



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESCUELA DE DERECHO

TEMA: “Límites de la Propiedad Inmobiliaria y el Registro de la Propiedad en la
Constitución del 2008”

Tesis Previa a la Obtención del Título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la
República del Ecuador

ALUMNO:

Juan Carlos Pacheco Prado

DIRECTOR:

Dr. Remigio Auquilla Lucero

Cuenca, Ecuador

2009

DEDICATORIA

El presente trabajo de graduación se lo dedico a mi amada esposa Irma que ha sabido brindarme su amor, apoyo y comprensión en la realización del mismo. Su forma de afrontar la vida y su personalidad me inspira y otorga felicidad.

A mis padres, hermanos, a mi cuñada y sobrina que con su comprensión y afecto han sido un importante apoyo en mi vida.

Finalmente, a mi primo Hugo, al que extraño todos los días. Su recuerdo y afecto perdurarán por siempre en el corazón de quienes lo estimamos.

AGRADECIMIENTOS

Dejo expresa constancia de mis agradecimientos a mi profesor y Director de Tesis, Dr. Remigio Auquilla, por su apoyo y guía para el desarrollo de este trabajo de graduación.

Además, a todos mis profesores de la facultad de Ciencias Jurídicas de la Escuela de Derecho de la Universidad del Azuay por sus sabias enseñanzas que espero aplicarlas en el ejercicio profesional.

A mi padre Dr. Juan Pacheco Barros por todo su apoyo y ayuda en el desarrollo de este trabajo.

A mi madre Lcda. Yolanda Prado Izquierdo por su amor, ternura y apoyo incondicionales.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTOS	iii
RESUMEN	vi
ABSTRACT	vii
INTRODUCCIÓN:	1

CAPÍTULO 1: ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN LAS CONSTITUCIONES _ 3

1.1 La propiedad inmobiliaria en las constituciones	4
1.1.1 La propiedad en las constituciones ecuatorianas	5
1.1.2 Las garantías a la propiedad en las tres últimas constituciones del Ecuador	11
1.1.3 Las afecciones a la propiedad y su regulación	16
1.1.4 Límites de la propiedad inmobiliaria	24
1.1.5 El Registro de la Propiedad, funciones, estructura	31
1.2 Tipos de propiedad inmobiliaria en la actual Constitución	48
1.2.1 La propiedad pública	51
1.2.2 La propiedad privada	59
1.2.3 La propiedad comunitaria	63
1.2.4 La propiedad estatal	70
1.2.5 La propiedad asociativa	78
1.2.6 La propiedad cooperativa	82
1.2.7 La propiedad mixta	88

CAPÍTULO 2: CONTENIDO DE LA PROBLEMÁTICA	92
2.1 Los límites de la propiedad inmobiliaria en la Constitución vigente	93
2.1.1 Análisis de la normativa vigente con los nuevos textos constitucionales. Impacto en la legislación secundaria	100
2.1.2 Las competencias municipales en la propiedad urbana y rural	105
2.1.3 Los catastros municipales	112
2.1.4 Las propiedades no titularizadas	119
2.1.5 La función notarial y registral en la propiedad inmobiliaria	127
CAPÍTULO 3: EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD	135
3.1 El sistema público del Registro de la Propiedad	136
3.1.1 Competencias concurrentes entre el municipio y el poder ejecutivo	141
3.1.2 Modelo general a implementarse	149
3.1.3 Análisis de los debates en la Asamblea Constituyente sobre el Registro de la Propiedad	160
3.1.4 Efectos actuales producidos en el Registro de la Propiedad en Cuenca	167
3.1.5 Análisis y Comentario de un caso práctico	172
CONCLUSIONES	180
RECOMENDACIONES	183
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	184
REFERENCIAS LEGALES	185
REFERENCIAS DE INTERNET	186

RESUMEN

Las variantes impuestas por el nuevo texto constitucional del Ecuador, relativas a los límites de la propiedad, sus tipos y el Registro de la Propiedad han motivado el desarrollo del presente trabajo. Es necesario entender el nuevo marco constitucional que los rige para dimensionar desde el punto de vista jurídico el grado de cumplimiento de una serie de derechos.

A la propiedad inmobiliaria, la Constitución actual le impone la obligación de cumplir una función y responsabilidad social y ambiental. Además, el Registro de la Propiedad pasa a ser una dependencia pública administrada concurrentemente por el Municipio y la Función Ejecutiva.

ABSTRACT

The variables imposed by the new constitutional text of Ecuador relating to the limits of property, their kinds and the Property Registration have motivated the development of this project. It is necessary to understand the new constitutional framework that governs them in order to measure from the juridical point of view the degree of compliance of a series of rights.

The current Constitution imposes upon real estate the obligation of fulfilling a social and environmental function and responsibility. Furthermore, the Property Registry becomes a public organization administrated by both the Municipality and the Executive Function.



A handwritten signature in black ink, consisting of stylized initials and a surname, enclosed within an oval shape.

INTRODUCCIÓN:

La sociedad ecuatoriana, en la actualidad, es testigo de un continuo y progresivo proceso de reforma de varias instituciones y cuerpos legales. En un panorama político donde el gobierno tiene amplitud de acción, dado el número de asambleístas con los que cuenta en la Asamblea Nacional, se vienen implementando una serie de variaciones. De particular interés, dado la importancia que revisten, son las normas constitucionales que implementan variantes con relación a la propiedad y al Registro de la Propiedad.

La propiedad es un derecho fundamental de la persona, amparado por diversos instrumentos jurídicos nacionales e internacionales. En nuestro país ha sido protegido y constitucionalmente garantizado en prácticamente todas las constituciones que han regido, obviamente, con un tratamiento distinto. En la actual Carta Magna, de la misma manera, el derecho de propiedad está reconocido, pero, además se le impone la obligación de cumplir una función y responsabilidad social y ambiental. Esta obligación se le impone a todo tipo de propiedad, incluida la inmobiliaria. Es de particular interés por las aspiraciones de un segmento poblacional el acceder a la propiedad. De hecho, se podría generar un enfrentamiento serio entre los propietarios de extensas zonas de tierras, principalmente rurales, y aquellas personas de escasos recursos económicos que pretenden acceder a la propiedad inmobiliaria.

Igualmente, el Registro de la Propiedad ha sufrido un sustancial cambio según lo que establece el Art. 265 de la Constitución; se lo concibe como un servicio público más; este cambio implicará la implementación de un nuevo sistema: el sistema público del registro de la propiedad.

Con los planteamientos expuestos, el presente trabajo tiene la finalidad de cumplir los siguientes objetivos:

- Analizar la protección a la propiedad inmobiliaria en las diferentes constituciones que han regido el país a partir de la dolarización.

- Determinar el procedimiento y grado de cumplimiento de principios constitucionales y legales de la propiedad, sus límites, ante la vigencia de la nueva Constitución.
- Analizar la normativa constitucional aplicable relacionada con el tema, sus objetivos, políticas, distorsiones y desigualdades que deben prevenirse y regularse.
- Proponer conclusiones, reflexiones y quizá recomendaciones para dimensionar desde el punto de vista jurídico, los límites de la propiedad y el papel del Registro de la Propiedad en una nueva cultura de la democracia participativa para comprender la nueva visión; amortiguar los conflictos de clases sociales, y, reconocer el momento histórico que vive el Ecuador.

CAPÍTULO 1: ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN LAS CONSTITUCIONES

La crisis económica que afecta al mundo globalizado es la peor desde la gran depresión de los años treinta afirman algunos analistas económicos; la misma se inició en las postrimerías del gobierno del Presidente George W. Bush, en los Estados Unidos de América y afecta las economías de todos los países. La crisis financiera, sobre todo la bancaria, unida a la crisis inmobiliaria han sacudido los cimientos de las economías más desarrolladas del planeta. El Ecuador, como parte de la comunidad internacional, sufre también las consecuencias de la crisis que puede superarse o agudizarse dependiendo del manejo económico y político que sepan dar los gobernantes, a la cabeza y con un gran liderazgo, el Presidente Rafael Correa.

Son tiempos de la vigencia de una nueva Constitución y una confrontación electoral que fue ganada en una sola vuelta por el actual gobernante. No por ello se vuelve fácil analizar el tratamiento que el marco jurídico constitucional da a la propiedad inmobiliaria. La corriente política que gobierna el país habla de un socialismo del siglo XXI; la sociedad ecuatoriana no ha cambiado en sus estructuras económicas, consecuentemente, existen clases sociales, éstas no han desaparecido; por el contrario, los conflictos de intereses entre las clases sociales se han visibilizado de mejor manera, quedando en evidencia un descontento del sector dominante, sobre todo bancario, que ha colocado al derrocado Lucio Gutiérrez como el portaestandarte de sus intereses.

El Estado representa los intereses de la clase dominante; en función de sus intereses se organizan las instituciones del Estado que son el marco político y jurídico en el cual se desenvuelve la sociedad capitalista; los límites se determinan mediante la carta fundamental, la Constitución.

1.1 La propiedad inmobiliaria en las constituciones

La actual Carta Magna tiene avances significativos en las garantías de derechos; los gobernantes tienen que someterse al cumplimiento de esas normas. En un sistema como el nuestro, de elecciones periódicas para elegir gobernantes de esos intereses de clase, podremos visualizar hasta donde se garantizan esas prerrogativas cuando colisionan entre sí.

Las fuerzas armadas, policía, seguridad política en su conjunto constituyen una herramienta del Estado para administrar la violencia de clase. “El más fuerte no lo es nunca lo suficiente para ser siempre el amo, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber” (Pérez, 2002, p.45). Pero, el Estado no sólo es poder político, sino además, un régimen de monopolios que no admite competidores, expresado con el concepto de soberanía; es decir, un poder único dentro de las fronteras del Estado. La Constitución actual es fruto de un poder constituyente legitimado en referéndum con amplia mayoría a su favor; refleja un modelo de estructura y organización del poder político del Estado impulsado por los gobernantes de turno; ella legitima el ejercicio del poder, pero, también lo limita.

La propiedad privada es la base o estructura económica del estado capitalista y, en correspondencia con este principio, las constituciones han protegido debidamente la propiedad privada en la historia republicana del Ecuador; han garantizado este derecho fundamental sin que haya cuestionamiento alguno en el marco constitucional o legal; únicamente, un sistema de economía socialista desconocía la propiedad privada de los medios de producción, utopía muy distante de alcanzarla en el Ecuador. “El derecho de propiedad entendido como el máximo ámbito de libertad de actuación asignado a una persona sobre los objetos exteriores a sí misma, presenta los caracteres de: tener un aspecto individual inescindible de su aspecto social; tener la medida que le asigne la ley; poder ser regulado en su integridad por la ley”. (Navas, 1999, p. 22)

1.1.1 La propiedad en las constituciones ecuatorianas

¿Qué es la propiedad? La propiedad es la prerrogativa por medio de la cual podemos gozar y disponer libremente de nuestros bienes, en cuanto las leyes no se opongan. Esta voz tiene dos acepciones: en primer lugar, expresa el derecho en sí mismo, la facultad en sí, que también se llama dominio; y en segundo lugar, significa el bien mismo en que se tiene derecho. También se ha planteado que es el derecho de usar; el derecho de gozar, es decir, obtener del bien todos los frutos que pudiere producir y todos los beneficios que puede dar; y, el derecho de disponer, esto es, la potestad a través de la cual el titular puede hacer del bien el uso que mejor le parezca, cambiar su forma, enajenarla o destruirla, en cuanto no se opongan las leyes.

La propiedad es un: “Derecho o facultad de gozar y disponer una cosa con exclusión del ajeno arbitrario, sin otras limitaciones que las estipuladas por la ley.// Cosa que es objeto de dominio. // Atributo o cualidad esencial de una persona o cosa (...)”. (Diccionario Jurídico Anbar, 1999, p.159). Sin lugar a dudas, un derecho tan importante como el de la propiedad ha merecido el análisis de diversos tratadistas a lo largo de la historia. Es así como se señala que “la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta”. (Carbomier, 1965, p.141). De estas primeras ideas planteadas podemos deducir que, la propiedad, en el sentido propio del término, da la imagen de un poder jurídico, el más amplio, que posee una persona sobre un bien y puede definirse como el derecho real por el cual una cosa se encuentra subyugada de una manera absoluta (en ciertos casos con algunas limitaciones) y exclusiva a la acción y voluntad de una persona; esto es, al titular de ese derecho.

Sabiendo que nuestra ley (el Código Civil) confunde el concepto de cosa y bien por cuanto para ella significan lo mismo, establezcamos la diferencia que la doctrina jurídica establece ordinariamente para estos dos términos. Una cosa es cualquier objeto con relación al cual no se puede ejercer derecho alguno o de poder ejercerlo

no ofrecería ningún beneficio a la persona (ej. Pretender comprar una parte de la luna, la luz del sol). Un bien es un objeto susceptible de que se constituyan derechos en él y la referida constitución le es beneficiosa al titular (ej. Comprar un terreno, un vehículo, etc.).

También, el derecho de propiedad es apto de dos definiciones básicas: “Positiva: se la reconoce y solo se enuncian sus límites en forma de restricciones o prohibiciones. Negativa: se la prohíbe y eventualmente sólo se enuncian taxativamente los supuestos en los que se la acepta”. (Navas, 1999, p.22). De este primer análisis del concepto de propiedad, como la máxima prerrogativa de una persona sobre un bien, podemos vislumbrar que resulta trascendental entender a este derecho real en su amplio y extenso sentido. “El derecho de dominio es el máximo ámbito asignado a la voluntad humana en su actuación material y jurídica sobre una cosa cierta, determinada, existente y en el comercio, por lo que excluye a los terceros de toda capacidad de actuación sobre el mismo objeto (...)”. (Navas, 1999, p.85). El propietario está facultado a realizar, con el objeto de su propiedad, todo lo que él mismo desee, tanto en lo material como en lo jurídico, excepto lo que la ley expresamente prohíba y mientras no produzca afección alguna a la propiedad de un tercero.

El Art. 17.1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre expresa: Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente... 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad. En nuestra ley no podía omitirse un concepto de este derecho; así, en el artículo 599 del Código Civil se manifiesta: 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... Este concepto tiene gran significación por cuanto, la propiedad, al ser un derecho que confiere tan amplias facultades a su titular (es el más completo de los derechos reales), de hecho, tiene que restringirse en su ejercicio para que no se atente contra el derecho de otra persona.

“Por otra parte, las facultades inherentes al dominio no pueden ser ejercidas sino bajo la condición de no dañar la propiedad de otro. De ahí la existencia de ciertos límites recíprocos que los propietarios vecinos no pueden traspasar en el ejercicio de sus respectivos dominios. El dominio puede estar gravado con distintas servidumbres convencionales o legales pero su naturaleza misma de derecho absoluto y exclusivo se lo presume legalmente libre de todo gravamen”. (Navas, 1999, p.85)

Asimismo, es importante resaltar las facultades que concede el dominio, así como también sus características, aunque el trabajo se centre más en la regulación, conceptualización y límite constitucional de la propiedad inmobiliaria, precisamente, para tener un punto de partida sólido, simple y ágil para continuar con el desarrollo del mismo. En este sentido, vale acotar lo siguiente:

“Las facultades inherentes al dominio no son susceptibles de enumeración detallada. Ellas se resumen en las siguientes proposiciones:

- El propietario puede usar y gozar de su cosa a voluntad,
- disponer de ella materialmente,
- celebrar respecto de ella todos los actos jurídicos de los que sea susceptible y
- finalmente, excluir a terceros de toda participación en el ejercicio de esas facultades”. (Navas, 1999, p.84 y 85)

“Según una trilogía tradicional en el uso de los romanistas, la propiedad debería ser analizada como ius utendi, ius fruendi, ius abutendi, viniendo a cobijar los tres atributos: usus, fructus, abusus”. (Carbomier, 1965, p.141 y 142). Vale aclarar que significa cada una de las partes de esta trilogía.

El *usus* es el derecho de uso. “El *usus* sirve para designar la modalidad de goce consistente en retirar personalmente -individualmente o para la familia- la utilidad (o placer) que, por sí mismo, pueda proporcionar una cosa improductiva o inexplorada, por ejemplo, habitar una casa, llevar una alhajas (...)”. (Carbomier, 1965, p.142)

El *fructus* es la prerrogativa por la cual se puede acopiar los frutos y productos.

“El *fructus* es el goce, o sea el derecho a percibir los productos de un bien a virtud de actos materiales de goce (el propietario ejercita esta facultad directamente, recogiendo por sí mismo los productos naturales o industriales) o de actos jurídicos (y así percibe los frutos civiles dando su predio en arrendamiento rústico o urbano). También debe reputarse comprendido en esta expresión el derecho a no gozar de un bien, esto es, a dejar que permanezca inexplorado (...)”. (Carbomier, 1965, p.142)

El *abusus* es el derecho de enajenar el bien de su propiedad.

“El propietario puede disponer de la cosa a virtud de actos materiales, consumiéndola (si es consumible por el primer uso) destruyéndola (progresivamente mediante la extracción de los productos o de una sola vez) o de actos jurídicos (enajenándola). En la estricta acepción de la palabra, el derecho de disponer viene a confundirse con la facultad de enajenar. La plena alienabilidad, cesibilidad y transmisibilidad de un bien es atributo capital de la propiedad. Ciertamente pueden existir propiedades inalienables, si bien dicha inalienabilidad no es completa, ni tiene carácter perpetuo. Incluso debe comprenderse dentro de la fórmula positiva el aspecto negativo del derecho, pues rehusar un bien viene a ser una forma de disponer del mismo”. (Carbomier, 1965, p.142)

Las facultades del dominio nos otorgan una idea clara y general de la amplitud de su ejercicio y también de su importancia. “Poniendo en conexión la idea de cosa con la de derecho, se configura la propiedad a la manera de un ius in rebus, es decir un derecho real (el más pleno y completo de los derechos reales), donde se destaca el contacto directo del propietario con el bien”. (Carbomier, 1965, p.142)

Una de las características básicas del dominio es la particularidad de ser pleno, absoluto. El dominio es un derecho absoluto por cuanto:

- Le otorga a su titular las facultades de: poseer la cosa; disponer de ella; usarla y gozarla de acuerdo a un ejercicio regular.

- Otorga las más extensas potestades de disposición material y jurídica sobre el bien objeto del derecho y sus accesorios en concordancia a las leyes que regulan su ejercicio y mientras no se atente contra los derechos de otro titular de dominio u otro derecho.

- El ejercicio de las recién mentadas potestades no podrá ser restringido mientras no implicaré un ejercicio abusivo de éstas, aunque despojare a otras personas de ventajas o comodidades.

- El propietario tiene la posibilidad de producir, con relación al objeto de dominio, todos los actos jurídicos de los cuales el bien es susceptible legalmente. Por ejemplo, puede: alquilar o arrendar el bien; enajenarlo a título oneroso o gratuito; si el bien es inmueble puede gravarlo con hipotecas, servidumbres; también puede dimitir la propiedad, sencillamente, abandonar el bien sin transmitirlo a otro individuo.

Otra característica del derecho de dominio es que éste es perpetuo. Esto se puede afirmar ya que el derecho subsiste independientemente del ejercicio que en la práctica pueda hacerse de él.

“El dominio no se extingue por el ejercicio de actos posesorios ni por la celebración de actos jurídicos sobre la cosa. Así, el dominio subsiste independientemente del estado posesorio aunque el propietario no ejerza acto de propiedad alguno porque: no quiera hacerlo, esté imposibilitado para hacerlo o un tercero lo ejerza con su voluntad o contra ella”. (Navas, 1999, p.88). Obviamente, esta característica no se aplica cuando se produce la prescripción, es decir, que una persona (que no es el titular del dominio) posea el bien de una manera pacífica e ininterrumpida por el tiempo que señale la ley. Lo planteado son dos particularidades del dominio, quizás pudiéramos decir las más relevantes, pero teniendo presente el hecho de que sus caracteres son varios y toda enumeración que se haga de éstos corre el riesgo de ser incompleta al tratarse de una prerrogativa de tal dimensión.

Ahora bien, también es importante plantear el concepto de patrimonio y su implicación con la propiedad. “El patrimonio es el conjunto de los bienes de una persona, es decir, la totalidad de sus derechos reales y personales vistos como un objeto único desde la óptica del derecho de propiedad”. (Navas, 1999, p.27). En derecho de bienes, cuando decimos que llamamos persona a todos los entes aptos de adquirir derechos o contraer obligaciones, tal afirmación también implica el establecer que la personalidad envuelve la facultad de ser titular de un patrimonio, la posibilidad de ser propietario. A la posibilidad potencial que no es ejercida aún se la llama capacidad; por otro lado, el ejercicio efectivo de la voluntad de la persona para adquirir, modificar o extinguir derechos origina derecho de propiedad.

En el transcurso del desarrollo de la humanidad, a lo largo de la historia del hombre la cual nos presenta una sucesión de hechos y circunstancias tan cambiantes como la sociedad misma, un derecho de tanta trascendencia como el de la propiedad ha

merecido una continua regulación, circunstancia que fue tan inevitable como fundamental para todos los sistemas jurídicos. Con estas condiciones, actualmente en las constituciones de los modernos Estados podemos ubicar siempre, sean estos socialistas o capitalistas, una referencia expresa y directa al derecho de propiedad. El Ecuador no ha sido la excepción. Todas las constituciones de nuestro país han garantizado la propiedad privada. La Constitución liberal de 1906, en la presidencia de Eloy Alfaro en el Art. 26 expresaba: El Estado garantiza a los ecuatorianos: ...4. El derecho a la 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.

Las constituciones sucesivas han otorgado un tratamiento parecido a la protección de la propiedad, estableciéndose expresamente la prohibición de toda confiscación o apropiación indebida de bienes privados por parte del poder público. La Constitución de 1929 establece en su Art. 151: La Constitución garantiza a los habitantes del Ecuador, principalmente los siguientes derechos: ...14. El derecho de propiedad... La privación de todo o parte de los bienes no podrá verificarse sino en virtud de fallo judicial definitivo o de expropiación, con la indemnización que corresponda en los términos y con los trámites que establezca la ley.

La Constitución de 1960 dispone en su Art. 187: Se garantiza el derecho de propiedad conciliándolo con su función social.

1.1.2 Las garantías a la propiedad en las tres últimas constituciones del Ecuador

El referéndum que aprobó la Constitución de 1978 en su artículo 48 expresaba: La propiedad en cualquiera de sus formas, inclusive la privada, constituye un derecho que el Estado reconoce y garantiza para la organización de su economía cuando cumpla su función social. Esta debe traducirse en una elevación y redistribución del

ingreso que permita a toda la población compartir los beneficios de la riqueza y desarrollo.

La Constitución de 1998 en Art. 30 establecía lo siguiente: 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...; y en su Art. 33 mandaba: Para fines de orden social determinados en la ley las instituciones del Estado, mediante el procedimiento y en los plazos que señalan las normas procesales, podrán expropiar previa justa valoración, pago e indemnización, los bienes que pertenezcan al sector privado. Se prohíbe toda confiscación.

La Constitución vigente establece en su Art. 66: El Estado reconoce y garantiza a las personas: ...26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas... También, el Art. 321 Ibídem dispone: 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.

Además, la mentada Carta Magna en su Art. 375 señala: El Estado, en todos sus niveles de gobierno, garantizará el derecho al hábitat y a la vivienda digna, para lo cual... 2. Mantendrá un catastro nacional integrado georreferenciado, de hábitat y vivienda...

Con las referencias de los textos constitucionales demuestro que antes y ahora, la Constitución y las leyes, siempre han protegido y garantizado la propiedad privada, en general, y la propiedad inmobiliaria, en particular, como sustento de todo ordenamiento jurídico, a tal punto que, en todas las constituciones consta el reconocimiento a la propiedad. El socialismo del siglo XXI que pregonan los gobernantes actuales y una corriente política de ninguna manera pretende afectar los

medios de producción y desconocer la propiedad privada; el lenguaje utilizado en las propuestas del gobierno refleja mejor un capitalismo antes que un socialismo del siglo XXI.

“La nueva Constitución del Ecuador, asume a lo largo de todo su articulado un modelo social, activo, participativo y comunitario. El régimen del buen vivir, que en ella se plantea, intenta sintetizar un sistema social cualificado del Estado Social (...). Asignará un papel social pro-activo y promotor al Estado, una función positiva a la administración pública y un rol distinto al individuo (...). Se abre un modelo constitucional de omnicomprensión social extenso, garantista, sincrético, reglamentista, cuasi-administrativo y participativo (...). La nueva Constitución propone una parte social dogmática que recoge un elenco de derechos sociales radicalmente amplio (...) que además consolida con una serie de sistemas operativos, que cubren con unos mecanismos garantistas absolutos e inéditos”. (Avila, “et al”, 2008, p.46 y 47)

Es evidente que, la máxima protección que se puede conceder a un derecho, como por ejemplo al de la propiedad, es la fórmula que lo consigne en la Constitución. “De todos los derechos que un hombre tiene fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad resulta una fórmula contundente de garantizar, con la expresa defensa constitucional. Estos derechos son todos los que integran el patrimonio de los individuos (...)”. (Navas, 1999, p.27). Podemos afirmar que en el concepto constitucional de propiedad encuadra el derecho de bienes que establece el Código Civil.

Para confrontar lo que es una norma constitucional socialista, cito algunos artículos de la Constitución de Cuba. Así, el Art. 14 expresa: En la República de Cuba rige el sistema de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción y en la supresión de la explotación del hombre por el hombre. También rige el principio de distribución socialista de “cada cual

según su capacidad, a cada cual según su trabajo”. La ley establece las regulaciones que garantizan el efectivo cumplimiento de este principio.

El Artículo 15 de la referida Constitución cubana impone: Son de propiedad estatal socialista de todo el pueblo:

1. Las tierras que no pertenecen a los agricultores pequeños o a cooperativas integradas por estos, el subsuelo, las minas, los recursos naturales tanto vivos como no vivos dentro de la zona económica marítima de la República, los bosques, las aguas y las vías de comunicación;

1. Los centrales azucareros, las fábricas, los medios fundamentales de transporte, y cuantas empresas, bancos e instalaciones han sido nacionalizados y expropiados a los imperialistas, latifundistas y burgueses, así como las fábricas, empresas e instalaciones económicas y centros científicos, sociales, culturales y deportivos contruidos, fomentados o adquiridos por el Estado y los que en el futuro construya, fomite o adquiera.

