

INTRODUCCIÓN

El Estado ha otorgado determinadas responsabilidades a los órganos que lo componen, con el fin de asegurar la eficacia en su labor de gobernar. El Municipio del Distrito Metropolitano de Quito constituye uno de estos órganos, al que se encomienda varias potestades por medio de la Constitución, entre las que encontramos la potestad legislativa. Esta potestad permite al Municipio del Distrito Metropolitano de Quito emitir normativa de aplicación obligatoria entre sus habitantes, por medio de resoluciones y ordenanzas, las mismas que deben regirse bajo mandatos de la Constitución y leyes ya que jerárquicamente se encuentran subordinadas a ellas.

Aplicando la facultad normativa mencionada, el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito por medio del Concejo Metropolitano dictó la Ordenanza Municipal 231 publicada en el Registro Oficial 238 del 22 de diciembre del 2007, con el fin de solucionar los problemas que presentan los propietarios de los inmuebles debido a la diferencia o excedente que existe entre la superficie real del inmueble y la que consta en el catastro municipal.

La Ordenanza 231 establece como comparación para determinar el excedente la superficie que detalla la escritura del inmueble vendido como cuerpo cierto con la

superficie real comprobada por un levantamiento planimétrico y no distingue los efectos en caso de la escritura de venta pactada en función de la cabida sin tomar en cuenta que cada modalidad de venta presenta características y efectos particulares.

El Código Civil determina que para el caso de la venta de un inmueble realizada como cuerpo cierto, el vendedor está obligado a entregar el objeto que se ha identificado en la escritura, es decir, la superficie que comprenda dentro de los linderos detallados, quedando en segundo plano la superficie que detalla la escritura. En este caso, el comprador tiene derecho a que se le entregue todo lo comprendido dentro de los linderos sin tener oportunidad a exigir rebaja en el precio si se le ha transferido una superficie menor a la detallada en el contrato. Por el contrario, en el caso de pactar una venta por la cabida del inmueble, se desprenden acciones personales para las partes, pudiendo éstas exigir el cambio de precio en razón de la diferencia existente.

Por lo tanto, para el caso de inmuebles en que se ha efectuado el traspaso de dominio como cuerpo cierto, los propietarios del inmueble gozan del derecho de propiedad sobre todo lo que comprende el inmueble dentro los linderos detallados, quedando en un segundo plano lo que se pacte por la superficie; razón por la cual, en este caso el Municipio estaría violentando el derecho de propiedad de los dueños sobre la diferencia que incorpora al patrimonio municipal, por medio del artículo innumerado de la Ordenanza, que declara bien mostrenco esta diferencia.

Tomando en cuenta los conceptos analizados, el presente trabajo pretenderá determinar la inconstitucionalidad que se genera por la aplicación del artículo innumerado de la Ordenanza 231, al incluir dentro del patrimonio municipal el excedente que se da comparando la superficie real del inmueble con la superficie declarada en la escritura de venta realizada como cuerpo cierto, basándonos para ello en lo que menciona la Ordenanza 231, principios determinados en el Código Civil¹ y la Constitución.²

¹ Código Civil, Registro Oficial 46 del 24 de junio del 2005

² Constitución del Ecuador, Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008

Por regla general, el titular de un inmueble es la persona que consta como propietario en la escritura, que se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad. Por lo tanto, el titular de los derechos de propiedad sobre la diferencia, en los casos de una venta pactada como cuerpo cierto es la persona cuyo nombre consta en la escritura que se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad que lo acredita como dueño. Aplicando la Ordenanza 231, el Municipio de Quito adquiere la titularidad de la diferencia del inmueble sin aplicar alguno de los modos de adquirir el dominio detallados en el Código Civil, convirtiéndose en un acto confiscatorio, que se encuentra prohibido por la Constitución.

1. Para determinar la inconstitucionalidad del artículo de la Ordenanza 231, el Capítulo I se enfocará en analizar la Ordenanza en cuestión con el fin de conocer con mayor detalle su contenido. En primer lugar, se tratará los principios de descentralización y autonomía para determinar la manera en que se delegan responsabilidades a las gobierno autónomos descentralizados que conforman el Estado. A continuación, se verá el concepto de autonomía ya que por medio de ella se tratarán las facultades que le son otorgadas a los gobiernos autónomos descentralizados, basado en lo que menciona la Constitución y el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización.³

Una vez analizados estos dos principios con relación a las entidades autónomas, se realizará un estudio sobre la autonomía desde el punto de vista municipal. Para ello, se tratarán conceptos relacionados a ésta sobre temas afines al Municipio y se revisará el tipo de normativa que éste ente está facultado a emitir. Consecuentemente, se observará lo que comprende una ordenanza, señalando los pasos que debe seguirse para que sea válida. Continuando con su estudio se determinará el rango jerárquico en que se encuentra dentro de la legislación ecuatoriana, para lo cual será necesario tratar la jerarquía normativa, analizando artículos de la Constitución que tratan sobre ella.

³ Código Orgánico de Ordenamiento Territorial Autonomía y Descentralización, Registro Oficial Suplemento #303 del 19 octubre del 2010

Finalmente, se analizará el contenido de la Ordenanza 231, teniendo en cuenta un estudio de los antecedentes que se tuvieron como base para dictarla. Para ello, se hará un estudio de las disposiciones que contienen sus artículos.

Para concluir se determina lo que dispone la Ordenanza 231, para solucionar la diferencia que existe cuando la superficie real sobrepasa el diez de la superficie declarada en la escritura como cuerpo cierto, con sus respectivos pasos para corregirla y posteriormente se analizará lo que establece la Ordenanza referente a rectificar los datos de la superficie, en caso de que la superficie real tenga una superficie menor en diez por ciento de la superficie declarada en la escritura de venta realizada como cuerpo cierto.

2. Ahora bien, para comprender la titularidad que se disputa el municipio y el particular que consta como propietario en la venta realizada como cuerpo cierto, será necesario aclarar lo que ha determinado el Código Civil como efectos de la venta como cuerpo cierto diferenciándolos de los efectos que se dan por la venta realizada por la cabida, que es el análisis que comprende el Capítulo II. Con el fin de determinar la titularidad del excedente se analizará en primer lugar los modos de adquirir el dominio que trata el Código Civil, para detallar la tradición y explicar con ella, lo que comprende el justo título.

A continuación se analizará el principio de autonomía de la voluntad, en el cual se tratarán sus fundamentos, la evolución que ha tenido a través de la historia y lo que ha mencionado la Corte Suprema sobre este. Conjuntamente, se verán las limitaciones que presenta este principio, detallados en la Constitución y en el Código Civil ecuatoriano.

El propósito de analizar lo que comprende el principio de autonomía de la voluntad, es conocer la efectividad que la ley ha otorgado a las partes para reconocer con quien se pactará un contrato y las cláusulas que contendrá. A través de ello, se determinará que constituyen las cláusulas pactadas y la consecuencia de este pacto para las partes y terceros, incluyendo al Estado.

Paralelamente, se realizará el análisis del artículo 1771 del Código Civil, que trata sobre las modalidades que pueden pactarse en la venta de un predio rústico, comenzando por distinguir los conceptos de un predio rústico y un predio urbano. Para ello se tomará en cuenta dos tipos de criterios que la doctrina ha mencionado para diferenciarlos.

Una vez comprendido la diferencia entre este tipo de predios, se tratará las dos tendencias que existen en la doctrina para aplicar el artículo 1771 del Código Civil, pues un grupo de autores sugiere que la aplicación es exclusiva para predios rústicos, mientras que otro grupo de autores defiende la aplicación para predios rústicos y predios urbanos.

En consecuencia, una vez comprendido el artículo en mención se procederá a analizar los dos tipos de acciones que se desprenden por la aplicación de la venta por cabida. Para ello se distinguirá las acciones que se otorga al vendedor cuando la superficie del inmueble presenta una diferencia menor al diez por ciento de la superficie pactada en la escritura y por otra parte, se analizarán los efectos que se deslindan para las partes en caso de que la diferencia de la superficie presente una cabida mayor al diez por ciento que la declarada en la escritura.

Tomando en cuenta que la Ordenanza 231, menciona como referente para establecer la diferencia la superficie que detalla la escritura de venta del inmueble como cuerpo cierto, se analizará lo que ésta comprende y los derechos que se deslindan para el comprador en caso de que la venta sea pactada de esta manera. Consecuentemente, se distinguirán los derechos de las partes que surgen por la aplicación de este artículo.

3. Habiendo comprendido lo que establece la Ordenanza y estudiando la parte de Derecho Civil concerniente a ella, se tratará normas de Derecho constitucional en base a las cuales es posible determinar la inconstitucionalidad del artículo que transforma la superficie del terreno del particular en un bien municipal, siendo este el enfoque principal del Capítulo III.

Es así que se procederá a realizar un análisis de la parte dogmática de la Constitución, dentro de la cual se abarcarán temas relacionados a los derechos constitucionales mencionados en ella. Se tratarán los distintos enfoques que comprende el concepto de los Derechos Fundamentales, realizando una revisión de la historia de estos derechos, y se conocerá la evolución que han tenido en la historia con el fin de determinar la importancia que poseen en la actualidad en la legislación ecuatoriana.

En este capítulo se analizarán las garantías constitucionales pues si bien la Constitución reconoce derechos es necesario que asegure su cumplimiento por medio de garantías. Por ello analizaremos las distintas garantías que menciona la Constitución, enfocándonos en el tipo de garantías normativas, por ser estas relacionadas directamente con la inconstitucionalidad de la Ordenanza 231.

Adicionalmente, se analizará el rango jerárquico de los Tratados Internacionales en el Ecuador para determinar el nivel en el que se encuentran de conformidad con la Constitución. Una vez conocido el nivel jerárquico se tratará alguno de los tratados que ha ratificado el Ecuador, enfocándonos en aquellos que reconocen el derecho a la propiedad.

Conjuntamente, se tratará el derecho a la propiedad, por tratarse directamente del derecho que está violentando la Ordenanza 231, al confiscar el excedente cuando la escritura de venta de se ha realizado como cuerpo cierto y el Municipio no reconoce la propiedad del dueño sobre la totalidad del inmueble; por lo que se analizará de manera más detallada lo que conlleva este derecho, incluyendo lo que trata la Constitución y el Código Civil.

Una vez analizado el concepto sobre la propiedad será necesario tratar la confiscación. Concluido el estudio sobre la confiscación se procederá a realizar un análisis sobre la inconstitucionalidad, y las razones por las que puede presentarse la acción de inconstitucionalidad de una norma, distinguiendo entre ellas lo que comprende la inconstitucionalidad por vicios de fondo de la de forma

Para finalizar, analizaremos las distintas modalidades que presenta el control de la constitucionalidad, conociendo sus características y en función de que surgieron. Se realizará un análisis especial para los tipos de control constitucional que se encuentran vigentes en el país.

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DE LA ORDENANZA 231

En el capítulo presente se realizará un análisis de la Ordenanza Municipal 231 expedida por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, publicada en el Registro Oficial 238 del 22 de diciembre del 2007, tomando en cuenta que la tesis planteada tiene relación directa con los artículos mencionados en ella y por lo tanto constituye la base para plantear argumentos que demuestren su inconstitucionalidad. En primer lugar, se explicará los principios de autonomía y descentralización que rigen para los entes autónomos. Después, se tratarán temas relacionados con derecho municipal, incluyendo el origen del municipio, y ordenanzas. Finalmente, se realizará un estudio detallado de los artículos con mayor relevancia de la Ordenanza 231, teniendo en cuenta para ello los antecedentes por los que se dictó, así como el estudio de normas y leyes relacionadas.

1.1. Introducción sobre los principios de descentralización y autonomía

Años atrás, el estilo de gobierno que empleaban los países Latinoamericanos, se basaba en la centralización, dada por la influencia española, que a su vez se inspiró en la concepción francesa.⁴ Sin embargo, la idea de gobierno centralizado quedó en el pasado, teniendo en la actualidad una creciente tendencia hacia la autonomía y la descentralización.⁵ El Ecuador no es una excepción y en el presente su estado basa su forma de gobierno en un sistema de descentralización. Este sistema se evidencia a través de la Constitución y otras normas de su legislación. De esta manera encontramos el artículo 1 de la Constitución, que manifiesta “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”⁶ (lo subrayado es mío)

1.1.1. La descentralización

La descentralización se refiere a la delegación de responsabilidades por parte del gobierno central a entidades autónomas de menor jerarquía, que se encuentran facultadas para recibir las obligaciones encomendadas, con el fin de lograr una mayor eficiencia en la organización interna.⁷ Por medio de la descentralización se realiza “la cesión de determinadas competencias propias de la Administración del Estado a las Comunidades Autónomas o a Entes locales, o de las Comunidades Autónomas a los Entes locales.”⁸

GORDILLO considera que la descentralización “aparece cuando la competencia se ha atribuido a un nuevo ente, separado de la administración central, dotado de personalidad jurídica propia, y constituido por órganos propios que expresan la

4 Cfr., S. VALENCIA, *Derecho Municipal*, Porrúa, México, 2003, pp. 85-87

5 Ibid.

6 Constitución del Ecuador, Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008

7 Cfr., M. SUAZO ÁLVAREZ, *Derecho Administrativo*, Universidad de Playa Ancha, Valparaíso, 2008, p. 17

8 DICCIONARIO Jurídico Espasa, Calpe S.A., Madrid, 2001, p.572

voluntad del ente.”⁹ PÉREZ define a la descentralización como la transferencia de poderes a órganos con personalidad jurídica de derecho público, distintos de los simples agentes de poder central y por lo tanto, sin relación de jerarquía del Presidente de la República.¹⁰

La legislación ecuatoriana trata también el concepto de descentralización expresando que es “(...) la transferencia obligatoria, progresiva y definitiva de competencias con los respectivos talentos humanos y recursos financieros, materiales y tecnológicos, desde el gobierno central hacia los gobiernos autónomos descentralizados.”¹¹

Adicionalmente, el artículo 106 del COOTAD menciona el objetivo de la descentralización, consiste en:

(...) impulsar el desarrollo equitativo, solidario y equilibrado en todo el territorio nacional, a fin de garantizar la realización del buen vivir y la equidad interterritorial, y niveles de calidad de vida similares en todos los sectores de la población, mediante el fortalecimiento de los gobiernos autónomos descentralizados y el ejercicio de los derechos de participación, acercando la administración a la ciudadanía.

Por lo tanto, el fin de la descentralización es que el Estado, como representante del pueblo ecuatoriano cumpla con su deber de resguardar el buen vivir y *sumak kawsay* dentro del territorio nacional. Al respecto, encontramos al que la Constitución trata sobre el régimen de desarrollo, indicando que comprende “el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*.”¹²

⁹ Cfr., A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª. ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, p. XIV-1

¹⁰ E. PÉREZ, *Manual de Derecho Administrativo*, Talleres CEP Quito, 2008, p.42

¹¹ Código Orgánico de Ordenamiento Territorial Autonomía y Descentralización, Registro Oficial Suplemento #303 del 19 octubre del 2010, Artículo 105

¹² Constitución del Ecuador, artículo 275

La Constitución ha abierto un importante proceso de descentralización al reconocer a las Comunidades Autónomas y Entes locales autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.¹³

Por una parte, encontramos a las entidades autónomas como órganos estatales que poseen un variado grado de autonomía y diferente cobertura territorial, éstas deben tener la capacidad suficiente para ejecutar las tareas designadas y cumplir con funciones especializadas de servicio público que se encuentran dentro del área de su jurisdicción.¹⁴

Por otra parte encontramos que la Constitución menciona en el artículo 238 que constituyen gobiernos autónomos: “las juntas parroquiales rurales, los concejos municipales, los concejos metropolitanos, los consejos provinciales y los consejos regionales”, cabe destacar que los distritos metropolitanos autónomos se consideran regímenes especiales de acuerdo con el artículo 242 de la Constitución.

Se puede concluir, señalando que la descentralización desde el punto de vista del Municipio del Distrito Metropolitano se refiere a las responsabilidades otorgadas al este en su calidad de gobierno autónomo descentralizado con el fin de evitar la concentración de poder en el gobierno central y lograr así una mayor eficacia en la gestión administrativa.

1.1.1.1. Fundamentos Constitucionales de la Descentralización

La Constitución menciona dentro de sus mandatos la obligación del Estado de gobernar de manera descentralizada. El artículo 1, tratado anteriormente, indica que el Ecuador: “Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”

Adicionalmente, el numeral 6 del artículo 4 de la Constitución sostiene que tanto la descentralización como la autonomía, son medios que deben fortalecerse para

¹³ Cfr., DICCIONARIO Jurídico Espasa..., op. cit., p.572

¹⁴ E. IZAGUIRRE VÉLEZ, *La expropiación en el Derecho Municipal Ecuatoriano*, Departamento de publicaciones de la Universidad de Guayaquil, Guayaquil, 1976, p. 25

promover el desarrollo equitativo y solidario dentro del territorio ecuatoriano, mencionándolos a éstos como deberes primordiales que debe cumplir el Estado.

De la misma manera el artículo 227 de la Carta Fundamental, señala que “La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.” (lo subrayado es mío) Dentro de este artículo, sin bien comprende el principio de descentralización, debe destacarse otros principios básicos, que se encuentran relacionados directamente con éste, como son: eficacia, eficiencia jerarquía y desconcentración.

1.1.2. Autonomía

A continuación se analizará el concepto de autonomía, por constituir un requisito básico para cumplir con el principio de descentralización. El artículo 238 de la Constitución, menciona que “los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera”; en concordancia con éste artículo encontramos al artículo 5 del COOTAD, donde se detalla lo que comprenden las autonomías mencionadas, expresando que:

(...)comprende el derecho y la capacidad efectiva de estos niveles de gobierno para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios, en sus respectivas circunscripciones territoriales, bajo su responsabilidad, sin intervención de otro nivel de gobierno y en beneficio de sus habitantes(...)

Para el goce de la autonomía que menciona la Constitución, el ejercicio de cada gobierno autónomo descentralizado se realizará a través de tres funciones integradas:

- a) De legislación, normatividad y fiscalización;
- b) De ejecución y administración; y,
- c) De participación ciudadana y control social.¹⁵

En función de lo analizado, podemos concluir, que la autonomía que gozan los gobiernos autónomos comprende distintas facultades, entre las que podemos destacar: el auto gobernarse; el dictar su propia normativa, en torno a la cual establecerán sus

¹⁵ COOTAD, artículo 29

políticas internas, y la facultad de administrarse económicamente sin depender de otro órgano para hacerlo. Complementando este concepto, tenemos que la autonomía debe ejercerse de manera responsable y solidaria,¹⁶ guiándose por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana¹⁷. Además, se tendrá como garantía de su cumplimiento que ninguna función del Estado ni autoridad extraña podrá interferir con ella.¹⁸

1.1.2.1. Autonomía Municipal

La Constitución otorga un nivel de autonomía específico a cada gobierno autónomo, basado en la dimensión territorial, cantidad de población y recursos económicos, entre otros factores.¹⁹ En vista de ello, y debido a que este trabajo pretende explicar los elementos que se relacionan con la Ordenanza 231 expedida por el Municipio del Distrito Metropolitano, nos enfocaremos en el análisis de la autonomía de los concejos municipales y metropolitanos.

Dentro de la Constitución, se menciona que son Gobiernos Autónomos entre otros los concejos municipales y los concejos metropolitanos²⁰, estos poseen un concejo que es elegido por votación popular, teniendo como su máxima autoridad administrativa al alcalde en el caso del concejo municipal y al alcalde metropolitano en el caso del Concejo Metropolitano.²¹

La personalidad jurídica del Municipio del Distrito Metropolitano constituye un elemento indispensable para lograr su autonomía. A través de ella, éste se convierte en un sujeto apto para ejercer derechos y contraer obligaciones en la esfera privada y constituye una característica esencial de la corporación municipal. Como entidad de derecho público, la personalidad jurídica le sirve para ejercer su potestad de mando y de

16 COOTAD, artículo 5

17 Constitución del Ecuador, artículo 238

18 COOTAD, artículo 6

19 Cfr., R. DROMI, *Derecho Administrativo...* op. cit., p.192

20 Constitución, artículo 238

21 Constitución, artículo 254

coacción, así como llevar acabo atribuciones de carácter impositivo en las actividades encaminadas a la prestación de los servicios públicos.²²

BULIT, indica que los Municipios gozan de autonomía como verdadero órgano de gobierno, expresando que: “Abandonando su orientación tradicional en cuanto a que los municipios son meras delegaciones administrativas de los poderes provinciales de carácter autárquico, la Corte Suprema de Justicia afirma que gozan de autonomía en cuanto a verdaderos órganos de gobierno.”²³

Finalmente, cabe mencionar que la autonomía de la que gozan los municipios presenta límites, que se dan por el ordenamiento jurídico. La opinión de algunos doctrinarios es que si bien los Municipios gozan de autonomía, ésta debe ser limitada; y deberá estar siempre sujeta a la ley y sobre todo a la Constitución. Así por ejemplo, LARREA HOLGUÍN señala que “(l)os concejos están sometidos a la ley y a la Constitución. No tienen alguna preferencia con relación a las personas particulares, por lo tanto deben ser juzgadas y respetar los derechos de la misma manera que un particular.”²⁴

Tanto la descentralización como la autonomía, que se ha tratado anteriormente son características del derecho administrativo. Sin embargo, en la siguiente parte del trabajo nos enfocaremos en analizar conceptos de Derecho Municipal con el fin de tener claros los elementos afines al Municipio.

1.2. El Municipio

El Municipio es el resultado tradicional de cada pueblo, constituye un requerimiento impuesto por la propia naturaleza social del hombre. Este presenta su

22 Cfr., S. VALENCIA, *Derecho Municipal...*, op. cit., p. 168

23 Cfr., E. BULIT G, *Autonomía o autarquía de los municipios sobre las implicancias tributarias de un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. En: Lascano, Marcelo. *Impuestos Doctrinas Fundamentales 1942- 2002*, Fedye Fondo Editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires, 2002, p.112

24 Cfr., J. LARREA HOLGUÍN, *Derecho Constitucional*, 6ª ed., Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2000, p. 236

autonomía de manera integral, por constituir una de las fuentes básicas de organización y tener una relación cercana entre el ciudadano y el Estado.²⁵

El Municipio forma parte de un todo, llamado Estado que se encuentra organizando en función de leyes y normas Constitucionales. Así lo señala el artículo 242 de la Constitución que indica: “El Estado se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales.”

De igual manera, IZAGUIRRE considera que en la mayor parte de los Estados el sector público comprende tres niveles de gobierno que están estructurados y establecidos, tanto por normas constitucionales, como por el ordenamiento legal, teniendo en el caso ecuatoriano:

- a. El central que asume la dirección político administrativo y tiene alcance nacional
- b. El provincial entre nosotros y federal en otros Estados, cuya obligación se reduce al ámbito sectorial de provincia o estado federal y
- c. El Municipal, que administra los asuntos de interés cantonal.²⁶

QUIROGA LAVIE, considera que no hay organización del todo sin organización de las partes que lo integran y viceversa. Además resalta la importancia de la organización interna Estatal que el municipio, ha ido encontrándola en los textos constitucionales latinoamericanos, mencionando que: “(...)se ha dado un reconocimiento cada vez más creciente, a partir de la toma de conciencia de que la definición institucional del gobierno de la unidad cívica menor (que es el municipio), reviste una trascendencia equivalente a lo relativo a la organización general el Estado(...)”²⁷

1.2.1. Origen del Municipio

Existen dos tendencias sobre el origen del Municipio, por una parte la ius naturalista y por otra la privatista.

