 6 de 2006, la consulta pública debe hacerse dentro de una actuación administrativa determinada, dado que la idea detrás de esto es la autoridad administrativa cuente con la opinión de la comunidad afectada de forma previa a la decisión administrativa, es decir, que la consulta pública no es una mera formalidad para validar el acto administrativo, sino que es parte fundamental de todo el proceso en la toma de decisión en la gestión estatal.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Formulada la pretensión contenida en la demanda y cumplido con el procedimiento establecido para este tipo de negocios contenciosos

administrativos, procede dar respuesta a los cuestionamientos en ella planteados, a fin de precisar si el acto administrativo contenido en el Resuelto No. 186 de 8 de 2005, emitido por el Director General de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda, es legal o no, en atención a los cargos de violación aducidos por el demandante en torno a los artículos 24, 25 de la Ley 6 de 22 de enero de 2002, y el artículo 24 y 52 numeral 4 de la Ley 38 de 2000.

En primer término, se verifica que con fundamento en el artículo 206 numeral 2 de la Constitución Política, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 97 numeral 2 del Código Judicial y, a su vez, en correspondencia con el artículo 42-A de la Ley 135 de 1943, reformada por la Ley 33 de 1946, esta Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, es competente para conocer el proceso contencioso administrativo de nulidad promovido.

El demandante centra su acusación bajo el entendimiento de que el Resuelto No. 186 de 8 de julio de 2005 y el Permiso de Construcción Ing. No. 360-05 de 21 de diciembre de 2005, están viciados de nulidad en virtud de que se omitió previo a su dictación con el proceso de participación ciudadana que exige tanto la Ley 6 de 2002 como la Ley 6 de 2006. Como puede observarse, entonces, las distintas disposiciones legales alegadas giran en torno a la garantía de participación ciudadana y al cumplimiento del debido proceso legal, razón por la cual la Sala procederá hacer un examen en conjunto de los preceptos legales aducidos, no sin antes precisar la implicancia jurídico administrativa de la garantía de participación ciudadana en la actividad urbanística.

A. LA GARANTÍA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA:

La función pública de ordenación del territorio y el desarrollo urbanístico es una competencia administrativa orientada hacia la organización del uso del suelo y la ocupación del territorio a través del reconocimiento y limitación de actividades y derechos urbanísticos. De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 6 de 1 de febrero de 2006, la formulación de políticas y por ende las actuaciones públicas sobre el ordenamiento territorial para el desarrollo urbano, deben estar fundamentadas en la función social y ambiental de la propiedad, en la prevalencia del interés general sobre el particular, en la conveniencia de una distribución equitativa de obligaciones y beneficios (igualdad), y en la mejora de la calidad de vida de los habitantes.

Los principios de derecho urbanístico que recoge el referido artículo 3 de la Ley 6 de 2006, inciden en tres aspectos fundamentales en el ordenamiento de la ciudad: la garantía de los intereses sustentadores de los derechos colectivos e intereses difusos, de los derechos subjetivos inmobiliarios de los propietarios, la prevalencia del interés público y la conservación de la calidad de vida de los individuos en el medio urbano.

En ese marco, el fundamento constitucional del ordenamiento territorial y el desarrollo urbanístico como función pública se encuentra en las distintas disposiciones que hacen referencia a las obligaciones y objetivos del Estado en materia de la política nacional de vivienda, que al efecto de los artículos 109 y 118 del Texto Fundamental ha de estar enmarcada en el ámbito de la protección de la salud pública y ambiental. Así, el artículo 117 constitucional señala que *“El Estado establecerá una política nacional de vivienda destinada a proporcionar el goce de este derecho social a toda la población, especialmente a los sectores de menor ingreso”*. En tanto, que el artículo 109 prescribe que *“Es función esencial del Estado velar por la salud de la población de la República. El individuo, como parte de la comunidad, tiene derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social”*. Y el artículo 118 constitucional impone que *“Es deber fundamental del Estado garantizar que la población viva en un ambiente sano y libre de contaminación, en donde el aire, el agua y los alimentos satisfagan los requerimientos del desarrollo adecuado de la vida humana”*.