Estos bienes no pueden transmitirse en propiedad a personas naturales o jurídicas, salvo los casos excepcionales en que la transmisión parcial o total de algún objetivo económico se destine a los fines del desarrollo del país y no afecten los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado, previa aprobación del Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo. En cuanto a la transmisión de otros derechos sobre estos bienes a empresas estatales y otras entidades autorizadas, para el cumplimiento de sus fines, se actuará conforme a lo previsto en la ley...

El Ecuador, ni lejanamente, se encuentra en un proceso de transformar las estructuras económicas y sociales; sobre lo que no hay duda es que existe un nuevo ordenamiento constitucional y jurídico, acorde a las exigencias actuales, para superar los constantes golpes de Estado que ha sufrido nuestro país y, con ello, optimizar los

recursos económicos y humanos del Ecuador a través de una estabilidad política y económica y, de alguna manera, atender con servicios básicos a la gran población pobre de este país.

“La Constitución del 2008 (...) es una tarea que conecta con la aspiración teórica que se abrió en el campo jurídico europeo de dar soluciones a la orfandad del individuo en el desarrollo del Estado constitucional, tras la decadencia del modelo liberal y su desmoronamiento, durante toda la primera mitad del siglo XX (...). La nueva Constitución prefigura un nuevo modelo constitucional-social no sólo para referenciarse en la crisis del Estado liberal sino también (...) intenta evitar las carencias y déficit del modelo de constitucionalismo social europeo de postguerra. Y lo hace desde el marco del constitucionalismo democrático y del constitucionalismo social”. (Avila, “et al”, 2008, p.51)

En este marco jurídico planteado se ha protegido a la propiedad en las últimas tres constituciones que han normado nuestro país, incluida la que actualmente está en vigencia.

“Toda actividad humana es una actividad libre y de igual dignidad (...). No es la disposición de un determinado volumen de propiedad lo que hace libre al individuo; al contrario, es el ejercicio de una determinada actividad libre lo que permite al individuo adquirir y consolidar una determinada propiedad. No es la propiedad el fundamento de la actividad humana libre, sino que es la actividad humana libre el fundamento de la propiedad”. (Pérez, 2002, p.234 y 235)

1.1.3 Las afecciones a la propiedad y su regulación

El dominio otorga corrientemente las mismas ventajas sea que se refiera a los bienes muebles o a los inmuebles. No obstante, la propiedad de los bienes muebles al ser, en los hechos, menos estable y cierta que la pertinente a los inmuebles nos permite establecer que ambas no gozan de idéntica protección ni de las mismas garantías legales.

El propietario está facultado para:

- Aprovecharse del bien en todos los posibles usos que sean compatibles con su naturaleza.
- Celebrar con relación al bien o bienes todos los actos jurídicos de los que legalmente es susceptible el mismo.
- Excluir a terceros de toda probable intervención en el uso, goce o disposición jurídica o material del bien de su dominio.

Al mismo tiempo, el derecho del titular de la propiedad no se extiende únicamente al bien objeto de su derecho, sino que también abarca:

- La propiedad de los accesorios incorporados a ella material o artificialmente.
- La propiedad de los objetos que su bien produzca ya sea de forma espontánea o con intervención del trabajo del hombre.

Al ser de tal amplitud el derecho en estudio confiere a sus titulares, además, prerrogativas en contra de terceros.

“El titular de dominio puede a los efectos de excluir a terceros del uso o goce, o disposición de la cosa:

- tomar todas las medidas que encuentre convenientes;
- prohibir que en sus inmuebles: se ponga cualquier cosa ajena; se entre o pase por ella;
- remover sin previo aviso cualquier cosa ajena que se hubiere agregado o introducido sin su consentimiento. Si hubiese prestado consentimiento para un fin determinado, no tendrá derecho para removerla antes de llenado el fin;
- encerrar sus heredades con paredes, fosos o cercos, sujetándose a los reglamentos policiales”. (Navas, 1999, p.86 y 87)

Al entender en su real dimensión las facultades que se le conceden a una persona con relación a un bien de su propiedad, podemos deducir que las mismas se han otorgado por tratarse de un derecho elemental; por ello, es muy importante que esta prerrogativa sea garantizada debidamente; en la esencia misma de un Estado, sea cual fuere su forma de organización, se encuentra garantizar los derechos de sus integrantes. Por esta razón, los individuos aceptan la serie de cargas que implica ser miembro de un Estado cualquiera; precisamente, para obtener seguridad.

“Si el hombre en el estado de naturaleza es tan libre y si es dueño absoluto de su persona y sus propiedades y no está sujeto a nadie ¿por qué habrá de abandonar su libertad y someterse al dominio y control de cualquier otro poder? (...). Aunque en el estado de naturaleza él tiene un derecho de este tipo, el disfrute del mismo es muy incierto y está constantemente expuesto a la invasión de los demás. Esto hace que él este dispuesto a abandonar esta situación que, aunque libre, está llena de temores y continuos peligros y está dispuesto a unirse en sociedad con otros para la preservación mutua de sus vidas, sus libertades y propiedades”. (Pérez, 2002, p.235)

La regulación de la propiedad es una creación que se efectúa exclusivamente por medio de la ley que, como cualquier norma jurídica, se fundamenta en un consentimiento social que se limita a un tiempo y espacio determinados y, además, es continuamente reelaborada y reinterpretada por las nuevas generaciones. Únicamente a través del acuerdo social podemos separar lo que nos pertenece en propiedad de aquello que pertenece a los demás. Y tales consensos venturosamente son gobernados por consideraciones humanas y no principios científicos rígidos.

La supremacía constitucional la establece el Art. 424 de la carta Magna vigente: La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

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 de poder público. La norma en mención, en perfecta armonía con el Art. 321 Ibídem, refleja que se encuentra garantizado el derecho a la propiedad privada con las limitaciones que también han normado las diferentes constituciones y leyes de menor jerarquía que han regido en el Ecuador como, por ejemplo: la Ley Orgánica de Régimen Municipal, Código de Procedimiento Civil, Ley de Contratación Pública, etc.

El Art. 323 de nuestra Carta Magna vigente dispone: 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. A pesar de que el dominio sea un derecho absoluto por su naturaleza misma, el ejercicio del mismo está subordinado a varias restricciones instauradas por el interés público.

Además, el Art. 239 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal expresa: Las expropiaciones que deben hacer las Municipalidades requieren de previa declaratoria de utilidad pública o interés social, con expresión del fin a que haya de aplicarse el objeto expropiado. Sin embargo, no se precisa declaratoria de utilidad pública en cada caso para adquirir o expropiar inmuebles que se hallen ubicados dentro de las zonas urbanas de promoción inmediata.

En los demás casos en los que por ley se haya declarado genéricamente la utilidad pública el concejo deberá efectuar su reconocimiento, en cada situación concreta.

El interés social determinante de transmisiones forzosas de la propiedad se sujetará, en cuanto a su declaración, al mismo procedimiento señalado en los incisos precedentes.

Todas las decisiones a que se refiere el presente artículo requerirán el voto favorable de las dos terceras partes de los concejales asistentes.

Las recién mentadas normas de nuestro ordenamiento jurídico se han dejado plasmadas para poner de manifiesto como la propiedad inmobiliaria puede verse afectada por la actividad del Estado, siempre y cuando se cumplan los procedimientos y requisitos previstos en las respectivas leyes.

Ciertamente, la propiedad inmobiliaria de un particular se vería afectada en caso de ser objeto de una expropiación total o parcial; al ser uno de los puntos importantes de este trabajo el determinar los alcances de la propiedad inmobiliaria y su regulación con la actual Carta Magna ecuatoriana no podemos dejar de analizar un concepto tan importante como el de la expropiación.

“La expropiación es el acto de ocupar y de adquirir una propiedad privada, para fines de utilidad pública, mediante la justa indemnización de su valor y de los perjuicios que con ello se irroga”. (Lafaille, 1943, p.399). Las limitaciones a la propiedad, de origen administrativo, producen un sacrificio patrimonial al particular que ve afectado su derecho por causas de utilidad pública. La máxima limitación que se puede imponer es la expropiación por causa de utilidad pública, la cual genera la extinción del dominio de los particulares y su respectivo traspaso al Estado, cumpliendo la respectiva indemnización.

“Las llamadas servidumbres administrativas son limitaciones de grado menor, especies de expropiaciones parciales, que provocan una desmembración del dominio de los particulares por razones de interés público. La garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad hace que las limitaciones al dominio deban ser indemnizadas para mantener indemne el patrimonio del particular afectado”. (Navas, 1999, p.117)

Ya se había anotado previamente la cualidad de perpetuidad del dominio. No obstante, para resaltar la limitación administrativa de la que puede ser objeto este derecho, es pertinente la siguiente precisión. La perpetuidad del dominio puede ceder en dos supuestos:

- Cuando la adquisición del dominio se produce a consecuencia de la posesión del bien por una persona distinta de su dueño por el tiempo requerido para que pueda operar la prescripción adquisitiva (ordinaria o extraordinaria).
- Cuando se produce la expropiación de un bien de propiedad privada por motivo de utilidad pública o interés social y nacional.

En lo referente a la expropiación, el Art. 240 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal dispone: Declarada genéricamente o específicamente la utilidad pública o

el interés social de un inmueble, el concejo podrá dictar el acuerdo de ocupación del total o de la parte estrictamente indispensable para el fin de la expropiación. Podrá también incluirse entre los bienes de necesaria ocupación los que sean indispensables para ampliaciones previsibles de la obra o finalidad a que se trate.

Cuando la expropiación implique la necesidad de ocupar solo una parte del predio, de tal modo que a consecuencia de aquella resulte antieconómico para el propietario la conservación de la parte del predio no expropiado, tendrá este derecho a que dicha expropiación comprenda la totalidad del predio, de conformidad con el Art. 799 del Código de Procedimiento Civil.

A su vez, el Art. 799 del Código de Procedimiento Civil manda: En caso de que, al hacerse expropiación parcial de un inmueble, resulta que solo queda para el dueño una parte inferior, por extensión o precio al quince por ciento de toda la propiedad, el dueño del inmueble tiene derecho para que la compra se extienda a la totalidad del predio y así lo dispondrá el juez, en la sentencia.

El primer elemento que debemos tener en claro es que la propiedad se encuentra protegida y garantizada por la Constitución vigente; la legislación secundaria deberá guardar armonía con los principios constitucionales; a manera de ejemplo, citamos la normativa que contiene la Ley Orgánica de Régimen Municipal. Por lo tanto, no queda a la mera discrecionalidad del gobierno nacional o local proceder con la expropiación de bienes privados, por el contrario, se encuentra claramente establecida en la ley en que circunstancias y bajo que requisitos se debe proceder, sabiendo que en el caso de los municipios el marco de su accionar es el cantón.

El segundo elemento a considerar es que tiene necesariamente que cumplirse un procedimiento para compensar o indemnizar al propietario vigilando que se le pague un justo precio; o en el supuesto de que la expropiación fuera parcial que no le sea

gravoso dándole la oportunidad, al propietario, de discutir en la justicia ordinaria el precio, precisamente, para evitar la imposición unilateral del Municipio. Para que no se genere duda alguna acerca de la protección del derecho de propiedad, el Código de Procedimiento Civil en su art. 781 indica: Nadie puede ser privado de su propiedad en virtud de expropiación, sino en conformidad con las disposiciones de esta Sección; sin perjuicio de lo que dispusieren leyes especiales sobre la expropiación para construcción, ensanche y mejora de caminos, ferrovías, aeropuertos y poblaciones. El Código citado contiene varias disposiciones legales que obligan a cumplir con todo un proceso de planificación y decisión, por parte del Concejo Municipal, y un sinnúmero de requisitos que deben cumplirse para la admisibilidad de la demanda de expropiación; disposiciones que no han merecido actualizaciones o reformas recientes.

Un tercer elemento a considerarse es la planificación y contar con los recursos económicos suficientes, tanto el Estado como las Municipalidades. Antes de proceder a la declaratoria de utilidad pública con fines de expropiación deben realizarse estudios previos que justifiquen que se declare la misma. Una definición que podemos traer a colación establece: “Utilidad pública. Concepto de ventaja, provecho o beneficio colectivo, y que sirve de fundamento al estado para expropiar a los particulares”. (Diccionario Jurídico Anbar; 1999, p.468). Una vez que se produzca una expropiación por causa de utilidad pública, el particular afectado tiene la posibilidad de discutir el monto de la indemnización que se le otorga por la afectación de su propiedad, pero nada más. Así por ejemplo, se expropia a una persona un terreno para construir un gimnasio popular; aquélla no puede promover en el juicio de expropiación lo relativo a la conveniencia o inconveniencia de ubicar semejante obra en ese lugar; lo único que puede discutir es el valor de la indemnización.

Si bien, el afectado con la expropiación no puede cuestionar la validez del acto administrativo o el acto decisorio de la utilidad pública, limitándole la ley a discutir el precio, sin embargo, los gobernantes deben limitar su accionar a la Constitución y

a la ley. Es más, por el principio de garantías normativas que consiste en que todo órgano con potestad normativa tiene la obligación de adecuar formal y materialmente las leyes a la Constitución, y por el principio de exención de responsabilidad bajo el cual no hay dignatario o funcionario exento de responsabilidad administrativa, civil o penal se desarrolla la acción de repetición de pago; por tanto, se encuentra debidamente ponderada la planificación y responsabilidad antes de iniciar un proceso de declaratoria de utilidad pública para la expropiación.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en la sección tres de la Adquisición de Inmuebles en su Art. 58 expresa: Procedimiento.- Cuando la máxima autoridad de la institución pública haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble, necesario para la satisfacción de las necesidades públicas, procederá a la declaratoria de utilidad pública o de interés social de acuerdo con la ley.

Perfeccionada la declaratoria de utilidad pública o de interés social, se buscará un acuerdo directo entre las partes, por el lapso máximo de noventa (90) días.

Para este acuerdo, el precio se fijará, tanto para bienes ubicados en el sector urbano como en el sector rural, en función del avalúo realizado por la Dirección de Avalúos y Catastros de la municipalidad en que se encuentren dichos bienes que considerará los precios comerciales actualizados de la zona.

El precio que se convenga no podrá exceder del diez por ciento sobre dicho avalúo.

Se podrá impugnar el precio mas no el acto administrativo, en la vía administrativa...

Para la fijación del precio, en los diferentes casos, existen parámetros dados por las Direcciones de Avalúos y Catastros de las municipalidades donde se encuentren los bienes, sean urbanos o rurales; en ciertos casos en los que no exista acuerdo sobre el precio, las partes, quedarán sujetas a la fijación por el juez; y en el caso de que se haya acordado la ocupación inmediata, tiene necesariamente que consignarse el precio del avalúo como uno de los requisitos de admisibilidad de la demanda.

1.1.4 Límites de la propiedad inmobiliaria

La extensión del derecho de propiedad, en particular la inmueble, podremos determinarla de acuerdo a los siguientes cuatro planteamientos que se presentan a continuación:

- La propiedad del suelo, además, se extiende a la referente al subsuelo.
- La propiedad del suelo también comprende todo aquello que se le une o añade o, de un modo general, constituye un accesorio.
- La propiedad de la tierra y de cualquier otro bien se extiende a todo lo que éste produce.
- Los derechos del dueño del suelo sobre las aguas que lo riegan son objeto de un régimen especial.

Este breve planteamiento nos permite vislumbrar el alcance que implica el dominio, particularmente en lo que se refiere a la propiedad inmobiliaria, de manera sencilla y clara; por lo cual, nos servirá de preámbulo para comenzar el análisis de los límites del derecho de dominio. Al referirse a las influencias que tiene que sobrellevar la propiedad puede decirse que, de alguna manera, participan casi todos los ámbitos de la vida como, por ejemplo: la economía forestal, la agricultura, la vivienda y la construcción, la producción industrial, el comercio, etc.

En términos generales, podemos determinar que las restricciones al derecho de propiedad se pueden agrupar en tres grupos:

- 1) Restricciones de carácter civil, establecidas por la ley en razón de la vecindad de fundos;
- 2) Restricciones de orden administrativo, donde juega un papel importante el interés público para que proceda la expropiación;
- 3) Limitaciones de orden contractual, por ejemplo, un acuerdo entre las partes en el que se le impone una cláusula de inalienabilidad al propietario por parte de aquel de quien ha recibido la cosa.

Si revisamos nuestra legislación, una primera limitación la podemos encontrar en el concepto mismo que da nuestra ley sobre el dominio en el artículo 599 del Código Civil que plantea que el dominio (llamado también propiedad) será ejercido conforme a las leyes y respetando el derecho ajeno. “Las palabras (...) <<en tanto no se opongan a la ley o los derechos de terceros>> abren la puerta a las limitaciones en lo relativo a la intensidad de los efectos de la propiedad”. (Hedemann, 1955, p.19). El dominio es un derecho ampliamente estudiado y regulado en el Derecho Civil, por lo cual, resulta interesante establecer los límites que esta área del Derecho contempla para la propiedad, aunque sea solo someramente, para continuar con las limitaciones que se le plantean al derecho de propiedad a nivel constitucional.

El artículo 747 de nuestro Código Civil determina: El dominio puede ser limitado:

- 1o.- Por haber de pasar a otra persona, en virtud de una condición.
- 2o.- Por el gravamen de un usufructo o habitación a que una persona tenga derecho en las cosas que pertenecen a otra.

3o.- Por la constitución del patrimonio familiar; y,

4o.- Por las servidumbres.

Es más provechoso para el desarrollo del tema que nos ocupa, el análisis sucinto de aquellas de estas limitaciones que tienen mayor relación con la propiedad inmobiliaria y este es el caso del patrimonio familiar. En este sentido, el Art. 835 del Código Civil dispone que uno de los cónyuges o ambos de ser mayores de edad tienen la posibilidad de constituir con bienes inmuebles de su propiedad exclusiva un patrimonio para sí y en beneficio de sus descendientes, con lo cual, tales bienes quedan excluidos del régimen de la sociedad conyugal y de los acreedores. Además, el Art. 838 *Ibídem* en su inciso segundo dispone: El acto constitutivo de patrimonio familiar no significa enajenación, sino tan sólo limitación del dominio. El bien inmueble que haya sido constituido en patrimonio familiar sufre una serie de limitaciones; por ejemplo, no es susceptible de venta, de división, no se puede constituir hipoteca sobre el mismo (ya que los bienes que forman el patrimonio familiar son inalienables e inembargables).

Asimismo, se imponen una serie de limitaciones al propietario de un predio con las llamadas servidumbres. En este sentido, como limitaciones al dominio de un terreno encontramos “(...) todo el Derecho de las relaciones de vecindad, que constituye una materia especial llena de vida (...) en el que constantemente se dan limitaciones: lo que se otorga a un vecino, se le quita al otro”. (Hedemann, 1955, p.151). Con el único objeto de ejemplificar este aspecto, se incluyen las siguientes disposiciones del Código Civil, ya que, el análisis detenido de las mismas corresponde a un estudio del Derecho Civil con mayor profundidad.

El Art. 876 del Código Civil indica: Los dueños de las riberas están obligados a dejar libre el espacio necesario para la navegación o flote a la sirga, y tolerarán que los navegantes saquen sus barcas y balsas a tierra, las aseguren a los árboles, las carenen, sequen sus velas, compren los efectos que libremente quieran vendérseles, y vendan

a los ribereños los suyos; pero, sin permiso del respectivo ribereño y de la autoridad local, no podrán establecer ventas públicas...

El Art. 902 del Código Civil dispone: El dueño de una acequia estará obligado, en cualquier tiempo, a construir los puentes y canales necesarios para el servicio de la heredad gravada con la servidumbre, y las demás obras indispensables para evitar que caigan en su acueducto las aguas de que hiciere uso el predio sirviente, o cualquier otro perjuicio que a dicho fundo se le ocasionare...

El Art. 922 Ibídem establece: No se puede tener ventanas, balcones, miradores o azoteas, que den vista a las habitaciones, patios o corrales de un predio vecino, cerrado o no; a menos que se interponga una distancia de tres metros.

El derecho del titular del dominio sobre un terreno, muchas de las veces, se ve afectado o limitado por el derecho del vecino; en la relación con los propietarios vecinos, en determinadas circunstancias, se presentan inconvenientes. “Hay ejemplos muy conocidos: la edificación por emulación [sólo para mortificar al vecino, se construye un muro que le priva de la luz solar y de vistas]; la captación del agua de un pozo [sólo para perjudicar al vecino, se intercepta el agua subterránea, aunque el emulante no la necesite] (...)”. (Hedemann, 1955, p.150). En algunos supuestos que se presentan en la vida cotidiana es difícil trazar el límite que establezca si un propietario está facultado para rechazar cualquier incursión en su propiedad o, si por el contrario, debe consentirla. Así, por ejemplo:

“(...) se coge la barca para librarse de los perseguidores; se derriba una pared de una casa vecina para escapar a la muerte durante un incendio. Es difícil en la práctica trazar los límites (...). Es importante el problema de la proporcionalidad: <<cuando el daño que amenaza es desproporcionadamente mayor que el que resultaría para el propietario a consecuencia de la

inmisión>>; aquel que sólo se arriesga a faltar a una cita con su novia no puede arrebatar su barca al propietario. Las consecuencias jurídicas en tal caso son las siguientes: el propietario está facultado para rechazar el acto y para defenderse; si el enamorado emplea la fuerza, actúa <<contra Derecho>> y queda sujeto a la obligación de indemnizar (...) y a la pena correspondiente”. (Hedemann, 1955, p.151)

También, es interesante, dentro del análisis de las limitaciones a la propiedad, tener en consideración lo relacionado con el abuso del Derecho. No existe derecho alguno que pueda ser ejercido en contra del ordenamiento jurídico o con la principal finalidad de irrogar daño a otro individuo, ya sea en su persona o en sus bienes, ni en nuestro país ni en otros países vecinos. Cuando se manifiesta que el dominio es absoluto se lo hace en el sentido de que éste es el mayor y más completo de los derechos reales, por cuanto, el dominio le otorga a su titular el más amplio haz de facultades con relación a un bien; sin embargo, esto no quiere decir, como es lógico, que se puede ejercitar las facultades dominiales sin límite alguno. Este tema es tratado de manera clara e interesante por la doctrina argentina:

“Respecto de todos los derechos, incluido el de propiedad, nuestra Constitución Nacional establece que deberán ser ejercidos <<conforme las leyes que reglamentan su ejercicio>> de donde surge que es imposible la existencia en nuestro sistema de un derecho sin límites, cuyo ejercicio devenga en antisocial y egoísta. La teoría del abuso del derecho, correctora del viejo fraude a la ley, no es otra cosa que una aplicación de este principio, tipificado ya en el Digesto (1.3.29): “Obra contra la ley el que hace lo que ella le prohíbe y en fraude el que salvadas las palabras de la ley elude su sentido” PAULO, Comentarios”. (Navas, 1999, p.87)

En nuestra legislación, de la misma manera, es muy importante el respeto al derecho de los terceros cuando deseamos ejercer el propio. Nadie puede, so pretexto de

practicar con amplitud su prerrogativa, irrogar daño en la persona o bienes de otra, pues, a pesar de que en varias ocasiones sólo quede plasmado en un papel, en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de la igualdad ante la Ley, donde todos los ciudadanos somos sujetos de derechos y obligaciones en las mismas condiciones.

Como integrantes de un Estado, quedamos sometidos al mandato de las leyes y a ellas tenemos que acoplar nuestras conductas; como ciudadanos debemos acatar sus mandatos, y por ello, en ningún momento se podrá exigir que el ejercicio de un derecho se respete cuando en la práctica causa perjuicio a otra persona; no es factible convalidar el ejercicio abusivo de un derecho sin importar los argumentos que se presenten; incluso, la persona que se viera afectada por el accionar de otra que le perjudica por ejercitar abusivamente su derecho puede recurrir a las instancias legales respectivas para solicitar que se remedie su situación y que las cosas vuelvan a su estado anterior.

“Es precisamente con relación a la propiedad, donde la teoría del abuso del derecho encuentra su más calificada aplicación (...) el ejercicio abusivo de derechos dominiales, en las relaciones locativas, determina la repulsa de las pretensiones, aunque -sustantivamente- se hallen amparados por una prerrogativa jurídica (...)”. (Carbomier, 1965, p.145). Si bien en nuestro país no se ha difundido mayormente la doctrina acerca del abuso del derecho, es evidente que nadie puede hacer uso de su prerrogativa en perjuicio del derecho de otra persona, conclusión a la que se puede llegar de la interpretación de nuestra legislación vigente.

El Derecho Público contribuye con una serie de limitaciones a la propiedad. De hecho, cuando un propietario ve afectada su propiedad por una expropiación, aunque va a recibir la indemnización correspondiente por la vulneración de la misma, su propiedad se ve limitada por el accionar del Estado que, obviamente, debe cumplir con la normativa correspondiente. Se puede decir que en la cima de las limitaciones al derecho de propiedad se encuentra la expropiación.

“Llegamos a la cumbre, y podríamos decir también que al punto final de las limitaciones de la propiedad, cuando se priva de ella al propietario mediante la <<expropiación>>. La ocupación precede a la expropiación como una etapa previa. Reconoce al propietario su propiedad, pero se restringe su esfera de influencia hasta dejarla reducida a su mínima expresión”. (Hedemann, 1955, p.152)

Ciertamente, la expropiación se configura como una limitación de carácter administrativo para la propiedad. La expropiación es el acto por el cual la administración pública ocupa y adquiere la propiedad privada por motivos de utilidad pública para lo cual, previamente, debe pagar una justa indemnización al particular que ve afectado su derecho; además, para el procedimiento de la expropiación se debe cumplir irrestrictamente lo que dispongan las leyes competentes. Se puede inferir que la expropiación, correctamente aplicada, puede convertirse en un instrumento para lograr romper con el molde individualista. “Las obras públicas pudieron progresar así, en todos los países, de un modo pasmoso, muy particularmente las vías de comunicación. Es una de las armas del Estado moderno, a fin de transformar el dominio y promover el bienestar general”. (Lafaille, 1943, p.399 y 400)

Con relación al Derecho Público en su conjunto, podemos manifestar que las restricciones de orden administrativo que inciden en la propiedad se refieren a diversos intereses siendo los más relevantes:

- “Motivos de interés general. La más importante de las restricciones legales impuestas al derecho de propiedad procede de la institución de la expropiación por causa de utilidad pública, en virtud de la que un servicio público puede, si la utilidad pública lo exige, privar a un particular de un inmueble que le pertenece mediante una justa y previa indemnización.