La tendencia ius naturalista, indica que el Municipio es una entidad natural anterior al Estado, la misma que se constituyó de manera espontánea por la necesidad

25 Cfr., E. BULIT G, *Autonomía o autarquía...*, op. cit., p.112

26 Cfr., E. IZAGUIRRE VÉLEZ, *La expropiación en ...*, op. cit., p. 16

27 H. QUIROGA LAVIÉ, *Derecho constitucional latinoamericano*, UNAM, México, 1991, p. 416

de una convivencia social, por lo cual, el Estado debe reconocer y no crear el Municipio.²⁸ VALENCIA indica que autores defienden esta tendencia, el francés Alexis de Tocqueville, el español Eduardo Hinojosa, Adolfo Posada y Rafael Bielsa, son entre otros.²⁹

Contraria a la tesis ius naturalista, encontramos la tendencia privatista, conocida también como legal, cuyo fundamento principal es que el municipio tiene su nacimiento en el Estado por ser éste el único con poder originario. La tesis privatista critica la tesis ius naturalista tachando de falso que tenga un pretendido origen natural.³⁰ FERNANDO ALBI, citado por VALENCIA considera inadmisibile la tesis iusnaturalista pues considera imposible que el Municipio sea anterior al Estado, ya que éste la constituye.³¹ Así mismo, el mexicano GABINO FRAGA, citado por VALENCIA, indica que

las bases constitucionales sobre el municipio autorizan a concluir que éste debe su existencia a la ley. El hecho de que el Municipio forme parte de la totalidad del Estado impone la necesidad de que dentro de la organización legal quede incluida esa institución³²

Adicionalmente, encontramos como defensor de la tendencia privatista a KELSEN, quien critica la tesis ius naturalista, señalando que:

La tesis ius naturalista olvida la relación básica que existe entre el municipio respecto del Estado al que pertenece, sólo dentro del Estado puede ser considerado como tal comunidad jurídica infra estatal; consecuentemente, la validez de todos los actos Municipales son una consecuencia del orden jurídico general que rige para todo el Estado.³³

De conformidad con las tendencias tratadas, me inclino más a favor de la tendencia legal, pues el Municipio se crea en función de las leyes del Estado al que pertenece. En nuestro caso, la Constitución es muy clara al otorgarle atribuciones y determinar las facultades específicas en las que tiene competencia.

28Cfr.,S. VALENCIA, *Derecho Municipal...*, op. cit., p. 21

29Ibid.

30Cfr.,S. VALENCIA, *Derecho Municipal ...*, op. cit., pp. 22-23

31Ibid.

32Ibid.

33 Cfr., S. VALENCIA, *Derecho Municipal...*, op. cit., pp. 21-22

1.2.2. Derecho Municipal

El Derecho Municipal se encuentra dentro de la rama del Derecho Administrativo, que se rige en nuestro país por los principios del Derecho Público. Este derecho se caracteriza por sus relaciones de colaboración e interés grupal, es decir, se guía principalmente por intereses estatales.³⁴

El Derecho Municipal tiene una estrecha relación con el Derecho Constitucional, ya que éste último constituye la base del derecho público. Además posee relación con algunas disciplinas jurídicas debido a la llamada “sistemática jurídica”, encargada de organizar dentro de la ciencia del derecho sus diferentes disciplinas e interrelacionarlas.³⁵

Existen distintas teorías sobre la autonomía de éste derecho. RENDÓN HUERTA estima que el Derecho Municipal es autónomo desde el punto de vista normativo y didáctico más que una autonomía concebida como garantía absoluta. Este autor sostiene que este Derecho tiene como objeto el estudio del municipio como institución jurídica, de la cual estudia su evolución, sustantividad jurídica, elementos, atributos, competencia, ser y deber ser.³⁶

Contraria a la concepción de autonomía, BIELSA citado por VALENCIA considera que el Derecho Municipal no es un derecho autónomo pues le hace falta características propias y específicas que lo constituyan como tal. DROMI por su parte, tampoco considera que el Derecho Municipal sea autónomo, sino que lo considera parte del Derecho Administrativo, indicando que este último es un derecho organizacional que presenta tres planos: el nacional, el provincial y el municipal.³⁷

34 Cfr., S. VALENCIA, *Derecho Municipal...*, op. cit., p.12

35 Ibid.

36 T. RENDÓN HUERTA, *Derecho Municipal*. 2ª. ed. Porrúa, México, 1995.

37 Cfr., R. DROMI, *Derecho Administrativo*, 4ta. ed., Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 173

1.2.2.1. Normativa Municipal

Los municipios regularmente, se conforman en torno a una división de poderes legislativo y ejecutivo.³⁸ El poder legislativo, se da en función de la autonomía tratada anteriormente, gracias a éste el Municipio se encuentra facultado para emitir normativa, que a su vez le permite cumplir con fines específicos del Estado como son “el proteger los intereses de los asociados, a través de la aplicación de normas jurídicas.”³⁹ IZAGUIRRE recalca que: “El procedimiento para la expedición de ordenanzas está previsto en la Ley y convierte a los Municipios en verdaderos órganos de Legislación.”⁴⁰

El artículo 240 de la Constitución, menciona que: “Los gobiernos autónomos descentralizados de las regiones, distritos metropolitanos, provincias y cantones tendrán facultades legislativas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales”. Concordando con ello, el artículo 264 de la Constitución, que señala en su párrafo final, que “en el ámbito de competencias y territorio de los gobiernos municipales se expedirán ordenanzas cantonales en uso de sus facultades.” Con ello se puede verificar las atribuciones que otorga la Constitución a los Municipios para que puedan dictar normativa en base a la facultad legislativa que les otorga.

Los artículos mencionados guardan estrecha relación con el artículo P1 del Código Municipal para el Distrito Metropolitano que trata sobre la facultad legislativa del Concejo Metropolitano de Quito. Asimismo, el artículo 7 del COOTAD reconoce “la capacidad de los concejos metropolitanos y municipales para dictar normas de carácter general a través de ordenanzas, acuerdos y resoluciones, aplicables dentro de su circunscripción territorial.” El artículo 57 del mismo cuerpo normativo, señala en su literal a, que una de las atribuciones que le corresponden al concejo municipal es: “El ejercicio de la facultad normativa en las materias de competencia del gobierno autónomo descentralizado municipal, mediante la expedición de ordenanzas cantonales, acuerdos y resoluciones”.

38 R. DROMI., *Derecho Administrativo...*, op. cit., p.3

39 E. IZAGUIRRE VÉLEZ, *La expropiación ...*, op. cit., p. 16

40 Ibid.

1.2.2.1.1. Ordenanza municipal

Una vez analizadas las leyes que facultan a los Municipios a emitir normativa, nos centraremos a continuación, en lo que comprende una ordenanza. Para comenzar, trataremos su concepto, entendiéndose que es una norma de carácter general que dicta el Concejo Metropolitano, en aplicación de la función legislativa otorgada por la Constitución, que debe ser publicada para que surta efectos.

LINARES define el concepto de ordenanza, indicando que “son leyes materiales dictadas por ciertos órganos administrativos que disponen de algún grado de autarquía. Estas suponen una base legal formal que autoricen a dictarlas.”⁴¹ La definición que expresa el Código Municipal para el Distrito Metropolitano, en su artículo P.2, indica que son “normas de carácter general que serán, necesariamente, reformatorias de este Código, ya por modificar sus disposiciones, ya por agregarle otras nuevas.” Por su parte, IZAGUIRRE, sostiene que “Las Ordenanzas son el producto de los actos decisorios de la Corporación Municipal que tienen fuerza obligatoria y carácter general para los miembros de la comunidad.”⁴²

De conformidad con el artículo 322 del COOTAD, para la aprobación de una ordenanza metropolitana o municipal es necesario la mayoría de votos del concejo metropolitano, que posterior a su aprobación envía al ejecutivo del gobierno autónomo municipal para que analice la norma y la sancione en caso de que haya violentado el trámite legal o que dicha normativa no esté acorde con la Constitución o las leyes.

1.2.2.1.2. Jerarquía normativa establecida en la Constitución

El Ecuador como Estado de derechos que es, tiene a la Constitución como Ley Suprema y por lo tanto, constituye la base en la que reposa el ordenamiento jurídico restante, cumpliendo ésta con un papel regulador y de unificación entre el resto de

⁴¹ J. LINARES, *Derecho Administrativo y funciones Estatales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986 , p.84
⁴² E. IZAGUIRRE VÉLEZ, *La expropiación ...*, op. cit., pp. 16-29

normas.⁴³ La jerarquía que presenta, sirve para diferenciar el grado de sus leyes, y permite llegar a la armonía del sistema normativo, evitando de este modo la anarquía y el caos.⁴⁴

La supremacía Constitucional, sigue las reglas de la pirámide de Kelsen, haciendo que la Carta Fundamental del Estado se constituya en el más alto nivel jurídico positivo para regular los órganos y el procedimiento de la normatividad que rige el estado de derecho⁴⁵, teniendo que “las leyes comunes no pueden derogarla, ni incumplirla por acción u omisión, por ello no puede violar ni alterar sus disposiciones.”⁴⁶

La Constitución explica claramente el principio de supremacía constitucional, en su artículo 424, expresando que “este cuerpo normativo goza de supremacía sobre cualquier otra norma de la legislación ecuatoriana,” y declara que “toda norma o acto debe tener congruencia con disposiciones constitucionales, pues de no serlo así, éstos carecerán de eficacia jurídica.”

La interpretación de éste artículo comprende la supremacía y organización normativa puesto que la Constitución se sitúa como una ley superior al resto de normas del ordenamiento jurídico y a su vez determina la validez de las leyes que se encuentra subordinadas a ella. GARCÍA explica este principio de mejor maneja, señalando que: “Cuando una norma jurídica es válida, por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la razón de validez de la primera”⁴⁷

43 Cfr., L. CORREA QUEZADA, *Derecho Constitucional Guía didáctica*, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, Loja. 2009, [fecha de consulta: 15 enero 2011] Disponible en: <http://www.utpl.edu.ec/eva/descargas/material/184/G10104.pdf>

44 Cfr., T. GARCÍA PONCE, *La fuerza normativa de la carta fundamental*, Revista Judicial Diario La Hora. Disponible en: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2801&Itemid=426

45 Cfr., E. VELÁZQUEZ BAQUERIZO, *El Estatuto de Control Constitucional*, Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, pp. 70-71 [fecha de consulta: 15 enero 2011] Disponible en: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=230&Itemid=29

⁴⁶ A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo...*, op. cit., p. VII-5

47 Cfr., T. GARCÍA PONCE, *La fuerza normativa de la carta fundamenta...*, op. cit.

La Constitución indica que en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, los jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica. Su artículo 425, detalla el orden jerárquico de aplicación de las normas, siendo:

La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. (lo subrayado es mío)

No solamente la Constitución trata sobre la supremacía jurídica que posee, también otras normas internas la reiteran. El COOTAD, por ejemplo menciona en el literal a, de su artículo 3 que el ejercicio de la autoridad y las potestades públicas de los gobiernos autónomos descentralizados se regirán el principio de unidad, explicando en su párrafo segundo, que: “La unidad jurídica se expresa en la Constitución como norma suprema de la República y las leyes, cuyas disposiciones deben ser acatadas por todos los niveles de gobierno, puesto que ordenan el proceso de descentralización y autonomías.”

El literal b del artículo 4 del COOTAD, señala que uno de los fines de los gobiernos autónomos es:

La garantía, sin discriminación alguna y en los términos previstos en la Constitución de la República de la plena vigencia y el efectivo goce de los derechos individuales y colectivos constitucionales y de aquellos contemplados en los instrumentos internacionales.

Por lo tanto, la Constitución y las normas que ésta determina representan una base para determinar la normativa que ha de dictarse internamente, es por ello que una ordenanza debe guardar estricta sujeción, armonía y homogeneidad con la Constitución.⁴⁸

48 Cfr., T. GARCÍA PONCE, *La fuerza normativa de la carta fundamental...*, op. cit.

1.3. Análisis de la Ordenanza 231

1.3.1. Análisis de los antecedentes de la Ordenanza

La Ordenanza Municipal 231, fue publicada el 22 de diciembre del año 2007, dentro del Suplemento número 238 del Registro Oficial. La Ordenanza modifica los artículos del Libro 2 del Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, el mismo que fue publicado el 31 de diciembre de 1997 en el Registro Oficial número 226. Es importante conocer los antecedentes que se tuvieron para llevar a cabo su creación, por lo tanto, antes de explicar sus artículos se tratará el preámbulo detallado en los considerandos, en función de los cuales se dictó esta ordenanza. Para este análisis se expondrá artículos que indicaba la entonces vigente Ley Orgánica del Régimen Municipal.

- Como primer antecedente para emitir la Ordenanza, el Consejo toma en cuenta “La responsabilidad de la Municipalidad del Distrito Metropolitano de Quito, de planificar e impulsar el desarrollo físico del cantón y sus áreas urbana y rural...” Esta disposición menciona un fin esencial del municipio, que se la encontraba en el Art. 11 N 2 de la Ley Orgánica del Régimen Municipal del 2005, dentro del Capítulo II, que trataba sobre los fines Municipales. En la actualidad, encontramos la misma disposición en el numeral 1 del artículo 264 de la Constitución, que trata sobre las competencias de los gobiernos municipales, así como en el artículo 55 literal a del COOTAD.
- Se toma en cuenta el artículo 605 del Código Civil, (es el mismo en la actualidad) que indica “Son bienes del Estado todas las tierras que, estando dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño”, este artículo nos remite al art. 4 de la Constitución vigente, el mismo que detalla los límites territoriales del Ecuador. El propósito de considerar este artículo es dar una justificación para que la diferencia del terreno que sobrepasa el diez por ciento de lo que se indica en la escritura y la superficie real, se lo declare como un bien mostrenco y por lo tanto un bien estatal. Sin embargo, como se explicará más

adelante, este fundamento es inválido cuando el propietario ha adquirido el bien inmueble por medio de una escritura en la que se considera la venta realizada como cuerpo cierto, pues adquiere la totalidad del derecho de propiedad del inmueble, ya que se toma de referencia los linderos y no la superficie.

- Se fundamenta en lo establecido en el artículo 4 del Decreto Supremo 1376, publicado en el Registro Oficial 458 de 21 de diciembre de 1973, que menciona :

Para efectos de su enajenación, los terrenos municipales se considerarán como lotes o como fajas. Por lotes se entenderá aquel terreno en el cual de acuerdo con las Ordenanzas Municipales, sea posible levantar una construcción independiente de las ya existentes o por levantarse en los terrenos vecinos.

Por fajas se entenderán que las porciones de terreno que por sus reducidas dimensiones o por sus provenientes de rellenos no pueden soportar una construcción independiente de los inmuebles vecinos, ni sea conveniente, de acuerdo con las Ordenanzas Municipales, mantenerlas con espacios verdes comunitarios. Las fajas municipales solo podrán ser adquiridas mediante el procedimiento de pública subasta, por los propietarios de los predios colindantes. Si de hecho llegaren a adjudicarse a personas que no lo fueren, dicha adjudicación y consiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad serán nulas.

El artículo del decreto mencionado, se dio en vista de la ausencia de una disposición legal que faculte a los Municipios para enajenar directamente inmuebles de su propiedad a favor de personas naturales o jurídicas, pues hasta ese entonces sólo se hacía mediante remate en pública subasta y con las excepciones constantes en los artículos 291 y 305 inciso IV de la Ley de Régimen Municipal, artículos que facultaban la venta de solares de barrios obreros destinados a trabajadores autónomos no afiliados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y a personas de modestos recursos o a entidades públicas con finalidad social.

- Posteriormente, se menciona al Decreto Supremo 439, publicado en el Registro Oficial 548 de 8 de mayo de 1974, cuya finalidad era reformar el decreto 1376, mencionado anteriormente, al incorporar mediante su artículo 2, el significado de un excedente o diferencia, teniendo así:

Por excedentes o diferencias se entenderán todas aquellas superficies de terreno que excedan del área original y que se determinen al efectuar una

medición municipal por cualquier causa o que resulten como diferencia entre una medición anterior y la última practicada, bien sea por errores de cálculo o de medidas lineales.

La venta de tales excedentes o diferencias se efectuará siguiendo el mismo procedimiento que señala la Ley para la venta de lotes sin que sea necesario contrato de arrendamiento previo.

Para la fecha en que se dictó la Ordenanza no había una ley que faculte al Concejo Metropolitano expedirla, pues para ese entonces la ley que lo facultaba era la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que no mencionaba nada sobre excedentes o diferencias. Al respecto, LUIS HIDALGO menciona:

El Concejo Municipal de Quito, al dictar la Ordenanza regulatoria No. 231 promulgada el 22 de diciembre de 2007, no fundamentó sus regulaciones en las normas de la Codificación de la Ley de Régimen Municipal promulgada dos años antes, el 5 de diciembre de 2005, que se encontraba en plena vigencia, y cuya cita le era obligatoria, como lo hace en el último considerando de la Ordenanza, en lugar de citar Decretos Supremos de legalidad y vigencia cuestionados.⁴⁹

Actualmente encontramos en el artículo 481 del COOTAD, el permiso para adjudicar los lotes de terreno que posean diferencia, que expresa lo siguiente:

Por excedentes o diferencias se entenderán todas aquéllas superficies de terreno que excedan del área original que conste en el respectivo título y que se determinen al efectuar una medición municipal por cualquier causa o que resulten como diferencia entre una medición anterior y la última practicada, bien sea por errores de cálculo o de medidas. Estos excedentes o diferencias se adjudicarán al propietario del lote que ha sido mal medido cobrándole el precio de mercado.

Este artículo le facultaría al Municipio a dictar la Ordenanza, sin embargo, no constituye una norma que viola la Constitución pues menciona de manera genérica que el Municipio está facultado para adjudicar el lote, pero no menciona nada sobre el cuerpo cierto. Por lo tanto, la inconstitucionalidad de la que trataremos está basada en que la Ordenanza indica que la comparación se realizará entre la superficie real que

49 L. HIDALGO LÓPEZ, *Tierras urbanas que carecen de dueño*. LEXIS [en línea] enero 2010 [fecha de consulta: 20 Diciembre 2010]. Disponible en: <http://www.lexis.com.ec/lexis/Novidades/DocsEditoriales/2010/Tierras%20urbanas%20que%20carecen%20de%20due%C3%B1o.htm> 28 de enero de 2010

posee el inmueble con una escritura de cuerpo cierto, desconociendo de esta manera el derecho de propiedad sobre la diferencia del dueño del terreno.

- Se menciona “El deber de la Municipalidad del Distrito Metropolitano de Quito, de velar porque se mantenga actualizada la información de cabidas de terreno de cada uno de los bienes inmuebles existentes en las áreas urbana y rural del Distrito Metropolitano.” En referencia a ésta disposición, la Ley Orgánica de Régimen Municipal, mencionaba en varios de sus artículos la obligación de tener actualizado de manera permanente los catastros. Así encontramos que el artículo 153, trataba sobre la competencia de la administración municipal, el artículo 306, que mencionaba “la obligación de las municipalidades de mantener, actualizados en forma permanente, los catastros de predios urbanos y rurales.” Y finalmente, su artículo 308, en el que disponía que: las municipalidades realicen en forma obligatoria, “actualizaciones generales de catastros y de la valoración de la propiedad urbana y rural cada bienio.” En la actualidad encontramos las mismas disposiciones en COOTAD, en el artículo 139, que menciona: “el ejercicio de la competencia de formar y administrar catastros inmobiliarios urbanos y rurales corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, que se dan con la finalidad de unificar la metodología de manejo y acceso a la información”, señala que es “obligación de dichos gobiernos actualizar cada dos años los catastros y la valoración de la propiedad urbana y rural.” Reiterando en lo indicado, el artículo 496 del COOTAD, que trata sobre la actualización del avalúo y de los catastros establece que: “las municipalidades y distritos metropolitanos realicen actualizaciones generales de catastros y de la valoración de la propiedad urbana y rural cada bienio.”
- Finalmente, se toma como referente “la necesidad de dar una solución a los propietarios de bienes inmuebles urbanos cuyas superficies difieren en las escrituras de la realidad física.” Así como la de “realizar aclaraciones de cabidas de predios en las áreas urbanas consolidadas, y en las áreas urbanas de las

parroquias rurales del Distrito Metropolitano.” En este caso el fundamento se basa en la necesidad de los propietarios que presentan problemas debido a la diferencia entre la escritura con la superficie real. Si bien existen distintas razones por las que se dan estos errores de medición, los errores que se presentan con más frecuencia se deben a mediciones realizadas en la antigüedad pues no se contaba con la tecnología necesaria para tener precisión en la medida de la superficie.

1.3.2. Análisis del contenido de la Ordenanza 231

Una vez revisados los artículos de la legislación ecuatoriana y las razones prácticas para emitir la Ordenanza Metropolitana, se procederá a realizar un análisis sobre su contenido. El título de la Ordenanza comprende: “De la enajenación o diferencias de áreas de terreno urbano de Quito, producto de errores de medición, cuyas escrituras difieren con la realidad física de campo”. Como puede observarse el título no es claro pues debería indicar “de la enajenación de las diferencias” o “corrección de las diferencias” para determinar de manera más explícita lo que comprende éste. Frente a lo que menciona el título, cabe aclarar que va dirigido exclusivamente para las diferencias en superficies dentro del terreno urbano de Quito.

La Ordenanza 231, se divide en 2 capítulos, el primero trata sobre las causas que motivan las diferencias de superficies de terreno urbano, y el segundo comprende los procedimientos técnicos administrativos para solucionar las diferencias en la superficie. A continuación de cada capítulo se tiene una serie de artículos innumerados relacionados con lo que establece el título de cada capítulo.

El Capítulo I, inicia con el artículo innumerado que define el concepto de “excedentes o diferencias”, señalando que son: “todos aquellos inmuebles cuyas superficies de terreno excedan en la realidad física verificada en campo, con relación al dato de superficie que consta en la escritura pública inscrita en el registro de la propiedad.” Este concepto, presenta gran similitud con lo mencionado en el Decreto

Supremo de 1974, que se trató anteriormente. Sin embargo, podemos mencionar dos diferencias entre estos dos:

1) El Decreto establecía que “la diferencia comprende la superficie de terreno que exceda del área original y que se determinen al efectuar una medición municipal,” mientras que la Ordenanza 231 indica que son “todos los inmuebles cuyas superficies de terreno excedan en la realidad física verificada en campo”. Considero que la definición que mencionaba el Decreto era más fácil de comprender, pues la diferencia es en sí la superficie y no el inmueble, por lo tanto la Ordenanza tendría un concepto más claro al mencionar que “la diferencia” es la superficie de los inmuebles que exceden la realidad física de la que consta en la escritura.

2) El Decreto mencionaba como base para comparar la diferencia, la medición municipal hecha con una medición anterior, mientras que en la Ordenanza establece que será la superficie que detalla la escritura inscrita en el registro de la propiedad con la superficie que posee realmente el inmueble. En este caso, considero que la Ordenanza 231 tiene un sentido más lógico pues la comparación debe hacerse entre la escritura, que constituye el justo título en base al cual el propietario adquiere los derechos sobre el inmueble con la superficie que existe realmente.

El artículo innumerado siguiente detalla las causas por las que podría darse las diferencias de superficies de terreno, teniendo que son:

- a) Error en la medición de las dimensiones del lote o solar y en el cálculo de la superficie del terreno;
- b) Utilización de sistemas de medida inusuales en el medio en determinado momento histórico, que al convertirlas a la unidad del sistema métrico decimal ocasionaren error en el cálculo de la superficie de terreno;
- c) Inexistencia e imprecisión de datos referidos a dimensiones lineales de linderos y áreas (cabida) en la escritura;
- d) Error desde su origen en el replanteo y en la posesión física, cabida y medidas que actualmente tiene el lote de terreno;
- e) Por estar en posesión en áreas de propiedad municipal;
- f) Por expropiaciones no legalizadas y escrituradas; y,
- g) Por levantamientos topográficos inexactos.