En sintonía con los mandatos constitucionales aludidos, la Ley 9 de 25 de 1973, en su artículo 1 establece que a la autoridad de vivienda y urbanismo le compete *“establecer, coordinar y asegurar de manera efectiva la ejecución de una política nacional de Vivienda y Desarrollo Urbano destinada a proporcionar el goce de este derecho social a toda la población, especialmente a sectores de menor ingreso tal como lo consagra el artículo 109 [hoy 117] de la Constitución Política de la República de Panamá”*. Esta política, de conformidad con la Ley 6 de 1 de febrero de 2006, debe estar dirigida a *“procurar el crecimiento armónico de los centros poblados, y (...) brindar a sus habitantes accesibilidad universal y mejor calidad de vida dentro de su ambiente geográfico y en todo el territorio nacional”*.

En paralelo, la Ley 6 de 2006 y su reglamentación establece los procedimientos y trámites para la formulación y aprobación de los distintos

instrumentos de planeamiento del ordenamiento territorial y urbanístico, bajo estándares de sostenibilidad y transparencia. A tal fin, la Ley 6 de 2006 impone como mecanismo para la garantía de la legalidad urbanística que las actuaciones públicas, que afecten los intereses y derechos de grupos ciudadanos, *“quedan obligadas a permitir su participación a través de representantes idóneos, con el propósito de promover la concertación de los intereses sociales, económicos y urbanísticos, mediante las modalidades de participación ciudadana que establece la Ley 6 de 2002 y conforme a la reglamentación de la presente Ley”* (art. 35).

La participación pública o ciudadana en materia urbanística se entiende entonces como un derecho subjetivo o interés legítimo de los individuos, tal y como lo determina nuestro ordenamiento territorial y se desprende de lo establecido en el 23 literal a) de la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 15 de 28 de octubre de 1977), que al efecto dispone que:

“Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que *“el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos [...] impone al Estado una obligación positiva, que se manifiesta con una obligación de hacer, de realizar ciertas acciones o conductas, de adoptar medidas, que se derivan de la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción (artículo 1.1 de la Convención) y de la obligación general de adoptar medidas en el derecho interno (artículo 2 de la Convención)”* (Caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. párr. 156).

En esos términos, en el referido artículo 35 de la Ley de Ordenamiento Territorial para el Desarrollo Urbano y en el artículo 24 de la Ley 6 de 22 de enero de 2002, queda debidamente singularizada esta garantía:

“Las instituciones del Estado en el ámbito nacional y local, tendrán la obligación de permitir la participación de los ciudadanos en todos los actos de la administración pública que puedan afectar los intereses y derecho de grupos ciudadanos, mediante las modalidades de participación ciudadana que al afecto establece la presente Ley. Estos actos son, entre

otros, los relativos a construcción de infraestructuras, tasas de valorización, zonificación y fijación de las tarifas y tasas por servicios”.

Como vemos, las disposiciones anteriores, son claras al establecer la obligación de las autoridades urbanísticas de permitir y garantizar la participación ciudadana (de la población y de asociaciones representativas de los diferentes sectores de la comunidad, que incluye propietarios, residentes, usuarios, inversionistas privados, gremios y sociedad civil en general) a través de las modalidades previstas en la ley. Es decir, que la legislación impone a la autoridad urbanística la carga de garantizar la participación pública mediante las modalidades y procedimientos establecidos en la Ley.

En desarrollo de lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico prevé expresamente cuáles de aquellas actuaciones urbanísticas deben cumplir con la garantía de participación ciudadana, estas son: a) al establecerse normas sobre zonificación, consultando con los organismos nacionales, regionales y locales pertinentes (artículo 2 literal k) de la Ley No. 9 de 25 de enero de 1973); b) cuando afecten los intereses o derechos de grupos ciudadanos (art. 24 Ley 6 de 2002 y art. 35 Ley 6 de 2006; c) en todos los actos de la administración pública relativos a la construcción de infraestructuras, tasas de valorización, zonificación y fijación de tarifas y tasas por servicios (art. 24 Ley 6 de 2002); y d) en el diagnóstico estratégico y la propuesta final de los planes programas y proyectos de desarrollo urbano (art. 21 Decreto Ejecutivo 23 de 2007).