- Motivos de seguridad y de salubridad públicas. Se colocarán en esta clase las leyes y reglamentos de policía urbana, que imponen a los propietarios prohibiciones u obligaciones relativas a la alienación, rasante y altura de las construcciones, a la reparación o demolición de los edificios que amenazan ruina, etc.; las restricciones relativas a los establecimientos peligrosos, incómodos o insalubres (...).
- Motivos de economía social. Son éstas las restricciones del derecho de propiedad (...) que se refieren a la explotación de minas y yacimientos y al uso de las aguas (...).
- Interés Fiscal. Son numerosos los ataques al derecho de propiedad inspirados en esta consideración. Entran en esta categoría las restricciones impuestas al cultivo de tabaco, al derecho de fabricación de alcohol por los fabricantes de aguardiente, etc.”. (Ambroise, 1992, p.537)

1.1.5 El Registro de la Propiedad, funciones, estructura

El Registro de la Propiedad es “una oficina encargada de tomar razón del dominio, gravámenes, transferencias, embargos y otros actos y contratos, relacionados con bienes raíces; así como también la inscripción de las tutelas y curatelas, poderes que se otorgan, transmisión de bienes, derechos, y acciones, etc.”. (Diccionario Jurídico Anbar, 1999, p.228). Podemos afirmar que, Registro de la Propiedad se denomina a un órgano de carácter oficial (bajo el amparo del Estado) en el que se inscriben los derechos de propiedad que recaen sobre bienes inmuebles para que, de este modo, se perfeccione la tradición de los bienes raíces, así como también para el conocimiento general de las personas de todos los derechos reales que se establezcan sobre éstos.

La tradición de bienes inmuebles, como bien es sabido, en nuestra legislación se perfecciona mediante la inscripción del título traslativo de dominio en el Registro de la Propiedad correspondiente que de conformidad a lo dispuesto en el Art. 703 del

Código Civil es el del cantón que de acuerdo a la posición geográfica está situado el inmueble. Cabe además anotar el inciso segundo y tercero de la norma recién mentada: Si el título es relativo a dos o más inmuebles, deberá inscribirse en los registros cantonales a que por su situación, pertenecen los inmuebles.

Si por un acto de partición se adjudicaran a varias personas los inmuebles o parte de los inmuebles que antes poseían proindiviso, el acto de partición, en lo relativo a cada inmueble o a cada parte adjudicada, se inscribirá en el cantón o cantones a que por su situación corresponda dicho inmueble o parte.

El Registro de la Propiedad era hasta la anterior Ley Orgánica de la Función Judicial una dependencia pública adscrita a la Función Judicial; este aspecto cambio sustancialmente con la vigencia de la Constitución actual al igual que con el nuevo Código Orgánico de la Función Judicial, el cual no hace ninguna mención del Registro de la Propiedad como órgano auxiliar de la Función Judicial (los órganos auxiliares de la Función Judicial se regulan del Art. 296 al 322 del mentado Código).

Con estos cambios legales, es necesario el desarrollo normativo correspondiente que regule a este organismo y el accionar de su titular. El Registrador de la Propiedad de Cuenca, en la actualidad, se encuentra con funciones prorrogadas; su designación se dio de acuerdo a la normativa de la anterior Ley Orgánica de la Función Judicial que establecía que el titular del Registro fuera designado por el Consejo Nacional de la Judicatura, dure cuatro años en sus funciones y no reciba remuneración alguna ya que cobra a los usuarios una tasa por los servicios que presta; situación que ya no consta en el actual Código Orgánico de la Función Judicial.

Además, de acuerdo al Art. 265 de la Constitución, el sistema público del Registro de la Propiedad se debe manejar de manera concurrente entre el ejecutivo y las municipalidades; consecuentemente, esta dependencia pasará al control de los

respectivos municipios; con ello, se puede inferir que el Registrador recibirá una remuneración por parte del Estado y los ingresos que se perciban por las actividades del Registro pasarán directamente al gobierno, sea central o municipal. Todo esto requiere, como no puede ser de otra manera, de un proceso de transición para poder realizar los traspasos necesarios sin causar vacíos legales y provocando los menores inconvenientes posibles a los usuarios de este servicio.

Por lo tanto, se tiene que establecer una clara base legal que determine la situación del Registrador de la Propiedad y cual va a ser el sistema organizativo del Registro; esto, en concordancia a lo que establece la Constitución vigente en la disposición transitoria primera en su numeral 8.

“(…) El Registro Inmobiliario es un aparato de carácter burocrático. De esto es consecuencia el que el Derecho inmobiliario sea en parte Derecho procesal, una rama de <<jurisdicción>>, la que naturalmente tiene carácter jurídico-público”. (Hedemann, 1955, p.75). En verdad, el Derecho Inmobiliario proporciona servicios de gran importancia al Derecho Civil sustantivo, por ejemplo, en los supuestos de adquisición de dominio de bienes raíces.

En este Registro se inscriben “los documentos que se refieren a la adquisición de bienes inmuebles, derechos reales que recaen sobre ellos tales como la hipoteca o las servidumbres y resoluciones judiciales o administrativas que les pueden afectar como los embargos”.(www.registradores.org). Se obtiene ventajas con la inscripción, en este Registro, de los derechos referentes a inmuebles; por ejemplo, se consigue seguridad jurídica ya que una vez inscritos los títulos traslativos de dominio de bienes raíces, los derechos se encuentran bajo la protección de los Tribunales y se estima como verdadero únicamente lo que determina el Registro. Como contrapartida de esto, si no se procede con la inscripción antes mencionada puede verse en un grave peligro el titular del inmueble que no lo haga ya que se ve perjudicado por los actos que voluntariamente efectúe el dueño que tenga inscrito su título o por las

cargas o gravámenes que puedan imponerse sobre el bien raíz, pues, para todos los efectos se le consideraría dueño al que tiene inscrito su título respectivo. Este derecho inscrito no tiene caducidad.

El Registro es público, efectivamente, pero sólo para aquel que tiene interés legítimo en conocerlo. En este sentido, establece el Art. 57 de la Ley de Registro: Todo interesado tiene derecho a examinar sin reserva alguna los registros, índices y archivos de las oficinas del registro. El Registrador está por lo tanto obligado, mediante su vigilancia, a permitir dicho examen, en cuanto no se perjudique el servicio de la oficina, sin que con ello se cause ninguna erogación a quien lo solicite. Con estos antecedentes del Registro de la Propiedad podemos continuar con un examen más profundo del mismo. “La llevanza del Registro compete a la oficina registral. Esta no constituye, sin embargo, una oficina independiente, sino solo una sección especial de los Tribunales de distrito”. (Hedemann, 1955, p.81). Si bien el análisis de este tratadista se basa en la legislación y sistema alemanes de mitad del siglo XX, es muy interesante el tratamiento que el mismo realiza del Registro de la Propiedad; por lo cual, me ha parecido pertinente incluirlo en el desarrollo del presente trabajo, puesto que con las reservas legales del caso y demás precisiones, nos servirá para dilucidar de mejor manera la estructura y funcionamiento de esta dependencia en nuestro medio.

El procedimiento de registro inmobiliario no se trata de un procedimiento procesal, en vista de que no hay un demandante y un demandado que se confronten. El proceso al que recurrimos en este caso corresponde a la llamada jurisdicción voluntaria. “La transferencia del dominio de inmuebles se transformó en un acto de jurisdicción voluntaria, en cuya virtud las partes solicitaban de común acuerdo la venia del magistrado, para legalizar la transferencia convenida (...)”. (Lafaille, 1943, p.563). Nuestro Código Civil en su Art. 702 determina: Se efectuará la tradición del dominio de bienes raíces por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registrador de la Propiedad.

De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso, de habitación o de servidumbre constituidos en bienes raíces, y del derecho de hipoteca...

Ciertamente, en nuestra legislación es necesaria la inscripción respectiva para que se perfeccione la tradición de bienes inmuebles. El art. 1 de nuestra Ley de Registro en vigencia establece que la inscripción de los instrumentos públicos, títulos y demás documentos que la ley exige o permite que se inscriban en los respectivos registros, va a cumplir principalmente los siguientes fines:

- Servir como medio de tradición del dominio de los bienes inmuebles y de los demás derechos reales que se establezcan en ellos;
- Brindar publicidad a los contratos y actos que transfieran el dominio de los bienes inmuebles y a los que vayan a imponer gravámenes o limitaciones al derecho de dominio de un predio; y,
- Garantizar la veracidad y seguridad de los títulos, instrumentos públicos y otros documentos que deben registrarse.

Obviamente, esta dependencia requiere de un titular que se encargue de guiar sus destinos; en este sentido, el Art. 2 de nuestra Ley de Registro nos indica que éste será un Registrador a cargo de la oficina. El Registro de la Propiedad reviste una gran importancia, por lo cual, las atribuciones de su titular deben estar expresamente determinadas en la ley para evitar todo tipo de arbitrariedades y brindar seguridad a los usuarios de este servicio. Así, el Art. 11 *Ibíd*em establece lo siguiente: Son deberes y atribuciones del Registrador:

- a) Inscribir en el registro correspondiente los documentos cuya inscripción exige o permite la ley, debiendo negarse a hacerlo en los casos siguientes:

- 1) Si la inscripción es legalmente inadmisibile como en el caso de no ser auténtico el título que se presente o no estar conferida la copia en el papel del sello correspondiente;
- 2) Si los impuestos que causa la celebración del acto o contrato o su inscripción no han sido pagados de acuerdo con la ley;
- 3) Si el inmueble a que se refiere el acto, contrato o mandato judicial que debe inscribirse no está situado dentro del cantón;
- 4) Si el título o documento que se trata de inscribir tiene algún vicio o defecto que lo haga nulo;
- 5) Si el título o documento no contiene los requisitos legales para la inscripción; y,
- 6) Si no se ha dado al público el aviso que previamente a la inscripción de un título o documento prescribe la ley...

b) Llevar un inventario de los registros, libros y demás documentos pertenecientes a la Oficina, debiendo enviar una copia de dicho inventario a la Secretaría de la Corte Superior (Provincial) del respectivo distrito, dentro de los primeros quince días del mes de enero de cada año.

c) Llevar con sujeción a las disposiciones de esta Ley, los libros denominados Registro de Propiedad, Registro de Gravámenes...

d) Anotar en el libro denominado Repertorio los títulos o documentos que se le presenten para su inscripción y cerrarlo diariamente, haciendo constar el número de inscripciones efectuadas en el día y firmada la diligencia.

e) Conferir certificados y copias con arreglo a esta Ley...

“(…) El encargado del Registro está obligado a un escrupuloso examen de las solicitudes que se le presenten, así como a dar aclaraciones e instruir a los solicitantes. Esto tiene ciertamente sus límites. Las relaciones internas entre los interesados quedan al margen del Registro”. (Hedemann, 1955, p.82)

El proceso registral exige una particular exactitud, por cuanto, el Registro debe constituir la base real y fidedigna de todo el tráfico inmobiliario. Los que pretenden la inscripción en varias ocasiones se molestan por la serie de requisitos que implica el proceso de registro para los bienes raíces y de que todo haya de ser tan exacto; no obstante, este rigorismo es necesario, pero, sin llegar al extremo que ocurre en la actualidad de generar dificultades con el objetivo de negar inscripciones, lo cual está marcado por intereses económicos que perjudican al usuario que, muchas de las veces, tiene que pagar dos veces para obtener la inscripción de su título. Ocurre en la legislación alemana que, en las grandes ciudades, la labor del Registrador implica principalmente el examen de la documentación que se le presenta; el papel de consejero corresponde al Notario.

En esencia, en nuestro medio, el Registro de la Propiedad debe llevar dos libros. En primer lugar, el índice repertorio, en el cual se efectúa la anotación cronológica de todos los documentos que ingresan para su inscripción. Sin embargo, esta anotación no implica inscripción, pero, de perfeccionarse esta anotación se convierte en registro y surte todos los efectos desde la fecha de la anotación según lo establece el Art. 13 de la Ley de Registro. Este libro tiene la vital trascendencia de establecer de manera fidedigna el orden en el cual ingresan los documentos que pretenden ser objeto de la inscripción. Tomando en consideración el principio de prioridad que rige el derecho registral, en el supuesto de que ingresaren documentos contradictorios para la inscripción deberá proceder la inscripción del primer documento que haya ingresado.

Vale mencionar el valor que la legislación alemana antes referida le da a la anotación.

“La práctica de una inscripción se puede dilatar por diversos motivos, por ej. porque las partes no hayan llegado a un acuerdo perfecto en las estipulaciones causales, o porque el obligado a consentir la inscripción (...) pone después dificultades, o bien se ha ido de viaje, sin dejar permiso por escrito. Esto da lugar a una situación de inseguridad. Para evitarla, ha establecido la ley un asiento provisional, que lleva el nombre de prenotación (...)”. (Hedemann, 1955, p.103)

“El supuesto de hecho material para que se tome la prenotación es la existencia de una pretensión personal (generalmente de carácter obligacional) para exigir una inscripción determinada. Puede ser una pretensión contra el propietario para que transmita la propiedad (...). Pretensión contra el propietario para exigirle que autorice la inscripción de una hipoteca o de otro derecho sobre su finca (...)”. (Hedemann, 1955, p.103 y 104)

La anotación es un asiento provisional. Todavía, no otorga a su titular el verdadero derecho real (propiedad, usufructo, etc.) que únicamente se origina con la inscripción definitiva. Por sí misma, la anotación no impide al perjudicado hacer uso de la facultad de disposición.

Retomando el estudio del repertorio en nuestro medio, se establece en el artículo 18 de la Ley de Registro la forma de llevar el mismo: ...Cada una de las páginas del Repertorio se dividirá en cinco columnas para expresar, en la primera, el nombre y apellido de la persona que presente el documento; en la segunda, la naturaleza del acto en que se trate de inscribir; en la tercera, la clase de inscripción que se pide; en la cuarta, la hora y mes de la inscripción; y en la quinta el registro parcial en que se debe hacer la inscripción y el número que en éste le corresponda.

Si el Registrador se negare a practicar la inscripción por alguna de las razones que constan en esta ley, se expresará al margen del Repertorio la causa de la negativa, dejando en blanco la quinta columna, para designar el registro parcial en que debe inscribirse el documento y darle el número que le corresponde a la fecha en que se ha presentado, si la autoridad competente ordenare la inscripción... Las anotaciones se harán en el Repertorio en serie numerada, como primero, segundo, tercero, etc., siguiendo el orden de presentación de los documentos...

El otro libro básico que debe llevarse en el Registro es el referente a los libros de inscripción. En estos se realizará la inscripción propiamente dicha. Su número obedece a la magnitud y organización de la respectiva dependencia. Evidentemente, en aquellos cantones que sean grandes debe existir una gran especialización de los libros de inscripción. Imprescindiblemente, en toda dependencia del Registro de la Propiedad se requerirá que existan cuando menos dos libros de inscripción: el registro de propiedad y el registro de gravámenes. Al respecto, anotemos que establece nuestra legislación. El Art. 19 de la Ley de Registro dispone: En cada uno de los registros que se debe llevar de acuerdo con la ley, el Registrador inscribirá las cancelaciones, alteraciones y todo lo que concierne a las inscripciones que en ellos se hubieren hecho.

Por su parte, el Art. 21 de la mentada Ley expresa: Los registros empezarán y concluirán con el año y en cada uno de ellos se hará constar la inscripción bajo una serie sucesiva de números independientes de la serie general del Repertorio.

Cada uno de los registros se abrirá al principio del año con un certificado en que se mencione la primera inscripción que vaya a hacerse en él; y se cerrarán al fin del año con otro certificado del Registrador, en el cual se exprese el número de fojas y de inscripciones que contenga, el de las que han quedado sin efecto, las enmendaduras de la foliación y en cuanta particularidad pueda influir en lo sustancial de las inscripciones y conduzca a precaver suplantaciones y otros fraudes.

El Art. 23 de la Ley de Registro manda lo siguiente: Cada uno de los registros contendrá un índice por orden alfabético, destinado a expresar separadamente el nombre y los apellidos de los otorgantes y el nombre del inmueble a que se refiere la inscripción...

También, el Art. 24 Ibídem señala: Se llevará también un libro de índice general por orden alfabético de los títulos o documentos que se inscriban en cada año. Se lo formará a medida que se vayan haciendo las inscripciones y constarán en él los datos siguientes: nombres y apellidos de los interesados, naturaleza del acto o contrato que se haya inscrito, el nombre o denominación del inmueble correspondiente y el número que corresponde a la inscripción.

Veamos que sucede en la legislación alemana. El registro debe ser un verdadero espejo de la situación jurídica de cada bien inmueble. En consecuencia, a cada finca concreta se destina en el Registro un lugar propio, llamado en el lenguaje de la ley <<folio registral>>.

“La palabra <<folio>> debe ser entendida aquí, en sentido figurado. En realidad se trata de toda una serie de folios, por lo que con más propiedad debería hablarse de un cuaderno registral. (...) La situación jurídica de una finca puede ser muy variada. Por ello exige el Registro una sistematización muy precisa. El modelo legalmente prescrito coloca en primer término la descripción del objeto. Siguen a continuación tres secciones: 1.^a : Relaciones dominiales; sección 2.^a :Cargas y limitaciones (...); sección 3.^a : las hipotecas y gravámenes análogos expresados en dinero”. (Hedemann, 1955, p.90)

En esta referida legislación se estudia el folio real. En principio, cada bien raíz independiente, aunque se trate sólo de un palmo de terreno, tiene destinado en el Registro de su distrito una hoja registral propia con la cual puede fijarse en todo

momento la situación jurídica del bien inmueble (¿quien es el propietario?, ¿está gravada?). Esta hoja recibe el nombre de folio real. El folio personal es una variante de excepción del folio real.

“El principio general es del folio real (un folio para cada finca), que incluso queda a salvo en los supuestos de inclusión (...). Pero, excepcionalmente se admite la inclusión de varias fincas independientes en una misma hoja, si bien esto es sólo posible cuando no es de temer ninguna confusión (...). El vínculo que une las fincas es la persona del propietario; se trata, pues, de un folio personal”. (Hedemann, 1955, p.88)

De darse en la práctica la situación de que un bien raíz constará siempre de un único trozo de terreno cerrado en sí mismo y el mismo permaneciera sin alteración en el transcurso de los años, no sería necesario un esquema tan complicado.

Pero, la realidad impone que, no pocas veces, piezas de terreno forman juntas una finca en sentido registral; es más, excepcionalmente varias fincas independientes pueden radicar en el mismo folio; y el objetivo principal del Registro radica en reflejar a través de los años, y hasta un futuro remoto, todas las variaciones que haya experimentado el bien inmueble, por ejemplo, agregaciones, segregaciones, etc. Por lo demás, “la descripción resultaría más gráfica si se añadiese un plano geográfico. El Registro se conforma aquí, sin embargo, con la remisión al Catastro”. (Hedemann, 1955, p.91)

En nuestro país, como en los demás donde se acoge este sistema, la inscripción como el mecanismo por el cual la tradición de los bienes raíces se perfecciona, requiere ser aceptada; y para ello, de acuerdo al artículo 706 del Código Civil: ... se exhibirá al Registrador copia auténtica del título respectivo, y de la disposición judicial en su caso.

La inscripción principiará por la fecha de este acto, y expresará la naturaleza y fecha del título, los nombres, apellidos y domicilios de las partes y la designación de la cosa, según todo ello aparezca en el título. Expresará, además la oficina o archivo en que se guarde el título original, y terminará con la firma del Registrador.

Las inscripciones en el Registro pueden ser de muy diversas clases; por tal motivo, es importante conocer como se accede al registro respectivo, de que manera se adquiere o se pierde una posición registral. Esto acontece siempre como resultado de actuaciones de las personas privadas que acuden a las autoridades de esta entidad; lo cual supone, en cada caso, un proceso en el más amplio sentido de la palabra, eso si, siempre será un proceso de jurisdicción voluntaria. Los libros del Registro no sirven solamente para proporcionar a las autoridades una herramienta para conocer el estado de las relaciones jurídicas sobre bienes raíces, también han de constituir el fundamento de todo el tráfico relativo a los mismos. Igualmente, se concederá al público el acceso a los libros; sin embargo, esto no se puede interpretar como un permiso de acceso a cualquier curioso que quizás sólo desea saber en que grado el dueño de una finca está cargado de hipotecas. Sólo se permite la revisión al particular que acredita un legítimo interés.

No sobra el mencionar que de acuerdo con los principios generales de nuestra legislación, la tradición (del dominio), en general, se perfecciona con la entrega material del bien; pero, para la tradición de los bienes inmuebles es imprescindible la respectiva inscripción del título en el Registro de la Propiedad correspondiente; esto, a diferencia de otros sistemas, como el francés, en donde la adquisición del dominio de los bienes inmuebles se da por la celebración del contrato traslativo de dominio con las solemnidades legales.

“La inscripción en sí misma tiene una gran importancia en el orden sustantivo, puesto que es el último elemento constitutivo (...). Con la inscripción queda definitivamente concluida la modificación jurídico-real, y

no solo eso, sino que queda invariable; si las partes interesadas lo piensan mejor y quieren restituir las cosas a su estado primitivo, no les queda otro recurso que reproducir a la inversa el mismo proceso formal (...) [solicitud y permiso de inscripción, etc.]”. (Hedemann, 1955, p.101)

El contenido mismo de cada inscripción será diferente de acuerdo al derecho que se trate. Las partes establecen el fondo, no obstante, la redacción se deja al Registrador que es el que tiene que autorizar cada asiento con su firma. Estos asientos han de ser sucintos. Muy importante es el orden de las inscripciones; en toda inscripción tiene que expresarse la fecha. Ahora bien, ¿qué documentos y títulos deben registrarse?

Esto lo determina el Art. 25 de la Ley de Registro: Están sujetos a registro los títulos, actos y documentos siguientes:

- a) Todo contrato o acto entre vivos que cause traslación de propiedad de bienes raíces;
- b) Toda demanda sobre propiedad o linderos de bienes raíces; las sentencias definitivas ejecutoriadas determinadas en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil;
- c) Los títulos constitutivos de hipotecas o de prenda agrícola o industrial;
- d) Los títulos constitutivos sobre bienes raíces de los derechos de usufructo, de uso, de habitación, de servidumbres reales y de cualquier otro gravamen, y en general, los títulos en virtud de los cuales se pone limitación al dominio sobre bienes raíces...
- f) Las sentencias o aprobaciones judiciales de partición de bienes, así como los actos de partición, judiciales o extrajudiciales;
- g) Las diligencias de remate de bienes raíces...
- l) Cualquier otro acto o contrato cuya inscripción sea exigida por la ley.

Cuando vamos a realizar la inscripción en el Registro de la Propiedad debemos tener presente lo que dispone el Art. 708 del Código Civil: Siempre que se transfiera un derecho que ha sido antes inscrito, se mencionará la precedente en la nueva inscripción. En este sentido, habría que hacerse el siguiente cuestionamiento: ¿cómo se puede mencionar el antecedente si el inmueble no tuviere registro anterior? Esta situación, evidentemente, sucedió en el período en el cual entró en vigencia el Código Civil (Código elaborado por Andrés Bello entre otros estudiosos y que fue acogido por el Ecuador) ya que, obviamente, en aquel tiempo ninguna tradición podía realizarse citando la antecedente, por cuanto, no existían bienes raíces con título inscrito. Por lo cual, se implantó la regla que establece el Art. 709 del Código Civil: Para la transferencia, por donación o por contrato entre vivos, del dominio de una finca que no ha sido inscrita antes, exigirá el Registrador constancia de haberse dado aviso de dicha transferencia al público por un periódico del cantón, si lo hubiere, y por carteles que se hayan fijado en tres de los parajes más frecuentados del cantón...

Actualmente, los procesos de legalización o titularización de tierras rurales que no tienen inscripción anterior lo realiza el INDA (Instituto Nacional de Desarrollo Agrario) sujetándose a la Ley de Desarrollo Agrario; pero, también tiene aplicación la disposición del Art. 709 del Código Civil. En múltiples ocasiones se ha visto que el INDA a sido blanco de varias denuncias y críticas por los manejos corruptos que han acontecido en sus oficinas; y nuestra ciudad no es ajena a esta realidad; es de preocupación de la ciudadanía una denuncia referente a que supuestamente un ciudadano ha procedido con la apertura de una trocha en el sector Dos Chorreras, donde el individuo se ha hecho adjudicar 60 hectáreas; en el espacio mencionado se presume que éste pretende establecer un proyecto turístico. De ser comprobada tal circunstancia, fehacientemente, atenta contra la naturaleza y un sector protegido como lo es el Cajas, reserva natural y fuente del agua que abastece a la ciudad. Esta adjudicación por parte del INDA, a decir de los funcionarios cuestionadores, se realizó en circunstancias fraudulentas. Este es uno de los varios casos en que el accionar del referido instituto ha sido criticado, por lo cual, podemos concluir que se deben establecer los correctivos pertinentes.

El objetivo fundamental del contenido del Art. 709 del Código Civil es que en algún momento se consiga que todos los inmuebles cuenten con inscripción en el órgano pertinente para justificar legalmente su dominio; a eso debemos llegar con las enmiendas legales que sean necesarias. Volviendo al análisis del Registro de la Propiedad, debemos tener claro que debe constar en la inscripción que se pretende realizar. En este sentido, el Art. 41 de la Ley de Registro establece: La inscripción de títulos de propiedad y de otros derechos reales, contendrá:

- 1.- La fecha de inscripción;
- 2.- Los nombres, apellidos y domicilio de las partes;
- 3.- La naturaleza y fecha del título, y la designación de la oficina en que se guarda el original;
- 4.- El nombre y linderos del inmueble y;
- 5.- La firma del Registrador.