El capítulo I, concluye con la mención de las posibles causas que originaron el error en la superficie, a continuación el Capítulo II, detalla los casos en los cuales se

aplicará ésta ordenanza y el procedimiento que se llevará a cabo para lograr la enajenación de las diferencias.

1.3.2.1. Casos en los que se aplicará la Ordenanza 231

Esta Ordenanza tiene aplicación para los casos detallados a continuación:

1. Los inmuebles cuyas diferencias de áreas de terreno rebasen o sean superiores al diez por ciento (10%) del área de terreno establecida en escritura.
2. Los inmuebles cuyas diferencias de áreas de terreno arrojan un dato de superficie menor al que consta en la escritura y que supere el diez por ciento (10%) del área de terreno establecida en escritura.

Tras exponer los dos tipos de casos que presenta la Ordenanza 231, cabe recalcar que el análisis sobre la inconstitucionalidad va enfocado exclusivamente a los inmuebles cuya diferencia de terreno rebasen el 10% de la superficie determinada en la escritura pues este es el único caso en que el Municipio realiza un acto confiscatorio del terreno del propietario.

1.3.2.1.1. Diferencia que supere el área que expresa la escritura

Con referencia a este tipo de diferencias, el artículo innumerado menciona:

Se aplicará la presente ordenanza en los casos de los inmuebles cuyas diferencias de áreas de terreno rebasen o sean superiores al diez por ciento (10%) del área de terreno establecida en escritura como cuerpo cierto, con relación al área de terreno medida en campo, y sustentada en el levantamiento planimétrico correspondiente.

A continuación, analizaremos por separado los elementos que menciona este artículo:

- a) *Escritura en la que se especifica la venta hecha como cuerpo cierto.* Dentro de este primer elemento, es importante destacar que la venta realizada como cuerpo cierto comprende todo lo que se detalla dentro de los linderos que detalla el contrato. Por lo tanto, el titular de la escritura de compraventa realizada como cuerpo

cierto será propietario de la totalidad del inmueble, sin importar que la superficie que consta en la escritura tenga diferencia con la que existe realmente.

Por otra parte, el Concejo Metropolitano limita a corregir los errores que puedan presentarse específicamente en una “venta hecha como cuerpo cierto”, sin tomar en cuenta que pueden presentarse casos de error en la superficie en escrituras de permuta o donación.

- b) *Levantamiento planimétrico, que especifique el área de terreno.* Este elemento, es básico pues permite constatar la superficie real del inmueble de manera precisa.
- c) *La existencia de una diferencia superior al diez por ciento, entre la superficie que detalla la escritura y la superficie detallada en el levantamiento planimétrico.* Este elemento, se refiere al porcentaje que se tomará en cuenta para determinar si la diferencia corresponde o no a los casos mencionados en ésta Ordenanza.

1.3.2.1.2. Diferencia que disminuya el área que expresa la escritura

Este artículo innumerado menciona el otro caso para el cual se aplicará la Ordenanza, teniendo que es para cuando la diferencia posea un porcentaje menor al diez por ciento del indica la escritura, teniendo:

Si las diferencias de áreas de terreno arrojan un dato de superficie menor al que consta en la escritura y que supere el diez por ciento (10%), la Dirección de Avalúos y Catastros realizará el levantamiento planimétrico y elaborará el informe técnico con las nuevas medidas y linderos.

A continuación analizaremos, los elementos que comprende el caso señalado:

- a) *Escritura en la que se especifica la venta hecha como cuerpo cierto.* Si bien no menciona que es necesario una escritura como cuerpo cierto, para comprobar la diferencia, se presume que la disposición realizada anteriormente se da para también para cuando la diferencia en la superficie es menor.
- b) *Levantamiento planimétrico realizado por la Dirección de Avalúos y Catastros.* En este caso encontramos una diferencia con el elemento que se menciona para cuando existe un excedente superior, pues para este caso se especifica que el ente encargado de hacerlo será la Dirección de Avalúos y Catastros, que a su vez se

encargará de elaborar el informe técnico con las nuevas medidas y linderos; situación que no ocurre cuando existe una diferencia por superficie mayor, ya que no indica quien debe hacerlo y por lo tanto, se presume que el particular debe encargarse de conseguir el levantamiento planimétrico.

- c) *Diferencia de áreas de terreno que arroje un dato de superficie menor al que consta en la escritura y que supere el diez por ciento (10%).* Es el mismo porcentaje que se tiene para cuando la superficie el mayor.

La Ordenanza indica que tanto para la aclaración de la diferencia cuando la superficie sea mayor como cuando sea menor, será necesario que existan elementos físicos permanentes en campo tales como muros, cerramientos que definan y delimiten el bien inmueble realizados por el propietario.

1.3.2.2. **Procedimiento para aclarar la superficie**

Aquí se detallan los pasos que menciona la Ordenanza para aclarar la superficie del inmueble. El primero, se llevará a cabo en caso de que el propietario del inmueble descubra la diferencia de la superficie y quiera aclararla, y el segundo, para los casos en que el Municipio descubra esta diferencia.

1.3.2.2.1. **Aclaración por parte del propietario**

Los requisitos que deberá presentar el propietario para la revisión y legalización de áreas de terreno excedente y no concordante con las escrituras, son:

- a) Una solicitud dirigida a la Dirección de Avalúos y Catastros, en la que deberá declarar:
 - i) Que no afecta derechos de terceros,
 - ii) Que no existen litigio de linderos y
 - iii) Que deslinda de cualquier responsabilidad por el catastro de dichos trámites y procesos al Municipio.
- b) Carta del impuesto predial actualizada;
- c) Copia de la cédula de identidad o ciudadanía y papeleta de votación, o pasaporte para el caso de extranjeros;
- d) Copia de la escritura pública inscrita; y,
- e) Certificado actualizado del Registro de la Propiedad.

1.3.2.2.2. **Aclaración por parte del Municipio**

La Ordenanza 231 indica, para los casos en que el Municipio descubra que la diferencia de áreas de terreno se dio por errores de medición, “realizará de oficio, el trámite previsto en la presente ordenanza, por medio de la Dirección de Avalúos y Catastros. Para lo cual será necesario que existan elementos físicos tales como edificaciones, cerramientos permanentes o sistemas viales plenamente definidos.” Frente a ello, cabe mencionar que no se establece nada sobre lo que podría hacerse en caso de no existir los elementos físicos detallados.

1.3.2.2.3. **Proceso para aclarar la diferencia que supera el diez por ciento**

Una vez que se ha evidenciado la diferencia del área de terreno, tras haber realizado la comparación entre la superficie que señala la escritura, con la superficie que existe realmente, previa verificación en el campo y con sustento en el plano de levantamiento planimétrico e informe técnico de la Dirección de Avalúos y Catastros; el Concejo Metropolitano se reunirá para declarar el excedente como bien mostrenco, incorporándolo con ésta declaratoria al patrimonio municipal. Posteriormente, se seguirá el procedimiento que establece la ley para la venta de lotes y adjudicación de fajas de terreno municipales, sin que sea necesario contrato de arrendamiento previo.

Con el fin de aclarar lo que menciona éste artículo, se definirá el concepto de bien mostrenco. La definición proporcionada por el Diccionario de la Lengua Española, tiene que un bien mostrenco es: “un bien inmueble vacante o sin dueño conocido que por ley pertenecen al Estado.”⁵⁰ VELÁSQUEZ, lo define como “un bien vacante que ha sido abandonado, o no tiene un dueño conocido”. Además aclara que en Colombia la diferencia que presenta un bien mostrenco con un bien vacante, es que ambos son bienes que se encuentran dentro del territorio nacional y carecen de dueño conocido o aparente, siendo los primeros muebles y los segundos inmuebles.⁵¹ Para el caso ecuatoriano, no existe esta diferencia pues la legislación no presenta una definición. Sin embargo, encontramos en el artículo 419 del COOTAD dentro de literal c que los

50 DICCIONARIO, Real Academia Española, 22ª edición, Madrid, Espasa, 2001

51 L. VELÁSQUEZ JARAMILLO, *Bienes*, Nomos S.A., Bogotá, 1996, pp. 54- 55

bienes mostrenco forman parte de los bienes municipales de dominio privado, teniendo que estos últimos,

constituyen bienes que no están destinados a la prestación directa de un servicio público, sino a la producción de recursos o bienes para la financiación de los servicios de los gobiernos autónomos descentralizados. Estos bienes serán administrados en condiciones económicas de mercado, conforme a los principios de derecho privado.

Esta declaración de bien mostrenco no proporciona un sustento para el caso de inmuebles adquiridos como cuerpo cierto pues el propietario es dueño sobre la totalidad del inmueble en base los linderos detallados en la escritura. Por lo tanto, el Municipio incorpora de manera abusiva al patrimonio municipal esta diferencia sin dar a cambio por ello una compensación. Cabe recalcar que el Municipio está facultado para afectar la propiedad privada en casos que sea evidente el interés social, situación que no se presenta en la presente Ordenanza.

Una vez que se ha incorporado, el excedente dentro del patrimonio del Municipio, la Ordenanza indica que la Dirección de Avalúos y Catastros determinará:

1. El área excedente,
2. El 10% del valor del metro cuadrado de terreno del AIVA en la cual se ubica el predio en análisis,
3. El valor total de la diferencia de terreno (área excedente que multiplica al 10% del valor del AIVA), en función de la ordenanza de valoración vigente a la fecha,
4. Elevará el informe a la comisión respectiva, que a su vez conocerá y solicitará los informes legales correspondientes.

Obtenidos los informes, la comisión encargada de la materia emitirá el informe pertinente para el Concejo Metropolitano de Quito, que podrá decidir entre:

- a) La venta del excedente o diferencia de área, o
- b) Su conservación para destinarlo a área verde o uso de la comunidad.

Esta opción le es posible debido a que el excedente pasa a ser de dominio municipal al realizar la declaración de bien mostrenco.

De conformidad con lo detallado en la ordenanza, en caso de que el Concejo Metropolitano de Quito aprobase la compraventa del excedente de terreno, la Procuraduría Metropolitana procederá a elaborar la minuta respectiva, realizando la rectificación con todos los antecedentes y haciendo constar como documentos habilitantes, todos los informes y el plano de levantamiento planimétrico.

Realizada la minuta, la Procuraduría Metropolitana reportará a la Dirección Metropolitana Financiera, para que emita el título de crédito respectivo por el valor del terreno, pagado el título, se procederá a la celebración de la escritura aclaratoria, de venta y legalización de excedentes de terreno, y se inscribirá en el Registro de la Propiedad, con lo cual se podrá finalmente realizar la actualización del catastro.

En este último paso que trata sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad, cabe citar lo que menciona HIDALGO:

Considerando que se trata de una compraventa entre la Municipalidad de Quito cuyo objeto es la diferencia de superficie de un terreno entre el título adquisitivo y la medición Municipal, compraventa que nunca ha sido inscrita en forma previa en el Registro de la Propiedad de Quito por no involucrar los modos de adquirir el dominio. En este caso, cuando existe falta de inscripción previa a la compraventa, el Art. 709 de la Codificación del Código Civil y el Art. 29 y el numeral 6 del Art. 11 de la Ley de Registro, dispone que el Registrador de la Propiedad de Quito, antes de proceder a la inscripción de esa compraventa, debe exigir a los comparecientes un aviso de dicha transferencia del dominio al público en general, por medio de un periódico del cantón, precisamente por tratarse de una compraventa no inscrita anteriormente. Cosa que no ha exigido el registrador a la Municipalidad.⁵²

Para tener claro el procedimiento que determina la Ordenanza 231, en el caso de excedentes que superen el 10% de la superficie determinada en la escritura, ilustraremos los pasos de ella por medio de un ejemplo práctico.

Juan es propietario de un terreno, que de conformidad con las escrituras de adquisición es de 1000 metros cuadrados, el mismo que lo adquirió como cuerpo cierto, es decir en base a los linderos de éste. Al realizar un levantamiento planimétrico se da cuenta que la superficie del terreno es realmente de 1300 metros cuadrados, por lo que acude al Municipio, donde le informan que para la aclaración de la superficie en el catastro municipal debe guiarse por los pasos establecidos en la Ordenanza 231. Juan presenta una solicitud para aclarar la superficie del inmueble al Municipio, junto con los documentos habilitantes que menciona la Ordenanza. A continuación se compara la diferencia del área del terreno entre la superficie que menciona la escritura, la superficie que determinó el levantamiento planimétrico y el informe emitido por la Dirección de

⁵² L. HIDALGO LÓPEZ, *Tierras urbanas que carecen de dueño...*, op. cit.

Avalúos y Catastros. La Dirección de Avalúos y Catastros determina el excedente, así tendría:

Área escrituras:	1000 m ²
Área plano:	1300 m ²
Diferencia área:	300 m ²
Porcentaje:	30% en más

Por lo tanto, el Concejo tendría que reunirse y declarar como bien mostrenco la diferencia que supere el 10% de la superficie es decir 200m², incorporándolos de ésta manera al patrimonio municipal.

La Dirección de Avalúos y Catastros elevará un informe a la comisión respectiva, que a su vez conocerá y solicitará los informes legales correspondientes y emitirá éste al Concejo Metropolitano de Quito, que podrá decidir entre vender o conservar la diferencia para destinarla para áreas verdes y de uso de la comunidad. En caso de aprobarse la venta la Procuraduría realizará una minuta, en la que incluirá los antecedentes y acompañará los informes y el plano de levantamiento planimétrico. La Dirección Metropolitana Financiera, emitirá el título de crédito por el valor del terreno, una vez que este título sea pagado se celebrará una escritura de venta del excedente y se inscribirá en el Registro de la Propiedad; finalmente con la escritura inscrita podrá realizar la actualización del catastro.

1.3.2.2.4. Proceso para aclarar la diferencia menor al diez por ciento

De acuerdo con la Ordenanza 231, si el predio tiene un área inferior que supere el diez por ciento de la superficie detallada en la escritura, la Dirección de Avalúos y Catastros determinará el área que se ha disminuido mediante un informe técnico con el plano, y la elevará a la comisión respectiva que a su vez conocerá y solicitará los informes legales correspondientes.

Con los informes, la comisión respectiva emitirá un informe para conocimiento del Concejo Metropolitano de Quito, en caso de aprobarse el informe, la Procuraduría Metropolitana procederá a elaborar la minuta respectiva, realizando la rectificación con

los antecedentes y haciendo constar como documentos habilitantes, todos los informes y el plano del levantamiento planimétrico.

Realizada la minuta, la Procuraduría Metropolitana reportará a la Dirección Metropolitana Financiera para la emisión del título de crédito respectivo por el valor de la tasa por servicios y trámites administrativos que en este caso será equivalente al 50% del salario básico unificado. Luego de pagado el título, se procederá a la celebración e inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad, y finalmente se realizará la actualización de catastro.

Para este caso, en que se pretende aclarar los datos de la superficie cuando presenta un área inferior a la declarada, considero que no constituye un hecho confiscatorio, pues en este caso el Municipio está aclarando con la superficie real del inmueble, los datos que posee el catastro Municipal, sin afectar el derecho de propiedad de ninguna persona. Se adjunta como Anexo 1, el proceso de aclaración que ha seguido una persona particular en el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito por presentar su terreno una diferencia en menos del 10% de la superficie declarada en la escritura.

Finalmente, con el fin de garantizar que se cumpla lo mencionado a través de esta Ordenanza, hay una disposición expresa para el Registrador de la Propiedad, que le prohíbe inscribir escrituras públicas de transferencia de dominio que mantengan diferencias de los datos de superficie de los predios con la realidad verificada en campo, que supere el diez por ciento de incremento o decremento, señalando que para estos casos deberá procederse con lo dispuesto en esta ordenanza.

CAPÍTULO II

TITULARIDAD SOBRE LA DIFERENCIA O EXCEDENTE

El capítulo presente pretende aclarar a quien le corresponde la titularidad de la diferencia o excedente realizando un análisis de las disposiciones que menciona la Ordenanza 231 en base al derecho civil. En primer lugar, se realizará un breve estudio sobre lo que representa el justo título y los fundamentos de la autonomía de la voluntad, por constituir principios básicos de derecho contractual. Posteriormente, se analizará lo que establece el Código Civil con referencia a la compraventa de inmuebles, diferenciando las ventas realizadas por cabida, de las ventas realizadas como cuerpo cierto, ya que cada modalidad presenta características y efectos distintos.

2.1. La tradición y el justo título

El Código Civil determina los modos de adquirir el dominio, detallando en su artículo 603 que son: “la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de

muerte y la prescripción.” Estos modos constituyen “el hecho jurídico al que el derecho asigna la aptitud para hacer nacer el dominio a favor de una persona.”⁵³ Cada uno de ellos presenta características particulares, sin embargo, nos enfocaremos en analizar lo que comprende la tradición ya que la Ordenanza 231 se ha remitido específicamente a ella para determinar el excedente.

La tradición es “un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo, por una parte, la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra, la capacidad e intención de adquirirlo.”⁵⁴ Por lo tanto, para que la tradición pueda darse, es necesario cumplir con los siguientes requisitos⁵⁵: 1. Que haya un tradente un adquiriente⁵⁶; 2. Que exista la voluntad de transferir y recibir el objeto; 3. Que exista un título traslativo de dominio que sea válido⁵⁷; 4. Que se realice la entrega o tradición del objeto.

Ahora bien, conociendo los elementos de la tradición vale la pena aclarar que el título es “el antecedente jurídico que explica o justifica la transferencia”⁵⁸, por lo tanto, “quien tiene un título, puede adquirir; tiene acceso al derecho y llegará jurídicamente a ser titular o sujeto del derecho si se emplea el modo correspondiente.”⁵⁹ El Código Civil indica “para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc”⁶⁰

Para el caso de la tradición de bienes inmuebles, el artículo 702 del Código Civil ecuatoriano indica “Se efectuará la tradición del dominio de bienes raíces por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registro de la Propiedad”

⁵³L. PARRAGUEZ RUIZ, *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano Derechos Reales*, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, 2005, p. 189

⁵⁴ Código Civil, Registro Oficial 46 del 24 de junio de 2005, artículo 686

⁵⁵ Cfr., L. PARRAGUEZ RUIZ, *Manual de Derecho Civil ...*, op.cit., pp. 225-233

⁵⁶ Código Civil ,artículo 687

⁵⁷ Código Civil ,artículo 691

⁵⁸L. PARRAGUEZ RUIZ, *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano...*, op. cit., p. 189

⁵⁹J. LARREA HOLGUÍN, *Derecho Civil del Ecuador*, 2ª. ed. Tomo VII, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1988, p.188

⁶⁰ Código Civil, artículo 691

consecuentemente “el título origina solamente una obligación y es el modo el que hace adquirir el derecho”⁶¹

De esta manera, el adquirente se hace propietario del bien inmueble una vez que la escritura de compraventa del inmueble se ha inscrito en el registro de la propiedad. Por lo tanto, la titularidad del inmueble puede verificarse con el título que consta inscrito, el mismo que le otorga derechos al propietario sobre la totalidad del objeto pactado en el contrato. Para el caso de la venta de un inmueble realizada como cuerpo cierto la titularidad comprende la totalidad del objeto identificado por los linderos que determina la escritura de compraventa.

2.2. El principio de autonomía de la voluntad

2.2.1. Base del principio de autonomía de la voluntad

A través del tiempo, los pueblos han establecido sistemas jurídicos que regulan las situaciones que se presentan a diario dentro de un Estado. En vista de que el sistema positivo no puede abarcar toda la normativa para satisfacer cada una de las necesidades de las personas, el legislador ha visto la necesidad de reconocer la eficacia jurídica de la iniciativa privada.⁶² Este reconocimiento se traduce en el principio de autonomía de la voluntad, que constituye el pilar del derecho privado. Gracias a este principio es factible realizar todo aquello que no se encuentra expresamente prohibido, distinto al principio de legalidad que rige para el derecho público en el que sólo puede hacerse lo que está expresamente autorizado.”⁶³

Filosóficamente, este principio reposa en dos pilares:

“a) El iusnaturalismo y/o individualismo, según el cual la libertad es un derecho natural del hombre (aporte del cristianismo) y,

⁶¹J. LARREA HOLGUÍN, *Derecho Civil del Ecuador...*, op. cit., p.188

⁶² Cfr. G. OSPINA F. Y E. OSPINA A., *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 6a. ed., Temis, Bogotá, 2000, p.6

⁶³Cfr., M. SUAZO ÁLVAREZ, *Derecho Administrativo ...* op. cit., p. 16

b) El racionalismo de la modernidad (siglos XVIII y XIX) que fortaleció dicha libertad natural mediante la positivación de sus postulados con la Revolución Francesa (1789) en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.”⁶⁴

La concepción racionalista viene desde el Código Napoleónico de 1804, que se enfocó en garantizar la libertad de transacciones de índole patrimonial.⁶⁵ Esta concepción se fundamenta en que “Si la voluntad de los individuos ha sido la causa eficiente de la vida social y de todas sus instituciones, dicha voluntad es en sí misma la suprema fuente de todos los efectos jurídicos.”⁶⁶

La concepción clásica del principio de la autonomía de la voluntad, se desarrolla a partir de las doctrinas liberales e individualistas de la Revolución Francesa, en las que se proclama a la libertad como base de toda la actividad humana. En función de ella el individuo puede obrar de la manera más conveniente siempre y cuando no vaya en contra del orden público o las buenas costumbres. ⁶⁷

2.2.2. Definición del principio de autonomía de la voluntad

El principio de autonomía de la voluntad, consiste en “el reconocimiento de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares”⁶⁸ que se manifiesta a través del poder otorgado a ellos para crear sus propias reglas.⁶⁹ Para OSPINA, este principio consiste en “la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tienen de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos.”⁷⁰ ALESSANDRI por su parte, indica que ésta es una voluntad soberana y la define como

⁶⁴M. NÚÑEZ JARAMILLO, Implicaciones de la aplicación del principio de autonomía de la voluntad en el comercio internacional (Maestría en Derecho). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2007, pp. 32- 33

⁶⁵ Cfr., G. OSPINA F. Y E. OSPINA A., *Teoría general del contrato* ...op. cit., p.8

⁶⁶ Cfr., G. OSPINA F. Y E. OSPINA A., *Teoría general del contrato* ...op. cit., p. 9

⁶⁷ Cfr., A. ALESSANDRI. "*De los contratos*". Jurídica de Chile, Santiago, 199-, p. 11

⁶⁸ G. OSPINA F. Y E. OSPINA A., *Teoría general del contrato* ...op. cit., p.6

⁶⁹ Cfr., DICCIONARIO JURÍDICO Espasa Calpe S.A.

⁷⁰ Cfr., G. OSPINA F. Y E. OSPINA A., *Teoría general del contrato* ...op. cit., p.6

"la libertad que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración."⁷¹

La Corte Suprema ha definido a este principio, indicando:

El principio de autonomía de la libertad se traduce en la libertad jurídica que gozan los individuos para negociar y arreglar sus intereses particulares como mejor les convenga. Así, podrán elegir en celebrar o no un contrato, y si eligen lo primero, será su autonomía privada la que le permitirá determinar la forma y contenido del contrato y estipular las cláusulas.⁷²

En función de este principio, el Estado reconoce como ley los convenios que celebren las personas, sin importar la persona con la que se pacte o las cláusulas que se incluyan de acuerdo a su mayor conveniencia. Al respecto podemos destacar que este principio comprende dos elementos:

- a) la libertad para contratar, que es la libertad para celebrar o no el contrato y con quien,
- b) la libertad contractual, que es la libertad para fijar los términos o contenido del contrato.⁷³

2.2.3. Limitaciones del principio de autonomía de la voluntad

Si bien los particulares gozan de libertad para decidir con quién celebrar los contratos y decidir el contenido de ellos, es importante destacar que esta libertad presenta como límite el ordenamiento jurídico. Sería inconcebible pretender que la libertad que gozan las personas sea ilimitada pues no habría un parámetro para determinar lo que está permitido y lo que no, es por ello que la libertad está sujeta a las disposiciones de la ley.