En la misma línea, la ley, además, concreta el modo en que debe ejercitarse la señalada garantía de participación. Así, el artículo 35 de la Ley 6 de 2006 y el Decreto Ejecutivo 23 de 16 de mayo de 2007, remiten a la Ley 6 de 2002, de Transparencia en la Gestión Pública, a los efectos de determinar los mecanismos de participación pública. Dicha Ley 6 de 2002, en su artículo 25 establece entre las modalidades de participación ciudadana en los actos de la administración pública: 1) la consulta pública; 2) audiencia pública; 3) foros o talleres; y 4) participación directa en instancias institucionales.

En términos generales, los mecanismos de participación señalados representan la vía idónea y principal para la operatividad de la garantía de participación, sin embargo, a la luz de nuestro ordenamiento positivo, no constituyen los únicos medios. En otras palabras, desde la perspectiva del principio de transparencia y concertación que promueve la Ley 6 de 2002, los supuestos previstos en su artículo 25, no agotan la actividad administrativa

278

dirigida a garantizar la efectividad de las modalidades de participación de los individuos en las decisiones que puedan afectar sus derechos e interés, pues, de acuerdo con el numeral 5, literal a, b y c del artículo 21 del Decreto Ejecutivo 23 de 2007, además de lo anterior, la autoridad urbanística deberá *“Adelantar concertaciones con los propietarios, residentes, usuarios e inversores privados para los proyectos que promueva, gestione, lidere o coordine en cumplimiento de sus funciones”* (literal a); *“Establecer mecanismos que informen a la ciudadanía sobre los avances que se logren en la aplicación del Plan de Ordenamiento Territorial y permitan su medición”* (literal b); y *“Facilitar la participación de la comunidad en el control del cumplimiento de las normas urbanas* (literal c).

Establecidos los fundamentos constitucionales y legales de la ordenación del territorio, las modalidades y alcance de la garantía de participación ciudadana en la actividad urbanística, a continuación pasamos a resolver los puntos planteados en la demanda.

B. LA VIOLACIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA EN VIRTUD DE LA OMISIÓN DE LA GARANTÍA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ASIGNACIÓN DE USO DE SUELO Y EN LA CONCESIÓN DEL PERMISO DE CONTRUCCIÓN:

Como se ha visto, la parte demandante señala que el Resuelto No. 186 de 8 de julio de 2005 y el Permiso de Construcción Ing. No. 360-05 de 21 de diciembre de 2005, presentan claros vicios que ponen en duda la legalidad de la actuación en virtud de que fueron emitidos sin que se llevara a cabo algún acto procesal tendiente a garantizar la participación ciudadana a través de las modalidades previstas en la Ley 6 de 2002 y en el ordenamiento urbanístico.

La no participación en las actuaciones señaladas es confirmada por el Director General de Desarrollo Urbano. Como puede observarse en el infolio, la autoridad urbanística suscribió en Nota No. 14.524-2237-2005 de 16 de diciembre de 2005, que: “La asignación de uso de suelo RM para las Fincas No. 9733, No. 10267, No. 9187 y 9196 se dio sin utilizar ninguna de las modalidades de participación ciudadana que establece la Ley 6 de 2002, toda vez que ninguna de las fincas ubicadas en esa área, tiene a la fecha un código de zona, asignado por el Ministerio de Vivienda que les autorice el desarrollo existente” (cfr. fj. 4). En los mismos términos se refiere en el Informe de Conducta, al poner de manifiesto que: “Si bien es cierto que la Ley 6 de 2002 establece la

obligación de permitir la participación de los ciudadanos en todos los actos de la Administración Pública que pueden afectar los intereses y derecho de la ciudadanía entre los cuales se incluye la zonificación, no menos cierto es que cuando se le asignó el uso de suelo a [las fincas No. 9733, 10267, 9187 y 9196], ya el área estaba zonificada para actividades turísticas. Este desarrollo contempla entre otros, hoteles, tiempo compartido, cabañas y hostales familiares” (cfr. f. 55).