Si se pidiera la inscripción de un título traslativo de dominio de un inmueble, o de alguno de los otros derechos reales, como usufructo, uso, habitación o hipoteca, y en el título no apareciera facultado uno de los otorgantes o un tercero para pedir por sí solo la inscripción, será necesario que las partes o sus representantes firmen la anotación en el Repertorio.

En las transferencias que provienen de resoluciones judiciales, no hay necesidad de que las partes firmen las anotaciones.

Es entendible que el Registro de la Propiedad, como toda obra humana, sea falible; por otra parte, pueden presentarse variaciones en la situación de los bienes raíces que constan inscritos en los registros pertinentes. Por ello, el Art. 50 *Ibíd*em dispone: La

corrección de errores, reparación de omisiones y cualquier modificación que de oficio o a petición de parte deba hacer el Registrador conforme al título, se hará constar en una nota puesta al margen a la derecha de la inscripción respectiva y al frente de la parte que se hubiere modificado. Igualmente, si es del caso realizar variaciones en virtud de un nuevo título el Art. 51 de la Ley de Registro dispone que tiene que hacerse otra inscripción, misma que tendrá una nota que haga referencia a la inscripción modificada, y en ésta que se modifica se debe agregar una nota que haga referencia a la nueva. Una vez más es interesante como se maneja esta situación en la legislación alemana.

“No es raro que un ciudadano que ya posee una finca adquiera otras nuevas. En lo relativo al tratamiento jurídico de este supuesto caben tres posibilidades:

- O bien prescinde de unirla al folio antiguo. En este caso, la finca recién adquirida sigue inscrita en el folio en que lo estaba. Lo único que sucede es que el nuevo propietario es inscrito en lugar del antiguo (...).
- O bien puede hacer que se traslade la inscripción de la segunda finca al folio de la primera, pero de tal manera que no pierda su individualidad y siga siendo finca independiente. En tal caso, queda abandonado el principio del folio real, y en su lugar se acoge el del folio personal.
- O bien traslada la nueva finca al folio antiguo, pero no para conservarla en él como finca independiente, sino a fin de fusionarla a la que ya lo ocupaba. Aquí reaparecen las características del folio real”. (Hedemann, 1955, p.87)

Hay que tener presente lo dispuesto en el Art. 710 del Código Civil: Si la inscripción se refiere a minutas o documentos que no se guardan en el registro o protocolo de una oficina pública, se guardarán dichas minutas o documentos en el archivo del Registrador, bajo su custodia y responsabilidad, salvo lo que dispone la ley sobre documentos de crédito.

Cada asiento que se realiza en el Registro, con frecuencia, es el resultado de actuaciones prolijas; se presentan solicitudes y documentos, etc. Pero, en el Registro mismo se consigna tan solo el resultado en las menores palabras posibles y a veces en fórmulas estereotípicas. Lo restante de la documentación se reúne en expedientes, archivándose. El archivo sólo participa de una manera limitada en la fe pública del Registro.

Finalmente, revisemos el análisis muy apropiado que realiza el Dr. Homero Moscoso Jaramillo referente a la negativa de inscripción en el Registro. El Registrador, en forma inmediata y sin otro trámite, deberá anotar el ingreso en el índice repertorio. De no haber problema alguno se procede a la inscripción en el Registro de la Propiedad, teniendo en cuenta que la inscripción se hará con la fecha de ingreso al índice repertorio; la fecha en la que la tradición opera es aquella de ingreso al repertorio; por consiguiente, desde esa fecha el adquirente legalmente obtiene la calidad de dueño del bien raíz; en muchas ocasiones, particularmente en los registros de la propiedad de los cantones grandes, se requiere de algún tiempo para verificar la presencia o no de algún impedimento para la inscripción.

“Si existen impedimentos para la inscripción, el registrador sienta debe negar la inscripción, indicando en forma razonada la causa por la cual no procede la inscripción, lo cual en la práctica registral se conoce como la NEGATIVA DE INSCRIPCION”. (Moscoso, 2006, p.19). Ante esta circunstancia, la persona puede recurrir a un juez de lo civil, planteando una demanda dirigida al Registrador de la Propiedad en la cual le exija la inscripción del título; si el Juez de lo Civil considera que el argumento que esgrime el Registrador para negar la inscripción no posee fundamento, le ordenará que realice la inscripción y obligatoriamente éste tendrá que cumplir con la orden del Juez, no pudiendo apelar tal decisión.

En el caso de que el juez estime, en base al examen respectivo, que es el Registrador el que tiene la razón ratificará entonces la negativa; de darse esto, al interesado le

queda el recurso de apelar la decisión del juez ante la Corte Provincial de Justicia, sabiendo que la decisión que tome ésta tendrá que cumplirse ya que es inapelable.

1.2 Tipos de propiedad inmobiliaria en la actual Constitución

Cuando la nueva Constitución del Ecuador fue aprobada en septiembre del 2008 por la mayoría del pueblo ecuatoriano se instauraron una serie de cambios y conceptos novedosos en comparación a la anterior Carta Magna. El Ecuador en su convulsionada vida política, especialmente de los últimos veinte años, a buscado un método que le permita sobrellevar la serie de problemas socio-económicos que, entre otros, le han aquejado y que se agudizan con el paso del tiempo; en esta búsqueda, la sociedad ecuatoriana optó por la elección de personas que reflejen y representen un cambio. Aquellos que han accedido al poder, como los ex presidentes Lucio Gutiérrez, Abdalá Bucaram, etc., aprovecharon este panorama y acogiéndose a un populismo extremo, muchas veces caricaturesco y carente de posturas serias en sus campañas electorales, llegaron al poder; pero, al no tener el acierto de elaborar un programa de gobierno responsable, realizable y sobre todo planificado no supieron cumplir la mayoría de sus promesas de campaña.

Consecuentemente, se ganaron la antipatía de un gran segmento de la población y no pudieron terminar sus respectivos mandatos al ser derrocados del poder. El actual Presidente del Ecuador, Eco. Rafael Correa representa esa propuesta de cambio en la cual un gran número de ecuatorianos ve reflejadas sus esperanzas; es un líder que, aparentemente, pretende establecer un cambio profundo en nuestra nación. Y con aciertos y desaciertos en su accionar, el Primer Mandatario tiene el mérito de contar aún con un masivo apoyo de la gente. En un país como el nuestro, con un altísimo nivel de inestabilidad política, tal respaldo es elogiado; no obstante, este apoyo se ha generado con un proceso masivo de campaña electoral por parte del gobierno que en tan solo dos años ha producido que los ecuatorianos acudamos a las urnas en varias oportunidades, con el consabido gasto que tales procesos requieren y que le han

costado a los ecuatorianos varios millones de dólares, los cuales bien pudieron aprovecharse en proyectos humanitarios u obra pública.

En el mandato del actual Presidente, Rafael Correa, se han implementado una serie de cambios en nuestro ordenamiento jurídico en el marco de la reestructuración que está llevando a cabo el gobierno de la “revolución ciudadana”. Varios de estos cambios han sido muy criticados, igualmente, por un amplio sector de la ciudadanía; no obstante, se están generando. No es objeto del presente trabajo alabar o criticar el accionar del Presidente de la República y su gobierno sino, simplemente, analizar esos cambios jurídicos que son de interés para todos los miembros del Estado y más aún para los estudiantes, profesionales y estudiosos de esa disciplina tan cambiante como lo es el Derecho, particularmente, los referidos a la propiedad en general y a la propiedad inmobiliaria en particular.

“La nueva Constitución incorpora garantías primarias, es decir, establece mandatos y habilita a los poderes públicos, tanto Legislativo como Ejecutivo, para la puesta en marcha de las políticas que deben generar las condiciones jurídicas y materiales de realización de esos derechos. A tales garantías, se dedican íntegramente dos títulos: el sexto (“régimen de desarrollo”) y séptimo (“régimen del buen vivir”), que comprende un total de ciento cuarenta y ocho artículos”. (Avila, “et al”, 2008, p.20)

El derecho de propiedad se encuentra entre tales garantías, en sus diversas modalidades: pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa y mixta. A diferencia de la anterior Constitución, la actual establece expresamente el reconocimiento y protección de los diversos tipos de propiedad, antes referidos, siempre y cuando cumplan una función y responsabilidad social y ambiental. Para la elaboración de la Constitución actual, la Asamblea Constituyente se organizó en diversas mesas para tratar, analizar y aprobar los diferentes temas. La Mesa No. 6 de Trabajo, Producción, Igualdad e Inclusión Social fue la encargada del análisis y

elaboración de los regímenes de propiedad. A continuación se resalta lo más importante del informe de mayoría de la Mesa 6 que se encargó de analizar y elaborar los tipos de propiedad para su respectiva discusión y aprobación por el pleno de la Asamblea Constituyente.

“Dentro del proceso de cambio progresista que vive el país existe la demanda ciudadana de democratizar la sociedad. En las “democracias de mercado” los llamados “avances democráticos” estaban relacionados a la configuración de las necesidades económicas del proyecto neoliberal y su política de concentración de todo en manos de pocos. Por ello la propiedad privada era el eje de todo el sistema y se convirtió en una institución indiscutible”.
(www.asambleaconstituyente.gov.ec)

“La democratización de la sociedad para el buen vivir que nosotros impulsamos, en lo referente a la propiedad, pretende garantizar el derecho a la propiedad que todo ser humano tiene, visibilizando la pluralidad de los tipos de propiedad que existen en la realidad ecuatoriana, al tiempo que se posibilita el desarrollo de la de carácter social. Igualmente, se quiere vigorizar la noción de la función social y ambiental de la propiedad mediante un mayor desglose de las características mínimas que comprende este concepto”.
(www.asambleaconstituyente.gov.ec)

La propiedad es susceptible de varias modalidades; por ello, existe la propiedad pública, privada, comunitaria, etc.; esto se ha desarrollado a lo largo de muchos años en la doctrina jurídica. Lo novedoso de este tema es la expresa referencia constitucional de los tipos de propiedad, antes aludidos, con la obligación de cumplir una función y responsabilidad social y ambiental. El gobierno pretende elaborar un régimen del buen vivir, “el Sumak Kawsay”, en función del cual se tienen que implementar una serie de cambios; para ello, se requiere la elaboración de un conjunto básico de leyes, además de la revisión y adecuación de otras tantas a las

disposiciones constitucionales. En esta serie de cambios legales se incluye el concepto de propiedad que cumpla una función y responsabilidad social y ambiental en sus diversos tipos. Ante tal perspectiva surgen dos dudas muy importantes: ¿cómo se cumple la función social y ambiental? (en cada tipo de propiedad) y ¿qué persona u órgano debe decretarla cumplida o no? De igual forma, nace la siguiente inquietud: ¿qué pasará con la propiedad que no cumpla la función social y ambiental?

Al encontrarnos en una etapa de transición jurídica, por la necesidad de la elaboración y adecuación de varias disposiciones legales, con el análisis que se va a desarrollar a continuación de cada uno de los tipos de propiedad que están consignados y garantizados en la nueva Constitución se pretende establecer las peculiaridades y características de los tipos de propiedad que nuestra Carta Magna protege y garantiza y quizás brindar una opinión, obviamente, con asidero legal, razonada, ecuánime y sin apasionamientos del futuro y regulación de la propiedad, sobre todo la inmobiliaria, en el marco de la nueva legislación.

1.2.1 La propiedad pública

Si el término propiedad en sentido constitucional abarca todo el campo de derechos, esto es, los derechos personales en las relaciones civiles (obligaciones y contratos) y los derechos reales (dominio y sus desmembraciones), el caso de los bienes que por definición no podrán ser objeto de apropiación única por parte de ninguna persona no puede ser denominado sino con un sentido muy lato “dominio”. Dominio, en el sentido de imperio, de poder superior a cualquier otra prerrogativa. “El dominio público no integra de modo alguno los derechos patrimoniales de los civiles, de los ciudadanos, sino que en su noción la palabra dominio retoma su significación originaria de potestad, en todo superior a la noción propiedad, siempre ligada a alguna forma de derecho”. (Navas, 1999, p.28)

Nuestro Código Civil en su artículo 604 establece que los bienes nacionales (públicos) son aquellos cuyo dominio corresponde a la Nación toda. Además, en el segundo inciso de la norma en mención se establece que si el uso de tales bienes (como calles, plazas, puentes, etc.) corresponde a todos los habitantes, estos se denominan bienes nacionales de uso público, incluyéndose además los nevados perpetuos y las zonas del territorio ubicadas a más de 4.500 metros de altura.

“Los bienes públicos son aquellos que en cuanto a la propiedad pertenecen a una persona jurídica del sector público pero la utilización de estos bienes es permitida a todas las personas en cualquier momento, porque su uso está abierto para cualquier persona, sin necesidad siquiera de autorización del dueño; es decir del Estado o del organismo del sector público(...). La utilización de estos bienes es libre siempre y cuando se la haga de una manera normal; es decir para la finalidad asignada a estos bienes”. (Moscoso, 2006, p.47)

La Mesa Seis que fue la que trató, entre otros temas, los tipos de propiedad en su informe de mayoría para presentarlo a la Asamblea señaló: “Propiedad pública es el dominio sobre bienes de todo tipo en virtud de las relaciones económicas derivadas de la pertenencia total o parcial de entidades económicas a organismos, instituciones, empresas, o demás entidades de este sector, desde la básica jurisdicción territorial existente hasta el nivel nacional”. (www.asambleaconstituyente.gov.ec). Los bienes de dominio público no pertenecen a ninguna persona en particular sino al Estado mismo (representado en los diversos niveles de gobierno e instituciones públicas) y cuyo goce le está facultado a la generalidad de las personas (incluso extranjeras); el conjunto de normas legales que les son aplicables, indiscutiblemente, es distinto del aplicable a la propiedad en materia civil; además, el ejercicio del derecho de dominio en estos bienes es restringido.

“Los bienes públicos, que son de la esencia del Derecho administrativo, y no constituyen materia del derecho privado, comprenden todos los bienes muebles e inmuebles que estando afectados a un determinado servicio público, se utilizan o consumen directamente por él, con el propósito de cumplir sus finalidades y mantener su funcionamiento”. (Granja, 1992, p.257)

Todos aquellos bienes que recayeren en la noción de dominio público, como resultado de su afectación a la soberanía popular (a la utilidad pública), se excluyen de la esfera de los derechos de cada uno de los ciudadanos que integran el Estado. La mención que se hace en la legislación civil de esta potente noción, es decir del dominio público, se realiza con el objetivo principal de regular la participación de los ciudadanos en el uso de algunos de los bienes afectados a la utilidad pública.

Los bienes públicos son inalienables, inembargables e imprescriptibles; por ello, los respectivos titulares del dominio no pueden ejercer todas las facultades dominiales sobre éstos. Por otra parte, las leyes que vendrán a reglamentar el desenvolvimiento, el uso, goce, afectación y desafectación de los bienes públicos, son las leyes de derecho público. El llamado dominio público es regulado por leyes administrativas.

De acuerdo a la teoría de los derechos públicos subjetivos, el derecho que tienen los habitantes, en general, para utilizar estos bienes es un derecho de naturaleza administrativa.

El régimen del dominio público es único. Todos los bienes que integran este tipo de propiedad poseen el mismo conjunto de disposiciones legales esencial, no obstante, este se adapta a las particularidades de cada bien. En la Ley Orgánica de Régimen Municipal encontramos precisiones relacionadas con el tema que nos ocupa.

En el Art. 250 del mentado cuerpo legal se consigna el siguiente concepto: Son bienes de dominio público aquellos cuya función inmediata es la prestación de servicios públicos a los que están directamente destinados...

El dominio público, sin adentrarse en las diversas y complejas discusiones que se han suscitado al tratar de elaborar un criterio para establecer lo que es dominio público, está conformado por los bienes que sirven para el uso de todos, como los ríos, puertos, los caminos, las plazas públicas, etc. Estos bienes, como ya se estableció, no están sometidos a las reglas del derecho civil relativas a la propiedad.

Se dispone en el Art. 252 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal: Son bienes de uso público aquellos cuyo uso por los particulares es directo y general, en forma gratuita. Sin embargo, podrán también ser materia de utilización individual mediante el pago de una regalía.

Los bienes de uso público por hallarse fuera del mercado, no figurarán contablemente en el activo del balance municipal; pero la municipalidad llevará un registro general de dichos bienes para fines de administración.

Constituyen bienes de uso público:

- a) Las calles, avenidas, puentes, pasajes y demás vías de comunicación que no pertenezcan a otra jurisdicción administrativa;
- b) Las plazas, parques, ejidos y demás espacios destinados a la recreación u ornato público;
- c) Las aceras, soportales o poyos que formen parte integrante de las calles y plazas y demás elementos y superficies accesorios de las vías de comunicación o espacios públicos a que se refieren los literales a) y b);...

g) Los demás bienes que en razón de su uso o destino cumplen una función semejante a los citados en los literales precedentes, y los demás que ponga el Estado bajo el dominio municipal...

No puede decirse, siquiera, que el Estado es el propietario de estos bienes en el extenso sentido del término.

“En efecto, la propiedad se compone de tres elementos: el usus, o derecho de uso; el fructus, o derecho de recoger los frutos y productos; y el abusus, o derecho de enajenar. Ahora bien, de estos tres elementos, el usus no pertenece al Estado, sino al público, a todo el mundo, aún a los extranjeros; el fructus no existe porque estos bienes no producen ingresos. En cuanto al abusus, o derecho de disposición, no puede haber problema, pues el uso público a que están destinados no permite que puedan ser enajenados o gravados los derechos reales”. (Ambroise, 1992, p.508 y 509)

El dominio público, podría decirse, constituye una de las alternativas de expresión de la soberanía del pueblo; implica una fuerza que va a revestir con su régimen la utilidad de las cosas sobre las que eventualmente recae. Por esto, el dominio de los mares, ríos, aguas interiores, etc. corresponde al dominio público del Estado. La afectación directa de ciertos bienes al servicio público respectivo es lo que permite incluir en el dominio público los palacios, edificios de gobierno, las bases militares, etc.

“Los inmuebles pertenecientes a las entidades públicas asumen una condición jurídica diversa de los pertenecientes a los particulares. Hay que distinguir, ante todo, según que figuren adscritos al dominio público o al privado (...). La línea divisoria de ambos dominios dista de ofrecer una nitidez perfecta y, corrientemente, se acepta el criterio de que los inmuebles de dominio público

no sólo son los afectados al uso público [por ej., los caminos y lugares públicos (...)], sino también más extensamente, todos los que sin servir al dominio público de modo directo, se vinculan a un servicio público con carácter indispensable (por ej., arsenales y vías férreas). Todos los demás bienes se insertan en el dominio privado [incluso los edificios administrativos (...)]. El dominio público se diferencia del dominio privado en su carácter inalienable e imprescriptible (...) que informa dos rasgos distintivos bastante salientes respecto de la propiedad de los particulares”. (Carbomier, 1965, p.447 y 448)

Tradicionalmente, los bienes públicos no pasan a integrar el inventario patrimonial de los entes que son sus propietarios debido a que en la mayoría de las ocasiones no otorgan beneficio económico para éstos y, más bien, vendrían a constituirse en una carga. Por ejemplo, las calles de la ciudad no le otorgan ningún beneficio a la municipalidad que incluso tiene que gastar en su cuidado y mantenimiento. Con el avance de los sistemas jurídicos, se ha cambiado esta situación; se han implantado una serie de alternativas para obtener lucro del uso y servicio de estos bienes, como por ejemplo, a través de la aplicación de tasas para los particulares que los utilicen (verbigracia., el peaje que se cobra por cruzar una carretera, un puente, etc.); esto ha motivado en los inversionistas privados un interés en el manejo de ciertos bienes públicos o de uso público al ver los beneficios que se puede obtener con su correcta administración. No obstante, toda negociación de estos bienes tiene que realizarse con el Estado en el marco de un respeto esencial a la naturaleza e importancia que reviste este tipo de bienes; evidentemente, resultaría inaceptable cualquier escenario que pudiera devenir en abusos contra los particulares.

El uso del dominio público tiene dos variantes: la común y la especial. El uso común es aquel que pueden efectuar todas las personas directamente, ya sea de manera individual o colectiva, por su sola condición de personas, debiendo someterse forzosamente a las normas reglamentarias emanadas de autoridad competente. Este uso común posee las siguientes particularidades:

- es libre, por cuanto no se requiere autorización administrativa previa para usar el bien público;
- es gratuito, como principio general, el uso común de esta clase de bienes salvo ciertas excepciones (por ej. cuando se cobra un peaje por tránsito en los caminos);
- es impersonal; se caracteriza por el carácter impersonal del usuario; y,
- es ilimitado, por cuanto, el bien estará afectado a este tipo de dominio en tanto subsista el uso común.

El uso especial, por otro lado, es aquel que únicamente está autorizado a realizar la persona o personas que hayan obtenido la respectiva facultad conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente. Las formas de uso privativo (especial) se reflejan principalmente en dos modalidades: el permiso y la concesión.

“El permiso es un acto administrativo, de carácter unilateral, sin que se le atribuya o reconozca valor alguno a la voluntad individual del administrado en la formación o nacimiento del mismo”. (Dromi, 2001, p.770). A través del permiso se crea una situación jurídica individual que está condicionada a la observancia de la ley: su incumplimiento origina la caducidad del permiso; el permiso reviste una condición precaria ya que se lo puede revocar sin derecho a resarcimiento alguno por parte de quién lo confirió; ejemplos de esta forma de uso privativo son: la instalación de puestos para la venta de flores en plazas públicas; la extracción de agua de un río mediante bombeo, etc.

“La concesión de uso de bienes del dominio público puede hacerse por acto o por contrato administrativo (...). Se diferencia del permiso en que su revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia es indemnizable”. (Dromi, 2001, p.770); como ejemplos de ella podemos citar: la distribución del servicio de luz eléctrica por parte de una empresa privada; la explotación de un campo petrolero concedida a una empresa X.

Los bienes del llamado dominio público del Estado son tan relevantes que, por definición, no pueden ser objeto de derechos reales al encontrarse fuera del comercio. El dominio que la autoridad del Estado practica sobre los bienes públicos está jurídicamente subordinado a las competencias de otras entidades de derecho público en el país como son, por ejemplo, las Municipalidades, los Consejos Provinciales, respecto de cuyos bienes comunes, el Estado y éstas, ostentan únicamente funciones tutelares en lo concerniente a su resguardo y administración en favor de los usuarios. Le corresponde a la respectiva autoridad administrativa regular el uso de tales bienes de dominio público.

Los bienes públicos, como ya se manifestó, conciernen al Estado en todos sus niveles ya se trate del gobierno central, provincial, municipal o las diversas instituciones y organismos públicos. De acuerdo a la ya mentada Ley Orgánica de Régimen Municipal (Art. 249) se puede agrupar a los bienes municipales (públicos) en tres grupos:

- Bienes públicos que son los que pueden ser usados por cualquier ciudadano, por ejemplo un parque;
- Bienes afectados al servicio público: “Son aquellos bienes con los que cuenta la Municipalidad para el desenvolvimiento de sus actividades fundamentales, como por ejemplo (...) los vehículos recolectores de basura”. (Moscoso, 2006, p.49)
- Bienes privados: serán los bienes que la Municipalidad conserva para realizar las diversas actividades que requiere su gestión en general, por ejemplo, los muebles de sus oficinas. Es oportuno realizar la siguiente observación: El Concejo, al ser el máximo órgano encargado de la administración de una municipalidad, tiene la facultad de alterar la categoría de los bienes municipales (Art. 258 de la Ley

Orgánica de Régimen Municipal) de acuerdo a las necesidades que puedan imponerse en un determinado momento.

1.2.2 La propiedad privada

La propiedad privada puede conceptuarse como el poder jurídico en virtud del cual un individuo puede ejercer en una cosa todas las facultades que implica el dominio (uso, goce y disposición), excluyendo a los demás de esta posibilidad y dentro de los límites de la ley. “Según la Enciclopedia SALVAT: propiedad (de propio) es el derecho o facultad de gozar y disponer de una cosa con exclusión del ajeno arbitrio y de reclamar la devolución de ella si está en poder de otro. * Cosa que es objeto del dominio, sobre todo si es inmueble o raíz”. (www.geocities.com). “Propiedad es, para David Hume [5] una relación entre una persona y un objeto de modo que permite a aquella y prohíbe a otros la libre posesión y uso de algo sin violar las leyes de justicia y equidad moral”. (www.geocities.com)

El informe de mayoría de la Mesa 6 de la Asamblea Constituyente que elaboró, para su discusión, los tipos de propiedad expresa: “Propiedad privada, susceptible a adquirir diversas formas, es el derecho de dominio de un individuo respecto a la apropiación de bienes materiales, incluyendo los medios de producción. El propietario puede usar, a su arbitrio, esta propiedad primordialmente para uso y beneficio propio”. (www.asambleaconstituyente.gov.ec). Con lo planteado, podemos inferir la siguiente conclusión: propiedad privada es el derecho individual que le faculta a una persona el acceso y administración de bienes materiales (e inmateriales) dentro de los límites de la Constitución y la ley. Asimismo, la persona quedará autorizada a utilizar el bien sobre el que ejerce la propiedad excluyendo a terceros de tal uso; ellos tienen que respetar el derecho ajeno como miembros de un Estado y estando sometidos a su ordenamiento jurídico.

El sistema de la propiedad privada es una de las vías para regular el acceso y manejo de los bienes, constituyéndose en una alternativa a la propiedad colectiva y a la propiedad común. En la propiedad privada, las decisiones concernientes al uso de los bienes corresponden a los individuos; en la propiedad colectiva no existen limitaciones para el acceso y uso de los recursos; y en la propiedad común, las decisiones con respecto al uso y disfrute de los bienes corresponden a la comunidad entera o al grupo dominante (consejo de ancianos, rey, presidente, etc.). Para que exista el derecho de dominio necesariamente deben presentarse dos elementos:

- Un elemento personal, referente al sujeto del derecho.
- Un elemento real, referido al objeto mismo de la prerrogativa.