⁷¹ A. ALESSANDRI. *De los contratos...* op. cit., p. 10

⁷² Primera Sala de lo Civil Y Mercantil de la Corte Suprema De Justicia, dentro del Expediente 185, publicado en el Registro Oficial 188, el 13 de Octubre del 2003

⁷³ P., SILVA BARROILHET, Autonomía de la voluntad, contratación electrónica y protección del consumidor, *Revista Chilena de Derecho Informático*, [en línea] Diciembre 2003, No.3, pp. 113-137 [fecha de consulta: 20 diciembre 2010] Disponible en: http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_completo/0,1492,SCID%253D14333%2526ISID%253D507,00.html

VALENCIA ZEA menciona la importancia de las limitaciones que presenta este principio señalando “La experiencia de la vida jurídica ha demostrado amplia y elocuentemente que el papel que juega la voluntad individual en los principales negocios jurídicos –contrato, testamento, matrimonio-, debe acatar los principios superiores del orden jurídico positivo.”⁷⁴ Por su parte, CASTOPE considera que: “El estudio de los límites de la libertad contractual debe responder a una visión sistemática y coherente con las normas del Código Civil, así como el conjunto de normas y principios, usos y costumbres que regulan la contratación privada”⁷⁵.

Finalmente, tenemos el criterio de la Corte Suprema que se ha pronunciado destacando la importancia de los límites que presenta este principio, “si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico reconoce y ampara el poder autónomo del particular, no por ello puede decirse que le ha otorgado poder en blanco y omnipotente (...) la autonomía de la voluntad está limitada por la ley positiva”⁷⁶

2.2.4. Normativa nacional sobre el principio de autonomía de la voluntad

En el Ecuador, el principio de autonomía de la voluntad se lo trata en varias de sus normas. La Constitución, por ejemplo, reconoce “El derecho a la libertad de contratación” en su artículo 66 numeral 16, con ello se entiende que las partes poseen la libertad de establecer con quien contratarán y las normas que reglaran este contrato.

El Código Civil contempla en el artículo 1561, que: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Este artículo reitera el principio de autonomía de voluntad, por ello, al momento de convenir la venta de un inmueble, las partes poseen la libertad de pactar las cláusulas que más les convenga de acuerdo a sus

⁷⁴A. VALENCIA ZEA Y A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, 14^a ed.. Temis, Bogotá,1997, p. 511

⁷⁵L. CASTOPE CERQUÍN, Nuevos límites de la libertad contractual. *Revista jurídica Cajamarca*, [en línea] [fecha de consulta: 22 diciembre 2010]. Disponible en: <http://www.galeon.com/donaires/REVISTA6/libertad.htm>

⁷⁶Primera Sala de lo Civil Y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, Expediente 185, Registro Oficial 188, publicado el 13 de Octubre del 2003

intereses; teniendo que ninguna de ellas ni un tercero puede invalidarlas sino únicamente por mutuo acuerdo entre ellas o debido a causas legales.

Las disposiciones convenidas en el contrato, por lo tanto, deben ser respetadas por las partes que celebran el convenio y por terceros, incluyéndose dentro de este último grupo al Estado. Reiterando lo mencionado, GUTIÉRREZ CAMACHO expresa que:

La libertad de contratar, entonces, no es otra cosa que la posibilidad de que los particulares decidan libremente sobre su patrimonio, determinando con la misma libertad el contenido de sus convenios y sin mayor peligro de la intervención del Estado. En esta línea lo querido por las partes debe ser respetado por todos, incluido el Estado, siempre que tal acuerdo no colisione con la ley.⁷⁷

Por lo tanto, en el caso de la venta realizada como cuerpo cierto el Municipio tiene el deber de respetar lo que han pactado las partes y reconocer el derecho de propiedad sobre la totalidad del inmueble.

2.3. Compraventa de inmuebles por su cabida o como cuerpo cierto

La libertad de pactar constituye el eje del principio de autonomía de la voluntad y en virtud de éste, el ordenamiento jurídico reconoce como ley lo que las partes han pactado en su contrato. Para pactar la venta de un inmueble el Código Civil menciona que “un predio rústico puede venderse con relación a su cabida o como especie o cuerpo cierto”⁷⁸, este artículo ha sido controversial, pues su lectura sugiere que está referido sólo para los predios rústicos. Con el fin de tener mayor claridad sobre este punto, es preciso determinar que se entiende por predio rústico y predio urbano, para lo cual se tratará opinión de algunos doctrinarios y jurisprudencia nacional.

⁷⁷ W. GUTIÉRREZ CAMACHO, La Constitución Comentada Análisis Artículo por artículo, Gaceta Jurídica S.A, Lima, 2005, Tomo 1, p. 852.

⁷⁸ Código Civil, artículo 1771

2.3.1. Diferencia entre predio rústico y predio urbano

La doctrina establece dos criterios para distinguir un predio rústico de un urbano. El primero, establece que la diferencia entre estos dos predios se da en base al lugar donde se encuentra ubicado el inmueble. El segundo, menciona que para distinguir entre estos tipos de predios debe tomarse en cuenta la destinación del predio.

2.3.1.1. Distinción del predio en base a la ubicación

En base a este criterio, para distinguir si un predio es rústico o urbano, debe tomarse en cuenta el lugar donde el predio se encuentra ubicado. En razón de ello, si un predio se encuentra dentro de los límites urbanos es considerado urbano, por el contrario, si se encuentra fuera de estos límites será considerado como predio rústico.⁷⁹

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, encontramos que el COOTAD se guía por este criterio para distinguir el tipo de predios. Así el artículo 87 que trata sobre las atribuciones del Concejo metropolitano, incluye en su literal x “... el regular mediante ordenanza la delimitación de los barrios y parroquias urbanas tomando en cuenta la configuración territorial, identidad, historia, necesidades urbanísticas y administrativas y la aplicación del principio de equidad interbarrial”.

Si tomamos en cuenta este criterio para distinguir un predio, es indiferente que un inmueble urbano sea destinado para el cultivo o sea edificado pues continuará siendo urbano siempre que se encuentre dentro de los límites urbanos. Así mismo, un predio rústico podrá estar edificado o ser destinado para cultivo y seguirá siendo considerado como tal mientras se encuentre fuera de los límites urbanos.

2.3.1.2. Distinción del predio por su destinación

De acuerdo con este criterio, para distinguir el tipo de predio es necesario conocer su destinación. Por lo tanto, se considera predio rústico aquel que se destina para el

⁷⁹ Cfr., J. BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales contratos civiles y comerciales*. 5ª ed., Librería Profesional, Bogotá, 2000, p.106

cultivo o trabajo agrícola, mientras que se considera predio urbano aquel que se encuentra edificado o está destinado a ser edificado.⁸⁰

Para ilustrar mejor esta distinción, VALENCIA ZEA indica que “un solar sin edificar en la ciudad es predio rústico, una casa de habitación situada en el campo no es predio rústico. Los solares de las urbanizaciones en las ciudades son actualmente predios rústicos y perderán esa calidad el día que se edifique en ellos.”⁸¹

2.3.1.3. Jurisprudencia nacional

La Corte Suprema ha mencionado, “en nuestra patria los inmuebles son urbanos o rústicos no por su destinación sino por su ubicación, en virtud de lo que dispone la Ley del Régimen Municipal (artículo 64 No. 36), diferencia de la concepción original del Código Civil que distinguía entre predio urbano o rústico según su destinación...”⁸² Por lo tanto, en el Ecuador no cabe duda que el criterio empleado para diferenciar entre un predio urbano de un rústico, se realiza de acuerdo a la ubicación de éste.

2.4 Análisis del artículo 1771 del Código Civil

Teniendo clara la diferencia entre predio rústico y urbano, veremos la opinión de autores que defienden la aplicación exclusiva del artículo 1771 del Código Civil para predios rústicos y la opinión de autores que defienden que este artículo puede aplicarse para predios rústicos y predios urbanos. Podríamos entonces diferenciar dos teorías sobre la aplicación de este artículo:

2.4.1 Teoría de aplicación exclusiva del artículo 1771

De conformidad con esta teoría, el artículo 1771 del Código Civil puede aplicarse exclusivamente para la venta de predios rústicos, debido a que el artículo menciona de

⁸⁰Cfr., A. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la compraventa y de la Promesa de Venta*, Sociedad Imprenta Litografía Barcelona, año 1917, p. 1923

⁸¹ Cfr., A. VALENCIA ZEA, *Derecho Civil...* op. cit., p.79

⁸² Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, resolución N° 563, publicada en el Registro Oficial 349 del 29 de diciembre de 1999.

manera expresa “un predio rústico”, excluyendo de esta manera la aplicación para el caso de la venta de predios urbanos. BONIVENTO es uno de sus defensores, quien opina que “el artículo 1887 del Código Civil (colombiano) fija los alcances de la venta por cabida confiriendo ciertas acciones al comprador o al vendedor. Se requiere, ante todo, que se trate de venta de un predio rústico porque si es sobre un predio urbano no se concede ninguna acción especial a las partes contratantes.”⁸³

2.4.2. Teoría de aplicación flexible del artículo 1771

Contraria a la teoría analizada, esta teoría sostiene que el artículo 1771 del Código Civil, no tiene porque estar dirigido expresamente para predios rústicos, por lo tanto, su aplicación puede darse tanto en predios rústicos como en predios urbanos. De esta manera, a pesar de que la norma determina la venta para predios rústicos “puede aplicarse por analogía a los urbanos, y sobre todo, las partes pueden tener en cuenta esta doble modalidad de la venta y decidirse por la una o por la otra”⁸⁴ Como sustento de esta teoría, LARREA HOLGUÍN cita a la Corte Suprema, señalando,

[...]cierto que las disposiciones de los artículos 1822 (hoy 1771) y siguientes se aplican tan sólo a los predios rústicos, en cuanto a las distintas acciones para el caso de que la cabida real fuere mayor o menor que la declarada en el contrato o de que, vendiéndose como cuerpo cierto, se hubieren señalado los linderos mas fuera de que los contratantes bien pueden ampliar la esfera de aplicación de aquellas disposiciones refiriéndolas aún a los predios urbanos...⁸⁵

2.4.3. Jurisprudencia nacional sobre la aplicación del artículo 1771

La jurisprudencia ecuatoriana ha reiterado que el artículo 1771 del Código Civil, surte efectos tanto para predios rústicos como para predios urbanos, pues si bien la norma menciona de manera específica la venta de un predio rústico, no existe una razón que justifique la inaplicación para el caso de predios urbanos. El criterio principal que toma la Corte se funda en el principio de autonomía de la voluntad, por el cual las partes poseen la libertad de pactar esta cláusula aún tratándose de un predio urbano.

La Corte Suprema ha señalado,

⁸³ J. BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales contratos ...*, op. cit., p.104

⁸⁴ J. LARREA HOLGUÍN, *Derecho Civil del Ecuador*, Tomo XII, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2001, pp.172-173

⁸⁵ *Ibíd.*

La regla general es que los inmuebles, sean rústicos o urbanos, se vendan como cuerpos ciertos, pero por pacto expreso tanto unos como otros pueden venderse por la cabida, aunque los efectos son diferentes; en efecto, si el predio es rústico y se vende por la cabida, en caso de defecto o exceso en la medida se aplicarán los artículos 1799 y 1800 (actual 1772 y 1773) del Código Civil, en cambio si el predio es urbano no serán aplicables estas disposiciones legales, sino que se atenderá en primer lugar a la voluntad de los contratantes -quienes inclusive podrían acordar que se apliquen las normas legales antes citadas o que se produzcan otros efectos- pero si nada han previsto, deberán aplicarse las reglas generales y lo que cabría es demandar la resolución por incumplimiento en aplicación de lo que dispone el artículo 1532 (actual 1505) del Código Civil.⁸⁶

La sentencia del caso 563-99 de la Corte Suprema, publicada en el Registro Oficial 349 del 29 de diciembre de 1999, expresa:

no hay razón evidente para sostener que por acuerdo expreso las partes no pueden estipular una venta de inmuebles urbanos por cabida; si se tiene en cuenta que en nuestra patria los inmuebles son urbanos o rústicos no por su destinación sino por su ubicación, en virtud de lo dispone la ley de Régimen Municipal (artículo 64 No. 36), diferencia de la concepción original del Código Civil que distinguía entre predio urbano o rústico según su destinación, la historia fidedigna de la ley no reviste mayor peso, y no repugna a la razón que, en ejercicio de la libertad contractuales partes convengan en vender un inmueble urbano por su cabida o como cuerpo cierto

Adicionalmente, la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia ha mencionado:

Cierto que las disposiciones de los artículos 1822 y siguientes del Código Civil se aplican tan solo a los predios rústicos, en cuanto a las distintas acciones que esas reglas establecen para el caso de que la cabida real fuere mayor o menor que la declarada en el contrato, o de que vendiéndose el predio como cuerpo cierto, se hubieran señalado los linderos. Mas fuera de que los contratantes bien pueden ampliar la esfera de aplicación de aquellas disposiciones refiriéndolas aún a los predios urbanos, se ha de tener en cuenta que, por la regla general del artículo 1819, el vendedor está obligado a entregar al comprador el inmueble, cualquiera que sea su naturaleza, en la extensión estipulada, siempre se entiende que ésta, atentas las circunstancias, haya sido una de las condiciones del contrato y no simplemente un lado ilustrativo sin influencia alguna en él.⁸⁷

Por lo tanto, si bien el artículo analizado puede aplicarse para el caso de predios rústicos y urbanos, surgen efectos distintos para cada caso. Para la venta de un predio rústico, las acciones detalladas en los artículos 1772 y 1773 del Código Civil, podrán

⁸⁶ Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, sentencia publicada en la Gaceta Judicial Serie VI No. 10 p. 72 del

⁸⁷ Ibid.

aplicarse sin necesidad de pacto expreso pues operan directamente de conformidad con la ley. Contrario a ello, en el caso de la venta de un predio urbano, será necesario que las partes pacten expresamente que tomarán en cuenta las acciones de los artículos 1772 y 1773 del Código Civil, pues no se desprenden los efectos si las partes no lo han pactado y en caso de no haberse pactado y tener algún inconveniente será necesario demandar la resolución del contrato por incumplimiento.

2.5. Venta de un inmueble por su cabida

Al momento de convenir la venta de un inmueble, se considera que se ha vendido por su cabida si para hacerlo se toma en cuenta la extensión del predio, lo que impone la obligación de entregarlo en base a ésta.⁸⁸ “La expresión de la medida actúa como un regulador del precio en la venta de un cuerpo objetivamente cierto en cuanto a su individualidad y sustancia.”⁸⁹ Por lo tanto, el objeto del contrato queda determinado en base a la medida y precio del inmueble, el cual puede establecerse a razón de un “tanto” por unidad de medida.⁹⁰

El Código Civil menciona que “se vende con relación a su cabida, siempre que ésta se exprese de cualquier modo en el contrato”⁹¹. Por ello, una característica fundamental de este tipo de venta es que el contrato posea una declaración expresa de tal condición, sin embargo, no es suficiente el mencionar cualquier extensión pues ésta puede mencionarse como simple dato referencial, o simplemente para identificar el bien y no como voluntad de transferir el dominio de una cantidad precisa de metros cuadrados de terreno.⁹²

A continuación el artículo 1771 del Código Civil establece:

⁸⁸ Cfr., J. BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales contratos ...*, op. cit., p.105

⁸⁹ J. LA CRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil. Tomo II*. José María Bosch, S.A., Barcelona, 1986, p. 50

⁹⁰Cfr., F. MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Jurídicas Europa- América, 1955, p.95

⁹¹ Artículo 1771, Código Civil

⁹²Cfr., J. LARREA HOLGUÍN, *Derecho Civil del Ecuador...* op. cit., p.172

Es indiferente para este tipo de venta, fijar directamente un precio total o que éste se deduzca de la cabida o número de medidas que se expresan, y del precio de cada medida.

Es indiferente expresar una cabida total o las cabidas de las varias porciones de diferentes calidades y precios que contenga el predio, con tal que de estos datos resulten el precio total y la cabida total.

Lo mismo se aplica a la enajenación de dos o más predios por una sola venta.

Es función de ello, para fijar el precio de la cosa en este tipo de venta, puede convenirse en un precio por la totalidad de la superficie, o pactar un precio por unidad, es decir, metros, hectáreas, etc.; dentro del cual es posible fijar un precio distinto de acuerdo con la zona o calidad del terreno.⁹³

El artículo 1771 del Código Civil, concluye señalando que “En todos los demás casos se entenderá venderse el predio o predios como un cuerpo cierto.” Con ello, presenta como regla general que todos los contratos de compraventa de un inmueble se realizan como cuerpo cierto, por lo tanto, la venta realizada por la cabida constituye una excepción, que se da cuando se tiene en el contrato la voluntad expresa de las partes de pactarla con estas características.

2.5.1. Jurisprudencia sobre la venta de inmuebles por cabida

La jurisprudencia nacional expresa que para que surtan efecto las acciones que se desprenden de la venta por cabida, es necesario que la voluntad de pactarla se manifieste claramente en el contrato, caso contrario se entenderá que la compraventa se la realizó como cuerpo cierto. La sentencia de la Corte Suprema publicada en la Gaceta Judicial del 3 de marzo de 1954, indica:

Conforme al inciso último del artículo 1891 (actual 1771), del Código Civil, la regla general tocante a la venta de un predio rústico, es la de que ella se hace como especie o cuerpo cierto. Para que, según este artículo, se entienda venderse el predio con relación a su cabida, es necesario que ésta se determine de modo preciso en el contrato, y no simplemente de manera aproximativa. Sólo tal determinación, a la vez que manifiesta claramente el motivo determinante de la venta, hace posible el ejercicio de las acciones concedidas por el artículo 1892 (actual 1772) del propio Código para el caso de ser la

⁹³Cfr., J. LARREA HOLGUÍN, *Derecho Civil del Ecuador...*, op. cit, p.175

cabida real mayor o menor que la declarada, ya que entonces existe un término exacto de comparación de la primera cabida con respecto a la segunda. (lo subrayado es mío)

La Corte Suprema reiteró este criterio con el expediente de Casación # 138 publicado en el Suplemento del Registro Oficial #208 del 9 de junio de 1999, en el cual se demanda la reivindicación de un lote de tres hectáreas. Los actores reclaman su propiedad sobre el excedente alegando que la venta del predio fue realizada en base a la cabida. Sin embargo, la Corte menciona: “En dicha escritura de compraventa se singulariza perfectamente el predio vendido, con linderos claros e identificables y, para mayor ahondamiento, se incorpora el croquis planimétrico como documento habilitante de la escritura...” indicando con ello, que los cónyuges demandados “se convirtieron en titulares del derecho de dominio de todas las tierras del inmueble dentro de los linderos singularizados”. Por ello, no se encontró en el contrato ninguna mención que demuestre expresamente la voluntad de las partes de pactar por su cabida, por lo que aplicó la regla general que establece el artículo 1771 del Código Civil, de tomar a la compraventa como cuerpo cierto, dejando sin fundamento la demanda planteada, aclarando que:

El presupuesto más esencial para la acción reivindicatoria es el de que el reivindicante sea el titular del derecho de dominio cuya reivindicación se pretende. Por lo dicho, una vez que los actores dejaron de tener la calidad de propietarios del inmueble, por haberlos transferido legalmente a los demandados no procede la acción reivindicatoria en contra de estos, sin que en nada afecte para la titularidad del dominio que la superficie real del inmueble sea mayor o menor que la estipulada en el contrato de compraventa.

2.5.2. Efectos de la venta de un inmueble por la cabida

Al aplicar esta modalidad de venta, el vendedor otorga al comprador un garantía de la cabida o superficie del inmueble,⁹⁴ que se traduce en el derecho otorgado a las partes para accionar en base a lo que ha dispuesto el artículo 1772 del Código Civil, que indica:

⁹⁴ Cfr., A. VALENCIA ZEA, *Derecho Civil, De los contratos*, Tomo IV, Temis Bogotá, 1980, p.77

Si se vende el predio con relación a su cabida, y la cabida real fuere mayor que la cabida declarada, deberá el comprador aumentar proporcionalmente el precio; salvo que el precio de la cabida que sobre, alcance a más de una décima parte del precio de la cabida real. En este caso podrá el comprador, a su arbitrio, aumentar proporcionalmente el precio, o desistir del contrato; y si desiste, se le resarcirán los perjuicios, según las reglas generales. Y si la cabida real es menor que la cabida declarada, deberá el vendedor completarla. Si esto no le fuere posible, o no se le exigiere, deberá sufrir una disminución proporcional del precio; pero si el precio de la cabida que falte alcanza a más de una décima parte del precio de la cabida completa, podrá el comprador, a su arbitrio, aceptar la disminución del precio, o desistir del contrato, en los términos del precedente inciso.

Las acciones que se desprenden de este artículo van dirigidas para ventas realizadas por la cabida del inmueble, y expiran al cabo de un año contado desde la entrega del inmueble.⁹⁵ Con el fin de comprenderlas mejor, las analizaremos de manera separada, teniendo:

2.5.2.1. **La cabida real es mayor a la declarada.**

Cuando la cabida real es mayor a la declarada en la escritura, se presentan dos posibles acciones para el comprador:

- i) Este tiene la opción de que el vendedor aumente de manera proporcional el valor del inmueble, debido a que “si se encuentra mayor área de la que se vendió, la equidad obliga a compensar al vendedor (...)aumentando proporcionalmente el precio”⁹⁶
- ii) En caso de que la subida del precio sobrepase el diez por ciento del valor pactado, el comprador puede escoger entre pagar proporcionalmente el aumento del excedente o en su defecto, si no lo considera conveniente podrá desistir del contrato, “en cuyo evento podrá exigir la indemnización de perjuicios.”⁹⁷

LARREA HOLGUÍN destaca que la ley no se refiere directamente al exceso de cabida, sino al exceso en el precio de la cabida; por lo cual, si se ha vendido unas zonas por un

⁹⁵ Código Civil, artículo 1773.

⁹⁶J. LARREA HOLGUÍN, *Derecho Civil del Ecuador...* op. cit, p.176

⁹⁷J. BONIVENTO FERNÁNDEZ. *Los principales contratos civiles...* op. cit, p. 105

precio unitario y otras por otro diverso, y existe diferencia entre la décima parte de la superficie y la décima parte del precio, se tomará en consideración el precio.⁹⁸

Para la doctrina francesa, los casos en que la diferencia implique un aumento considerable del precio y obligue al comprador a desembolsar sumas muy elevadas que no pudiesen haber sido previstas en el contrato, facultan al comprador para rescindirlo, siempre que el excedente supere la vigésima parte de la superficie que menciona el contrato⁹⁹ “La diferencia se aprecia tomando en consideración la totalidad. Quiere decir que si el inmueble vendido es un dominio, compuesto de diferentes fracciones de tierra deben compensarse entre sí los faltantes de unas con los excedentes de los otros.”¹⁰⁰

2.5.2.2. **La cabida real es menor a la declarada**

Para los casos en que la cabida real es menor que la declarada, el vendedor tiene dos posibilidades:

- i) La primera es completar la proporción del inmueble que falte. Para lo cual es necesario que tenga la posibilidad de completar la cabida indicada, es decir, el vendedor podrá elegir ésta opción únicamente si posee terrenos aledaños que puedan ser entregados al comprador para cumplir con la cabida declarada. El artículo presenta esta opción siempre y cuando “el comprador lo exigiere, por su parte, el comprador no está obligado a recibir el inmueble de área insuficiente en cualquier caso, sino solamente está obligado a admitir la rebaja proporcional del precio”¹⁰¹
- ii) La segunda se desprende en caso de no poder completar la superficie de la cabida declarada; entonces el vendedor deberá pactar un nuevo precio con el comprador, que sería disminuido en proporción a la superficie que existe realmente. Si el precio de la cabida se redujese en un porcentaje mayor al

⁹⁸ J. LARREA HOLGUÍN, *Derecho Civil del Ecuador*, ... op. cit, p.176

⁹⁹ Cfr., PLANIOL Y RIPER, *Tratado elemental de Derecho Civil*, 2ª. ed., Cárdenas, México, 1991, p.213

¹⁰⁰ PLANIOL Y RIPER, *Tratado elemental ...*, op. cit, p.213

¹⁰¹ J. LARREA HOLGUÍN, *Derecho Civil del Ecuador...*, op. cit, p.177

diez por ciento de la cabida pactada, el comprador tiene la opción de desistir del contrato.