De acuerdo con la autoridad urbanística, las actuaciones impugnadas no precisaban del trámite de los mecanismos de participación pública, pues no se trata de “...un trámite de zonificación que requiere de consulta ciudadana como argumentan los demandantes, sino [de] una solicitud de asignación de uso de suelo a una finca en particular, ubicada en un área no desarrollada y zonificada para desarrollo turístico” (cfr. f. 55).

En cambio, el Procurador de la Administración con apoyo de la doctrina jurídica, considera que la zonificación, como uno de los principales mecanismos del proceso de ordenamiento territorial, se fundamenta en el análisis de usos de suelo, es decir, que el eje fundamental de la actuación urbanística es el suelo, considerado como espacio físico territorial en el que se llevan a cabo distintas acciones urbanísticas, razón por la cual la Dirección de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda debió recurrir a la aplicación de lo contemplado en el artículo 24 de la ley 6 de 2002, que impone a las instituciones del Estado, la obligación de permitir la participación de ciudadanos en todos los actos de la administración pública.

Al respecto, la Sala estima que ciertamente se ha omitido un trámite fundamental para la legalidad de las actuaciones urbanísticas.

Como puede observarse, en el infolio se discute que el acto contenido en el Resuelto No. 186 de 8 de julio de 2005, que aprueba la asignación de uso de suelo RM (residencial de alta densidad), que rige en la ciudad de Panamá, a las fincas 9733, 10267, 9187 y 9196, ubicadas en Playa Blanca, Farallón, corregimiento de Río Hato, distrito de Antón, provincia de Coclé, ha sido emitido sin atender alguna de las modalidades de participación ciudadana. Lo mismo se señala con relación al Permiso de Construcción Ing. No. 360-05 de 21 de diciembre de 2005, por medio del cual se concedió permiso a Propiedades La

287

Ensenada, S.A. para la construcción del Condominio La Ensenada dentro de las fincas antes referidas No. 9733, 10267, 9187 y 9196.

Como queda visto, el Resuelto 186 de 8 de julio de 2005, supone la asignación de uso de suelo, de unas fincas que si bien generan derechos subjetivos personalismos del propietario, también incide en la afectación de intereses colectivos y difusos, pues, siendo esta acción urbanística dirigida al consentimiento de ulteriores emprendimientos de infraestructura de cierta envergadura, desde luego que la comunidad, entre ellos residentes, vecinos y usuarios, ostentan intereses y derechos que han de ser atendidos mediante la participación y concertación de los ciudadanos, frente a las consecuencias que pueda producir tal asignación con respecto al valor de sus propiedades, los efectos paisajísticos y ambientales y la plusvalía que pueda generar en ese medio urbano.

En estos términos, la Sala se ha referido entre otros en Fallo de 18 de noviembre de 2009, poniendo especial énfasis en la prevalencia del interés público sobre el particular cuando se trata de actuaciones urbanísticas como las que ahora nos ocupa.

Al efecto la Sala ha señalado que:

"Bajo este marco de ideas, la Sala advierte que, en virtud de nuestra legislación en materia urbanística al momento de emitirse el acto impugnado (-Decreto Ejecutivo No. 36 de 31 de agosto de 1998, Decreto Ejecutivo No. 205 de 28 de diciembre de 2000-) se reguló en la Ley de Transparencia que los actos relativos "de construcción de infraestructuras" y "zonificación", que la Administración tuviese la obligación de permitir la participación de los ciudadanos.

A la par, el principio urbanístico relativo a la participación democrática, que consiste en que la acción urbanística debe fomentar la concertación entre los intereses sociales, económicos y urbanísticos, mediante la participación de los pobladores y organizaciones. La Sala es del criterio que las decisiones urbanísticas constituyen un asunto de interés colectivo o general, como lo señala Jaime Orlando Santofimio en su obra Derecho Urbanístico, Legislación y Jurisprudencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala es del criterio que el cambio de uso de suelo implica zonificar, toda vez que la zonificación de un área se hace en función del uso de suelo, por lo cual la Administración no puede alegar que éstos son elementos independientes.