A la propiedad, en el curso de la evolución de la doctrina jurídica, se le han asignado ciertos caracteres:

- El ser un derecho absoluto, por cuanto otorga al titular todas las facultades que se pueden ejercitar sobre un bien.
- Ser un derecho exclusivo, ya que los terceros no pueden aspirar derecho alguno en el bien; todas las facultades se conceden al titular del dominio.
- El ser un derecho perpetuo; esto se puede afirmar en el sentido de que al establecerse el derecho de dominio se lo hace en forma indefinida en lo concerniente al tiempo.

El dominio, según algunos autores como Alessandri y Somarriva, debe entenderse como una prerrogativa que reúne, básicamente, dos características esenciales: la abstracción y la elasticidad. “El dominio es un derecho abstracto porque tenemos la calidad de dueños de un bien, independientemente de que estemos ejerciendo en forma real o material las facultades que confiere”. (Moscoso, 2006, p. 83)

El dominio es elástico, por cuanto, como resultado de la serie de prerrogativas que otorga es factible que el titular restrinja las mismas como, por ejemplo, cuando constituye un derecho de usufructo; en este supuesto, pese a que el titular ha cedido dos de las facultades dominiales (uso y goce) a un tercero mantiene la calidad de dueño de la cosa.

Desde que a un individuo, en un punto de la historia, se le ocurrió decir “esto es mío” se han producido una serie de acontecimientos en la sociedad humana. Las diversas formas de organización humanas, de alguna u otra forma, se han ocupado de la propiedad de diversas maneras; así, cuando las personas vivían agrupadas en tribus, la propiedad era comunitaria; en la Edad Media, el rey y los señores feudales eran los supremos dueños, sobre todo, de los terrenos e incluso de los vasallos que ocupaban tales predios. El avance de la sociedad permitió llegar a un punto de la historia donde fue posible el pleno reconocimiento de la propiedad privada a través de su establecimiento y protección en la Constitución, ley suprema que gobierna un Estado; tal conquista se logró a costa de incontables guerras, revoluciones, movimientos y corrientes políticas que en muchos casos sufrieron el asesinato, ultraje, traición, etc. de sus máximos líderes; no obstante, su lucha no fue en vano y esto se refleja en el gran progreso que, en materia de los derechos en general, se ha obtenido en la mayoría de las naciones.

Ciertamente, los avances antes referidos son significativos, sin embargo, siempre ha acontecido y seguirá aconteciendo que existe un grupo privilegiado que tiene una posibilidad de acceso a la propiedad mucho mayor que otros sectores, más pobres, que prácticamente no tienen ninguna oportunidad. Un reclamo constante a los gobiernos, en la mayoría de los países del mundo, es la eliminación de las desigualdades sociales y la redistribución justa y equitativa de las riquezas; con este lema se han desarrollado múltiples protestas que, en gobiernos de carácter dictatorial, ocasionaron el vejamen, tortura y muerte de sus dirigentes y militantes en múltiples oportunidades; tales reclamos seguirán aconteciendo mientras no se desarrolle una forma de gobierno que limite las inequidades; una que permita, cuando menos, el

acceso de todas las personas a los bienes y recursos necesarios para su digna subsistencia, entre otras cosas.

Resulta nefasto aceptar que unas cuantas personas acumulan vastas fortunas que las gastan en trivialidades mientras una gran parte de la población mundial, literalmente, se muere de hambre; no con esta idea se pretende afirmar que se debe privarles de sus riquezas a las personas acaudaladas y repartirlas a los más necesitados (afirmación esta de un socialismo extremo), sino, se plantea la necesidad de generar un sistema de gobierno más equilibrado y objetivo para todos los ciudadanos.

“Igualdad, libertad, propiedad. Esta es la triada en la que descansa el sistema político y el ordenamiento jurídico del Estado (...). Sin propiedad privada no es posible que las relaciones entre los seres humanos se conviertan de manera general en relaciones jurídicas (...)”. (Pérez, 2002, p.553). La propiedad privada puede considerarse al mismo tiempo el presupuesto y resultado de la efectiva aplicación de la libertad y la igualdad; sin su existencia tenemos que reconocer que, en la práctica, no se hubieran conseguido imponer los principios de la igualdad y la libertad. Una vez que se han afirmado tales principios en la sociedad, la propiedad privada sufre una transformación; ya no se trata de un elemento con más o menos peso en el ordenamiento jurídico; en lugar de ello, pasa a ser un aspecto fundamental de la constitución económica de la nueva sociedad, de la sociedad civil del Estado Constitucional. La propiedad es la derivación de la igualdad y la libertad. La Constitución vigente en nuestro país reconoce y garantiza a las personas varios derechos, entre ellos, el derecho a la propiedad.

El numeral 26 del Art. 66 de la referida Carta Magna garantiza el derecho a la propiedad en todas sus modalidades, en tanto y cuanto, cumpla con una función y responsabilidad social y ambiental; en este mismo numeral se prevé que el acceso a la propiedad deberá hacerse efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas. La propiedad privada, no obstante estar garantizada de conformidad

con el texto referido, en relación a los preceptos que contienen los artículos 321 y 323 de la Constitución tiene sus limitantes. La garantía a la propiedad privada se encuentra firme, jurídicamente, por la prohibición de toda confiscación consignada también en el texto constitucional en su artículo 323.

1.2.3 La propiedad comunitaria

La propiedad comunitaria fue reconocida a partir de la ley de comunas de 1937 en nuestro país.

“La propiedad comunitaria es el dominio de uso y usufructo de bienes de diversa naturaleza material ejercido por una colectividad de individuos, familias o asociados en esas organizaciones de origen antiguo llamadas “comunidades”, “comunas”, o ayllullakta, y que alude a una relación del común con los bienes de la naturaleza (tierras, aguas, y demás recursos naturales de la superficie), que adoptan también formas de organización urbana en la modernidad. Esta forma de propiedad, anterior al Estado ecuatoriano, no incluye los recursos naturales del subsuelo”.
(www.asambleaconstituyente.gov.ec)

Es común, si se puede decir normal, que los derechos subjetivos radiquen en un solo titular; esta es la figura del derecho individual. Pero además, puede acontecer que un mismo derecho o poder jurídico recaiga en varios sujetos dando como resultado la figura de la comunidad o derecho colectivo. En este tipo de propiedad, a los comuneros les une una fuerte vinculación de carácter social y solidario que compromete a todos sus integrantes. Ante todo, velan por el interés común, incluso, por sobre el interés particular. Este tipo de asociación se presenta aún en nuestros días en ciertos grupos como los de la comunidad Huaorani, pueblos montubios, por solo citar unos ejemplos; además, ciertos grupos indígenas reclaman la propiedad

comunal de las tierras donde han habitado por muchos años y las cuales no cuentan con el respectivo título de propiedad. En el Código Civil ecuatoriano se hace mención de la comunidad (cuasicontrato de comunidad) en el Art. 2004: La comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa es una especie de cuasicontrato.

Contrariamente a lo que se puede pensar, “comunidad y copropiedad no son términos idénticos. Hay comunidad cuando un mismo derecho corresponde conjuntamente a varios sujetos. Hay copropiedad cuando la comunidad está referida al derecho de propiedad”. (Carrión, 1971, p.119). La copropiedad podríamos plantearla de la siguiente manera:

“Esta modalidad es al derecho de propiedad, lo que al derecho de crédito la solidaridad activa (...), pues la titularidad dominical del mismo objeto viene a compartirse por varios sujetos. [Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa pertenece proindiviso a varias personas (...); también se define la comunidad con referencia a un derecho, usando inapropiadamente la voz propiedad para designar la titularidad del mismo. La fórmula aparece, pues, conectada con la cotitularidad en general]”. (Carbomier, 1965, p.158)

Efectivamente, el derecho de propiedad de una cosa puede corresponder, a un mismo tiempo, a varias personas sin que exista división material del bien; entonces se presenta la copropiedad, propiedad común, o indivisión. La causa más frecuente para que se origine esta situación es la muerte de un propietario que deja varios herederos o legatarios universales. Del mismo modo, la copropiedad puede tener origen en un contrato, por ejemplo: dos personas compran una cosa común. También se puede originar a través de la sociedad conyugal, en la cual los bienes que compren o adquieran los cónyuges pasarán a formar parte de la misma, correspondiéndole a cada uno de ellos el 50% del valor de éstos en la sociedad conyugal.

Consecuentemente, cualquiera que sea la causa que produzca la copropiedad da como resultado lo siguiente: el respectivo bien pertenece en su totalidad a dos o más titulares, de tal manera, que a cada uno le corresponde una parte y todos son dueños del objeto. El derecho de copropiedad de cada uno queda cifrado en una cuota o también llamada parte alícuota ($1/2$, $1/3$, $1/4$); la alícuota no puede ubicarse, materialmente, en ninguna zona de la cosa sino que recaerá sobre todo el bien.

Por otra parte, se suele asociar de alguna manera el concepto de comunidad y el de sociedad. La comunidad y la sociedad son dos situaciones jurídicas muy semejantes entre sí. La comunidad es un estado vecino a la sociedad; y no faltan autores que, como Donderis Tatay, las identifican. Ciertamente, en nuestro Código Civil se determina que la sociedad y la comunidad producen efectos análogos; tal situación se refleja en el artículo 2005 del citado cuerpo legal: El derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social.

“No obstante, como advierte Claro Solar, no se pueden asimilar ambas instituciones, y debe tenerse en cuenta que en la comunidad no hay sino copropietarios indivisos que no se encuentran ligados unos con otros por ninguna obligación especial; y que teniendo cada uno de ellos, a pesar de la comunidad, su derecho de propiedad *ut singuli* sobre la totalidad, pueden obrar separadamente en su interés individual”. (Carrión, 1971, p.120)

Existen otras diferencias notables entre sociedad y comunidad. La sociedad forma una persona jurídica distinta de la de los socios individualmente considerados (Art. 1957 inciso segundo del Código Civil); mientras que, entre comunidad y persona jurídica existe una antítesis inconciliable. La sociedad busca un fin de lucro, ello se deduce de su definición misma la cual consta en el Art. 1957 primer inciso *Ibidem*: Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan; el fin de la comunidad es, por el contrario, la simple conservación y aprovechamiento de la

cosa común. Se presenta, también, una diferencia en lo atinente a la constitución entre estos dos conceptos; la sociedad proviene de un contrato intuito persona, en consideración a la persona o personas con las cuales se celebra; la comunidad, en cambio, proviene de un simple hecho; inclusive nace, en varias ocasiones, sin que los comuneros o copropietarios persigan un propósito común.

“Los romanos usaron el vocablo “communio” para designar un tipo de relación jurídica en la cual, a varios sujetos corresponden derechos iguales en el mismo objeto (...). Atendieron de preferencia al caso más importante de comunidad, que es aquel en que los derechos están referidos a la propiedad de la cosa”. (Carrión, 1971, p.120).

La temática de la comunidad plantea diversos problemas; entre ellos tenemos: los casos de indivisibilidad de la cosa común, las relaciones de los comuneros entre sí, las relaciones de éstos con el mundo jurídico exterior, etc.

“Según Francisco Cerrillo, los elementos necesarios de la comunidad son los siguientes: a) Unidad de objeto, o lo que es igual, indivisión material del mismo; b) pluralidad de sujetos; c) identidad cualitativa de pretensiones jurídicas; d) llamamiento simultáneo. No existe, por tanto, comunidad en los derechos a término, en las sustituciones hereditarias (...) ya que falta la contemporaneidad en la existencia de los derechos iguales; e) indivisión material del vínculo; y f) unidad de relación jurídica”. (Carrión, 1971, p.119)

Podemos plantear ciertas modalidades de comunidad en atención al objeto sobre el que recae la misma, la fuente de la comunidad y la duración del estado de indivisión. En este sentido, se puede hablar de:

- Comunidad singular y universal, la cual toma en consideración el carácter singular o universal del bien que pertenece proindiviso a varias personas. A las dos se refiere el ya citado Art. 2004 del Código Civil.

- Comunidad incidental es la producida por un evento independiente de la voluntad de los comuneros; un ejemplo claro de esta modalidad es la comunidad hereditaria, producida por la muerte del causante.

- Comunidad voluntaria es aquella que se produce por un acto o contrato emanado de dos o más personas por su propia voluntad. No obstante, de acuerdo al Art. 1338 inciso segundo del Código Civil no se puede estipular indivisión por más de cinco años, pero, cumplido el término éste podrá renovarse.

- “Comunidad forzosa. Hay casos de indivisión forzosa, impuesta por la ley en atención a la naturaleza especial de ciertas cosas. Así ocurre con la medianería, la propiedad fiduciaria, los derechos de servidumbre, etc. Los casos de indivisión forzosa son de excepción; y por consiguiente, tienen que estar expresados en la ley”. (Carrión, 1971, p.121)

Plasmadas estas precisiones, revisemos que referencias, sobre este tipo de propiedad, encontramos en la Constitución actual.

El Art. 57 de la Constitución señala: Se reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones, y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: ...Nral. 4.- Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias que serán inalienables, inembargables, e indivisibles. Estas tierras estarán exentas de pago de tasas e impuestos.

Nral.5.- Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita...

Nral. 7.- La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que pueden afectarles ambiental o culturalmente...

Nral.11.- No ser desplazados de sus tierras ancestrales...

Nral. 21.-Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas...

Para completar el entendimiento de estas referencias constitucionales, y tener la posibilidad de esbozar un criterio más objetivo, brevemente señalaré un alcance del concepto de territorio aplicado a la realidad de nuestros pueblos ancestrales.

“Las tierras ocupadas y poseídas por los pueblos indígenas que constituyen su hábitat, su espacio socio-económico y que son utilizadas para actividades de recolección, incluyendo aquellas tierras necesarias para la preservación de los ecosistemas y recursos naturales; concebidas como áreas imprescriptibles para la generación, sustentación y sostenimiento de una capacidad de población humana que garantice su crecimiento y desarrollo”. (Torres, 1997, p.18)

Del mismo modo, el Art. 59 de la Constitución señala: Se reconoce los derechos colectivos de los pueblos montubios para garantizar su proceso de desarrollo humano integral, sustentable y sostenible... El Art. 60 Ibídem dispone: Los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir

circunscripciones territoriales para la preservación de la cultura. La ley regulará su conformación.

Se reconoce a las comunas que tienen propiedad colectiva de la tierra como una forma ancestral de organización territorial. Bajo estos principios constitucionales se desarrollará la normativa secundaria que a la Asamblea Nacional le corresponderá legislar y, con ello, poder determinar los límites de la propiedad a la que pueda acceder o mantener cualquier persona o personas no solo con relación a este tipo de propiedad sino también a las otras reconocidas constitucionalmente.

Para ejemplificar, me referiré al territorio de los Huaorani, un pueblo hasta hace poco nómada que se movilizaba en un territorio que ancestralmente le pertenecía; su sentido de la propiedad territorial es diferente al nuestro, hasta el punto de considerar que la selva es suya y que nadie la puede penetrar o invadir.

“Nuestros padres nos cuentan y nos da mucha pena, indica, porque antiguamente nuestros territorios eran hasta Celera Sumaco, hasta aguas abajo del Aguarico, por el norte, y por el sur hasta Curaray. Cada gobierno ha ido reduciendo nuestro territorio, actualmente contamos con apenas 1500has, el resto es del parque nacional Yasuní, que está bajo la administración, todo esto hemos ganado por la lucha y gestiones ante el Gobierno”. (Gustavo Toca, en un congreso de comunidades huaorani). (Izquierdo, 1999, p.21)

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 60 de la Constitución antes mencionado se encuentra consagrado el reconocimiento de las comunas, una forma ancestral de organización territorial que mantiene la propiedad colectiva; esto, en relación con lo que determina el numeral 5 del Art. 57 de la Constitución según el cual las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas podrán conservar la posesión de sus tierras y territorios y poseen el derecho a la adjudicación gratuita de éstos. Y si se

aplica el numeral 7 del mismo artículo, para realizar planes o programas de prospección o explotación de recursos no renovables, como petróleo, oro, etc., se requiere la consulta previa a las comunidades afectadas; esta necesidad de consulta se ha evidenciado con las movilizaciones efectuadas contra la ley minera en diferentes partes del país, sobre todo en la Región Austral, con el objetivo de plantear una oposición a que se desarrolle una minería irresponsable desde el punto de vista ecológico y ambiental. Queda claro que es diferente el concepto de propiedad comunitaria visto desde la perspectiva individual referida en el Código Civil y el de la propiedad comunitaria constitucionalizada actualmente que, superando el concepto individual, da énfasis a una realidad cultural histórica que se refleja en algunos sectores del país; a estos grupos sociales se les garantiza sus derechos ancestrales.

1.2.4 La propiedad estatal

“Propiedad estatal es el dominio de bienes de todo tipo, en virtud de las relaciones económicas derivadas de la pertenencia total o parcial de entidades económicas del Estado. Esta propiedad se expande con las nacionalizaciones y las expropiaciones”. (www.asambleaconstituyente.gov.ec)

Este tipo de propiedad se refiere a aquellos bienes que son de dominio del Estado, pero, que no están dispuestos para el llamado “uso público”, es decir, para el uso general de las personas, sino que están destinados a los fines específicos que les sean otorgados por parte del Estado. En este sentido, el artículo 604 de nuestro Código Civil determina que los bienes nacionales cuya utilización no ataña de forma corriente a todos los habitantes del Estado se llaman bienes del Estado o bienes fiscales. En el citado Código encontramos algunas normas que nos brindan una visión general de la propiedad pública. El Art. 605 del Código Civil establece: Son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño.

El Art. 612 Ibídem dispone: los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, son bienes nacionales de uso público... También son bienes nacionales de uso público las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad... El Art. 613 Ibídem establece: Pertenecerán al Estado las nuevas islas que se formen en el mar territorial y en los ríos y lagos de dominio público.

El dominio público y el dominio privado del Estado tienen un régimen jurídico diferente: el dominio público es inalienable e imprescriptible, mientras, el dominio privado del Estado se sujetará a los principios de la propiedad privada con ciertas excepciones. En efecto, el dominio privado del Estado, desde un enfoque civilista, no se distingue del derecho equivalente de los particulares y, en consecuencia, las facultades que ejercerá el Estado sobre los bienes de su dominio privado y las eventuales prerrogativas de los individuos se rigen por las disposiciones del Código Civil; a pesar de ello, como ya se dijo, esto no es absoluto ya que existen ciertas excepciones (limitaciones).

“Limitándose a los bienes del Estado (...) domina esta materia una distinción muy racional y familiar a nuestros espíritus: la del dominio público y la del dominio privado. El dominio privado comprende los bienes que el Estado posee y administra como un particular, que le producen ingresos, que puede enajenar, por lo menos, en general, y que en nada se diferencian, por tanto, exteriormente de las cosas susceptibles de propiedad privada. Una granja modelo (...), un bosque (...), esto es lo que forma parte del dominio privado”. (Ambroise, 1992, p.508)

Efectivamente, los bienes fiscales son aquellos que pertenecen en propiedad a una entidad de derecho público cuya utilización no se permite a la generalidad de las personas, sino que, la misma está restringida y destinada a la satisfacción del propósito que la entidad respectiva le imponga; ejemplo de estos bienes son los vehículos del ministerio de salud pública.

“Si se quieren precisar los intereses prácticos de la distinción entre el dominio público y el dominio privado, se encuentran entre estas dos partes del dominio del Estado las siguientes diferencias:

El dominio público es inalienable. Por el contrario, el dominio privado puede ser enajenado bajo condiciones y mediante las formas determinadas en las leyes administrativas (...).

El dominio público es imprescriptible. El dominio privado puede, por el contrario, prescribir (...).

El dominio público no puede ser gravado con servidumbre alguna. Los inmuebles de dominio privado, por el contrario, pueden ser gravados con servidumbres como los de los particulares (...).” (Ambroise, 1992, p.508)

La distinción de estos tipos de dominio, no obstante ciertas apariencias, no es de origen antiguo. Fueron, la doctrina y la jurisprudencia las que con deducciones racionales, en nuestros días, elaboraron la teoría del dominio público y la distinción entre éste y el dominio privado de las entidades públicas. El criterio que distinguirá las categorías de dominio recientemente referidas se funda en el destino o uso asignado al bien. “El fin de utilidad y uso es el que determina uno u otro tipo de dominio, por sobre la distinción clásica de la doble personalidad entre el Estado poder público y el Estado persona jurídica, que contribuyó a esa diferenciación de la doble dominialidad”. (Dromi, 2001, p.756). Un bien es considerado de dominio público, en definitiva, cuando se le afecta al uso público directa e inmediatamente; por el contrario, si el bien es destinado a cumplir un fin específico y su uso es reservado tendría que ser considerado un bien fiscal.

Sin embargo, existen varias opiniones en la doctrina orientadas a esbozar un criterio diferente que permita ubicar a los bienes en la categoría del dominio público. Una primera opinión consiste en afirmar que el carácter de dominio público deviene de la afección de una cosa a un servicio de utilidad pública. Este planteamiento ha sido considerado por algunos tratadistas excesivamente amplio.

“Otro sistema, por el contrario, restringe considerablemente el dominio público. No comprende en el más que los bienes que por su naturaleza misma aparecen como no susceptibles de propiedad privada (...). En cuanto a nosotros, estimamos que este segundo sistema debe ser aceptado, pero sensiblemente ampliado. Si el dominio público no comprendiera las cosas más que por su naturaleza, no son susceptibles de propiedad privada, sería excesivamente restringido. No comprendería los puertos, los caminos y los ríos, porque un puerto, un camino, un río, pueden pertenecer a particulares o a sociedades de particulares (...). En nuestra opinión el origen del dominio público está en la afectación de una cosa no a un servicio público, sino al uso directo del público (...)”. (Ambroise, 1992, p.511)

El concepto de dominio público contiene cuatro elementos: subjetivo, objetivo, finalista y normativo.

El elemento subjetivo hace relación al titular del bien. Los bienes de dominio público tienen como su titular al Estado (en todos sus niveles) y a sus entidades públicas, sean estatales o no, siempre y cuando los bienes en cuestión estén afectados a la prestación de un servicio o función pública.

El elemento objetivo hace referencia a los objetos o bienes que forman parte del dominio público y cuyo sistema normativo se rige por los principios del derecho privado.

El dominio público, en este supuesto, se ejerce sobre bienes idénticos a aquellos en los que podemos ejercer la propiedad privada. El concepto de bien y todas las clasificaciones que se hacen del mismo en el derecho privado aplican también en el derecho público, ya que son conceptos basados en elementos objetivos.

Por esta razón, las clasificaciones de bienes en corporales e incorporales; muebles e inmuebles; fungibles y no fungibles; consumibles y no consumibles; divisibles y no divisibles, etc. son igualmente válidas para el derecho público.

El elemento finalista está relacionado con un fin en particular, es decir, el objetivo que influye en la determinación de incluir o no a la cosa en el dominio público. Una parte de la doctrina determina que sólo los bienes que se destinen a un uso directo por parte de los ciudadanos están ubicados en la categoría de dominio público. No obstante, otra parte de la teoría jurídica mantiene que, además, las cosas destinadas a un uso indirecto por medio de un servicio público recaen en la categoría en mención.

Por último, en lo concerniente al elemento normativo, “el concepto de dominio público supone el sometimiento de los bienes que lo integran a un régimen de derecho público, condición sine qua non de la dominialidad pública. Este sometimiento sólo puede resultar de una disposición de la autoridad competente (...)”. (Dromi, 2001, p.759). Los bienes pertenecientes al Estado que no cumplan el elemento finalista y normativo bien los podemos ubicar en el dominio privado del Estado, con las corretativas consecuencias que esto conlleva.

En nuestra Ley Orgánica de Régimen Municipal encontramos algunas referencias a la propiedad estatal y las mismas nos pueden brindar una visión de este tipo de propiedad en cuanto a su administración y regulación. En este sentido, el Art. 249 de la mentada ley establece: Son bienes municipales aquellos sobre los cuales las municipalidades ejercen dominio.

Los bienes municipales se dividen en bienes del dominio privado y bienes del dominio público...

En el Art. 254 Ibídem encontramos el criterio que la respectiva ley emplea para ubicar a los bienes en la categoría de dominio privado (del Estado obviamente) y una breve enumeración de estos; en este orden de ideas expresa: Son bienes de dominio privado los 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 municipales que son administrados en condiciones económicas de mercado, conforme a los principios del derecho privado.

Constituyen bienes del dominio privado:

- a) Los inmuebles que no forman parte del dominio público;
- b) Los bienes del activo de las empresas municipales que no prestan los servicios citados en el artículo precedente;
- c) Los bienes mostrencos situados dentro de las zonas de reserva para la expansión de las ciudades y centros poblados y, en general, los bienes vacantes, especialmente los caminos abandonados o rectificadas; y,
- d) Las inversiones financieras que no estén formando parte de una empresa de servicio público, de las mencionadas en el artículo precedente, como acciones, cédulas, bonos y otros títulos financieros.

Por otra parte, la administración debe ser eficaz en el manejo de este tipo de bienes, dada su naturaleza, para que se cumpla lo establecido en el Art. 271 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal: Los bienes del dominio privado deberán administrarse con criterio empresarial para obtener el máximo rendimiento financiero compatible con el carácter público de la municipalidad y con sus fines.

Obviamente, la enajenación de este tipo de bienes debe realizarse en un estricto marco legal que no de cabida a posibles abusos o despilfarros. Es importante

establecer las reglas según las cuales se permite la enajenación de los bienes fiscales; el recién mentado cuerpo legal en su Art. 273 contiene la siguiente disposición: La venta de los bienes de uso privado se acordará en estos casos:

1. Si no reportan provecho alguno a la hacienda municipal o si el provecho es inferior al que podría obtenerse con otro destino. No procederá la venta, sin embargo, cuando se prevea que el bien deberá utilizarse en el futuro para satisfacer una necesidad concreta del municipio; y,
2. Si con el precio de la venta del bien puede obtenerse inmediatamente otro semejante, capaz de ser aplicado a objetos más convenientes para el vecindario.

Igualmente, el Art. 274 *Ibíd*em establece: Será permitida la permuta de bienes del dominio privado:

1. Cuando con una operación de esta clase, el patrimonio municipal aumente de valor o pueda ser aplicado con mejor provecho en favor de los intereses vecinales; y,
2. Cuando deba tomarse todo o parte del inmueble ajeno para aumentar las áreas de predios destinados a servicios públicos o para la construcción, ensanche o prolongación de plazas, avenidas, calles, etc.