La doctrina francesa sostiene que si la cabida es menor a la declarada el comprador tiene la opción de exigir que se complete la superficie del inmueble o conformarse con la que existe realmente¹⁰². De manera excepcional se permite al comprador rescindir del contrato, únicamente en los casos en que la cabida “es insuficiente para llenar el fin a que estaba destinado, por ejemplo si el terreno debía destinarse a una construcción de una fábrica para lo que era necesario una superficie de terreno determinado.”¹⁰³

2.5.2.3. Efectos de la aplicación del artículo 1772 en casos particulares

En el caso de remates, se produce un efecto particular. LARREA HOLGUÍN menciona que “si la venta se ha hecho en remate público, interviniendo el juez como representante del vendedor, los términos de la convocatoria al remate son los que determinan la calidad de la venta y si posteriormente se han modificado las condiciones, esto no puede afectar a quien haya adquirido el inmueble por la respectiva sentencia o auto de adjudicación.”¹⁰⁴

Por otra parte, si las partes pactan la venta de un predio por su cabida, y declaran que no diferenciarán en el precio aunque la cabida real resulte mayor o menor que la que expresa el contrato, no tendrán derecho a las acciones que se desprenden del artículo 1772 del Código Civil, y para estos casos los efectos se asimilarán a los que se desprenden de la venta realizada como cuerpo cierto.

De acuerdo con VALENCIA ZEA, basta con que se mencione en el contrato que se vende por una superficie aproximada para que la venta adquiera la garantía de cabida, pues considera que de no existir la cláusula complementaria en el contrato, que exprese la voluntad de los contratantes de no hacer diferencia en el precio, aunque la cabida

¹⁰² Cfr., PLANIOL Y RIPER, *Tratado elemental de Derecho Civil...*, op. cit, p.213

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴J. LARREA HOLGUÍN, *Derecho Civil del Ecuador...*, op. cit, p.178

real resulte menor a la declarada, debe tenerse por entendido que existe la garantía de la cabida¹⁰⁵; opinión que se opone a la jurisprudencia nacional puesto que se ha reiterado que de no existir la voluntad expresa de pactar por la cabida se entenderá realizada la venta como cuerpo cierto y por lo tanto deberá entregarse el inmueble no en razón de la superficie sino como una entidad, es decir, como cuerpo cierto.

2.6. Venta de un inmueble como cuerpo cierto

La venta de un inmueble como cuerpo cierto, conocida también como *ad corpus* se presenta cuando se toma en cuenta un inmueble determinado no en razón de su extensión, sino como entidad y el precio va en razón de lo que comprende esta entidad.¹⁰⁶ Por lo tanto, la venta se hace “por precio alzado y no a razón de un tanto por unidad de medida o número.”¹⁰⁷ Para determinar el precio en la venta de un inmueble tomando en cuenta esta modalidad, considera al inmueble como entidad y no menciones secundarias como la cabida¹⁰⁸

VALENCIA ZEA plantea que al pactar este tipo de venta el vendedor otorga al comprador una garantía en función de los linderos y las refiere como “ventas sin garantía de cabida”¹⁰⁹; además añade que “La expresión se vende como cuerpo cierto nada añade ni quita a la cláusula de garantía de la cabida por cuanto todo predio determinado por linderos es cuerpo cierto”,¹¹⁰ opinión que no es del todo cierta pues en la venta como cuerpo cierto, la superficie es simplemente un dato referencial. Además, tanto la doctrina como la jurisprudencia han mencionado que de no haber la voluntad expresa de pactar por cabida prevalecerá en el contrato que la venta se realiza como cuerpo cierto, de lo cual se desprende que la obligación del vendedor es entregar el inmueble como entidad y no en razón de la cabida.

¹⁰⁵ Cfr., A. VALENCIA ZEA, *Derecho Civil...* op. cit, p.77

¹⁰⁶ Cfr., F. MESSINEO, *Manual de Derecho Civil ...* op. cit., p.95

¹⁰⁷ J. LA CRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil...*, op. cit, p.50

¹⁰⁸ Cfr., *Ibid.*

¹⁰⁹ Cfr., A. VALENCIA ZEA, *Derecho Civil...*, op. cit, p.77

¹¹⁰ Cfr., *Ibid.*

2.6.1. Jurisprudencia nacional sobre la venta de inmuebles como cuerpo cierto

La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia, publicada en la Gaceta Judicial del 3 de marzo de 1954, indica que al realizar la venta de un predio sin determinar si es por cabida o como cuerpo cierto la regla general establece que será como cuerpo cierto, teniendo: “Conforme al inciso último del artículo 1891 (actual 1772), del Código Civil, la regla general tocante a la venta de un predio rústico, es la de que ella se hace como especie o cuerpo cierto.”

La sentencia de la Corte Suprema del caso 102-96, publicada en el Registro Oficial del 30 de junio del 2000, manifiesta que:

... aunque se diga en el contrato que lo vendido es un predio de aproximadamente dos mil quinientos metros, lo que concretamente es materia de la venta es el cuerpo cierto detallado en sus linderos que los vendedores adquirieron por la prescripción adquisitiva cuyo título detallan.

Para resolver el litigio, la Sala aplica la regla general que establece el Código Civil, en función de la cual si no se determina en el contrato de manera expresa la voluntad de las partes de venderla por su cabida, se tendrá que la venta se realizó como cuerpo cierto, llegando de esta manera a la conclusión de que el terreno por el cual se dio el litigio fue vendido como cuerpo cierto,

no existe en la escritura ninguna expresión determinante de la que se deba colegir que la venta se la realizó con relación a su cabida, como debía hacerse constar en el contrato si se pretendía que la venta fuera por cabida, bien porque se señale la superficie en forma cierta o que el precio se lo haya fijado con relación a dicha cabida, al contrario, se ha señalado la superficie "aproximadamente" y en la escritura pública de compraventa se han determinando claramente los linderos del terreno, habiéndose de esta manera comprometido la parte vendedora a entregar todo lo comprendido en ellos.

Adicionalmente, la Corte Suprema ha expresado que las partes contratan con relación a la cabida cuando ella es un elemento determinando para el contrato y el precio se ha fijado en relación a ésta,

... cada vez que se vende un predio, y muy particularmente si se trata de un inmueble urbano, sin hacer ninguna de las enunciaciones que según el artículo 1798 indican que el predio se vende, con relación a su cabida, habrá que entender que se ha vendido como un cuerpo cierto; se ha de precisar que, “aunque el inciso 2º. del artículo

1831(1798) diga, que la venta se hace con relación a su cabida, siempre que ésta se exprese de cualquier modo en el contrato, esta aseveración no es tan exacta, pues no basta hacer referencia a la cabida para que la venta se entienda hecha con relación a ella. Las partes contratan con relación a la cabida cuando ella ha sido un elemento determinante en la celebración del contrato, y el precio se ha fijado con relación a dicha cabida. En cambio, cuando en el contrato se ha señalado la cabida solamente por vía informativa, cuando no se ha contratado en atención a ella, sino tomando como elementos determinantes la ubicación del predio, las características del terreno, su destinación, etc., la venta del predio se entenderá hecha como de un cuerpo cierto...¹¹¹ (lo subrayado es mío)

2.6.2. Efectos de la venta como cuerpo cierto del inmueble

Una vez que se ha revisado lo que comprende la venta de un inmueble realizado como cuerpo cierto, procederemos a analizar los efectos que se producen como consecuencia de ella. El Código Civil menciona en su artículo 1773 que:

Si el predio se vende como cuerpo cierto, no habrá derecho por parte del comprador ni del vendedor para pedir rebaja o aumento del precio, sea cual fuere la cabida del predio. Sin embargo, si se vende con señalamiento de linderos, estará obligado el vendedor a entregar todo lo comprendido en ellos, y si no pudiere o no se le exigiere, se observará lo prevenido en el inciso segundo del artículo precedente.

Los efectos que presenta el Código, en razón de la venta realizada como cuerpo cierto pudieran llegar a confundirse con los efectos que se producen por la venta realizada en función de la cabida, pues si bien en un comienzo parece indicar que el inmueble debe entregarse de acuerdo a lo que mencionan los linderos, sin importar la cabida, posteriormente remite que de no entregarse la totalidad del inmueble se seguirán las acciones del párrafo segundo del artículo 1772. Sin embargo, esta mención se la realiza únicamente con el fin de garantizar que se entregue la totalidad del inmueble, en relación a lo que se ha especificado en los linderos, quedando la cabida como un dato secundario o referencial.

Es así que la disposición que prohíbe tanto para el comprador de solicitar una rebaja como para el vendedor de solicitar que se haga un aumento en el precio del

¹¹¹ Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, resolución publicada en la Gaceta Judicial Serie VI No. 10 p. 72, el 23 de septiembre de 1942.

predio sería únicamente para el caso de la venta realizada como cuerpo cierto, que adicionalmente posee una relación directa con el artículo 1768 del Código Civil, que indica: “El vendedor está obligado a entregar lo que expresa el contrato”, otorgando de esta manera al comprador el derecho a recibir exactamente lo que se ha pactado en el contrato.

De acuerdo con BONIVENTO en este tipo de venta, el vendedor debe entregar el cuerpo debidamente especificado sin que importe el hecho de que la cabida sea mayor o menor que la declarada. Posteriormente, señala que si se hace mención con todo a la superficie del predio, pero se advierte que se hace como cuerpo cierto, *ad corpus*, aquella expresión será secundaria y por lo tanto, no derivará ningún efecto por el señalamiento de la extensión del bien.¹¹²

2.7. Señalamiento de linderos

LARREA HOLGUÍN considera que “la entrega de un inmueble en función de los linderos es una situación intermedia entre la venta por cabida y la que se hace como cuerpo cierto, con ellos es posible determinar el cuerpo cierto e indirectamente, garantizar una determinada superficie.”¹¹³ Esta aseveración es correcta, sin embargo, en base a la jurisprudencia nacional considero que el señalamiento de linderos es más una característica que presenta la venta como cuerpo cierto pues con ella es posible identificar lo que comprende el cuerpo cierto, el mismo que constituye el objeto del contrato.

VALENCIA ZEA opina que todo inmueble debe venderse y entregarse por linderos, ya que de acuerdo con el estatuto de Registro de Instrumentos Públicos, todo inmueble debe estar plenamente identificado, caso contrario la venta carece de eficacia.¹¹⁴ En razón de este mandato, considera que la venta realizada únicamente en función de la cabida del inmueble quedaría derogada pues sería imposible identificar al inmueble si no se determina por los linderos. Para el autor la venta por linderos posee los mismos

¹¹² Cfr., J. BONIVENTO Fernández, *Los principales contratos civiles y comerciales...*, op. cit., p.105

¹¹³ Cfr., J. LARREA HOLGUÍN, *Derecho Civil del Ecuador...* op. cit, p.178

¹¹⁴ Cfr., A. VALENCIA ZEA, *Derecho Civil, De los contrato...*, op. cit, , pp.76- 77

efectos que la venta realizada por cabida pues si no se ha entregado la cantidad ofrecida se podrá exigir que se rebaje o se suba, dependiendo del caso, hasta un máximo del 10% del precio original,¹¹⁵ que es lo mismo que indica el artículo 1773 del Código Civil ecuatoriano.

Para casos especiales en que se tenga duda en distinguir si prevalece en la venta la superficie o los linderos, prevalecerán los linderos. LACRUZ aclara que “si además de expresarse los linderos, indispensables en toda enajenación de inmuebles, se designaren en el contrato su cabida o número, el vendedor estará obligado a entregar todo lo que se comprenda dentro de los mismos linderos aun cuando exceda de la cabida o números expresados en el contrato.”¹¹⁶

Habiendo distinguido las características entre la venta de un inmueble como cuerpo cierto de la venta de un inmueble por cabida, tenemos que la Ordenanza 231 no tiene un fundamento legal para convertir la diferencia de la superficie en bien mostrenco si la compraventa ha sido pactada como cuerpo cierto. Como se ha estudiado en los artículos precedentes, en este tipo de contratos la superficie detallada queda en un segundo plano, por lo que el comprador es el legítimo propietario de la entidad que se ha vendido como cuerpo cierto y por lo tanto de todo lo que se encuentra dentro de los linderos demarcados en la escritura.

El Código Civil ha establecido normas y principios básicos de derecho civil, que deben ser respetados tanto por particulares como por el Estado. En base al principio de autonomía de la voluntad, lo pactado entre las partes constituye ley para las ellas, por lo tanto, el Municipio no puede desconocer la titularidad que se genera sobre la totalidad del inmueble cuando las partes han convenido que la venta sea como cuerpo cierto.

Por el contrario, cuando la escritura de compraventa del inmueble ha determinado específicamente que se la hace por su cabida, entonces prevalece en la escritura la superficie que detalla el contrato, con lo cual el Municipio tiene el derecho de reclamar su titularidad sobre la diferencia del inmueble pues el propietario gozará

¹¹⁵ Cfr., A. VALENCIA ZEA, *Derecho Civil, De los contratos...* op. cit, pp.76- 77

¹¹⁶ J. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil...* op. cit, p.50

exclusivamente de los derechos reales sobre la superficie detallada en la venta. Cabe recalcar, que el Municipio tendría el derecho de realizar esta acción únicamente si el terreno vendido no poseía un propietario pues de lo contrario, la diferencia pertenecería al vendedor anterior, tratándose de igual manera de una confiscación.

El único caso que presentaría validez jurídica sería el caso en que el terreno nunca hubiese tenido un propietario, de esta manera, el Municipio estaría solucionando la condición de propiedad sobre el excedente, estableciendo un procedimiento para cumplir con el artículo 605 del Código Civil, que indica “Son bienes del Estado todas las tierras que, estando dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño”. Por lo tanto, en la Ordenanza Municipal 231, debe detallar en que casos se aplicará, siendo aplicable la incorporación al patrimonio municipal de las diferencias que resultan de predios únicamente cuando en la escritura de compraventa se haya pactado la venta en razón de la cabida del inmueble y no tenga un dueño anterior.

CAPÍTULO III

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ORDENANZA 231

Los capítulos anteriores contienen el análisis de la Ordenanza 231, los fundamentos en base a los cuales ésta se dictó y un estudio sobre lo que establece la Ordenanza, tomando en cuenta lo que determina el Derecho Civil. Con ello, se explicó la razón por la cual el Municipio no se encuentra facultado para incorporar el excedente del inmueble a su patrimonio cuando se trata de ventas realizadas como cuerpo cierto. Teniendo en cuenta estos antecedentes, el capítulo presente se enfocará en analizar a la Constitución desde su parte dogmática, es decir, desde la parte que protege derechos y las garantías constitucionales, particularmente el derecho a la propiedad para tratar posteriormente el concepto de confiscación y finalmente analizar los posibles sistemas de control de la constitucionalidad que se emplearían para plantear la inconstitucionalidad de la Ordenanza.

3.1. Los derechos constitucionales

En un estado democrático y constitucional, la Constitución tiene como finalidad resguardar los derechos que se determinan en su texto normativo. Si bien en un pasado se distinguía dentro de la Constitución los derechos fundamentales, en la actualidad, con la implementación del sistema neo constitucionalista no tiene sentido el distinguir los derechos fundamentales, pues la Constitución protege y asegura todos los derechos que se menciona en ella, empleando en caso de conflicto un sistema de ponderación para determinar el derecho que merece mayor protección.

A pesar de que la Constitución protege todos los derechos mencionados en ella, la Corte Constitucional ha confundido conceptos desconociendo la protección del derecho de la propiedad en algunos casos, basándose para ello en la definición teórica que presentan los derechos fundamentales.

3.1.1. Categorías de los derechos fundamentales

Los Derechos Fundamentales presentan distintos enfoques, que pueden agruparse de acuerdo a cuatro categorías¹¹⁷:

a) Iusnaturalista- individualista.

De acuerdo con la categoría iusnaturalista, se consideran derechos fundamentales aquellos derechos inherentes al hombre. Esta categoría se basa en el pacto por el cual las personas ceden sus derechos al soberano, teniendo en cuenta para ello que poseen derechos intrínsecos, que el Estado debe reconocerlos.¹¹⁸

¹¹⁷ Cfr., F. SIMON CAMPAÑA, La noción “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana, *Juris Dictio*, septiembre 2010, p. 17

¹¹⁸ Cfr., F. SIMON CAMPAÑA, *La noción “derechos fundamentales”...*, op. cit, p. 17

Dentro de esta categoría encontramos a los Derechos Fundamentales como derechos preexistentes al Estado,¹¹⁹ “se entienden anteriores y superiores a todos los ordenamientos jurídicos positivos, por lo tanto, normalmente reconocidos y garantizados por tales ordenamientos.”¹²⁰

La concepción ius naturalista parte de que el ser humano goza de derechos naturales, que forman parte del hombre como consecuencia de la dignidad que presenta, teniendo que “todo hombre, por el hecho de serlo, tiene una categoría superior a la de cualquier otro ser, una dignidad que no puede serle arrebatada; es titular de unos derechos inalienables e inherentes a su dignidad.”¹²¹

a) Historicista

La concepción historicista de los derechos fundamentales, sostiene que cada sociedad presenta características particulares que la hacen distinta una de otra. Por lo tanto, cada pueblo tiene un espíritu genuino e intransferible, a lo cual el ordenamiento jurídico debe ser consecuente con la realidad de cada sociedad.¹²²

Para esta categoría, los Derechos Fundamentales presenta dos características: la supremacía y la universalidad. La primera se produce como consecuencia del reconocimiento de estos derechos en la Constitución, mientras que la segunda parte de que estos derechos pueden predicarse a todos los seres humanos independientemente de su circunstancia histórica o social y además contra cualquier persona.¹²³

b) Positivista

¹¹⁹ Cfr., P. PÉREZ TREMP, *Los Derechos Fundamentales Teoría General*, En: AGUIAR DE LUQUE, Luis et al, *Los derechos fundamentales*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004. p. 13

¹²⁰ Cfr., M. SUAZO ÁLVAREZ, *Derecho Administrativo*, op. cit, p. 20

¹²¹ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Protección de Derechos Humanos en la jurisdicción Contencioso-Administrativa*, En: Fix Sambudio, *Liber Amicorum*, Hector, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, 1998, p.802

¹²² F SANTAOLALLA LÓPEZ, *Derecho Constitucional*, Dikinson, Madrid, 2004, p.153

¹²³ Cfr., F. SIMON CAMPAÑA, *La noción “derechos fundamentales”*... op. cit. p. 19

La categoría positivista de los derechos fundamentales, presenta la tesis opuesta a la categoría iusnaturalista, es decir, se basa en que el reconocimiento de los derechos fundamentales se da a partir de los derechos reconocidos por una norma jurídica.

Para esta categoría se consideran derechos fundamentales aquellos que alcanzaron auténtica naturaleza jurídica tras su reconocimiento en la Constitución de un Estado,¹²⁴ por lo tanto estos derechos pierden su condición de preestatales e inherentes al hombre ya que basan su reconocimiento en la Constitución.¹²⁵

c) Formalista o estructuralista

Esta categoría se funda en los criterios determinados por Ferrajoli, de acuerdo con ella los derechos fundamentales presentan características particulares que los diferencian de los derechos ordinarios o patrimoniales,¹²⁶ entre las que encontramos, que son:

1. *Inalienables*. Estos no pueden ser disponibles distinto a los derechos patrimoniales que pueden ser de libre disposición del titular y de restricción legítima por parte de otro poder. Por ejemplo, no se puede disponer del derecho a la salud, pero sí se puede de la propiedad.
2. *Irrenunciables*. Ninguna persona puede renunciar a la titularidad de estos derechos. Contrario a los derechos patrimoniales en los que puede abandonarse o donarse.
3. *Indivisibles*. Estos derechos son integrales; no puede sacrificarse un derecho a costa de otro. La dignidad de una persona se cumple cuando todos los derechos están satisfechos. En cambio, los derechos patrimoniales son por naturaleza divisibles.
4. *Interdependientes*. Los derechos se relacionan entre sí, son como un sistema en el que si un derecho no se lo ejerce o se lo viola, puede afectar a otros.¹²⁷

3.1.2. Historia de los Derechos Fundamentales

La base de los Derechos Fundamentales se establece en corrientes de pensamiento, que conciben a las personas como iguales, y sitúan al individuo como eje del deber ser moral. Las dos corrientes referidas son el estoicismo y el cristianismo. Por

¹²⁴ Cfr., P. PÉREZ TREMPES, *Los Derechos Fundamentales...* op. cit, p. 13

¹²⁵ Cfr., F. SIMON CAMPAÑA, *La noción "derechos fundamentales"...*, op. cit, pp. 20-21

¹²⁶ R. ÁVILA SANTAMARÍA, *Los principios de aplicación de los derechos*, En: En: ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO, *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p.59

¹²⁷ Cfr., R. ÁVILA SANTAMARÍA, *Los principios de aplicación de los derechos...*, op. cit. p.60

una parte el estoicismo, propugna la unidad universal de los hombres, y por otra el cristianismo, defiende la igualdad de los hombres ante Dios.¹²⁸

En Inglaterra, la Carta Magna expedida en 1215 significó una de las primeras proclamaciones de derechos humanos y constituye la base de las libertades inglesas.¹²⁹ Posteriormente, se da en este país el “Agreement of the People” en 1649 y el “Instrument of Government” en 1653.¹³⁰ En Estados Unidos estos derechos se proclaman a finales del siglo XVIII con “The Bill of Rights” de 1689, primero en las constituciones estatales y luego con la aprobación de las diez enmiendas a la Constitución de 1791¹³¹. Finalmente en Francia se proclama oficialmente estos derechos con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.¹³²

Si bien el positivismo jurídico concebía como existentes únicamente a los derechos fundamentales expresados en la Constitución, la doctrina contemporánea ha resaltado que el hecho de no constar en la Carta Fundamental, no constituye una causa para excluir otros derechos que se deriven de la naturaleza de la persona, que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material.¹³³ La Constitución del Ecuador, por ejemplo, menciona en el numeral 7 del artículo 11, que:

El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirán los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

3.3. Garantías constitucionales

Las garantías constitucionales como su nombre lo indica son creadas para precautelar los derechos constitucionales, estas se refieren al “conjunto de

¹²⁸ Cfr., P. PÉREZ TREMP, *Los Derechos Fundamentales ...*, op. cit., p. 12

¹²⁹ A., VALENCIA ZEA, *Derecho Civil...*, op. cit., p.364

¹³⁰ DICCIONARIO Jurídico Espasa..., op. cit. p. 398

¹³¹ Cfr., P. PÉREZ TREMP, *Los Derechos Fundamentales ...*, op. cit., p. 13

¹³² Cfr., *Ibid*

¹³³ Cfr., D. ZAMBRANO ÁLVAREZ, *El rol determinante del Estado en materia de Derechos Humanos*, Revista Jurídica Diario LaHora [consultado el 31 de enero de 2011] Disponible en: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4567&Itemid=42

declaraciones, medios y recursos con que los textos constitucionales aseguran a todos los individuos o ciudadanos el disfrute y ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que se les reconocen.”¹³⁴ Por medio de ellas, se asegura la eficacia de los Derechos Fundamentales y la reacción frente a sus vulneraciones o amenazas.¹³⁵

El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, señalaba que: “Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución.” Desde ese entonces, se transmite la importancia de poseer garantías constitucionales que protejan y aseguren el cumplimiento de derechos.