En ese sentido, y basados en el principio de legalidad que según la clásica fórmula de George Vedel, "es la cualidad de lo que es conforme a la ley. Pero en esta definición hay que entender el término de "ley" en su sentido más amplio, el de "derecho". (VEDEL, Georges. Derecho Administrativo, trad. De la 6ª ed. Francesa, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, p. 219)

251

En ese orden de ideas, el principio de legalidad se puede definir como el fenómeno jurídico-político en virtud del cual surge para los órganos del poder público, en especial la Administración, la obligación de que su actuación se lleve a cabo de conformidad con la ley, con el ordenamiento jurídico. (Rodríguez, Libardo. Derecho Administrativo. General y colombiano, 13 a ed., Bogotá, Temis, 2002, p.244)

Al respecto, con base en lo estipulado en el artículo 24 de la Ley de Transparencia, la Administración tenía la obligación de realizar alguna de las modalidades de participación ciudadana para poder modificar el cambio de zonificación de RM1 a RM2 de la finca No. 21773.

De esta manera la Sala comparte el criterio emitido por la Procuraduría de la Administración, y considera que el acto impugnado -Resuelto No. 33 de 4 de febrero de 2003-, emitido por la Dirección Nacional de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda es ilegal" (Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Tercera. Sentencia de 18 de noviembre de 2009. Exp. 628-06).

Desde esta perspectiva, debe tenerse presente entonces que si bien el artículo 24 de la Ley 2 de 2002 como el artículo 2 literal k de la Ley 9 de 25 de enero de 1973, hacen expresa alusión a la participación en actividades como la zonificación, no menos cierto es que bajo el razonamiento sostenido por esta Sala la asignación de uso de suelo no es un elemento aislado de la zonificación, y menos aun una actividad administrativa exenta del marco de legalidad establecido en la Ley 6 de 2006, en la que se señala en correspondencia con el artículo 50 del Texto Fundamental como principio básico de la actividad urbanística la prevalencia del interés público sobre el particular.

Cabe considerar, además, que las actuaciones urbanísticas no están limitadas a procesos de zonificación o elaboración de planes de ordenamiento territorial, la autoridad urbanística también ejecuta otro tipo de actividades y procedimientos administrativos a través de los cuales se adoptan decisiones que inciden o afectan "intereses y derechos de grupos ciudadanos", a los que, como se dijo antes, se refiere expresamente el artículo 24 de la Ley 6 de 2002 y el artículo 35 de la Ley 6 de 2006. Entre estas, no cabe la menor duda que la asignación de uso de suelo incide por si sola en los intereses y derechos de la colectividad que forma parte del entorno urbano en el que se ha establecido tal uso de suelo.

En esa línea se refiere Jaime Orlando Santofimio, cuando nos dice que:

"Desde la perspectiva del Estado democrático, es connatural el derecho urbanístico la intervención material de la comunidad en los procesos públicos y administrativos de conformación de las normas urbanísticas de planeación y en trámite de las licencias y permisos de esta misma naturaleza. El derecho surgido de la intervención y la ordenación

282

*administrativa respeta profundamente la participación, la concertación, el pluralismo y las diferencias sociales de todo género para efectos de alcanzar los niveles adecuados para la convivencia sobre el territorio. Es característico del derecho territorial la presencia de veedores ciudadanas resguardando los intereses públicos y en fin de agentes ciudadanos defendiendo los derechos colectivos y difusos, al igual que de titulares de intereses meramente subjetivos que puedan resultar afectados con las resultas de los trámites administrativos urbanísticos” (SANTOFIMIO GAMBOA, Orlando, “Derecho Urbanístico”, *Gestión Pública, Revista de la Procuraduría de la Administración*, Edición No. 7, diciembre 2009, p. 43).*

Por otro lado, es evidente que la actuación administrativa tendiente a conceder el Permiso de Construcción del Municipio de Antón, ha desconocido también lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley de Transparencia en la Gestión Pública, cuando señala que la obligación de permitir la participación de los ciudadanos involucra expresamente aquellos actos “relativos a construcción de infraestructuras”, pues se trata, como bien se constata, de un acto administrativo que concede un permiso para llevar a cabo la construcción de una infraestructura de ocho altos de dos apartamentos por planta en las fincas en cuestión.