También, el Art. 275 *Ibíd*em señala: Sólo se procederá a la hipoteca de los bienes del dominio privado cuando sea necesario garantizar obligaciones propias de la Municipalidad, contraídas de acuerdo con esta Ley; mientras que el Art. 276 del mentado cuerpo legal ordena: Para la permuta de bienes municipales se observarán las mismas solemnidades que para la venta de bienes inmuebles, en lo que fueren aplicables, a excepción del requisito de subasta.

Es comprensible que esta clase de bienes, dada su naturaleza, revista una gran importancia, por ello, toda normativa legal que se refiera a su regulación tendrá que ser rigurosa en su protección y restrictiva en el ejercicio de los derechos sobre los mismos.

Especialmente, es importante el control del manejo económico de este tipo de bienes para evitar cualquier malversación de los fondos estatales, práctica muy usual en los gobiernos ecuatorianos; varios titulares de prensa han puesto en evidencia el abuso que, muchas veces, se comete con el uso de estos bienes, los cuales van desde manejos fraudulentos hasta el uso, por ejemplo, de los vehículos municipales para fines privados de algunos funcionarios.

Sin embargo, en las disposiciones citadas de nuestra Ley Orgánica de Régimen Municipal queda plasmada la importancia y el manejo cuidadoso que tiene que darles la administración; de aplicarse plenamente estos principios legales en concordancia con las disposiciones constitucionales, como es debido y con un efectivo control administrativo y ciudadano, se podrán obtener los máximos rendimientos del uso de estos bienes.

La importancia de la participación ciudadana cobra trascendencia cuando se orienta al control de las instituciones y funciones del Estado.

La nueva Constitución desarrolla el Quinto Poder, la Función de Transparencia y Control Social (Art. 204), resultando evidente la necesidad de crear las leyes y mecanismos necesarios para facilitar el control por parte del pueblo, sobre todo, en el manejo de los recursos estatales; esta consideración también involucra a los bienes afectados al uso público y aquellos cuyo uso está restringido y se destinan a cumplir un fin específico.

1.2.5 La propiedad asociativa

Un primer concepto de esta forma de propiedad que podemos traer a colación es el siguiente: “Ordenamiento institucional en el cual la propiedad de determinados medios de producción pertenece a un conjunto de personas en razón de los aportes que han realizado para la conformación de una unidad de producción, regida de forma democrática y autogestionaria”. (www.aporrea.org). La asociación es el aunar de esfuerzos con fines determinados; es la colaboración, reunión, sociedad de un conjunto de individuos, por lo cual, su concepto debemos entenderlo en su sentido más amplio (el de la propiedad asociativa) con miras a, superando el concepto de propiedad individual inmobiliaria sobre todo de la tierra, buscar mediante políticas públicas un objetivo determinado: que la gran mayoría de ecuatorianos accedan a la propiedad.

“La tarea del jurista es interpretar normas. En esto consiste su trabajo. Haciendo uso de una forma de razonar específica y de un sistema de conceptos asimismo propio, el jurista debe encontrar en una norma o, en su defecto, en el conjunto del ordenamiento jurídico, una respuesta al problema que se somete a su consideración, bien sea de manera contenciosa o conflictiva, bien sea de manera pacífica (...). Detrás de cada actuación de un jurista hay siempre una operación de interpretación de normas”. (Pérez, 2002, p.131)

En el presente trabajo, que pretende dar un enfoque de la realidad inmobiliaria y del Registro de la Propiedad en la Constitución del 2008, muchas veces se hace uso del análisis de la normativa legal pertinente, principalmente la constitucional. Es sabido el principio doctrinario que ordinariamente le “toca” interpretar la ley sólo al legislador, sin embargo, todo profesional del derecho tiene que encontrar el sentido de la misma cuando prepara una defensa o asesora a un cliente. No hay derecho que no exija ser interpretado.

“La diferencia entre la interpretación de la Ley y la interpretación de la Constitución solo puede hacerse con base en tres criterios: uno objetivo, otro subjetivo y otro teleológico. La operación tiene que ser diferente o porque así lo exijan las circunstancias de las normas que han de ser interpretadas, o porque sean diferentes los intérpretes de las mismas o porque sea distinta la finalidad que se persigue con la interpretación diferenciada. Habrá que examinar en consecuencia, la interpretación de la Ley y la interpretación de la Constitución desde estos tres puntos de vista, para ver si, realmente, existen diferencias que justifiquen una interpretación constitucional diferente de la interpretación jurídica tradicional”. (Pérez, 2002, p.135 y 136)

Al encontrarnos en un punto clave de la vida política de nuestro país, comenzando un nuevo milenio con tantos cambios a nivel interno e internacional en lo político, económico, social, ambiental, etc. es primordial que a la Carta Magna actualmente en vigencia se le de la interpretación que amerita para garantizar el cumplimiento de la serie de derechos que consigna. Hasta este punto, tenemos claro que se encuentran garantizados constitucionalmente varios tipos de propiedad con sus características propias, eso sí, cumpliendo siempre una función y responsabilidad social y ambiental. Indubitablemente, nuestra actual Carta Magna no pretende desconocer la propiedad privada (lo cual resultaría un gravísimo error); en lugar de ello, reconoce plenamente otras variantes, formas de propiedad que “teóricamente” se aplican a la realidad del Ecuador; en este marco de ideas y realidades se realizará el análisis de la propiedad asociativa.

Al existir un gran segmento poblacional en el Ecuador con pocos recursos económicos para hacer frente a una crisis económica cada vez más aguda, la propiedad asociativa puede transformarse en una oportunidad interesante. Con un asesoramiento responsable y profesional, muchas personas podrían aunar sus bienes y capitales para emprender negocios e industrias; incluso, pueden juntarse para adquirir terrenos e iniciar proyectos de vivienda que tanto requieren miles de ecuatorianos. La propiedad asociativa a primera vista se orienta a la propiedad

inmobiliaria del campo, no obstante, con las experiencias acumuladas de la reforma agraria que permitió el fraccionamiento de la tierra en minifundios se vio que ésta no fue la solución para los campesinos; pero, si a la propiedad asociativa se le complementa con asistencia técnica, herramienta apropiada, disposición de créditos para las actividades de riesgo, producción de semillas mejoradas y un sistema apropiado de comercialización, los resultados serán positivos para un importante segmento poblacional en el campo.

Con acciones de esta naturaleza se evitará, cuando menos en parte, la movilidad humana del campo a la ciudad, por un lado, y, por otro, la migración hacia otros países; precisamente, en las regiones del país donde existe mayor crecimiento demográfico se presentan mayor cantidad de necesidades insatisfechas y es menor la capacidad de atenderlas por parte del Estado. La propiedad por sí sola y en pequeñas cantidades no es sustentable ni sostenible; las pequeñas parcelas de tierra de propiedad de los campesinos pobres se orientan básicamente al autoconsumo; no mejoran la calidad de vida, es más, la producción agrícola es colectiva, ya no se pueden realizar individualmente las labores propias de la producción agropecuaria.

En consecuencia, una forma de incentivar la producción colectiva que genere niveles mínimos de productividad es la adopción de la propiedad de tipo asociativo, para lo cual, el Estado definirá las políticas públicas del acceso a la propiedad y el apoyo a todas las formas asociativas; los planes y programas gubernamentales aún son desconocidos a pesar de existir anuncios por parte del Presidente de la República que en seis meses, a partir de julio del año en curso, se iniciarán las expropiaciones a los terrenos no cultivados. Entre los diversos proyectos y cambios que pretende implementar el gobierno, varios de ellos requieren el desarrollo normativo y los manejos gubernamentales que propicien su establecimiento. A pesar de que la actividad legislativa, en los últimos meses, se ha enfocado en la elaboración y discusión de diversos proyectos de ley llegará el momento en el cual tendrá que ocuparse del aspecto primordial que implican los diversos tipos de propiedad

reconocidos constitucionalmente en lo referente a su desarrollo, control, protección, fomento, etc.

Por razones de tiempo, el desarrollo normativo de la propiedad asociativa y las conexas corresponderá a la Asamblea Nacional. Los tipos jurídicos asociativos son diversos y deben responder a cada particularidad del sector social involucrado; pueden ir desde la formación de asociaciones, en la manera y número regulado por el Ministerio de Inclusión Social, hasta las sociedades de hecho reguladas por el Código Civil, formas de copropiedad urbana, el desarrollo de las cooperativas, las asociaciones profesionales o sindicatos contemplados en el Código de Trabajo, etc., teniendo en cuenta el marco conceptual del ente legislativo.

“La apuesta por los derechos de la nueva Constitución ecuatoriana es un pulso a las dinámicas de exclusión y de desigualdad vigentes en nuestros sistemas socioeconómicos. Se trata de una herramienta jurídica con la que se busca desmontar los colonialismos, internos y externos, es decir, con la que revertir las condiciones de dominación de unos sujetos, individuales y colectivos sobre los demás”. (Avila, “et al”, 2008, p.34)

Todavía no se conocen las políticas del Estado que vayan a desarrollar el concepto constitucional de acceso a la propiedad y las formas asociativas. La Constitución actual garantiza el derecho de propiedad; el principio de propiedad no ha sido sustituido, ni puede sustituirse; los poderes estatales no pueden ser arbitrarios respecto de las propiedades de los ciudadanos, así como tampoco, ningún ciudadano podrá tomar parte de la propiedad de otro sin su consentimiento. El principio de la constitución económica de la sociedad se sustenta en lo siguiente: el concepto de propiedad privada no puede suplirse por otro distinto a consecuencia de la acción de los poderes públicos; lo que si es factible es la intervención de dichos poderes sobre tal principio, respetando siempre el derecho particular de todos los ciudadanos.

Nuestra Carta Magna prohíbe expresamente todo tipo de confiscación y establece que cualquier afectación a la propiedad privada se dará mediante un proceso expropiatorio que cumpla todas las disposiciones legales.

1.2.6 La propiedad cooperativa

La Mesa Seis, antes referida, tuvo la importante misión de analizar los distintos tipos de propiedad para su presentación a la Asamblea Constituyente; con relación a la propiedad cooperativa, en su informe de mayoría señaló:

“Propiedad cooperativista es el dominio sobre un bien o conjunto de bienes colectivos a los cuales se los trata, en parte, como propiedad privada, y en parte como otros tipos de propiedad. Dependiendo de estas diversas formas de relacionamiento, siempre voluntario, las cooperativas serán, asimismo, de diversa índole”. (www.asambleaconstituyente.gov.ec)

La propiedad cooperativa, en general, tiene importancia por su desarrollo y porque involucra a buena parte de la población. En sus inicios, las cooperativas de consumo y de producción fueron los medios apropiados para buscar beneficios colectivos entre sus socios; empero, las cooperativas de vivienda han alcanzado una importancia nacional y regional dado el costo del terreno y de la construcción. En este contexto, las viviendas para sectores sociales de escasos ingresos económicos resultaba prohibitivo; además, los programas de vivienda impulsados por el Estado siempre resultaban insuficientes, razón por la cual muchas familias han logrado obtener una casa a través de una cooperativa de vivienda.

“Propiedad cooperativa: propiedad de grupo. En el régimen capitalista, constituye una variante de la propiedad privada; en el régimen socialista, es

una forma de la propiedad social. La naturaleza social de la propiedad cooperativa es determinada en primer lugar por la forma dominante de la propiedad a que se halla vinculada. Bajo el capitalismo, la propiedad cooperativa (incluso la de las cooperativas obreras) presenta un carácter burgués dado que se desarrolla sometida al influjo de la propiedad privada capitalista, dominante en la sociedad burguesa (...). El beneficio de tales cooperativas no es otra cosa que plusvalía realizada, creada mediante la explotación del trabajo. Bajo el socialismo, la propiedad cooperativa es una variedad de la propiedad socialista dado que se desarrolla bajo el influjo rector de la propiedad estatal (de todo el pueblo)". (www.eumed.net/cursecon)

Este tipo de propiedad viabiliza el desenvolvimiento planificado de la producción, el trabajo colectivo y la aplicación del principio socialista de distribución según el trabajo.

En nuestra Ley de Cooperativas, en su Art. 1 se establece: Son cooperativas las sociedades de derecho privado, formadas por personas naturales o jurídicas que, sin perseguir finalidades de lucro, tienen por objeto planificar y realizar actividades o trabajos de beneficio social o colectivo, a través de una empresa manejada en común y formada con la aportación económica, intelectual y moral de sus miembros.

Las cooperativas de ahorro y crédito tienen un impulso fundamental luego del feriado bancario del año 1999 y, en consecuencia, buena parte de los depósitos que tradicionalmente recibía la banca actualmente son captados por las cooperativas; tal ha sido su desarrollo que, a finales del 2008, el Ministerio de Inclusión Económica y Social suspendió la tramitación del nacimiento de nuevas cooperativas hasta obtener un control efectivo de las ya existentes y generar los controles necesarios; de hecho, las cooperativas de mayor tamaño son controladas por la Superintendencia de Bancos.

Teniendo en consideración las particularidades que rodean a la propiedad cooperativa, revisemos en nuestra Ley de Cooperativas algunas normas que nos brindan una pauta acerca del tratamiento de este tipo de propiedad. En el Art. 50 de la mentada Ley de Cooperativas se señala: El capital social de una cooperativa se compondrá:

- a) De las aportaciones de los socios;...
- d) De las subvenciones, donaciones, legados y herencias que ella reciba, debiendo estas últimas aceptarse con beneficio de inventario; y,
- e) En general, de todos los bienes muebles o inmuebles que, por cualquier otro concepto, adquiera la cooperativa.

También, el mentado cuerpo legal dispone en su artículo 53 que en el supuesto de que las aportaciones de los socios se hayan efectuado a través de bienes muebles, inmuebles o semovientes debe avaluarlos un perito y según su informe se concederá los respectivos certificados de aportación por el valor que representen estos bienes aportados. El Art. 103 Ibídem determina: Además, concede (el Estado) a las cooperativas los siguientes beneficios:

...f) Preferencia en la expropiación de tierras a favor de las cooperativas formadas por campesinos. Estas expropiaciones se tramitarán por el Instituto Nacional de Desarrollo Agrario, de conformidad con las disposiciones legales pertinentes.

El Art. 107 Ibídem plantea una posibilidad interesante al establecer: Además, los Municipios dictarán ordenanzas que faciliten la realización de programas de vivienda popular a base del sistema cooperativo. A su vez, es importante lo que determina el Art. 129 de la Ley de Cooperativas: Las cooperativas que posean bienes inmuebles de propiedad común o que no los hayan dividido aún entre los socios, avaluarán

dichos bienes, y entregarán a los socios su valor en certificados de aportación; y si, pasado un tiempo, los bienes indivisos hubieren aumentado de precio, los socios recibirán en certificados de aportación, el equivalente proporcional de tal aumento, previa deducción del 20% del Fondo de Reserva, del 5% del Fondo de Educación y del 5% del Fondo de Previsión y Asistencia Social.

Incluso, se consigna en el Art. 152 de la ya citada ley que las cooperativas que realicen programas de vivienda urbana o rural tienen la posibilidad de pedir al Banco de la Vivienda que proceda a la expropiación de los terrenos que se requieran para el efectivo cumplimiento de sus planes, de conformidad con las disposiciones legales pertinentes.

Como política del gobierno, para que una parte de la población acceda a la propiedad en sus diferentes modalidades y para que la inversión en ese campo se optimice debe ser requisito la organización; partiendo de la premisa que un indicador importante de miseria es no estar organizado, podemos deducir que el primer paso para salir de la pobreza es saber organizarse y de una manera apropiada; de esta manera, se pueden realizar convenios, contratos, y colectivamente conseguir resultados positivos. Todo lo que ha conseguido Estados Unidos, en los diversos ámbitos, se debe a que descubrió la maestra de todas las ciencias: saber organizarse. Si la organización es fundamental para el éxito de los propósitos de la cooperativa, conviene recordar que para constituir una se requiere de once personas, por lo menos, salvo el caso de las cooperativas de consumo y las formadas sólo con personas jurídicas que requerirán de un número diferente señalado en el Reglamento a la Ley de Cooperativas.

Para formar una cooperativa sólo se requiere la concurrencia de once voluntades que, reunidas en asamblea general, aprobarán por mayoría de votos el estatuto que regirá a la misma; el estatuto será el marco normativo en el cual desarrollarán sus respectivas actividades. Además, es competencia exclusivamente del Ministerio de Inclusión Económica y Social estudiar y aprobar los estatutos de todas las

cooperativas que se organicen en el país, concederles personería jurídica, registrarlas y controlarlas. La fecha de inscripción en el registro, que se llevará en la Dirección Nacional de Cooperativas, fijará el principio de la existencia legal de las cooperativas; éstas se constituyen por tiempo indefinido, salvo que el estatuto limite su duración. Su responsabilidad está limitada al capital social, sin embargo, la responsabilidad limitada puede ampliarse por resolución tomada por la mayoría de los socios en una Asamblea General que haya sido convocada para el efecto y siempre que el Ministerio de Inclusión Económica y Social apruebe tal reforma en el estatuto.

Los requisitos para ser socios de una cooperativa son mínimos; así, se establece que pueden serlo: aquellas personas que tengan capacidad civil para contratar y obligarse, los menores de 18 años y cuantos se hallen bajo tutela o curaduría deberán realizarlo por medio de su representante legal, y las personas jurídicas que no persigan fines de lucro. Entre los límites se plantean ciertos aspectos como el referente a que ninguna persona podrá ser miembro de una cooperativa de la misma clase o línea de aquella a la que esa persona o su cónyuge pertenecen, salvo las excepciones contempladas en el reglamento de la Ley de Cooperativas; quienes hubieren defraudado en cualquier institución pública o privada o quienes hayan sido expulsados de otra cooperativa por falta de honestidad o probidad tampoco podrán ser socios de una cooperativa.

El acceso a la propiedad inmobiliaria rural, según expresiones del señor Presidente de la República, comenzará por las transferencias de las haciendas incautadas a los banqueros en razón de las obligaciones contraídas con el Estado por el dinero que invirtió éste en pagar a los depositantes de la banca; por lo que, los miembros de una cooperativa agrícola, por ejemplo, deberán tener una ocupación compatible con la actividad fundamental que vayan a desarrollar en dicha entidad. De concretarse la transferencia de bienes inmuebles a campesinos organizados en cooperativas, corresponderá a la Dirección Nacional de Cooperativas la vigilancia para que vete el ingreso de las personas o separe al socio o socios que se hallen comprendidos en

alguna de las prohibiciones, porque de no hacerlo se permitirá que los logreros de siempre sean los beneficiarios.

Los socios de una cooperativa pueden separarse de ella en cualquier momento y los que así lo hicieren no serán responsables de las obligaciones que contraiga la institución con posterioridad a la fecha de su salida; consecuentemente, si se transfiere un bien inmueble a favor de la cooperativa, se realizará en base a un proyecto que, entre otros aspectos, impida el fraccionamiento del bien raíz.

Las cooperativas facilitan el acceso a la propiedad de vivienda urbana y rural a sus miembros; establezcamos la precisión de que estos socios pueden constituir su propiedad en patrimonio familiar, figura que se encuentra protegida y garantizada por la ley; en este supuesto, los bienes inmuebles no están sujetos a embargos ni a gravamen real; tampoco los bienes constituidos en patrimonio familiar pueden ser divididos, entregados en comodato, sociedad, renta vitalicia, ni anticresis.

El patrimonio familiar se constituye únicamente con bienes inmuebles y en un monto no superior a los cuarenta y ocho mil dólares de los Estados Unidos de América como base, a la cual se pueden agregar cuatro mil dólares por cada hijo. Los bienes que se constituyen en patrimonio familiar, a más de ser inalienables, son inembargables y no forman parte de la garantía de las obligaciones de acuerdo con el Derecho General de Prenda. El Código Civil, a parte de la limitación a la propiedad inmobiliaria con el patrimonio familiar, también plantea la limitante de la propiedad fiduciaria, esto es, pasar a otra persona un bien o determinada cantidad de bienes o dinero en virtud de una condición; por los gravámenes de usufructo, uso y habitación; y por las servidumbres, las cuales son muy diferentes a las limitaciones constitucionales y las enuncio para dejar en claro que las limitaciones al dominio como trata el Código Civil son antiguas y no son materia del presente trabajo.

1.2.7 La propiedad mixta

La actuación de la Mesa 6 de la Asamblea Constituyente es de inevitable referencia en el estudio de los tipos de propiedad al ser la encargada de su análisis y al elaborar el informe de mayoría presentado para el debate por el pleno de la Asamblea. Con relación a la propiedad mixta, este informe señaló: “Propiedad mixta es la derivación de cualquier combinación de por lo menos dos de las antes mencionadas formas de propiedad”. (www.asambleaconstituyente.gov.ec). Con este planteamiento, el abanico de posibilidades es amplio para la propiedad mixta. Entre las diversas modalidades que pueden presentarse, la propiedad mixta donde participen la propiedad estatal y la privada es la que reviste mayor importancia.

Siempre que intervenga el Estado en una relación jurídica con un particular se crea una situación en la que, especialmente, se debe ser más riguroso en el cumplimiento y control legal respectivo, por cuanto, se manejan fondos estatales junto con los privados y ello exige que la administración de los recursos, las contrataciones, etc. deban realizarse con sumo tino y responsabilidad para evitar todo tipo de prácticas corruptas que puedan presentarse. En nuestra legislación encontramos las pautas para el desenvolvimiento, en general, cuando se juntan los capitales estatales y los privados. Esencialmente, comprende las sociedades compuestas por el capital privado en sociedad con una o más entidades del sector público; no necesariamente puede ser con una sola de ellas sino con varias independientemente del monto del capital aportado. Al analizar la propiedad inmobiliaria mixta debemos tener claro quienes la constituyen; para el efecto, nos remitiremos a lo que establece el Art. 308 de la Ley de Compañías: El Estado, las municipalidades, los Consejos Provinciales y las entidades u organismos del sector público, podrán participar, conjuntamente con el capital privado, en el capital y en la gestión social de esta compañía.

Otro elemento a destacar es el referente a que la actividad a la cual va dedicarse este tipo de compañía no comprende todas las actividades permitidas por la ley, sino

solamente aquellas dedicadas al desarrollo y fomento de la agricultura y de las industrias convenientes a la economía nacional, la satisfacción de necesidades de orden colectivo y la prestación de nuevos servicios públicos o al mejoramiento de los ya establecidos. El Estado y las instituciones comprendidas dentro del sector público se asocian con el capital privado para buscar un beneficio colectivo, para emprender en actividades que le interesa a aquel sector desarrollar y que no puede o no quiere que sea de su exclusiva responsabilidad, ya sea por carecer del capital, por el manejo empresarial o por la sumatoria de las fortalezas que cada uno de los sectores aportan en su accionar.

Las alianzas estratégicas entre el sector estatal y privado se viabilizan al participar en el capital de la compañía suscribiendo su aporte en dinero o entregando equipos, instrumentos agrícolas o industriales, bienes muebles e inmuebles, efectos públicos y negociables, así como también, mediante la concesión en la prestación de un servicio público por un período determinado. Siendo reiterativo que las actividades se orientarán al desarrollo de la agricultura, industria, etc., la propiedad inmobiliaria, sobre todo rural, sin duda tiene con esta herramienta legal una forma asociativa con los empresarios que no es el caso de las otras alternativas para acceder a la propiedad; es más, existen positivos ejemplos y con resultados de empresas de capital mixto que tienen una normativa y controles claramente definidos en la ley de compañías en forma específica; además, son aplicables a esta compañía (la compañía mixta) las disposiciones relativas a la compañía anónima en cuanto no fueren contrarias a ella.

Las compañías, para recordar, se encuentran normadas por los estatutos en donde se establece la forma de integrar el directorio; en este directorio deberán estar representados, necesariamente, tanto los accionistas del sector público como los del sector privado en proporción al capital aportado por uno y otro. Cuando la aportación del sector estatal exceda del cincuenta por ciento del capital de la compañía, uno de los directores de este sector será presidente del directorio. Asimismo, en los estatutos se puede especificar lo siguiente: si el Estado o las entidades u organismos del sector

público que participen en la compañía así lo plantearen, se determinarán los requisitos y condiciones especiales que resultaren adecuados respecto a la transferencia de las acciones y a la participación en el aumento de capital de la compañía. Si bien la Ley de Modernización del Estado impedía suscribir aumentos de capital, sobre todo algunos de orden municipal, se optó por la formación de empresas públicas municipales o fundaciones.

En los estatutos, al formarse la compañía, se expresará claramente la forma de distribución de utilidades entre el capital privado y el capital público. Una característica especial en esta clase de compañía es la facultad que tiene el capital privado; este puede adquirir el aporte del Estado pagando su valor en efectivo previa la valorización respectiva y procediendo como en los casos de fusión de compañías; el Estado accederá a la cesión de dicho aporte. Transferido el aporte del Estado a los accionistas privados, la compañía seguirá funcionando como si se tratase de una compañía anónima sin derecho a las exoneraciones y beneficios que la Ley de Compañías concede a las compañías de economía mixta. Como contrapartida, el Estado, por razones de utilidad pública, podrá en cualquier momento expropiar el monto del capital privado de una compañía de economía mixta pagando íntegramente su valor en dinero y al contado (valor que se determinará previo balance) como para el caso de fusión.

El presente análisis no se orienta a las conveniencias o resultados de la asociación del Estado y el sector privado, sino, básicamente a un examen de esta particular forma de la propiedad que se encuentra con categoría constitucional. El énfasis que el actual gobierno pretende dar es al acceso a la propiedad inmobiliaria a los campesinos para cumplir con el fomento y desarrollo de la agricultura, ya sea a través de la propiedad mixta o con las otras formas de propiedad ya analizadas; por lo menos, en declaraciones públicas del gobierno, a través de sus informativos semanales, no se ha comunicado de una política pública que promueva la asociación del capital público y privado en la propiedad inmobiliaria.

Con los planteamientos expuestos se tiene una breve y clara idea de los tipos de propiedad constitucionalmente garantizados; es factible imaginar que éstos serán considerados por diferentes segmentos poblacionales en su afán de conseguir el acceso a la propiedad, teniendo en cuenta sus posibilidades y necesidades.