Por lo tanto, todo estado Constitucional debe contener en su Constitución derechos y garantías que busquen resguardarlos con el fin de asegurar el cumplimiento del equilibrio entre autoridad y libertad que se presenta en un régimen constitucional,¹³⁶ protegiendo la libertad de los individuos y limitando el poder absoluto del Estado.¹³⁷

3.3.1. Garantías de los derechos constitucionales en la legislación ecuatoriana

El numeral 1 del artículo 3 de la Constitución, establece que uno de los deberes primordiales del Estado es: “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales...” Adicionalmente, encontramos el artículo 11 de la Constitución que menciona los principios constitucionales que garantizan el goce de los derechos fundamentales, teniendo entre ellos los siguientes numerales:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos

¹³⁴ G. CABANELLAS DE TORRES, *Diccionario Jurídico Elemental*, 17^a. ed., Heliasta S.R.L, Buenos Aires, 2005, p.174

¹³⁵ Cfr., P. PÉREZ TREMP, *Los Derechos Fundamentales ...*, op. cit., p. 37

¹³⁶ Cfr., R. DROMI, *Derecho Administrativo...*, op, cit., p.132

¹³⁷ Cfr., P. PÉREZ TREMP, *Los Derechos Fundamentales ...*, op.cit, p. 13

internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

Las garantías constitucionales, poseen tanta relevancia para la Constitución ecuatoriana que se ha dedicado el Título III de su cuerpo normativo para referirse específicamente a ellas, el mismo que se encuentra dividido en tres capítulos. El primer capítulo trata sobre garantías normativas; el segundo capítulo menciona las garantías que se ofrecen por medio de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana; y finalmente el tercer capítulo trata sobre las garantías jurisdiccionales.

El artículo 84 de la Constitución que trata sobre las garantías normativas, ordena a todo órgano que posea facultad legislativa a ajustarse a la normativa Constitucional, señalando que:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

Para el caso presente, las garantías normativas poseen particular importancia ya que con ellas se pretende demandar la inconstitucionalidad del artículo innumerado de la Ordenanza 231, por el cual se ordena la incorporación del excedente al patrimonio municipal en los casos de la venta realizada como cuerpo cierto. Tomando en cuenta

que el Concejo del Distrito Metropolitano, tenía la obligación de adecuar la normativa a los derechos previstos en la Constitución.¹³⁸

3.4. El derecho a la propiedad

A través de la historia y dependiendo de la sociedad, la propiedad ha presentado distintos conceptos, para el caso particular se analizará el derechos a la propiedad desde distintas ópticas, incluyendo lo que menciona la legislación nacional, jurisprudencia y tratados internacionales.

3.4.1. Derecho a la propiedad en la legislación ecuatoriana

3.4.1.1. El derecho de propiedad en la Constitución

Nuestra Constitución, resguarda y garantiza el derecho a la propiedad en varios de sus artículos; el artículo 66 que trata sobre los deberes esenciales del Estado, incluye en su numeral 26 el derecho a la propiedad, señalando que “se garantiza en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental.” Frente a la responsabilidad social que está llamado a cumplir el derecho de la propiedad podemos señalar que así como este derecho se encarga de proteger facultades individuales sobre las cosas, también debe cumplir con un conjunto de deberes y obligaciones establecidas, de acuerdo con las leyes, en atención a los valores e intereses de la colectividad.¹³⁹ De la misma manera se menciona la responsabilidad ambiental de este derecho que ha surgido por la necesidad de establecer su función protectora al medio ambiente. El artículo concluye mencionando que “El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.”

¹³⁸ T. ARIAS MANZANO, *Hacia un nuevo ordenamiento territorial?* En: Ávila Santamaría Ramiro et al, *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva.* V& M Gráficas, Quito, 2008, p. 221

¹³⁹ Cfr., J. BENALCÁZAR, *El Derecho de Propiedad en la Constitución Ecuatoriana*, Revista Judicial Diario La Hora, [consultado el 2 de febrero de 2011] Disponible en: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2613&Itemid=426

Un artículo de particular importancia que trata sobre el derecho de propiedad es el artículo 321 de la Carta Fundamental que señala: “El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental.” Finalmente, encontramos al artículo 324 del mismo cuerpo normativo, que menciona: “El Estado garantizará la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres en el acceso a la propiedad y en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal.” Y al artículo 322 de la Constitución que reconoce: “la propiedad intelectual prohibiendo toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales.”

Los artículos antes citados de la Constitución, son prueba suficiente para determinar que el derecho de la propiedad es un derecho constitucional, y por lo tanto, goza de la protección de las garantías constitucionales, pudiendo aplicarse una acción de inconstitucionalidad en caso de verse vulnerado. Por lo tanto, es inconcebible que la Corte Constitucional realice un análisis de este derecho desde la categoría estructuralista, desconociendo su naturaleza de derecho constitucional.

3.4.1.2. El derecho de la propiedad en el Código Civil

El artículo 599 del Código Civil ecuatoriano trata el concepto de propiedad, señalando que “El dominio, que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social.” Como podemos observar, tanto el dominio como la propiedad tienen el mismo significado de acuerdo al Código Civil ecuatoriano, sin embargo, la doctrina los ha diferenciado. Para LARREA HOLGUÍN el término propiedad tiene un sentido más amplio que la palabra dominio. El primero tiene una relación de pertenencia o titularidad; en cambio, el dominio, hace referencia a la titularidad sobre un dominio corporal.¹⁴⁰ De esta manera tenemos que el dominio

¹⁴⁰ J. LARREA HOLGUÍN, *Derecho Civil del Ecuador ...*, op. cit., pp.7-8

“recae siempre sobre una cosa corporal o material, mientras que la propiedad puede aplicarse sobre una cosa incorporeal.”¹⁴¹

Las tres calidades, que sirven para identificar la esencia de la propiedad son:

1. El titular o propietario puede sacar de la cosa todas las ventajas posibles, ya que ejerce un poder pleno sobre ella. Tradicionalmente, ese señorío se ha caracterizado por 3 atributos: a) usar la cosa, b) gozar de la cosa o percibir sus frutos y utilidad y c) disponer de la cosa.
2. El poder que se ejerce sobre la cosa es exclusivo. Por lo tanto, las ventajas que produce la cosa solo las puede sacar el propietario, excluyendo a los demás miembros del grupo social de usar, gozar o disponer de un bien sobre el que ejerce la propiedad.
3. La propiedad adquirida con justo título es un derecho perpetuo, vale decir, no está destinado a extinguirse en vida del titular por hechos ajenos a su voluntad, salvo por utilidad pública o interés social, tampoco se extingue a la muerte del propietario.¹⁴²

3.4.2. Teorías sobre el derecho de la propiedad como derecho constitucional

3.4.2.1. Derecho a la propiedad considerado como derecho constitucional

Como se trató anteriormente, la propiedad constituye un derecho constitucional por estar comprendido dentro de la Constitución. El artículo 1 de la Carta Fundamental señala que: “El Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia(...)”, por lo cual todo poder, público y privado, está sometido a los derechos determinados en ella.¹⁴³ Adicionalmente, estos derechos constituyen límites y vínculos del poder.¹⁴⁴

De conformidad con esta teoría, la propiedad constituye un derecho constitucional, ya que se deriva de la condición propia del ser humano,¹⁴⁵ y “se ha justificado como un instituto natural e imprescindible para que el ser humano pueda acceder a los bienes que precisa para la satisfacción de sus necesidades esenciales”¹⁴⁶.

¹⁴¹ D. GUERRA, *El Proceso expropiatorio en el Derecho Municipal Ecuatoriano*, Procuraduría del Distrito Metropolitano de Quito, Quito, 1995, p.40

¹⁴² A. Valencia Zea, *Derecho Civil*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1997, p. 251

¹⁴³ Cfr., R. ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO, *Ecuador Estado constitucional ...*, op. cit, p.29

¹⁴⁴ Cfr., R. ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO, *Ecuador Estado constitucional ...*, op. cit, p.22

¹⁴⁵ Cfr., R., DROMI., *Derecho Administrativo...*, op. cit,p.132

¹⁴⁶ L. PARRAGUEZ RUIZ. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano...* op. cit, p. 117

Adicionalmente, se considera como derecho constitucional debido a que tanto la propiedad como la libertad, aparecen como fundamento del constitucionalismo tradicional.¹⁴⁷ “Si bien su regulación pertenece al ámbito del derecho privado, la Constitución admite o rechaza la propiedad privada y determina los términos en que se incluye entre los derechos fundamentales”.¹⁴⁸

Las características que posee la propiedad implican “la delimitación negativa del ámbito de actuación del individuo”¹⁴⁹ y con ello “una actitud de abstención en especial, por parte del poder público.”¹⁵⁰ Por lo tanto, con el reconocimiento del derecho de la propiedad se evita que ésta sea afectada por parte del poder público y a su vez determina la prohibición a la confiscación.¹⁵¹

Como derecho fundamental que es, posee vínculos con otros derechos fundamentales, como el de una vida digna y con la libertad de trabajo y de empresa.¹⁵²

La Corte Constitucional del Ecuador, ha protegido el derecho a la propiedad en la sentencia del caso No. 0041-09 del 24 de febrero del 2010, dentro del cual indica que debido a que se ha afectado el justo precio de un bien inmueble objeto de la expropiación, se atenta contra el derecho de propiedad y amenaza en cometerse en una injusticia; convirtiendo a la figura en una confiscación que prohíbe la Constitución.

3.4.2.2. Derecho a la propiedad excluido como derecho constitucional

Contraria a la teoría que reconoce el derecho de la propiedad como derecho constitucional, encontramos por otro lado que la Corte Constitucional ha excluido por medio de algunas sentencias al derecho de la propiedad de aquellos derechos protegidos

¹⁴⁷ Cfr., DICCIONARIO Jurídico Espasa... op. cit., p.538

¹⁴⁸ Ibid

¹⁴⁹ Cfr., P. PÉREZ TREMP, *Los Derechos Fundamentales ...* op. cit., p.18

¹⁵⁰ Cfr., Ibid

¹⁵¹ Cfr., A. RESTREPO MEDINA, *Protección y limitación constitucional de la propiedad; de la prohibición de la confiscación a la expropiación y la extinción del dominio*. En: AMICORUM, Liber. *Teoría constitucional*. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario. 2006, p. 237

¹⁵² Cfr., J. BENALCÁZAR, *El Derecho de Propiedad...* op. cit.

por la Constitución, negado que la afectación de este derecho pueda resolverse por medio de una acción extraordinaria de protección.¹⁵³

La Corte Constitucional ha adoptado este criterio, basándose en la definición estructuralista de los derechos fundamentales, proveniente de la tendencia neoconstitucionalista presentada por Ferrajoli. De acuerdo con el estructuralismo, los derechos fundamentales son aquellos que presentan características particulares que comprenden la inaliabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad e interdependencia.¹⁵⁴ “Por lo tanto, la propiedad queda excluida de la protección constitucional por poseer características propias de los derechos patrimoniales, que de conformidad con esta teoría no son aplicables para los derechos constitucionales.

La Corte Constitucional ha confundido estos criterios, malinterpretando el alcance de los derechos que menciona la Constitución, a más de confundir entre conceptos de derechos fundamentales con derechos constitucionales. De esta manera, encontramos a la sentencia del caso 0132- 09, del 11 de marzo del 2010 que menciona,

por tratarse del reconocimiento del derecho de posesión y/o con el derecho de propiedad, se sitúa en un ámbito de derechos posesorios, de dominio, patrimoniales, que eventualmente y de manera expectante podría asistir a la accionante, cuestión que no procede ser ventilada por vía constitucional, menos aún en una acción extraordinaria de protección.

De la misma manera, la sentencia del caso No. 0177-09 del 13 de agosto del 2009 excluye al derecho de la propiedad de los derechos constitucionales, mencionando que por tratarse de un asunto patrimonial, es necesario diferenciar los derechos fundamentales y los patrimoniales; la Sala concluye mencionando que “el derecho de propiedad resulta ser el núcleo central de la demanda en cuestión sin que se evidencia violación de derechos constitucionales.”

Al respecto cabe señalar que la definición presentada por Ferrajoli es una definición teórica, que no se refiere a un ordenamiento jurídico determinado.¹⁵⁵ De conformidad con ello, el criterio que ha tomado la Corte no tiene un sustento suficiente para

¹⁵³ Corte Constitucional, sentencia del caso 0132-09 del 11 de marzo del 2010

¹⁵⁴ Cfr., R. ÁVILA SANTAMARÍA, *Los principios de aplicación de los derechos...*, op. cit., p.60

¹⁵⁵ Cfr., F. SIMON CAMPAÑA, *La noción derechos fundamentales...* op. cit, p. 21

determinar que la propiedad no es un derecho constitucional. En primer lugar, porque la Constitución reconoce de manera expresa este derecho y en segundo lugar, porque “la Corte usa la distinción que hace Ferrajoli –desde la perspectiva estructural- para disminuir la cobertura material de una de las garantías constitucionales”¹⁵⁶ Finalmente, porque la Corte Constitucional “no puede disponer que un derecho quede fuera de la órbita de protección de una garantía, que por su redacción, no deja dudas que alcance tiene.”¹⁵⁷

3.4.3. Instrumentos internacionales

Existen dos clases de instrumentos internacionales: los tratados internacionales y el *soft law*.¹⁵⁸ Dentro de la primera clase encontramos tratados, convenios, pactos y protocolos, que una vez que han sido ratificados¹⁵⁹ entran a formar parte del derecho interno y poseen fuerza vinculante.

El momento de incorporar los tratados al derecho interno se tienen normas creadas por órganos distintos al legislativo nacional y en ocasiones las normas adoptadas por tratados internacionales son aplicadas por órganos judiciales distintos a la función judicial nacional.¹⁶⁰ Tal es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que protege los derechos establecidos en el Pacto de San José, los mismos que forman parte de la legislación de los estados que han ratificado la Convención Americana.¹⁶¹

Dentro de la segunda clase de instrumentos internacionales encontramos al *soft law* en el que se incluyen declaraciones, resoluciones, normas mínimas y directrices, las cuales no poseen un proceso de ratificación ni fuerza vinculante.¹⁶²

Habiendo realizado esta distinción, tenemos que la Constitución del Ecuador trata específicamente sobre los tratados internacionales, indicando en el artículo 425 de su

¹⁵⁶ Cfr., F. SIMON CAMPAÑA, *La noción derechos fundamentales...*, op. cit, p. 28

¹⁵⁷ Cfr., *Ibid*

¹⁵⁸ R. ÁVILA SANTAMARÍA, *Los principios de aplicación de los derechos...*, op. cit, p.62

¹⁵⁹ *Ibid*

¹⁶⁰ Cfr., R. ÁVILA SANTAMARÍA, *Ecuador Estado constitucional de derechos ...*, op. cit, p.32

¹⁶¹ Cfr., P. PÉREZ TREMPES, *Los Derechos Fundamentales...* op. cit., p. 40

¹⁶² R. ÁVILA SANTAMARÍA, *Los principios de aplicación de los derechos...*,op. cit, p.63

cuerpo normativo, que de manera genérica los tratados internacionales se encuentran subordinados a la Constitución pero a su vez se encuentran en una posición supralegal.

Para el caso de Tratados Internacionales que tratan sobre Derechos Humanos, la Constitución les ha otorgado un grado distinto y superior que el de los Tratados ordinarios, estableciendo un rango jerárquico similar al de la Carta Fundamental, esto podemos evidenciarlo en el segundo párrafo del artículo 424 de la Constitución, que indica: “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”

El artículo 417 de la Carta Fundamental, reitera la jerarquía mencionada anteriormente, indicando que “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución”. Su párrafo segundo determina los principios que han de aplicarse para los tratados que tengan relación con Derechos Humanos, señalando que “En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.”

En función de lo tratado, tenemos que tanto las normas constitucionales como los tratados de derecho internacional que traten sobre derechos humanos poseen aplicación y cumplimiento inmediato, por lo tanto, los jueces, autoridades administrativas y servidores públicos, están llamados a aplicar directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.¹⁶³

¹⁶³ Constitución del Ecuador, artículo 426

3.4.3.1. Instrumentos internacionales que tratan sobre el derecho a la propiedad

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, calificaba a la propiedad como un derecho inviolable y sagrado; su artículo 17 indicaba que: “Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización.” A partir de la concepción individualista de esta Declaración, se ha transmitido a las Constituciones modernas el reconocimiento de la función social de la propiedad y a la admisión de limitaciones a la misma.¹⁶⁴

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948, en la Asamblea General de las Naciones Unidas determina la protección del derecho a la propiedad en el artículo 17, indicando “1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente; 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica de 1969, trata este derecho en el artículo 21, señalando:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

Referente a este artículo, encontramos jurisprudencia de la Corte Interamericana que protege el Derecho a la Propiedad. Uno de los casos más relevantes para el trabajo presente, es el caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, en el cual se demanda al Estado debido a la expropiación de una parcela de terreno propiedad de los hermanos María Salvador Chiriboga y Guillermo Salvador Chiriboga. El procedimiento

¹⁶⁴ Cfr., DICCIONARIO Jurídico Espasa, op., cit, p.538

de expropiación desprovino de su uso y goce sin entregar a cambio una justa compensación que les hubiese correspondido de acuerdo a lo que establece la legislación ecuatoriana y la Convención Americana.¹⁶⁵ Consecuentemente, la Corte dictó sentencia el 6 de mayo del 2008, declarando la violación del derecho a la propiedad privada consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los derechos a las garantías y protección judiciales consagrados en los artículos 8.1 y 25.1, todo ello en relación con el artículo 1.1 de Convención Americana¹⁶⁶

3.5. La Confiscación

Una vez que se ha comprendido lo que abarca el derecho a la propiedad y los distintos conceptos que posee, es necesario tratar lo que alcanza la confiscación, pues a lo largo de este trabajo se ha planteado que por medio de la aplicación de la Ordenanza 231, el Municipio está realizando un acto confiscatorio.

La confiscación es “la adjudicación que se hace al Estado, Tesoro Público o Fisco de los bienes de propiedad privada, generalmente de algún reo”¹⁶⁷ esta consiste en “el desapoderamiento de los bienes de una persona, que pasan al poder del Estado sin obtener a cambio una compensación.”¹⁶⁸ La Corte Suprema de Justicia (Colombiana) ha mencionado que la confiscación consiste en: “el apoderamiento de todos o parte considerable de los bienes de una persona por el Estado, sin compensación alguna...”¹⁶⁹

3.5.1. Caracteres jurídicos de la confiscación

La confiscación presenta los siguientes caracteres jurídicos:

¹⁶⁵ Cfr. Organización de los Estados Americanos, Demanda ante la Corte interamericana de Derechos Humanos en el caso de Salvador Chiriboga contra la República del Ecuador, 2006

¹⁶⁶ Cfr. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008, Serie C No. 179, punto resolutorio 2.

¹⁶⁷ G. CABANELAS DE TORRES, *Diccionario Jurídico Elemental*, 17ª. ed., Editorial Heliasta S.R.L, Buenos Aires, 2005, p. 83

¹⁶⁸ J. NEIRA, La Confiscación, *Revista Jurídica Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*. [en línea] [fecha de consulta: 26 octubre 2010]. p. 13 Disponible en: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2002/15/15_La_Confiscacion.pdf

¹⁶⁹ Cfr., J. NEIRA, La Confiscación..., op. cit.

1. Es de orden público
2. Carece de indemnización.
3. Se impone por infracción a la ley.
4. Es de orden penal.
5. Está prohibida en nuestra Constitución Política del Estado.
6. Se da en regímenes de facto.
7. Es un arma política que afecta a la persona y a los bienes de ésta.
8. Los bienes son destinados a obras públicas.¹⁷⁰

3.5.2. Historia de la confiscación

La palabra confiscación viene del término latino *confiscatio*, derivada del término *fucus*, que inicialmente comprendía una canastilla destinada a contener dinero y que años más tarde pasó para identificar al tesoro del Estado.¹⁷¹

Lucilo Comelio Sita, dictador de Roma en la época de César, inventó la confiscación como una manera de castigo para sus opositores, obteniendo con ello recursos para el gobierno. Las denuncias que se realizaban en ese entonces, eran realizadas por acción popular, sin embargo, se abusó del sistema ya que los denunciados se quedaban con un cuarto de los bienes confiscados.¹⁷² El patrimonio confiscado era similar al testamento pues se transmitían tanto los derechos como las obligaciones.¹⁷³

A comienzos de la época del Principado cambia la modalidad de aprovechamiento por parte de la comunidad, siendo necesaria la autorización del emperador para proceder a privar del patrimonio privado y por lo tanto sirviendo para enriquecer al Estado.¹⁷⁴ Las penas capitales que conllevaban la confiscación de bienes se convirtieron en uno de los modos de sucesión universal a favor del fisco.¹⁷⁵

En Roma, a partir de la época de Justiniano queda prohibida la confiscación en todas sus formas, exceptuándola para delitos cometidos contra el Estado.¹⁷⁶

¹⁷⁰ Ibid

¹⁷¹ Cfr., Ibid.

¹⁷² Cfr., Ibid.

¹⁷³ Cfr., T. MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*, Temis, Bogotá, 1991, p. 620

¹⁷⁴ Cfr., T. MOMMSEN, *Derecho Penal Romano...*, op. cit, pp. 620- 623

¹⁷⁵ Cfr., J. NEIRA, *La Confiscación...*, op. cit.

¹⁷⁶ M. RESTREPO MEDINA, *El comiso...*, op. cit, p. 30

Con el tiempo la Iglesia Cristiana aplicó esta figura por motivos religiosos aprovechando del poder político que gozaba, generando con ella grandes riquezas en base a los herejes. Esta figura continuó a mando de nobles hasta la Revolución Francesa, fecha en la que quedó prohibida en gran parte de las legislaciones a nivel mundial.¹⁷⁷

La confiscación no se abolió completamente con la Revolución Francesa, pues algunas legislaciones como la ya desintegrada Unión Soviética o la Cubana, mantenían la confiscación como una pena por delitos graves o aquellos cometidos contra el Estado.¹⁷⁸

La razón para abolir la confiscación se basó en que la apropiación del patrimonio de una persona sin causa o procedimiento legal se consideró una pena injusta, inhumana y aberrante.¹⁷⁹ Además, porque esta figura era inconcebible dentro un Estado constitucional pues es una arbitrariedad del poder estatal sobre la propiedad privada.¹⁸⁰

3.5.3. Clasificación de la confiscación

La confiscación puede ser de dos tipos:

- a) Explícita, cuando esté comprendida dentro de alguna norma o texto, un ejemplo de ello es la confiscación señalada en Constitución, pues la prohíbe; o
- b) Implícita, cuando resulta de un hecho o norma de cualquier clase, que sin hacer mención a ella, disponga algo de una manera que absorba todo o parte del patrimonio de una persona, puede ser esta civil, administrativa o fiscal.¹⁸¹

La confiscación puede presentarse de dos formas:

- 1) Como resultado de un apoderamiento inmediato y material de la propiedad privada por los agentes de la administración.
- 2) Como resultado de actos u operaciones administrativas planeadas con base a la aplicación de una ley que se interpreta arbitraria o caprichosamente.¹⁸²

¹⁷⁷ Cfr., J. NEIRA, *La Confiscación...*, op. cit.

¹⁷⁸ Cfr., A. RESTREPO MEDINA, *Protección y limitación constitucional de la propiedad de la prohibición de la confiscación a la expropiación y la extinción del dominio*. En: AMICORUM, Liber. *Teoría constitucional*. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario. 2006. pp. 240- 241

¹⁷⁹ Cfr., A. RESTREPO MEDINA, *Protección y limitación...*, op. cit, p. 239

¹⁸⁰ Cfr., M. RESTREPO MEDINA, *El comiso...*, op. cit, p. 30

¹⁸¹ Cfr., R. DROMI., *Derecho Administrativo...* op. cit, p.984

¹⁸² A. RESTREPO Medina, *Protección y limitación constitucional ...* op. cit., pp. 240- 241

De acuerdo con esta clasificación, la confiscación que se da por parte del Municipio en aplicación de la Ordenanza 231 es implícita pues no se menciona directamente que se realiza una confiscación, la misma que resulta de operaciones administrativas, en base a la aplicación de la Ordenanza 231.