Así pues, el acto de asignación de uso de suelo RM para las fincas señaladas y el Permiso de Construcción Ing. No. 360-05, aun cuando hayan sido conferidos sobre fincas ubicadas en una zona declarada de desarrollo turístico de interés nacional (Resolución de Gabinete No. 43 de 13 de febrero de 1996, modificada por la Resolución No. 147 de 11 de julio de 1996), han debido cumplir en el curso del procedimiento con el proceso de participación a través de las modalidades y medidas de publicidad y concertación señaladas en la ley. No siendo así, es clara la violación a las formalidades de las actuaciones urbanísticas demandadas.

Así las cosas, la Sala acoge los cargos de violación de los artículos 24, 25 de la Ley 6 de 22 de enero de 2002, y del artículo 24 y 52 numeral 4 de la Ley 38 de 2000, toda vez que los actos impugnados han sido emitidos obviando formalidades fundamentales del proceso de participación pública. En cuanto a la solicitud del tercero interventor de que se declare sustracción de materia, la misma no puede prosperar toda vez que la consulta señalada por los terceros ha sido desarrollada al margen del procedimiento administrativo que se ventila en esta causa con respecto al Resuelto No. No. 186 de 8 de julio de 2005 y en absoluto con relación al Permiso de Construcción Ing. No. 360-05, dejándose aun lado, que la operatividad de las modalidades de participación han de estar

283

dirigidas a la integración y concertación de los posibles afectados en el marco de las solicitudes y procedimientos que se realicen ante la autoridad urbanística.

IX. PARTE RESOLUTIVA:

En mérito de lo anteriormente expuesto, la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

1. RECHAZA la solicitud de Sustracción de Materia propuesta por la firma Rubio, Solís, & Abrego, en representación de Propiedades La Ensenada, S.A.
2. DECLARA NULO, POR ILEGAL el Resuelto No. 186 de 8 de julio de 2005, emitido por la Dirección General de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda.
3. DECLARA NULO, POR ILEGAL el Permiso de Construcción Ing. No. 360-05 de 21 de diciembre de 2005, dictado por el Ingeniero Municipal del Distrito de Antón.

Notifíquese.-



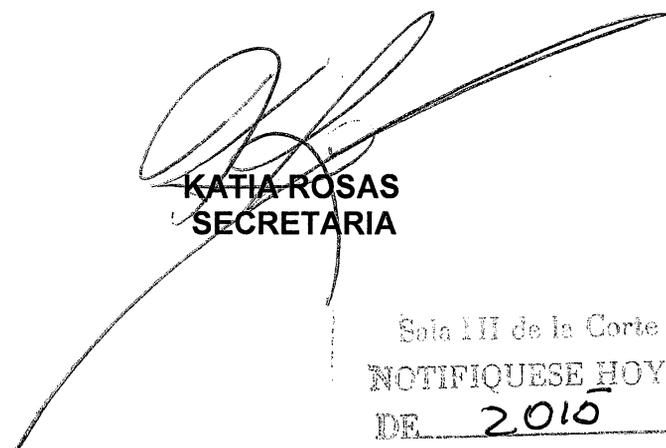
**NELLY CEDEÑO DE PAREDES
MAGISTRADA**



**EFREN C. TELLO C.
MAGISTRADO**



**HERNÁN A. DE LEÓN BATISTA
MAGISTRADO**



**KATIA ROSAS
SECRETARIA**

Sala III de la Corte Suprema de Justicia,
NOTIFIQUESE HOY 26 DE Agosto
DE 2010 A LAS 10:01

DE LA manera A Procurador de la
Dignidad Social, Administración
FIRMA