Los recursos económicos, la situación política y financiera, la seguridad jurídica y crediticia, entre otros factores incidirán en los tipos de propiedad que impulse con mayor ahínco el Estado en su intento de ampliar el acceso a la propiedad. Diferentes tipos de propiedad, que de alguna manera reflejan la realidad de un país con múltiples contrastes, están contemplados en la normativa constitucional. Únicamente un gobierno sólido, responsable y solidario tendrá la capacidad y honestidad suficientes para garantizarlos y fomentarlos con miras a conseguir un cambio serio y positivo en nuestra sociedad.

CAPÍTULO 2: CONTENIDO DE LA PROBLEMÁTICA

Nuestra Carta Magna en vigencia determina algunas limitaciones, adicionales a las planteadas anteriormente en nuestro régimen jurídico, con relación al derecho de propiedad; tales limitaciones las podemos encontrar en los respectivos textos constitucionales que invocan, principalmente, dos requisitos que debe cumplir la propiedad: la función y la responsabilidad social y ambiental; estas restricciones nos interesa analizar, fundamentalmente, en el ámbito aplicable a los bienes inmuebles.

La expansión del socialismo, en algunos países del mundo, ha suscitado la transmisión de sus ideas entre determinados economistas, los cuales han comenzado a denunciar, con razón o no, que el sistema de propiedad privada constituye un freno a la prosperidad colectiva. Del principio constitucional y del tratamiento de la legislación secundaria conviene establecer los límites de garantía y protección de la propiedad inmobiliaria; para esto debemos regresar al artículo 66 No. 26 y al artículo 321 de la Constitución actual que determinan la obligación de la propiedad de cumplir una función social y ambiental; pero, además, se impone la expropiación por parte del Estado de ciertos bienes para ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente, bienestar colectivo siempre que se cumpla con el procedimiento legal y por motivos de utilidad pública o interés nacional (Art. 323 Ibídem).

“La teoría más notable es la de la propiedad función social, cuyos partidarios no sólo la convierten en fórmula para el futuro, sino también en traducción ventajosa del Derecho Positivo con relación a la vieja teoría (...). A juicio de Duguit, fue Augusto Comte el que primero captó la nueva concepción [(...) “la propiedad, en la que el positivismo hace residir ante todo una indispensable función social, destinada a formar y administrar las masas de capitales mediante las que cada generación va preparando los trabajos de la siguiente”]”. (Carbomier, 1965, p.153 y 154)

2.1 Los límites de la propiedad inmobiliaria en la Constitución vigente

La definición de propiedad, en virtud de los aportes de variados tratadistas, ha conseguido un eco ideológico. Algunos autores, incluso, se han esforzado en socializar el Derecho civil, procurando la conceptualización de la propiedad como una función social y no como un derecho individual. Al titular del dominio le incumbe, según tales autores, por sobre todo, el deber de utilizar el bien en la atención de las necesidades humanas.

“El sistema español ofrece un concepto de propiedad (...) que puede reducirse a la siguiente fórmula: La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin otras limitaciones que las siguientes: a) El interés supremo de la Nación interpretado por el Estado, b) Las necesidades de la Nación (ambas metas de carácter público). c) El bien común (meta de interés social) que exige a su vez que la riqueza no permanezca inactiva, se destruya indebidamente o se aplique a fines ilícitos (...)”. (Carbomier, 1965, p.151)

Sin pretender llegar a tales extremos, podemos afirmar que en el supuesto de que se efectuara una revisión a nuestro Código Civil y de este análisis no se estimare necesario añadir el concepto de función social a la definición de propiedad contenida en el mismo (lo que sería bastante provechoso), tampoco podríamos concluir que fuera imperioso hacer desaparecer toda insinuación de la absolutividad de este derecho.

Por ello, es importante asimilar la siguiente idea: La propiedad es el derecho de usar, gozar y disponer de las cosas de manera plena y exclusiva dentro de los límites de la ley y con sujeción a las obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico; obligaciones que, a partir de la vigencia de la nueva Carta Magna, incluyen el deber de cumplir una función y responsabilidad social y ambiental.

No obstante, en nuestra legislación no es del todo novedosa la función social impuesta a la propiedad. Algunas constituciones han consagrado este principio (el que se haya cumplido o no debe ser objeto de otro análisis); incluso, en el marco jurídico actual encontramos una disposición expresa relativa a la función social de la propiedad en el Art. 25 de la Ley de Desarrollo Agrario que expresa: La tierra cumple su función social cuando está en producción y explotación, se conservan adecuadamente los recursos naturales renovables y se brinda protección al ecosistema, se garantiza la alimentación para todos los ecuatorianos y se generan excedentes para la exportación. La función social deberá traducirse en una elevación y redistribución de ingresos que permitan a toda la población compartir los beneficios de la riqueza y el desarrollo.

Vale analizar, en el marco de la Constitución, en qué consiste el cumplir la función social y ambiental; la nueva Ley Suprema es un cuerpo ordenado de principios y reglas que en cuanto a su interpretación se estará a lo que más favorezca a su efectiva vigencia. El artículo 334 de la Constitución taxativamente señala: El Estado promoverá el acceso equitativo a los factores de producción, para lo cual le corresponderá:

1.- Evitar la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, promover su redistribución y eliminar privilegios o desigualdades en el acceso a ellos.

La interrogante surge en la propiedad inmobiliaria: ¿ella es parte de los factores y recursos de producción?, ¿acaso factores o medios de producción no son los mismos?; entonces, podríamos afirmar que la propiedad inmobiliaria, sin duda alguna, es parte de los factores, recursos de producción; ésta junto a otros factores como capital y trabajo genera producción. Siendo esto así, es obligación del Estado promover el acceso equitativo a la propiedad inmobiliaria, urbana o rural, evitando la concentración o acaparamiento de la propiedad de bienes raíces. De ser un objetivo gubernamental la redistribución de la propiedad inmobiliaria rural o terrenos rurales, la primera consideración será la extensión de la propiedad que signifique

acaparamiento o concentración, independientemente si se encuentra en producción o no; por lo tanto, la propiedad inmobiliaria rural de grandes extensiones se encuentra en riesgo de ser afectada para promover su redistribución; y el camino a seguir en este caso sería la expropiación.

Si sumamos a la consideración de que existen grandes extensiones de terrenos rurales improductivos, la reflexión de la existencia, en nuestro medio, de acaparamiento y falta de producción que de sustento alimentario a la población, podremos establecer que es necesario aplicar el numeral 4 del artículo 334 del texto constitucional que señala: El Estado promoverá el acceso equitativo a los factores de producción, para lo cual le corresponderá: ...4. Desarrollar políticas de fomento a la producción nacional en todos los sectores, en especial para garantizar la soberanía alimentaria y la soberanía energética, generar empleo y valor agregado.

Cualquier técnica política que intente establecer un máximo para la propiedad individual necesita, como no puede ser de otra manera, un necesario complemento que consistirá en la determinación de un mínimo por el cual cada ciudadano posea lo suficiente para una digna subsistencia, circunstancia que podría establecerse a expensas de los propietarios de grandes extensiones de tierra con el cercenamiento de la propiedad superflua. Con este planteamiento no pretendemos justificar ningún abuso que, hipotéticamente, se pudiera cometer, so pretexto de las políticas estatales de redistribución, en las expropiaciones que implique tal proceso. Lo que se afirma es la necesidad de darle productividad a la tierra y así generar recursos y empleo para la sociedad ecuatoriana. “No era otra la idea del patrimonio de Derecho Natural preconizada por Vitoria [“(...) las riquezas han de ser comunes, en el sentido de que hay que cubrir con ellas las necesidades de los otros miembros de la sociedad (...)]”, Vives [“(...) cualquiera que posee los bienes de la naturaleza, si hace participante de ellos a su hermano necesitado, los posee con derecho (...)]”. (Carbomier, 1965, p. 152). Mientras la propiedad rural se encuentre improductiva no podrá generar empleo, valor agregado que puede ser, entre otras cosas, el procesamiento de los productos agrícolas, por ejemplo, si se considera lo que dispone el Art. 281 de la

actual Constitución: La soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiados de forma permanente...

Si a este mandato se le suma lo que dispone el mismo artículo en su numeral uno que expresa que le corresponde al Estado impulsar la producción, transformación agroalimentaria y pesquera; y también el numeral cinco de la misma norma constitucional que establece la obligación del Estado de promover políticas redistributivas que posibiliten a los campesinos el acceso a la tierra, agua y otros recursos productivos, podemos concluir que las disposiciones constitucionales, orientadas a la redistribución de la propiedad rural, procuran evitar o solucionar la concentración de la propiedad y la falta de producción. Completamos esta afirmación con las siguientes precisiones de un autor extranjero ya que las mismas son pertinentes para ir comprendiendo de mejor manera la complejidad del tema analizando. “Constituye un alto postulado ético el no dejar la propiedad improductiva, al menos cuando pueda ser útil a la generalidad. La Constitución de Weimar de 1919 dió vida por vez primera a este principio. Garantizaba expresamente la propiedad privada. Pero añadía esta frase: <<La propiedad obliga. Su ejercicio debe ser al mismo tiempo un servicio prestado al bien común>> (art. 153) [...]”. (Hedemann, 1955, p.154 y 155)

“Este deber tiene un especial significado para las fincas agrícolas y forestales. La Constitución de Weimar lo tuvo en cuenta de modo especial al enunciar: <<El poseedor de la tierra está obligado frente a la comunidad a laborar y explotar el suelo>> (...)”. (Hedemann, 1955, p.155). En nuestro país, dadas las actuales circunstancias, es necesario establecer lo siguiente: para impulsar la productividad de la tierra es deber ineludible del gobierno propiciar el marco jurídico, económico, político, etc. que brinde garantías suficientes a los propietarios y posibilita el efectivo cumplimiento de este proceso.

La propiedad inmobiliaria, urbana y rural, debe cumplir su función ambiental. El Art. 395 de la Constitución reconoce los principios ambientales de los cuales citaremos dos numerales; el numeral 1 que expresa: El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras; y el numeral 3 que señala: El estado garantizará la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda la actividad que genere impactos ambientales.

Por su parte, el Art. 409 *Ibíd*em consagra el siguiente precepto: es de interés público y prioridad nacional la conservación del suelo, en especial su capa fértil. Se establecerá un marco normativo para su protección y uso sustentable que prevenga su degradación, en particular la provocada por la contaminación, la desertificación y la erosión... Esta afectación o limitación siendo una regulación coherente, principalmente orientada a racionalizar el uso del suelo rural, correctamente entendida y aplicada podría emplearse, siempre con un accionar ético y limitado al texto constitucional y la ley, para argumentar su incumplimiento y con ello conseguir la redistribución de la tierra en determinadas zonas del país, sobre todo, en aquellas donde las comunidades, pueblos y nacionalidades tienen una estructura organizacional que reclama para sí desde la consulta previa para una actividad económica hasta la coexistencia de un estado dentro de otro; serán estos los lugares donde puedan iniciarse procesos de redistribución de la propiedad inmobiliaria rural.

La Ley de Desarrollo Agrario en su Art. 18 se refiere, particularmente, al control ambiental por parte de las autoridades competentes en el manejo de tierras rurales: El Ministerio de Agricultura y Ganadería, a través de sus organismos especializados, adoptará las medidas aconsejadas por las consideraciones ecológicas que garanticen la utilización racional del suelo y exigirá que las personas naturales o jurídicas que realicen actividades agrícolas, pecuarias, forestales u obras de infraestructura que

afecten negativamente a los suelos, adopten las medidas de conservación y recuperación que, con los debidos fundamentos técnicos y científicos, determinen las autoridades competentes.

El sustento normativo analizado para la propiedad inmobiliaria rural, con sus variantes, también puede aplicarse para la afectación de la propiedad inmobiliaria urbana que tiene sus propias complejidades; en este sentido, corresponde analizar, bajo la referencia del hábitat y la vivienda, la normativa constitucional relativa al tema. El Art. 30 de la Constitución actual dispone: Las personas tienen derecho a un hábitat seguro y saludable y a una vivienda adecuada y digna, con independencia de su situación social y económica.

El Art. 375 Ibídem señala que: El Estado en todos sus niveles de gobierno, garantizará el derecho al hábitat y a la vivienda digna, para lo cual:

1.- Generará la información necesaria para el diseño de estrategias y programas que comprendan las relaciones entre vivienda, servicios, espacio y transporte público, equipamiento y gestión del suelo urbano.

2.- Mantendrá un catastro nacional integrado georreferenciado de hábitat y vivienda.

3.- Elaborará, implementará y evaluará políticas, planes y programas de hábitat y de acceso universal a la vivienda, a partir de los principios de universalidad, equidad, e interculturalidad, con enfoque en la gestión de riesgos...

Además, expresa el Art. 391 de nuestra Carta Magna que: El Estado generará y aplicará políticas demográficas que contribuyan a un desarrollo territorial e intergeneracional equilibrado y garanticen la protección del ambiente y la seguridad de la población... Igualmente, el Art. 415 Ibídem señala: El Estado central y los

gobiernos autónomos descentralizados adoptarán políticas integrales y participativas de ordenamiento territorial urbano y de uso del suelo, que permita regular el crecimiento urbano...

De las referencias constitucionales transcritas que en algunos casos, incluso, son repetitivas se infiere que la propiedad urbana con vocación urbanística, es decir, aquellos inmuebles que se encuentren ubicados en zonas geológicamente estables, con servicios básicos, con accesibilidad a los medios de transporte público pueden ser afectados para obtener el acceso a los factores de producción e inclusión social en detrimento de los propietarios que se verían privados de su propiedad por medio de los respectivos procesos expropiatorios, aunque se les compense con un “justo precio”. Este precio justo, por principio, viene fijado por el valor comercial que se encuentra catastrado en los Municipios; lamentablemente, la fijación del valor catastral, en la gran mayoría de los casos, no partió de un análisis de campo sino en base a rangos que, de antemano, tenían los entes municipales; entonces, procedieron éstos a revalorizar los inmuebles por efecto de las reformas efectuadas a la Ley Orgánica de Régimen Municipal que corregía valores irreales a los de mercado de los diferentes predios.

Si dentro de los planes de los gobiernos (central y autónomos descentralizados) se encuentra construir viviendas masivas para cubrir el déficit habitacional mediante programas de vivienda popular, se procederá a expropiar propiedades susceptibles de lotizaciones. Programas de este tipo han sido ofertados por el reelecto Presidente de la República, Rafael Correa, y por el alcalde electo para la ciudad de Cuenca, Dr. Paúl Granda, entre otros actores políticos que fueron favorecidos con el voto popular en las pasadas elecciones del mes de abril. Una vez más ponemos de manifiesto que tales procedimientos deben enmarcarse en la ley e indemnizar debidamente a los afectados. “Un procedimiento cuidadosamente elaborado debe ofrecer garantías de que el afectado no sufra ninguna injusticia y de que las medidas adoptadas sirvan realmente al bien común”. (Hedemann, 1955, p.156)

Si en verdad han existido normas en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la Constitución actual garantiza la propiedad privada con las limitaciones establecidas en su texto; tales disposiciones legales, los asambleístas, las elaboraron al considerar pertinente enmarcarlas en el nivel constitucional para su efectiva vigencia; este texto, a su vez, fue convalidado por el pueblo ecuatoriano con el referéndum; sin embargo, siempre fue y será motivo de controversia el justo precio a pagarse por los inmuebles que, de uno u otro modo, se vean afectados con procesos expropiatorios.

2.1.1 Análisis de la normativa vigente con los nuevos textos constitucionales. Impacto en la legislación secundaria

Al analizar los límites de la propiedad que establece nuestra actual Constitución, la función y responsabilidad social y ambiental, se pone de manifiesto la implantación de una nueva conceptualización del derecho de propiedad con el objetivo, a primera vista, de mejorar la producción de la propiedad, sobre todo rural, y facilitar el acceso a la misma. La implantación de esta reforma, consignada en el texto constitucional, nos da a entender que una serie de normas legales tendrán que ser revisadas, cuando menos, para ponerse a tono con el mandato constitucional. La Constitución no es un cuerpo declarativo, enunciativo como las anteriores; tampoco es un documento netamente jurídico, por cuanto, en su forma y redacción se evidencia ambigüedades e incoherencias, precisamente, por falta de técnica jurídica; al parecer, el constituyente pretendía que sea un documento de fácil lectura y entendimiento para todos los ciudadanos y es explicable, hasta cierto punto, porque tenía que legitimarse en referéndum; no por ello hay que desconocer todos los avances que aporta y hasta las novedades en el garantizar derechos y el constitucionalizar otros.

Los derechos y garantías van de la mano; un derecho que no establezca una garantía se convertiría en un enunciado irrealizable, inalcanzable; la Constitución de 1998 carecía de las garantías necesarias para su cumplimiento, convirtiéndose en un catálogo de aspiraciones; en cambio, la actual Norma Suprema, al parecer, si las

contiene con el objeto de proteger derechos fundamentales reconocidos y serán eficaces en la medida que produzcan el resultado previsto. En este contexto, conviene analizar las limitaciones a la propiedad inmobiliaria que contiene la actual Constitución y su impacto en la legislación secundaria; si bien en el capítulo anterior ya me referí a los textos constitucionales relativos a la propiedad, creo que es necesario concretar los desencuentros con la legislación secundaria.

El título VIII del libro segundo del Código Civil vigente trata de las limitaciones del dominio, la propiedad fiduciaria; el título IX, del derecho de usufructo; el título X, de los derechos de uso y habitación; el título XI, del patrimonio familiar; el título XII, de las servidumbres. A continuación de las disposiciones transitorias de la Constitución actual consta una disposición derogatoria de la Constitución publicada en el Registro Oficial uno del día once de agosto de 1998 y de toda norma contraria a la actual Carta Magna. El resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución.

Debemos partir estableciendo que las limitaciones al dominio o propiedad constantes en los títulos del Código Civil se encuentran vigentes y son aplicables, siempre y cuando, sus disposiciones no sean contrarias a la Constitución. La propiedad o dominio tratado en los diferentes títulos del Código Civil tiene que ver con la visión individual de la propiedad. La Constitución del 2008 pretende cambiar el modelo de democracia representativa, que había sido del pasado inmediato, por una democracia social y participativa; para ello, busca un robustecimiento del concepto de ciudadanía en lo atiente al ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades, y la superación del concepto individual con el de comunidades, pueblos y nacionalidades.

La base económica busca conseguir el objetivo del buen vivir, el “Sumak Kawsay”, que integre a los sistemas económicos, políticos, socioculturales y ambientales. El concepto desarrollado pretende sustituir aspiraciones meramente económicas, individuales por objetivos sociales, integrales como respuesta al sistema económico

neoliberal, individualista, acumulativo de unos pocos, depredador de la naturaleza; con este cambio se proyecta obtener un sistema económico solidario, productivo, democrático y sostenible, con participación y control social y en armonía con la naturaleza. La visión humanista de la producción constituye el sistema económico definido en pocas palabras como social y solidario y señala que el ser humano es sujeto y fin; por ello, parte de la necesidad de armonizar la sociedad en varios de sus niveles, es decir, equilibrar las relaciones entre el Estado, el mercado y la naturaleza para dar cabida a un gobierno que posibilite el buen vivir.

El sistema económico plantea la integración de las diferentes formas de organización económica previstas, estas son: la pública, privada, mixta, popular y solidaria; ellas deben propender a incentivar la producción, la productividad, la competitividad para asegurar la soberanía alimentaria y energética. El sistema nacional descentralizado de planificación participativa será el encargado de la formulación del Plan Nacional de Desarrollo, mismo que deberá sujetarse al Presupuesto General del Estado; se conseguirán los resultados cuando se fortalezca el sistema financiero con el apoyo del sector productivo y del sector financiero popular, compuesto por las cooperativas de ahorro y crédito, cajas de ahorro y las diversas formas de entidades asociativas; además, con esto se frenará a los grupos monopólicos de la banca tradicional.

El Estado se reserva para sí los recursos naturales no renovables como pertenecientes al patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible del Estado; pero, al mismo tiempo se obliga a la provisión de los servicios públicos de agua potable y riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructura portuaria y aeroportuaria, etc. La Carta Magna actual garantiza la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres para acceder a la propiedad; esta garantía, de manera general, tiene que ver con la propiedad en sus diversas modalidades, pero, el énfasis que se pretende dar es el acceso a la propiedad de la tierra y el agua, sistemas de riego, infraestructura, tecnología y crédito orientados a mejorar la producción y productividad. Otro punto trascendente que busca instaurar la normativa constitucional es la garantía de la posesión de la tierra y territorios

comunales y ancestrales de las comunidades y los pueblos. Para los defensores del régimen, con estas medidas se pretende el acceso a la naturaleza para todos los habitantes, rescatándoles de la privatización, apropiación y mercantilización de unos pocos.

La vigencia de las disposiciones contenidas en el Código Civil relativas a la propiedad, sin duda, será efectiva en la relación individual o la conflictividad individual siempre que no se opongan a los presupuestos analizados; en consecuencia, el Estado, al menos aparentemente, no pretende transformar las estructuras económicas, revirtiendo la propiedad inmobiliaria a favor de los trabajadores de la tierra o a las personas que deseen cultivarla mediante cualquiera de las formas constitucionales o legales previstas afectando a sus propietarios; si lo hiciera allí si estaríamos en una verdadera “revolución” (incluso en este escenario debería procederse conforme a los mandatos de la ley y con las respectivas indemnizaciones a los afectados); tampoco, el estado pretende estatizar la propiedad de la tierra con vocación agropecuaria.

Lo que pretenden los gobernantes actuales es generar planes y programas basados en una economía popular y solidaria para facilitar el acceso a la propiedad. Solo por las acciones en contra de los dueños de los bancos quebrados, el Estado dispone de muchos bienes que ahora se encuentran dispersos y a cargo de diferentes instituciones que bien podrían emplearse, por ejemplo, para proyectos de vivienda, agrícolas, productivos, entre otros.

Por otra parte, las organizaciones cumplirán un rol protagónico para que se haga efectiva la concesión de los servicios de agua potable o de riego, la administración racional de los sistemas de riego existentes y la construcción de nuevos, la ejecución de obras de infraestructura, etc. Asimismo, deberán exigir del Estado la asistencia tecnológica y financiera que posibilite alcanzar niveles de producción y productividad que convierta en rentable la producción agropecuaria.

Ya se han realizado una serie de reformas a varias leyes por parte del órgano legislativo, entre ellas: al Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Código de la Niñez y de la Adolescencia, Ley de Compañías, etc.; además, se han creado otras tantas como, por ejemplo, el Código Orgánico de la Función Judicial; éstas, no obstante los aciertos y desaciertos en su contenido jurídico y social, ya forman parte de nuestra legislación. Al encontrarnos en una etapa de transición, por la serie de reformas que pretende implementar el gobierno, se requiere la elaboración de una serie de cuerpos legales y la revisión de otros tantos.

La propiedad es, sin lugar a dudas, un derecho fundamental; por consiguiente, merece una adecuada regulación para que se encuentre debidamente garantizada y se conceda seguridad jurídica a los propietarios. En este contexto, consideramos que es imperiosa la revisión de las disposiciones pertinentes en el Código Civil, Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, etc. para adecuarlas a las necesidades nacionales (no las de un grupo privilegiado) con un irrestricto respeto del proceso formativo de las normas jurídicas a cargo de verdaderos conocedores del Derecho; sin embargo, tal aspiración es poco menos que utópica dados los antecedentes académicos de los nuevos asambleístas, salvo honrosas excepciones; por lo cual, únicamente podemos aspirar que los “legisladores”, apropiadamente asesorados, hagan uso de la lógica, cuando menos, en la revisión y reelaboración de las normas que estimen necesarias para poner en marcha el cambio que se proyecta.

Para la propiedad inmobiliaria, en particular, es fundamental la revisión de la actual Ley de Registro, por cuanto, algunas de las tantas leyes que deben aprobarse por el ente legislativo de conformidad a la transitoria primera No. 8 de la vigente Constitución son aquellas relativas a la organización de los registros de datos, en particular de los registros civil, mercantil y de la propiedad. De la misma forma, se requiere del marco legal que regule la administración concurrente, del Registro de la Propiedad, por parte del Ejecutivo y las Municipalidades. El sistema legal que está funcionando actualmente (en lo pertinente a la propiedad inmobiliaria) ya no tiene cabida con la normativa constitucional que se aprobó por el referéndum del año

2008. Es deber de los asambleístas, en concordancia con las variaciones que establece nuestra Ley Suprema, el discutir y elaborar las normativas necesarias que doten de seguridad jurídica a la propiedad inmobiliaria y que organicen a los entes encargados de su control y registro.

No podemos negar la amplia mayoría con la que cuenta el movimiento oficialista en la Asamblea Nacional luego de la posesión respectiva de sus miembros; no obstante existir una mayor oposición, representada en un número considerable de asambleístas, dadas las actuales circunstancias parece poco probable que pueda impedir los proyectos de ley propulsados por el gobierno, lo que no le resta responsabilidad en el proceso de revisión y discusión de los proyectos de ley; de la misma manera, a la ciudadanía en general le atañe la democrática obligación de revisar todo este proceso para denunciar las irregularidades que se presenten.

2.1.2 Las competencias municipales en la propiedad urbana y rural

Basándonos en nuestra legislación, refresquemos lo que el artículo 238 de la Carta Magna vigente establece: Los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera, y se regirán por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana. En ningún caso el ejercicio de la autonomía permitirá la secesión del territorio nacional. Constituyen gobiernos autónomos descentralizados las juntas parroquiales rurales, los concejos municipales, los concejos metropolitanos, los consejos provinciales y los consejos regionales. Por su parte, el Art. 239 Ibídem determina: El régimen de los gobiernos autónomos descentralizados se regirá por la ley correspondiente que establecerá un sistema nacional de competencias de carácter obligatorio y progresivo y definirá las políticas y mecanismos para compensar los desequilibrios territoriales en el proceso de desarrollo.