3.5.4. El comiso

La confiscación y el comiso son figuras que pueden llegar a confundirse, por lo que es importante distinguir el concepto de cada uno y saber diferenciarlos. La palabra comiso proviene del latín *comissum*, que significa confiscación.¹⁸³

El comiso es “confiscación de carácter especial, de una o varias cosas determinadas. Sirve para designar la pena en la que incurre quien comercia con géneros prohibidos, de pérdida de la mercadería.”¹⁸⁴ El comiso o decomiso no está prohibido por la Constitución y por el contrario se autoriza como sanción penal limitada a los bienes producto del ilícito como a los efectos que provengan de su ejecución”.¹⁸⁵

En el Ecuador, la figura del comiso se encuentra permitida por la ley. Es así, que dentro de su legislación, la encontramos en el artículo 65 del Código Penal, que menciona “El comiso especial recae: sobre las cosas que fueron el objeto de la infracción; sobre las que han servido, o han sido destinadas para cometerla, cuando son de propiedad del autor del acto punible, o del cómplice; y sobre las que han sido producidas por la infracción misma.” El artículo 83 de la Ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, menciona qué bienes son objeto de comiso especial y de la misma manera, encontramos el comiso en el artículo 330 de la Ley de Propiedad Intelectual, que menciona se dispondrá el comiso de todos los objetos que hubieren servido directa o indirectamente para la comisión del delito, cuyo secuestro podrá ser

¹⁸³Cfr., T. MOMMSEN, *Derecho Penal Romano...*, op. cit, p. 620

¹⁸⁴ G. Cabanellas Torres, *Diccionario Jurídico Elemental...* op. cit, p.75

¹⁸⁵Cfr., V. LUENGAS PEÑA. *Estudio sobre la normatividad y jurisprudencia del lavado de activos en Colombia*. [en línea] Tesis (Abogada). Bogotá. Universidad Autónoma de Colombia. 2010[fecha de consulta: 25 noviembre 2010]. pp. 78- 80. Disponible en: <http://www.fuac.edu.co/usr/derecho/mono/ESTUDIO SOBRE LA NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA DEL LAVADO DE ACTIVOS EN COLOMBIA.pdf>

ordenado por el juez de la causa, obligatoriamente al momento de dictar el auto de llamamiento a juicio.

Jurisprudencia nacional se ha pronunciado sobre el comiso, señalando que es una sanción impuesta a quien ha cometido delitos que se encuentran específicamente tipificados. Dentro de la sentencia por juicio penal aduanero, la Sala de lo Fiscal se pronunció, indicando que “El comiso definitivo de una mercadería constituye una sanción impuesta al infractor que ha sido juzgado y declarado procesalmente en sentencia, responsable de la acción penal aduanera pertinente...”¹⁸⁶

De acuerdo con la Sentencia número C-076 del 25 de febrero de 1993 de la Corte Constitucional de Colombia:

El comiso o decomiso opera como una sanción penal ya sea principal o accesoria, en virtud de la cual el autor o copartícipe de un hecho punible pierde en favor del Estado los bienes, objetos o instrumentos con los cuales se cometió la infracción y todas aquellas cosas o valores que provengan de la ejecución del delito, exceptuándose, como es obvio, los derechos que tengan sobre los mismos sujetos pasivos o terceros. Como se advierte la confiscación recae sobre bienes sin ninguna vinculación con las actividades ilícitas, mientras que el comiso o decomiso contempla la pérdida de los bienes vinculados directa o indirectamente con el hecho punible.

Con ello, podemos concluir que el comiso tiene una concepción opuesta a la confiscación. Mientras este constituye una privación de la propiedad en base a un hecho antijurídico o como pena tras haber cometido un delito,¹⁸⁷ la confiscación es una privación arbitraria de la propiedad de un particular por parte del Estado.

3.5.5. Historia de la confiscación en las Constituciones Ecuatorianas

Desde comienzos de la vida como República, el Ecuador ha prohibido la confiscación a través de las diversas Constituciones que han formado parte de su legislación. Por ello, trataremos a continuación, lo que han establecido diversas constituciones del Ecuador sobre la confiscación y la protección del Derecho de la Propiedad.

¹⁸⁶ Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 12. Pág. 3205

¹⁸⁷Cfr., A. RESTREPO Medina, *Protección y limitación constitucional...*, op. cit, pp. 240- 241

La Constitución aprobada el 11 de septiembre de 1830, en el Congreso Constituyente de Riobamba, trataba la prohibición de la confiscación y el respeto a la propiedad privada en dos de sus artículos. El primer artículo es el artículo 61, que señalaba: “Ninguna pena será trascendental a otro que al culpado. Queda abolida la pena de confiscación de bienes, excepto la de comisos y multas en los casos que determine la ley”. (lo subrayado es mío).

El artículo 62 de la Constitución, se enfocaba en la protección del derecho de la propiedad, teniendo que :

Nadie puede ser privado de su propiedad, ni esta aplicada a ningún uso público sin su consentimiento y sin recibir justas compensaciones a juicio de buen varón. Nadie está obligado a prestar servicios personales que no estén prescritos por ley. Todos pueden ejercer libremente cualquier comercio o industria que no se oponga a las buenas costumbres. (lo subrayado es mío)

La Constitución sancionada en 1835, por la Convención reunida en Ambato, incluía el concepto de utilidad pública¹⁸⁸, teniendo en su artículo 96, que: “Queda abolida la pena de confiscación de bienes, y ninguna pena afectará a otro que al culpado. (lo subrayado es mío). Su artículo 97 tenía que:

Ningún ecuatoriano será privado de su propiedad, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad pública, calificada por una ley, exija su uso o enajenación, lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, o se avaluare a juicio de hombres buenos. (lo subrayado es mío)

Continuado con la corriente que prohíbe la confiscación, encontramos la Constitución de 1843, que mencionaba por medio de su artículo 93, que: “Ninguna pena afectará a otro que al culpado, y jamás podrá imponerse la de confiscación de bienes; pero esto no excluye los comisos y las multas legales.” (lo subrayado es mío)

La Constitución de 1906, indicaba en su artículo 27 la prohibición de la confiscación, señalando: “Prohíbese la confiscación de bienes, las torturas y penas infamantes.” Conjuntamente el artículo 26 que trataba sobre los derechos del Estado ecuatoriano, indicaba que se garantiza:

¹⁸⁸ Cfr., D. GUERRA, *El Proceso expropiatorio en el Derecho Municipal...*, op. cit. p.21

El derecho de propiedad. Nadie puede ser privado de sus bienes, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por causa de utilidad pública. En este segundo caso, se indemnizará previamente al propietario, el valor de la cosa expropiada”. (lo subrayado es mío).

La Constitución de 1945, establecía por medio de su artículo 146 que: El Estado garantiza el derecho de propiedad, con las limitaciones que exijan las necesidades sociales, de acuerdo con la ley. Prohíbese toda confiscación.” (lo subrayado es mío)

La Constitución de 1998, resguardaba el derecho de propiedad por medio de su artículo 30, indicando:

La propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía. Deberá procurar el incremento y la redistribución del ingreso, y permitir el acceso de la población a los beneficios de la riqueza y el desarrollo. Se reconocerá y garantizará la propiedad intelectual, en los términos previstos en la ley y de conformidad con los convenios y tratados vigentes. (lo subrayado es mío)

El artículo 33 de esta Constitución, mencionaba la prohibición expresa de confiscación, señalando:

Para fines de orden social determinados en la ley, las instituciones del Estado, mediante el procedimiento y en los plazos que señalen las normas procesales, podrán expropiar, previa justa valoración, pago e indemnización, los bienes que pertenezcan al sector privado. Se prohíbe toda confiscación. (lo subrayado es mío)

La actual Constitución, aprobada en el 2008, ha reiterado la prohibición de la confiscación. El artículo 323 de la Carta Fundamental, expresa:

Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación. (lo subrayado es mío)

De la misma manera, el artículo 446 del COOTAD, que trata sobre la expropiación señala que queda prohibida todo tipo de confiscación.

3.6. La Inconstitucionalidad de la Ordenanza 231

Una de las características que presenta un Estado Constitucional es la protección de los derechos que menciona la Constitución. Por lo tanto, es necesario que todos los actos y hechos realizados dentro del Estado tengan congruencia con la normativa constitucional, caso contrario será necesario expulsarlos por medio de una sentencia del órgano competente que declare la inconstitucionalidad de los mismos.

Es claro que el derecho de propiedad, es un derecho constitucional que se encuentra protegido por la Constitución y por lo tanto es susceptible de aplicación de garantías constitucionales que lo resguarden, en caso de que cualquier norma lo limite o vulnere.

El Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, en su calidad de gobierno autónomo descentralizado que es, forma parte del Estado. Por lo tanto, le corresponde estar subordinado a las disposiciones estatales, de la misma manera en que la normativa que emita a través del Concejo Metropolitano, debe atenerse a las normas Constitucionales. El Municipio del Distrito Metropolitano tiene una prohibición de invalidar por acción u omisión, derechos establecidas en la Constitución, ya que: “(s)erá inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.”¹⁸⁹

Por medio de la aplicación del artículo innumerado de la Ordenanza 231, el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito desconoce el derecho de propiedad del dueño sobre la diferencia o excedente que se da como resultado de la comparación de la superficie real con la declarada en la escritura de venta realizada como cuerpo cierto, pues para este tipo de ventas la transferencia de dominio sobre el inmueble se realiza como una entidad y no de acuerdo a la superficie que detalle la escritura. Por lo tanto, al momento en que el Concejo Metropolitano convierte este excedente en bien mostrenco está realizando un acto confiscatorio, que se encuentra prohibido por la Constitución.

Por lo tanto, el propósito del presente trabajo es que por medio de una acción de inconstitucionalidad presentada ante la Corte Constitucional, se retire del ordenamiento

¹⁸⁹ Constitución del Ecuador, artículo 11 numeral 8

jurídico el artículo innumerado que vulnera el derecho a la propiedad, por constituir un acto confiscatorio.

Frente a la acción de inconstitucionalidad propuesta a través de este trabajo, cabe mencionar que con fecha 7 de febrero del 2011, los señores Patricio Andrés Albuja Jijón y Juan Sebastián Naranjo presentaron una acción de inconstitucionalidad de la Ordenanza 231 ante la Corte Constitucional, la misma que se adjunta al presente trabajo como Anexo 2.

La demanda presentada se basa en que la Ordenanza 231 es confiscatoria y por lo tanto atenta contra el derecho de la propiedad que se encuentra protegido por la Constitución y Tratados Internacionales. El enfoque principal de la demanda es que “la ordenanza es confiscatoria ya que no cumple los requisitos previstos para una expropiación”

La petición realizada por medio de la acción de inconstitucionalidad busca suspender provisionalmente los efectos de la Ordenanza y que se declare la inconstitucionalidad de toda la ordenanza, que a pesar de ser un argumento válido debido a que se analiza el tema confiscatorio de la ordenanza, debería ser más específico en cuanto a determinar que parte se pretende declarar la inconstitucionalidad.

3.6.1. Tipos de inconstitucionalidad

La declaratoria de inconstitucionalidad puede darse por vicios de fondo o por vicios de forma.¹⁹⁰

3.6.1.1. Inconstitucionalidad por vicios de fondo

Este tipo de inconstitucionalidad se presenta cuando el contenido del acto normativo contradice a la Constitución. Un ejemplo de ello es una ley que permita la pena de muerte, tomando en cuenta que la Constitución la prohíbe.¹⁹¹

¹⁹⁰ Cfr., R. OYARTE, *La declaratoria de inconstitucionalidad de actos normativos y actos administrativos*. Revista Judicial Diario La Hora. [en línea][consultado el 19 de enero de 2011] Disponible en: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2756&Itemid=42

3.6.1.2. Inconstitucionalidad por vicios de forma

Este tipo de inconstitucionalidad se da cuando el acto normativo no se dictó conforme al procedimiento de formación previsto en la Constitución, como puede ser el caso de una ley que se aprobó sin la mayoría absoluta de legisladores.¹⁹²

En el caso de la Ordenanza 231, es evidente que la inconstitucionalidad se presenta debido a un vicio de fondo, puesto que el artículo que declara bien mostrenco la diferencia del terreno está realizando una confiscación y frente a ello tenemos que por una parte la Constitución prohíbe de manera expresa la confiscación y por otra garantiza el derecho de la propiedad.

3.6.2. El control constitucional

El control constitucional es “(...)un mecanismo que consiste en verificar si las leyes contradicen a la constitución por el fondo o por la forma, comprende la protección de los derechos fundamentales de la persona consagrados en la constitución.”¹⁹³

El control constitucional es uno de los elementos básicos de un Estado constitucional, ya que por medio de este se garantiza la supremacía constitucional, defendiendo y resguardando los derechos constitucionales.¹⁹⁴

3.6.2.1. Clasificación de los sistemas de control constitucional

A continuación, se tratarán los tipos de control que existen con el fin de determinar cuál es el control que mejor se aplica para resolver la inconstitucionalidad que se origina con la aplicación de la Ordenanza 231.

¹⁹¹ Cfr., R. OYARTE, *La declaratoria de inconstitucionalidad de actos normativos...*, op. cit.

¹⁹² Cfr., Ibid.

¹⁹³ C. TANTALEÁN ODAR, *El Control Difuso como Método de Control Constitucional*, Derecho & Cambio Social, [en línea] [consultado el 20 de enero de 2011] Disponible en: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista004/control.htm>

¹⁹⁴ M. MORALES TOBAR, *Las relaciones entre Poder Judicial y tribunal constitucional a propósito del control represivo de inconstitucionalidad de preceptos legales en Ecuador y los efectos de las sentencias*. Revista Estudios Constitucionales, LibroTecnía Editores, Santiago, 2005, p. 183

Existen cuatro sistemas de control constitucional, a los cuales se les puede clasificar en dos grupos, como se verá a continuación:

3.6.2.1.1. Dependiendo del órgano que ejerza el control:

- a) **Control Difuso**, conocido también como americano, se da cuando el control de la constitucionalidad lo ejerce cualquier juez.¹⁹⁵
- b) **Control Concentrado**, conocido también como europeo, se da cuando el control de la constitucionalidad lo realiza un órgano que ha sido creado específicamente para ejercer esta función¹⁹⁶, como el caso de un Tribunal o una Corte constitucional.¹⁹⁷

Si bien en la doctrina exista la diferencia entre estos dos tipos de control, nos enfocaremos en analizar únicamente el control concentrado, ya que la Constitución vigente eliminó el control difuso.

3.6.2.1.1.1. Control Concentrado

El sistema concentrado de control de la constitucionalidad aparece a principios del siglo XX, con la creación de tribunales constitucionales en Austria en 1920 y Alemania en 1929, bajo los postulados de Hans Kelsen, mismos que desaparecieron debido de la segunda guerra mundial.¹⁹⁸ Sin embargo, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, tanto los textos constitucionales como los tribunales constitucionales recobraron importancia, por medio de un órgano independiente a la función judicial.¹⁹⁹

El sistema de control concentrado de la constitucionalidad surge como consecuencia del principio de supremacía de la Constitución, ya que por ser norma suprema debe prevalecer sobre el resto de normas del ordenamiento jurídico.²⁰⁰ Debido a ello se deslinda que su finalidad es resguardar el principio de regularidad del

¹⁹⁵ J. BENAVIDES ORDÓÑEZ, *Origen y Tipos de control de la constitucionalidad*, Revista Judicial Diario La Hora [en línea] 2009, [consultado el 20 de enero de 2011] Disponible en: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5166&Itemid=426

¹⁹⁶ Cfr., C. TANTALEÁN ODAR, *El Control Difuso como Método...* op. cit.

¹⁹⁷ J. BENAVIDES ORDÓÑEZ, *Origen y Tipos de control de la constitucionalidad...* op. cit.

¹⁹⁸ Cfr., J. BENAVIDES ORDÓÑEZ, *Origen y Tipos de control de la constitucionalidad...* op. cit.

¹⁹⁹ Ibid

²⁰⁰ Cfr., A., BREWER- CARIAS, *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes*, Jurídica Venezolna, 1993, p. 14

ordenamiento jurídico positivo, por medio de la delegación de esta función a un órgano de control que determina la validez y unidad.²⁰¹

La característica más relevante de este sistema de control de la constitucionalidad es la existencia de un único órgano creado específicamente para ejercer el control de la constitucionalidad.²⁰² Respecto de ello cabe recalcar que no es necesario que exista un Tribunal especial, concebido fuera del Poder Judicial, pues es suficiente que se le atribuya esta facultad a un órgano particular, como podría ser la Corte Suprema de Justicia.²⁰³

En el Ecuador, encontramos que varias de sus constituciones han incluido este sistema de control de la constitucionalidad, pudiendo verificarlo en los diversos órganos que se han creado para ejercer este control, como lo son, entre otros : el Consejo de Estado, el Tribunal Constitucional y la Corte Constitucional.

Actualmente, el Ecuador cuenta con la Corte Constitucional como la autoridad competente para cumplir con el control de la constitucionalidad quedando facultada para controlar actos que emanan del poder público en cualquier forma: leyes y otras normas de carácter general, actos administrativos, políticas públicas y autos o sentencias.²⁰⁴ El efecto de la aplicación de este control conlleva la derogación de la norma inconstitucional dejándola sin efecto por medio de la sentencia que dicta la Corte.²⁰⁵

Adicionalmente, cabe señalar que la Corte Constitucional actúa como un legislador negativo puesto que su pronunciamiento de inconstitucionalidad tiene como resultado la derogatoria de la ley, invalidando el acto normativo al expulsarlo del ordenamiento jurídico positivo una vez que la sentencia de inconstitucionalidad se ha publicado en el Registro Oficial.²⁰⁶

²⁰¹ Cfr., M. MORALES TOBAR, *Las relaciones entre Poder Judicial y tribunal constitucional ...*, op. cit, p. 179

²⁰² Cfr., A. BREWER- CARIAS, *El control concentrado de la constitucionalidad...* op. cit., p. 12

²⁰³ Cfr. Ibid

²⁰⁴ Cfr., R. ÁVILA SANTAMARÍA, *Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia...*, op. cit, pp.22-23

²⁰⁵ Cfr., C. TANTALEÁN ODAR, *El Control Difuso como Método de Control Constitucional...* op. cit.

²⁰⁶ Cfr., R. OYARTE, *La declaratoria de inconstitucionalidad de actos normativos...* op. cit.

3.6.2.1.2. Dependiendo del tipo de control que se realice:

- a) **Control Concreto**, como su nombre lo expresa este tipo de control se ejerce al momento de tratar un caso singular, por ejemplo, cuando se interpone una acción de protección.²⁰⁷
- b) **Control Abstracto**, tiene como finalidad precautelar que la normativa no contradiga lo que establece la Constitución. Un ejemplo de ello es una ley inconstitucional en cuyo caso se aplicará una acción pública de inconstitucionalidad.²⁰⁸

3.6.2.1.2.1. Control Abstracto

El control abstracto de la constitucionalidad “(c)omprende el examen de las omisiones normativas, cuando los órganos competentes omiten un deber claro y concreto de desarrollar normativamente los preceptos constitucionales.”²⁰⁹ La finalidad de este control es el “(g)arantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico.”²¹⁰

Por lo tanto, el control abstracto de constitucionalidad se da cuando,

uno o más jueces constitucionales se encargan de confrontar las normas jurídicas con el texto constitucional, con el objeto de determinar las posibles incompatibilidades normativas y eliminar del sistema jurídico aquellas disposiciones que resulten contrarias a la Constitución Política.²¹¹

Lo que se busca por medio de la aplicación de este control no es la suspensión de una norma sino la expulsión del orden jurídico una vez verificada su incompatibilidad con la Constitución,²¹² así establece la Constitución, donde reitera que el efecto de la

²⁰⁷ Cfr., J. BENAVIDES ORDÓÑEZ, *Origen y Tipos de control de la constitucionalidad...* op. cit.

²⁰⁸ Cfr., Ibid

²⁰⁹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccional y Control Constitucional, artículo 128

²¹⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccional y Control Constitucional, artículo 74

²¹¹ C. ESCOBAR GARCÍA, *Del tribunal a la Corte ¿Tránsito hacia una nueva justicia?* En: ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO, *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p.338

²¹² Cfr., A. GRIJALVA JIMÉNEZ, *Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional*, En: ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO y otros, *Desafíos constitucionales La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p.263

acción pública de inconstitucionalidad es la “invalidez del acto normativo impugnado”²¹³

A partir de la publicación de la Constitución del 2008 en el Ecuador, podemos mencionar que el control abstracto de constitucionalidad presenta las siguientes directrices:

- Se concede la acción pública de constitucionalidad.
- Se pasa de un sistema concentrado a uno semi-concentrado de constitucionalidad, en el que la Corte mantiene el control sobre las normas con fuerza de ley y sobre los actos administrativos con carácter general, mientras que la jurisdicción de lo contencioso administrativo controla la constitucionalidad de las demás normas del sistema jurídico.
- El control de constitucionalidad debe ser activado a través de una acción de inconstitucionalidad.
- Por regla general el control de constitucionalidad es posterior a la expedición de la norma en cuestión, salvo en el caso de las objeciones presidenciales por inconstitucionalidad, los tratados internacionales que requieren de aprobación legislativa y las convocatorias a consultas populares.²¹⁴

La acción popular del control abstracto de la constitucionalidad se evidencia en el artículo 440 de la Constitución que indica “las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente” esto se da ya que “la constitucionalidad del sistema jurídico constituye un asunto de interés público en el que todo ciudadano tiene el derecho y el debe intervenir”²¹⁵

Para el caso de la inconstitucionalidad de la Ordenanza 231, será necesario aplicar el control abstracto de la constitucionalidad, para lograr que la Corte Constitucional analice el artículo de carácter confiscatorio de la Ordenanza 231, lo confronte con la Constitución y así determine su incompatibilidad. Por lo tanto, se invalidará el acto normativo y de esta manera se eliminará del sistema normativo.²¹⁶

²¹³ Art. 436 N 2 Constitución

²¹⁴ C. ESCOBAR GARCÍA, *Del tribunal a la Corte ¿Tránsito hacia una nueva justicia?* En: ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO, *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p.306

²¹⁵ C. ESCOBAR GARCÍA, *Del tribunal a la Corte ...*, op. cit, p.312

²¹⁶Cfr., C. ESCOBAR GARCÍA, *Del tribunal a la Corte ...*, op. cit, p.338

3.6.2.1.3. Sistemas mixtos de control

Los sistemas descritos anteriormente, no son incompatibles entre sí, es por ello que muchas veces encontramos sistemas mixtos. Estos consisten en el control de la Constitucionalidad tanto por un órgano especializado, que puede ser una Corte o un Tribunal constitucional como por jueces ordinarios.²¹⁷

De cierta manera podría decirse, que el Ecuador presenta un sistema mixto, pues el artículo 428 de la Constitución, faculta a los jueces y a la Corte Constitucional el control de la constitucionalidad. Sin embargo, de acuerdo a la opinión de varios doctrinarios no podría considerarse al sistema ecuatoriano como un sistema mixto pues los jueces no tienen la facultad de derogar la ley, pues su único deber es el remitir la ley que consideren inconstitucional a la Corte Constitucional para que a su vez ésta determine la inconstitucionalidad, invalidando la norma por medio de una sentencia y generando consecuencias “*erga omnes*”.²¹⁸

²¹⁷ Cfr., J. BENAVIDES ORDÓÑEZ, *Origen y Tipos de control de la constitucionalidad...*, op.cit.

²¹⁸ Cfr., H. LA ROCHE, *El Control difuso de la Constitucionalidad de las Leyes en Venezuela*, En: Fix Sambudio, *Liber Amicorum*, Héctor, Corte Interamericana de Derechos Humanos , Costa Rica, 1998 , pp. 924-926

CONCLUSIONES

1. Los principios de descentralización y autonomía tienen como finalidad que el Estado consiga una mayor eficiencia en la organización interna,²¹⁹ delegando determinadas responsabilidades a los gobiernos autónomos descentralizados.

La descentralización se cumple en función de mandatos constitucionales, que determinan las facultades que les son atribuidas a los gobiernos autónomos descentralizados, teniendo que estas entidades deben poseer suficiente autonomía para cumplir a cabalidad las atribuciones que se les han sido encargadas.

La Constitución ha delegado facultades particulares al Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, es su calidad de gobierno autónomo descentralizado comprendido dentro del régimen especial, permitiéndole emitir normativa de carácter obligatorio para sus administrados. Sin embargo, la autonomía que presenta el tiene como límite la ley y la Constitución.²²⁰

²¹⁹ Cfr., M. SUAZO ÁLVAREZ, *Derecho Administrativo...*, op. cit, p. 17

²²⁰ Cfr., J. LARREA HOLGUÍN, *Derecho Constitucional...*, op. cit, p. 236

El origen del Municipio presenta dos teorías: por una parte la ius naturalista, que sostiene que el Municipio es una entidad natural anterior al Estado²²¹ y por otra parte la privatista, que sostiene que el municipio tiene su nacimiento en el Estado pues la Constitución lo incluye dentro de su parte orgánica. La tesis privatista sustenta la validez de los actos Municipales ya que son consecuencia del orden jurídico general que rige para todo el Estado²²², por ella se desprende que el Derecho Municipal sea parte del Derecho Administrativo y Constitucional.

Una rama importante del Derecho Municipal comprende la normativa que emite el Municipio, ésta se expresa por medio de ordenanzas, acuerdos y resoluciones, que constituyen normas de carácter general aplicables dentro de su circunscripción territorial.²²³

Una ordenanza es el producto de los actos decisorios de la Corporación Municipal que posee fuerza obligatoria para los miembros de la comunidad,²²⁴ la misma que debe regirse bajo los mandatos constitucionales.

La Constitución, como base del ordenamiento jurídico cumple con un papel regulador y de unificación.²²⁵ El artículo 424 de este cuerpo normativo sustenta la supremacía de la Carta Magna, declarando que toda norma o acto debe tener congruencia con sus disposiciones, pues de no serlo así, éstos carecerían de eficacia jurídica. Por lo tanto, una ordenanza debe guardar estricta sujeción, armonía y homogeneidad con la Constitución.²²⁶

Con relación al análisis de la constitucionalidad de la Ordenanza 231, debe destacarse que la inconstitucionalidad planteada se enfoca en el artículo innumerado que incorpora la diferencia de la superficie dentro del patrimonio municipal, en los casos en que la venta de un inmueble se ha realizado como cuerpo cierto,

²²¹Cfr., S. VALENCIA, *Derecho Municipa...*, op. cit, p. 21

²²² Cfr., Ibid.

²²³ Artículo 7 del COOTAD

²²⁴ Cfr., E. IZAGUIRRE VÉLEZ, *La expropiación en el Derecho Municipal ...*, op. cit, pp. 16-29

²²⁵ Cfr., T. GARCÍA PONCE, *La fuerza normativa de la carta fundamental...*, op. cit.

²²⁶ Cfr., Ibid

desconociendo el derecho de propiedad del titular que consta como propietario dentro de la escritura de compraventa.

La Ordenanza 231 está compuesta por 2 partes, la primera trata sobre las causas que motivan las diferencias de superficies de terreno urbano, y la segunda comprende los procedimientos para solucionar las diferencias en la superficie. Si bien, es importante conocer las posibles causas por las que se puede presentar una diferencia en la superficie del terreno, estos artículos son simplemente enunciativos ya que no otorgan ni quitan derechos.

De conformidad con lo que establece la Ordenanza 231, existen dos tipos de diferencias que pueden presentarse dentro de la superficie de un inmueble, la primera se da en caso de que el terreno presente un excedente y la segunda en caso de que al terreno le falte superficie para completar la cabida que posee la escritura.

Para los casos en que exista un excedente, será necesario determinar la diferencia comparando el área del terreno establecida en la escritura de venta como cuerpo cierto con la superficie real sustentada en un levantamiento planimétrico. Una vez realizada esta comparación, se tendrá que el excedente que supere el diez por ciento de la superficie que declarada en la escritura deberá ser declarado como bien mostrenco por parte del Concejo Metropolitano, incorporándolo con ésta declaratoria al patrimonio municipal. Frente a ello, cabe recalcar que para el inmueble de terreno vendido como cuerpo cierto, no hay razón para declarar bien mostrenco la diferencia, siempre que el inmueble esté comprendido dentro de lo que se detalla en los linderos de la compraventa.

Conjuntamente, se detalla el proceso que ha de emplearse para aclarar la diferencia que surge en los casos en que la superficie real posea un área menor al diez por ciento del total de la superficie declarada en la escritura de venta como cuerpo cierto. Para ello será necesario un informe técnico por parte del Municipio, el mismo que se elevará a la comisión respectiva para su conocimiento y solicitará los informes legales correspondientes, con el fin de determinar la diferencia y proceder a aclarar la superficie real.

Para el caso en que se pretende aclarar los datos de la superficie cuando presenta un área inferior a la declarada, no constituye un hecho confiscatorio, pues en este caso el Municipio está aclarando con la superficie real del inmueble, los datos que posee el catastro Municipal, sin afectar de modo alguno el derecho de propiedad.

2. La tradición, constituye uno de los modos de adquirir el dominio que detalla el Código Civil, este modo necesita de un título que lo justifique. La compraventa constituye uno de los títulos de la tradición, que se analiza en el caso presente debido a que para determinar la diferencia de la superficie del terreno, la Ordenanza 231 toma en cuenta la superficie real comparada con superficie de la escritura de compraventa realizada como cuerpo cierto.

El Estado garantiza a través de la Constitución la libertad de contratación, fundada en el principio de autonomía de la libertad. Por ello, el acuerdo al que lleguen las partes dentro de un contrato constituye ley para las partes y a su vez terceros están obligados a respetar lo que se ha pactado, incluyéndose dentro de este último grupo al Estado.

Para el caso de inmuebles existen distintas modalidades que pueden pactarse para realizar la venta de ellos, entre estas encontramos que la venta de un inmueble puede realizarse en función de su cabida o como cuerpo cierto, teniendo para cada caso efectos distintos. El artículo 1771 del Código Civil detalla estas modalidades de venta, sin embargo, debido a que el artículo menciona expresamente “predio rústico” se han creado debates sobre su aplicación.

Un predio rústico se diferencia de un predio urbano en base a dos criterios. El primer criterio se funda en la ubicación del inmueble, por lo cual, se entiende que un predio es rústico o urbano, de acuerdo al lugar en que éste se encuentre ubicado. El segundo criterio empleado es el destino de este, es decir, se comprenderá predio rústico o urbano si el inmueble se encuentra construido o es destinado para cultivo o simplemente no se encuentra construido.

Ahora bien el artículo 1771 del Código Civil presenta dos tendencias relacionadas con su aplicación. La primera considera que este artículo tiene aplicación exclusiva para predios rústicos, por el hecho de que el Código lo menciona expresamente, mientras que la segunda tendencia considera que la venta por cabida podrá pactarse tanto para predios urbanos como para predios rústicos, pues no existe un motivo para pretender que su aplicación sea dirigida exclusivamente para predios rústicos. La jurisprudencia nacional se ha guiado bajo esta última tendencia señalando que la venta de un predio sea rústico o urbano, puede hacerse por su cabida, sin embargo, menciona que los efectos de su aplicación serán distintos para cada caso.

La venta de un inmueble realizada en función de su cabida genera dos consecuencias. La primera se da en caso de que la superficie del inmueble sea mayor a la declarada en el contrato, de lo cual se desprenden dos acciones para el vendedor: el subir proporcionalmente el precio en función del excedente, siempre que sea hasta un máximo del diez por ciento; o en caso de superar este porcentaje de precio, podrán las partes desistir de este contrato. La segunda es que la superficie del inmueble sea menor que la declarada, en cuyo caso deberá completarse la superficie que falte y en caso de no poder hacerlo disminuir proporcionalmente el precio del inmueble, hasta un máximo del diez por ciento del precio original, caso contrario, si supera este porcentaje podrá el comprador desistir del contrato.

Por otra parte, encontramos la venta de un inmueble realizada como cuerpo cierto, en la cual se realiza la venta del inmueble como una entidad, en función de los linderos que determine la escritura; debido a ello, la cabida del predio queda en un segundo plano dentro de este tipo de venta. La venta como cuerpo cierto constituye la regla general cuando se realiza una venta de un inmueble, es decir, si no se pacta expresamente que la venta se entenderá realizará por la cabida se tendrá que la venta se ha realizado como cuerpo cierto.

El efecto principal que se desprenden por la venta de un inmueble como cuerpo es que ninguna de las partes contratantes podrá exigir la rebaja o aumento del precio pactado.

En razón de lo expuesto, al pactar la venta de un inmueble por la cabida prevalece en la escritura la superficie que detalla el contrato, con lo cual el Municipio se encontraría facultado para declarar bien mostrenco la diferencia, siempre que ésta no posea otro propietario pues de lo contrario, continuaría siendo una acción confiscatoria.

Por lo tanto, el único caso en que el Municipio se vería facultado para incluir la diferencia dentro del patrimonio municipal sería cuando el terreno nunca hubiese tenido un propietario, ya que de esta manera el Municipio estaría solucionando la condición de propiedad sobre el excedente, estableciendo un procedimiento para cumplir con el artículo 605 del Código Civil.

En razón de ello, la Ordenanza Municipal 231 debe detallar como proceder para el caso en que la escritura de venta se haya pactado por cabida y diferenciarla de aquella realizada como cuerpo cierto.

3. Dentro de un estado constitucional se protegen los derechos indicados en la Constitución, la Corte Constitucional como órgano competente para controlar la constitucionalidad tiene como deber garantizar el cumplimiento de los derechos mencionados en ésta. A pesar de este deber, en los últimos años la Corte Constitucional ha dictado sentencias que han dado lugar a confusión sobre la protección de los derechos constitucionales debido a que expresan indistintamente conceptos como derechos fundamentales, derechos humanos y derechos constitucionales.

El modelo neoconstitucionalista que se implementó con la Constitución del 2008 trajo consigo la unificación en cuanto al rango jerárquico de los derechos constitucionales, en razón del cual no hace falta distinguir los derechos que menciona la Constitución en distintos grados, como se tenía con la Constitución del 1998. En la

actualidad, debido a que todos los derechos constitucionales presentan un mismo rango de protección, en caso de existir un conflicto estos derechos, debe hacerse una ponderación para determinar cuál es más susceptible de protección.

Si bien los derechos constitucionales presentan un mismo concepto, y no hace falta distinguir diferentes rangos entre los derechos que menciona la Constitución, la Corte ha realizado un análisis sobre el concepto estructuralista de los derechos fundamentales para desconocer la acción de protección en casos que tratan sobre el derecho a la propiedad.

Para comprender el concepto estructuralista, es necesario conocer que doctrinariamente existen cuatro definiciones distintas sobre los derechos fundamentales, teniendo entre ellas: la iusnaturalista, la positivista, la historicista y la estructuralista.²²⁷ Esta última categoría, que posee una definición teórica sobre los derechos fundamentales menciona que los derechos constitucionales presentan características particulares, como: la inaliabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad e interdependencia²²⁸; la Corte Constitucional se ha valido de estas características para desconocer a los derechos patrimoniales de la protección constitucional.

El derecho a la propiedad, es un derecho inminentemente constitucional, por lo tanto, susceptible de aplicar una acción de inconstitucionalidad en caso de que se vea vulnerado. Algunos de los fallos que tenido la Corte Constitucional relacionados con el derechos de propiedad, han desconociendo su característica de derecho constitucional, basándose en la teoría estructuralista de los derechos fundamentales. Sin embargo, el criterio que ha tomado la Corte no tiene un sustento suficiente para determinar que la propiedad no es un derecho constitucional ya que la Constitución lo reconoce de manera expresa.

²²⁷ Cfr., F. SIMON CAMPAÑA, *La noción "derechos fundamentales"...* op. cit, p. 17

²²⁸ Cfr., R. ÁVILA SANTAMARÍA, *Los principios de aplicación de los derechos...*, op. cit, p.60

Ahora bien, es necesario conocer que el derecho de la propiedad no posee únicamente protección constitucional sino que se encuentra protegido por Tratados Internacionales. Frente a ello, debe recalcar que la Constitución del Ecuador ha otorgado a los derechos reconocidos por Tratados internacionales que tratan sobre Derechos Humanos, un rango jerárquico similar al de la Carta Fundamental, teniendo que estos derechos poseen aplicación y cumplimiento inmediato y prevalecen sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Existen distintos instrumentos internacionales que resguardan el derecho a la propiedad, encontrando entre ellos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relacionado a este encontramos jurisprudencia de la Corte Interamericana, por la cual se protege el Derecho a la Propiedad. El caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, es uno de los casos más relevantes, por el cual la Corte dictó sentencia declarando que se había violado el derecho a la propiedad privada consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²²⁹

Conjuntamente, con la protección del derecho a la propiedad encontramos que la Constitución prohíbe la confiscación por medio de su artículo 323. Sin embargo, el artículo innumerado de la Ordenanza 231, que transforma en bien mostrenco la diferencia del inmueble realiza un acto confiscatorio, pues el Municipio del Distrito Metropolitano toma la propiedad sobre la diferencia sin otorgar una compensación al titular del derecho de propiedad.²³⁰

Habiendo identificado que la Ordenanza 231 posee una norma inconstitucional, será necesario presentar una acción de inconstitucionalidad para garantizar con ella el principio de supremacía constitucional y la protección del derecho a la propiedad. Esta acción deberá presentarse ante la Corte Constitucional, por ser el órgano competente, para cumplir con el control de la constitucionalidad, buscando la derogación de la

²²⁹ Cfr. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008, Serie C No. 179, punto resolutive 2.

²³⁰Cfr., J. NEIRA, *La Confiscación...* op. cit.

norma inconstitucional para dejarla sin efecto por medio de la sentencia que dicta la Corte.

Adicionalmente, la inconstitucionalidad de la Ordenanza 231, deberá guiarse por el control abstracto de la constitucionalidad con el fin de garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas que se dan por la aplicación del artículo innumerado de la Ordenanza 231, que posee carácter confiscatorio, buscando la expulsión del ordenamiento jurídico una vez verificada su incompatibilidad con la Constitución.²³¹

²³¹ Cfr., A. GRIJALVA JIMÉNEZ, *Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional...*, op. cit, p.263

BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI, ARTURO, *De los contratos*, Jurídica de Chile, Santiago, 199-

ARIAS MANZANO, TANIA, *Hacia un nuevo ordenamiento territorial?* En: Ávila Santamaría Ramiro et al, *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. V& M Gráficas, Quito, 2008

ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO, *Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia*, En: ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO, *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008

ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO, *Los principios de aplicación de los derechos*, En: ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO, *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008

BENALCÁZAR, JUAN CARLOS, *El Derecho de Propiedad en la Constitución Ecuatoriana*, Revista Judicial Diario La Hora, [consultado el 2 de febrero de 2011] Disponible en: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2613&Itemid=426

BENAVIDES ORDÓÑEZ, JORGE, *Origen y Tipos de control de la constitucionalidad*, Revista Judicial Diario La Hora [en línea] 2009, [consultado el 20 de enero de 2011] Disponible en: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5166&Itemid=426

BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ, *Los principales contratos civiles y comerciales*, 14^a ed., Ediciones Librería Profesional, Bogotá, 2000

BREWER- CARIAS, ALLAN, *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes*, Jurídica Venezolana, 1993

BULIT G, ENRIQUE, *Autonomía o autarquía de los municipios sobre las implicancias tributarias de un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, En: LASCANO, MARCELO, *Impuestos Doctrinas Fundamentales 1942- 2002*, Fedye, Buenos Aires, 2002

CAMACHO AZULA, JAIME, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Tomo III, 2^a ed., Temis, Bogotá, 1993

CASTOPE CERQUÍN, LORENZO, Nuevos límites de la libertad contractual, *Revista jurídica Cajamarca*, [en línea] [fecha de consulta: 22 diciembre 2010], Disponible en: <http://www.galeon.com/donaires/REVISTA6/libertad.htm>

CORONADO, MARIANO, *Elementos de Derecho Constitucional Mexicano* 2ª. ed. Escuela de Artes y Oficios del Estado, Guadalajara, 1899

CORREA QUEZADA, LILIANA, *Derecho Constitucional Guía didáctica*, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja. 2009, [fecha de consulta: 15 enero 2011] Disponible en: <http://www.utpl.edu.ec/eva/descargas/material/184/G10104.pdf>

DROMI, ROBERTO, *Derecho Administrativo*, 10ª ed., Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004.

ESCOBAR GARCÍA, CLAUDIO, *Del tribunal a la Corte ¿Tránsito hacia una nueva justicia?* En: ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO, *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008

FLORES AGUIRRE, XAVIER, *Las Relaciones Internacionales en la Constitución del 2008*, En: Ávila Santamaría Ramiro et al, *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. V& M Gráficas, Quito, 2008

GARCÍA BERNI, AÍDA, *El control difuso de la constitucionalidad* Disponible en: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2687&Itemid=426

GARCÍA PONCE, TEMISTOCLES, “La fuerza normativa de la carta fundamental”, *Revista Judicial Diario La Hora*. Disponible en: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2801&Itemid=426

GORDILLO AUGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998

GRIJALVA JIMÉNEZ, AGUSTÍN, *Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional*, En: ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO y otros, *Desafíos constitucionales La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008

GUERRA, DIEGO, *El Proceso expropiatorio en el Derecho Municipal Ecuatoriano*, Procuraduría del Distrito Metropolitano de Quito, Quito, 1995

GUTIERREZ CAMACHO, WALTER, *La Constitución Comentada Análisis artículo por artículo*, Gaceta Jurídica S.A, Lima, 2005

GUZMÁN CARRASCO, *Los Derechos Humanos*, Tomo I, Prodedim, Quito, 2010

HIDALGO LÓPEZ, LUIS, Tierras urbanas que carecen de dueño. LEXIS [en línea] enero 2010 [fecha de consulta: 20 Diciembre 2010]. Disponible en: <http://www.lexis.com.ec/lexis/Novedades/DocsEditoriales/2010/Tierras%20urbanas%20que%20carecen%20de%20due%C3%B1o.htm> 28 de enero de 2010

IZAGUIRRE VÉLEZ, EDMUNDO, *La expropiación en el Derecho Municipal Ecuatoriano*, Departamento de publicaciones de la Universidad de Guayaquil, Guayaquil, 1976

KELSEN, HANS, *Teoría general de las normas*, Trillas, México, 1994

LA ROCHE, HUMBERTO, *El Control difuso de la Constitucionalidad de las Leyes en Venezuela*, En: Fix Sambudio, *Liber Amicorum*, Héctor, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, 1998

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Elementos de Derecho Civil*. Tomo II. José María Bosch, S.A., Barcelona, 1986

LARREA HOLGUÍN, JUAN, *Derecho Civil del Ecuador* 4ª ed., Los Bienes y la Posesión, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1986

LARREA HOLGUÍN, JUAN, *Derecho Civil del Ecuador*, Tomo XII, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2001

LARREA HOLGUÍN, JUAN, *Derecho Constitucional*, 6ª ed., Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2000

LINARES, JUAN FRANCISCO, *Derecho Administrativo y funciones Estatales*, Astrea, Buenos Aires, 1986

LÓPEZ JÁCOME, LUIS HERNÁN, *El proceso expropiatorio previa declaratoria de utilidad pública o interés social en los gobiernos municipales*, Tesis (Maestría en Derecho Procesal) Universidad Andina, Quito, 2003

MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, *Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional*, En: ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO y otros, *Desafíos constitucionales La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008

MESSINEO, FRANCESCO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Jurídicas Europa- América, 1955

MORALES TOBAR, MARCO, *Las relaciones entre Poder Judicial y tribunal constitucional a propósito del control represivo de inconstitucionalidad de preceptos legales en Ecuador y los efectos de las sentencias*. Revista Estudios Constitucionales, LibroTecnica, Santiago, 2005

MORALES TOBAR, MARCO, *Actualidad de la Justicia Constitucional en el Ecuador*, Revista Judicial Diario La hora [en línea][consultado el 19 de enero de 2011] Disponible en:http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2738&Itemid=426

OSPINA F. GUILLERMO Y OSPINA A. EDUARDO, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 6a ed., Temis, Bogotá, 2000

OYARTE, RAFAEL, *La declaratoria de inconstitucionalidad de actos normativos y actos administrativos*. Revista Judicial Diario La Hora. [en línea][consultado el 19 de enero de 2011] Disponible en:
http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2756&Itemid=426

PALACIOS ROMEO, FRANCISCO, *Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la Daseinsvorsorge al Sumak Kawsay*, En: ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO y otros, *Desafíos constitucionales La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2000

PARRAGUEZ RUIZ, LUIS, *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Derechos Reales*, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, 2005

PÉREZ, EFRAÍN, *Manual de Derecho Administrativo*, Talleres CEP Quito, 2008

PLANIOL Y RIPER, *Tratado elemental de Derecho Civil*, 2ª. ed., Cárdenas, México, 1991

QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *Derecho constitucional latinoamericano*, UNAM, México, 1991

RENDÓN HUERTA, TERESITA, *Derecho Municipal*. 2ª. ed. Porrúa, México, 1995

SANTAOLALLA LÓPEZ, FERNANDO, *Derecho Constitucional*, Dickinson, Madrid, 2004

SILVA BARROILHET, PAULA, Autonomía de la voluntad, contratación electrónica y protección del consumidor, *Revista Chilena de Derecho Informático*, [en línea]Diciembre 2003, No.3, pp.113-137 [fecha de consulta: 20 diciembre 2010]Disponible en:
http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_completo/0,1492,SCID%253D14333%2526ISID%253D507,00.html

SIMON CAMPAÑA, FARITH, *La noción “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana*, Iuris Dictio, (13) septiembre 2010

SUAZO ÁLVAREZ, MAURICIO, *Derecho Administrativo*, Universidad de Playa Ancha, Valparaíso, 2008.

TANTALEÁN ODAR, CHRISTIAN, *El Control Difuso como Método de Control Constitucional*, Derecho & Cambio Social, [en línea] [consultado el 20 de enero de 2011] Disponible en: <http://www.derechocambiosocial.com/revista004/control.htm>

VALENCIA C., SALVADOR, *Derecho Municipal*, Porrúa, México D.F., 2003

VALENCIA ZEA, ARTURO Y ÁLVARO ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, 14ª. ed., Temis, Bogotá, 1997

VALENCIA ZEA, ARTURO, *Derecho Civil, De los contratos*, Tomo IV, Temis Bogotá, 1980

VELÁSQUEZ, JARAMILLO LUIS, *Bienes*, Nomos S.A., Bogotá, 1996

VELÁZQUEZ BAQUERIZO, ERNESTO, “El Estatuto De Control Constitucional”, *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, pp. 70-71 [fecha de consulta: 15 enero 2011] Disponible en: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=230&Itemid=29

ZAMBRANO ÁLVAREZ, DIEGO, *El rol determinante del Estado en materia de Derechos Humanos*, Revista Jurídica Diario LaHora [consultado el 31 de enero de 2011] Disponible en: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4567&Itemid=426