Está en discusión un proyecto de Ley de Ordenamiento Territorial que, entre otros tópicos, contiene disposiciones relativas a los gobiernos autónomos descentralizados, sus funciones, competencias, etc. También, está pendiente la elaboración de una Ley de Competencias que es necesaria para ir dando un viso de ordenamiento a las diversas propuestas de cambio, legales e institucionales, y para poder implementarlas apropiadamente en nuestra sociedad.

Ante este panorama se realizará el siguiente análisis de las competencias municipales, tanto en la propiedad urbana como en la rural, estudiando las respectivas normas constitucionales y las constantes en la aún vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal; con ello, esperamos obtener una visión general de tales competencias, teniendo presente la necesaria elaboración de los dos cuerpos legales antes mencionados, los cuales en un futuro próximo se incorporarán a nuestra legislación.

La Ley de Régimen Municipal establece en su artículo 1: El Municipio es la sociedad política autónoma subordinada al orden jurídico constitucional del Estado, cuya finalidad es el bien común local y, dentro de éste y en forma primordial, la atención de las necesidades de la ciudad, del área metropolitana y de las parroquias rurales de la respectiva jurisdicción...

“La Municipalidad, después del Estado, entraña una característica eminentemente pública, ya sea por su tradición, como por su capacidad y madurez, manifestando que tal personalidad es única, así como lo es la del Estado, según la doctrina contemporánea, variando solamente su capacidad para ser sujeto de Derecho público o privado según los casos. Por lo mismo, este aspecto de su personalidad trasciende también a las distintas facultades que le confiere la ley respecto de su gobierno, de su administración y de sus actos legislativos, que son obligatorios para todos los habitantes de su territorio (...).” (Granja, 1992, p.198 y 199)

Bajo la consideración de que los gobiernos locales por su cercanía con la colectividad han sido exitosos en varios casos y no el sistema del Estado centralista, los integrantes del órgano legislativo les confieren competencias exclusivas como las prescritas en el Art. 264 de la nueva Constitución: Son competencias exclusivas de los municipios:

1. Planificar el desarrollo cantonal y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, con el fin de regular el uso y la ocupación del suelo urbano y rural.

2. Ejercer control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón...

9. Formar y administrar los catastros inmobiliarios urbanos y rurales...

El Municipio también debe coordinar su accionar con los demás niveles de gobierno, incluidas las juntas parroquiales, ya que de acuerdo a la nueva Carta Magna (Art. 267) es de competencia de las juntas parroquiales planificar el desarrollo y ordenamiento territorial parroquial. Tales competencias han sido asignadas a las administraciones municipales al considerar que son los entes más capacitados, por su situación logística y geográfica, para manejar eficazmente estas prerrogativas en beneficio de los ciudadanos.

“Es Administración Pública todo órgano con potestad pública que desempeña unas funciones administrativas que le están reservadas en el marco constitucional y legal para la satisfacción de los intereses generales”. (Zabala, 2005, p.43). Las administraciones públicas realizan una serie de actividades que son materialmente iguales a las que realizan los particulares; empero, la diferencia que existe la ubicamos en el sujeto que las realiza y en los fines que persigue. La finalidad de una Administración Pública será obtener o tratar de obtener la satisfacción del interés

general o la prestación de un servicio público; en cambio, para el particular será el lucro, en la gran mayoría de los casos, su objetivo a priori. La municipalidad tiene varios ejes de acción en lo atinente a los bienes raíces, sean estos urbanos o rurales, de los cuales nos atrevemos a resaltar los tres siguientes: la planificación territorial, la elaboración de los correspondientes catastros y el cobro de impuestos. Citaremos solo algunas disposiciones legales que dan sustento a esta afirmación.

En lo pertinente a la planificación territorial encontramos algunas normas.

El Art. 11 de la Ley de Régimen Municipal establece: Al Municipio le corresponde, cumpliendo con los fines que le son esenciales, satisfacer las necesidades colectivas del vecindario, especialmente las derivadas de la convivencia urbana cuya atención no compete a otros organismos gubernativos. Los fines esenciales del Municipio, de conformidad con esta Ley, son los siguientes: ...

20.- Planificar e impulsar el desarrollo físico del cantón y sus áreas urbanas y rurales;...

Entre las atribuciones del Alcalde tenemos lo señalado en el Art. 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal: Son deberes y atribuciones del Alcalde: ...

17.-Someter a la consideración del Concejo los proyectos de planes y programas sobre desarrollo físico y ordenación urbanística del territorio del cantón, obras y servicios públicos y sobre los demás ramos de actividad...

El Art. 196 Ibídem señala: El planeamiento físico y urbanístico del territorio del cantón será obligatorio para las municipalidades y comprenderá: ...

h) Concentraciones residenciales urbanas y viviendas rurales...

En lo pertinente a la competencia para la elaboración de los respectivos catastros, encontramos las siguientes disposiciones legales:

El Art.306 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal dispone: Las municipalidades mantendrán, actualizados en forma permanente, los catastros de predios urbanos y rurales. Los bienes inmuebles constarán en el catastro con el valor de la propiedad actualizado. Asimismo, establece el Art. 308 del citado cuerpo legal: Las municipalidades realizarán, en forma obligatoria, actualizaciones generales de catastros y de la valoración de la propiedad urbana y rural cada bienio.

A este efecto, la dirección financiera notificará por la prensa o por una boleta a los propietarios, haciéndoles conocer la realización del avalúo. Concluido el proceso se notificará al propietario el valor del avalúo...

Respecto del régimen impositivo de los bienes inmuebles, tanto urbanos como rurales, encontramos las siguientes normas:

El Art. 312 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal señala: Las propiedades ubicadas dentro de los límites de las zonas urbanas pagarán un impuesto anual, cuyo sujeto activo es la Municipalidad respectiva, en la forma establecida por la Ley...

El Art. 313 Ibídem dispone: Los predios urbanos serán valorados mediante la aplicación de los elementos de valor del suelo, valor de las edificaciones y valor de reposición previstos en esta Ley; con este propósito, el concejo aprobará mediante ordenanza, el plano del valor de la tierra, los factores de aumento o reducción del

valor del terreno por los aspectos geométricos, topográficos, accesibilidad a determinados servicios, como agua potable, alcantarillado y otros servicios, así como los factores para la valoración de las edificaciones. El Art. 331 Ibídem señala: Las propiedades situadas fuera de los límites establecidos en el Art. 312 de esta Ley son gravadas por el impuesto predial rural. Los elementos que integran esta propiedad son: tierras, edificios, maquinaria agrícola, ganado y otros semovientes, bosques naturales o artificiales, plantaciones de cacao, café, caña, árboles frutales y otros análogos...

Por otra parte, en lo relativo concretamente al Registro de la Propiedad, la actual Carta Magna nos trae una novedad en su Art. 265: El sistema público de registro de la propiedad será administrado de manera concurrente entre el Ejecutivo y las municipalidades. Con el manejo de este ente por parte del Municipio, concurrentemente con el Ejecutivo, podemos cuando menos imaginar que los recursos que provengan de tal actividad serán empleados por el cabildo para invertirlos en sus programas, obras públicas etc.; por lo demás, de paso se le asignará una herramienta más a las municipalidades en el control y registro de los inmuebles urbanos y rurales. Es de esperar que la información del Registro de la Propiedad, mediante un proceso técnico y cuidadoso, se una (no fusione) con la información constante en los catastros correspondientes para contar con un verdadero “registro de propiedades” y no un registro de propietarios que es lo que se tiene con el actual sistema.

En definitiva, de las normas que se han citado se puede colegir que el Municipio tiene una amplia capacidad de acción para el control de la propiedad inmobiliaria urbana y rural en el cantón. Una aspiración generalizada es conseguir la descentralización, en la medida de lo posible, de las competencias del Estado central hacia los demás niveles de gobierno para agilizar las tareas y mejorar la calidad de los servicios que requieren las respectivas localidades, abandonando el viejo sistema centralista, demasiado obsoleto para nuestro país en los albores de un nuevo siglo.

Es elogiable la labor cumplida por Municipios como los de Guayaquil y Quito que han impulsado una serie de obras y cambios positivos en sus circunscripciones, obviamente, con la ventaja de contar con los suficientes recursos económicos provenientes del Estado. Sin embargo, existen también Municipios “pequeños” que no reciben la atención necesaria por parte del gobierno; éste debería fomentar una repartición más ecuánime de los recursos económicos, teniendo presente que el Ecuador no comprende únicamente su capital y la “perla del pacífico”.

Igualmente, es importante la facultad que le incumbe a los Cabildos en el control de las construcciones; todo propietario de un bien inmueble que desee realizar una construcción en su terreno, practicar una mejora en una casa de su propiedad, etc. debe contar con los respectivos permisos municipales para obrar legalmente. Los propietarios, en múltiples casos, no han respetado la ley ni las ordenanzas municipales procediendo a construir sus casas sobrepasando la línea de fábrica (invadiendo espacios públicos) o realizando construcciones sin contar con los debidos permisos; esta conducta ocasiona molestias e inconvenientes.

Cuenca es una ciudad en continua expansión; la población aumenta a un ritmo acelerado y va ocupando zonas rurales hasta no hace mucho tiempo de poca densidad poblacional; las zonas rurales, paulatinamente, van sufriendo un proceso de urbanización.

El actuar del Municipio debe ser responsable y técnico cuando elabore su plan de ordenamiento territorial; el mismo tiene que contemplar las necesidades de la ciudad no sólo a la fecha sino las proyectadas a unos veinte o treinta años. Es imprescindible una organización territorial responsable y coherente para evitar concentraciones humanas excesivas y lesivas para la naturaleza; recordemos que, precisamente, uno de los principales atractivos turísticos de la ciudad es su entorno natural.

2.1.3 Los catastros municipales

El catastro inmobiliario es un registro administrativo elaborado por la administración municipal en el cual figurarán los bienes raíces rústicos y urbanos con sus respectivas características. También, se entiende por catastro un registro de los bienes inmuebles (que comprende, entre otros aspectos, ubicación, dimensiones y uso) y sus propietarios que es empleado por los Municipios para determinar el monto del impuesto que tendrá que imponerse a los bienes raíces urbanos y rurales.

“El registro catastral es un registro de documentos en los que se exterioriza la realización de actos posesorios respecto de inmuebles, tales como mensuras, subdivisiones, englobamientos, construcciones, planificaciones y demás mejoras”. (Navas, 1999, p. 96); su regulación es de carácter local. Para cumplir de mejor manera su finalidad, el catastro vincula:

- aspectos económicos (catastro económico);
- aspectos jurídicos (constancias de las diversas titularidades de propiedad);
- aspectos de ubicación, determinación y conformación de los inmuebles.

De acuerdo a la doctrina argentina que es la analizada por el tratadista citado en este tema “La atención de este último aspecto (catastro geométrico parcelario) genera el núcleo del sistema ya que este se ordena sobre la base de un particular instrumento público, la <<cédula catastral>> o <<ficha parcelaria>> que corresponde a cada parcela catastral”. (Navas, 1999, p.96). Se refleja el aspecto económico del catastro en el Art. 153 de nuestra Ley Orgánica de Régimen Municipal que dispone: En materia de hacienda, a la administración municipal le compete: ...

c) Vigilar el movimiento rentístico, formular los catastros urbanos y expedir los correspondientes títulos de crédito para el cobro de impuestos y demás ingresos municipales.

Asimismo, el Art. 328 Ibídem establece: Las municipalidades, con base a todas las modificaciones operadas en los catastros hasta el 31 de diciembre de cada año, determinarán el impuesto para su cobro a partir del 1 de enero en el año siguiente.

El valor impositivo del catastro debe ser pagado anualmente, sin necesidad de notificación de ninguna autoridad, en los primeros meses del año y el impuesto a cancelar se basará en el catastro del año anterior. Los propietarios de inmuebles, tanto urbanos como rurales, tienen que cumplir anualmente con la obligación impositiva determinada en el catastro, ya que tendrán obstáculos cuando pretendan enajenar tales bienes si no están al día con todas sus obligaciones tributarias. El Art. 303 de la Ley en mientes dispone: Sin perjuicio de otros tributos que se hayan creado o que se crearen para la financiación municipal, se considerarán impuestos municipales los siguientes:

1. El impuesto sobre la propiedad urbana;
2. El impuesto sobre la propiedad rural...

“La Referencia Catastral es un identificador único de los bienes inmuebles. Cada bien inmueble tiene asignada una referencia catastral, constituida por un código alfanumérico, que permite situarlo en la cartografía oficial del Catastro”. (www.catastro.meh.es). La referencia catastral sirve para diversos fines; ésta concede la ventaja de poder ubicar con exactitud a los bienes inmuebles en el territorio de la jurisdicción de un Municipio; con la ayuda de la referencia catastral, se tiene un conocimiento preciso del bien raíz materia de un eventual negocio jurídico (herencia, compraventa, etc.) y no se da margen a posibles confusiones con la propiedad de un

tercero; por medio de la referencia catastral, se concede al titular del dominio de un bien inmueble una mayor seguridad jurídica en los posibles contratos que lleguen a celebrarse relativos a su propiedad, convirtiéndose así en un instrumento más conveniente para prevenir cualquier fraude en el sector inmobiliario; “(...) la consignación de la referencia catastral en el Registro de la Propiedad facilita la identificación física del inmueble frente a terceros, mejorando así la agilidad y la seguridad de las transacciones inmobiliarias”. (www.catastro.meh.es)

El obligado al pago de este impuesto es el respectivo titular del dominio. Ello se colige de lo establecido en el Art. 340 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal: El sujeto directo de la obligación tributaria es el propietario del predio y en cuanto a los demás sujetos de obligación y responsables del impuesto se estará a lo que dispone el Código Tributario.

Emitido legalmente un catastro, el propietario responde por el impuesto, a menos que no se hubiere efectuado las correcciones del catastro con los movimientos ocurridos en el año anterior, en cuyo caso podrá solicitar el propietario que se los realice.

Asimismo, si se modificare la propiedad en el transcurso del año, el propietario podrá pedir que se efectúe un nuevo avalúo, siempre que lo solicite antes de que el respectivo dividendo esté en mora...

“Los obligados a aportar la referencia catastral son los siguientes:

Ante la autoridad judicial o administrativa competente para instruir o resolver un procedimiento que afecte a los bienes inmuebles, los titulares de derechos reales o con trascendencia real sobre los citados bienes inmuebles.

Ante los Notarios, cualquiera de los requirentes u otorgantes del documento notarial en el que conste el hecho, acto o negocio constituido sobre un

inmueble. Por ejemplo, en las compra-ventas están obligados tanto el vendedor como el comprador.

Ante el Registro de la Propiedad, quienes soliciten la práctica de un asiento registral relativo a bienes inmuebles.

En los documentos privados, las partes contratantes. En el caso de que fueran varios los obligados a aportar la referencia catastral, bastará con que lo haga cualquiera de ellos, quedando los demás eximidos de dicha obligación”.
(www.catastro.meh.es)

El catastro también cumple una importante función en el plan de ordenamiento territorial que instaure una administración municipal. Así, el Art. 199 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal señala: Los planes reguladores de desarrollo urbano formarán parte definida de los planes de desarrollo físico cantonal y deberán prepararse de acuerdo con las siguientes etapas:

1. Formación del expediente urbano con base en los estudios preliminares sobre:

- a) La región: estudio geográfico, económico y social;
- b) La ciudad: formación, historia, estructuras socio-económicas, demografía y administración;
- c) Implantación: topografía, geología y climatología del sitio;
- d) Catastros de construcciones existentes y características de los inmuebles...

El catastro de los bienes inmuebles es un efectivo elemento para el ordenamiento territorial. El conocimiento, por parte de un Municipio cualquiera, de los predios existentes en su territorio y de la real dimensión de los recursos de su jurisdicción son puntos esenciales si se pretende alcanzar una planificación eficiente y moderna, acorde con las necesidades de los habitantes. Con la elaboración de un catastro se

obtiene, de alguna manera, una visión general que le permite a la municipalidad percatarse de la realidad de su entorno inmediato; tal conocimiento le facilita elaborar una planificación adecuada. Conociendo los recursos con los que cuenta, sus bondades, las necesidades más urgentes, los problemas enquistados en una comunidad, por citar algunos ejemplos, es posible alcanzar una perspectiva general y no sectorizada de la problemática de la ciudad.

En Cuenca, por ejemplo, existe un desmedido tráfico vehicular (aproximadamente existen 70.000 vehículos para 300.000 habitantes), un continuo aumento poblacional, avance de la zona urbana, generación de varios proyectos de construcción, etc., temas que merecen la atención inmediata de las nuevas autoridades municipales encabezadas por el alcalde electo, Dr. Paúl Granda, para afrontar con decisión y compromiso la serie de dificultades que acarrea nuestra localidad y las que vendrán en un futuro.

Una postura ética y comprometida con el bienestar colectivo exige de las autoridades una responsabilidad y seriedad que permita esbozar un plan programático de ordenamiento territorial dirigido a satisfacer no sólo las necesidades actuales, sino además, aquellas que se prevea vayan a surgir en los próximos treinta o cuarenta años, propias de una ciudad cada vez más involucrada en un proceso de expansión y modernización.

Este catastro es un instrumento de control y regulación que debe manejarse técnicamente por parte de los respectivos funcionarios para asegurar la veracidad y exactitud de los datos que consigna. Resaltemos su importancia con lo dispuesto en el Art. 307 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal: El valor de la propiedad se establecerá mediante la suma del valor del suelo y, de haberlas, el de las construcciones que se hayan edificado sobre el. Este valor constituye el valor intrínseco, propio o natural del inmueble y servirá de base para la determinación de impuestos y para otros efectos no tributarios como los de expropiación.

Las municipalidades deben actualizar los catastros y la correspondiente valoración de los inmuebles urbanos y rurales cada bienio. Ya se analizó el papel de la expropiación como limitante de la propiedad inmobiliaria y su incidencia en el derecho del titular afectado. El catastro desempeña un papel importante en el proceso expropiatorio de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 323 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal que indica que las expropiaciones que se realicen (de acuerdo a la Ley de Régimen Municipal) se pagarán según el valor del predio que constare en el correspondiente catastro municipal.

Retomando el estudio del catastro como instrumento de ordenamiento territorial de las municipalidades, bien vale analizar la doctrina argentina para establecer como se organiza, en ella, la propiedad de los inmuebles por las autoridades respectivas. De acuerdo a la doctrina argentina se considera parcela catastral a una extensión de terreno poligonal cerrada sin solución de continuidad que presuntamente se va a enajenar totalmente (como una unidad). “En la <<cédula catastral>> el oficial encargado del Registro deja constancia de todos los actos de levantamiento catastral, mensuras, deslindes, incorporación de mejoras y planos de prescripción adquisitiva que le pretenden los particulares o que realice de oficio, así como también las constancias de las titularidades de dominio y las inscripciones especiales que se le encomiende”. (Navas, 1999, p.96)

La nomenclatura catastral concede la posibilidad de identificar a los inmuebles con total precisión y de esta manera poder vincularlos con el Registro de la Propiedad y con los entes recaudadores. “La nomenclatura catastral permite individualizar el inmueble en aproximaciones territoriales sucesivas de mayor a menor”. (Navas, 1999, p.96). Por ejemplo, el territorio de la provincia de Buenos Aires se subdivide para los efectos catastrales en “partidos”, a los que se les fija un código numérico; los partidos de la provincia de Buenos Aires y la ciudad de Buenos Aires se subdividen en circunscripciones catastrales. En la provincia se los designa con números romanos y en la capital argentina con números arábigos.

“Las circunscripciones se subdividen en secciones catastrales. En la ciudad de Buenos Aires, designadas con números arábigos y en la provincia de Buenos Aires, con letras”. (Navas, 1999, p.96)

A su vez, en la provincia de Buenos Aires las secciones se van a desmembrar, según la tierra sea rural o urbana, en fracciones rurales, chacras o quintas y en manzanas, donde las fracciones rurales son identificadas con letras o números arábigos y las manzanas, chacras o quintas con números arábigos. Se continua con otras subdivisiones que no es necesario acotarlas pues con las expuestas es suficiente para comprender la importancia y complejidad que se le concede al ordenamiento e individualización de los predios en la Argentina.

En nuestro medio múltiples han sido las críticas que ha recibido el catastro municipal en lo relativo al avalúo de los bienes raíces catastrados; no hace mucho tiempo los valores que constaban en él eran irreales, por no decir irrisorios, lo cual motivo una actualización de sus valores hasta que se equiparen de alguna manera con su valor comercial; esta variación consta en la primera de las disposiciones transitorias de la ley Orgánica de Régimen Municipal 2004-44 (R.O.-S. 429, 27-09-2004) que dispone: Las municipalidades actualizarán los catastros y los valores de las propiedades, en los términos establecidos en la presente Ley, hasta el mes de diciembre del año 2005, de tal forma que las nuevas tarifas impositivas para el primer bienio se apliquen ineludiblemente a partir del 1 de enero de 2006...

Muchos errores se pueden detectar en el avalúo de determinados inmuebles, lo que ha provocado la molestia y respectiva queja de múltiples dueños de inmuebles; éstos bajo el amparo de la disposición del Art. 457 de la Ley de Régimen Municipal pueden presentar observaciones a las comisiones evaluadoras sobre aquellos puntos que no estuvieren de acuerdo una vez practicados los avalúos catastrales bianuales. De ser reformado el avalúo o rechazadas las observaciones, por estimarlo legal la comisión, se comunicará este particular al reclamante para los efectos legales.

Con el objeto de tener un catastro confiable y realista en la ciudad de Cuenca, así como en las demás ciudades del país, y para poder contar con una herramienta eficaz en los planes de ordenamiento territorial es importante la veracidad y exactitud de los datos que se manejen; deben evitarse situaciones como las del pasado donde los valores constantes en los catastros eran irrisorios, pero, tampoco se puede caer en exageraciones que ocasionen graves perjuicios a los titulares del dominio de predios urbanos y rurales. Toda práctica administrativa, en definitiva, debe guiarse por un objetivo central: el bienestar colectivo.

2.1.4 Las propiedades no titularizadas

Es frecuente, en nuestro país, la existencia de una serie de terrenos que no poseen su respectivo título de propiedad inscrito en el correspondiente Registro. De hecho, son las propiedades más antiguas, las que han permanecido en manos del mismo dueño o que solamente se han transferido por herencias y cuyo origen incluso es (en ocasiones) anterior a la vigencia del Código Civil las que en la mayoría de los casos no constan inscritas. Al existir fracciones de tierra carentes de su respectivo título inscrito es preciso saber cual es la situación de tales inmuebles. En nuestro Código Civil en el Art. 605 se dispone: Son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño. Esto, en consonancia con el principio ampliamente aplicado por los Registradores de la Propiedad de que únicamente es dueño de un inmueble quien lo tiene inscrito en el respectivo Registro, nos daría a entender que, por norma general, las tierras carentes de dueño (bienes mostrencos) ubicadas dentro del territorio ecuatoriano son de propiedad del Estado. No obstante, ha acontecido que muchas de esas tierras, efectivamente, tienen dueños; lo que acontece es que aquellos, por las más diversas circunstancias, no han procedido con la inscripción de su derecho.

Incluso, de aceptar que los inmuebles no inscritos, por norma general, son del Estado o del Municipio “(...) lo que no nos cabe es aceptar el absurdo que si no están

inscritos los inmuebles a favor del INDA, es decir del Estado, éstos no le pertenezcan. Si no son de propiedad de los particulares, ni tampoco son de propiedad del INDA -del Estado- entonces de quién son (...). (Andrade, 2008, p.41); este criterio, tristemente, se ha repetido en múltiples de las negativas de inscripción en varios registros de la propiedad, como por ej. en los de Guayaquil. Uno de los graves problemas que aqueja al Ecuador es que miles de propietarios de inmuebles urbanos y, principalmente, rurales aún no tengan inscritos sus respectivos títulos de propiedad en los correspondientes registros.

Tal situación se ve agravada por los errores en los que incurren funcionarios de estas entidades, abogados, jueces, etc. en la comprensión de conceptos como: título, posesión, propiedad, tradición, modos de adquirir el dominio. Confusión general es la de considerar como términos sinónimos título y escritura pública.

“Neri (...), esclarece muy bien esta diferencia: “puede expresarse que el “instrumento” es la pieza jurídica que ilustra o instruye acerca de los derechos y obligaciones contraídas por las partes, en tanto “título”, en su verdadera acepción científica, es el modo lícito de la adquisición de una cosa o derecho (...). En definitiva y precisando: título es la causa en cuya virtud se posee; instrumento (...) es el escrito en el que consta la causa”. (Andrade, 2008, p.42)

Por lo tanto, título y escritura no son términos sinónimos ya que expresan significaciones distintas. En una sociedad como la nuestra, la gente sencilla y sin un correcto asesoramiento (que en ocasiones es malicioso) malinterpreta los cambios legales. Al aprobarse la nueva Constitución, muchas personas (varias de ellas de situación económica precaria) comenzaron a invadir tierras; incluso, invadieron zonas ecológicas protegidas por el gobierno al creer que con la vigencia de la nueva Carta Magna podían apropiarse de “tierras baldías” o desocupadas para poder construir sus hogares. La aspiración de un amplio sector poblacional es tener una

porción de tierra para vivir y cultivar; en base de esta y otras aspiraciones dieron su apoyo a la aprobación de la Constitución vigente. El gobierno mediante políticas serias y realizables, en la medida de lo posible, debe facilitar el acceso a la propiedad de la tierra a los sectores más necesitados si quiere ser coherente con sus ofertas y promesas de campaña. Un excelente inicio para este cambio, considero yo, es facilitar la inscripción de los derechos de los propietarios de inmuebles que no hayan podido inscribirse (que en su mayoría son rústicos); con ello, se brindará seguridad jurídica a un amplio sector ciudadano y, con tal impulso, se puede continuar con el desarrollo de otros planes y proyectos.

Volviendo al análisis legal, establezcamos que la inscripción no es prueba de dominio. “(...) Si bien en el régimen chileno la inscripción (al igual que en el sistema ecuatoriano) es la única manera de efectuar la tradición de los derechos reales inmuebles y aunque la tradición constituye un modo de adquirir el dominio, la inscripción no prueba este derecho: solo prueba la posesión. En nuestra legislación la forma de probar el dominio es mediante la prescripción (...)”. (Andrade, 2008, p.45)

Obviamente, lo ideal sería que todo titular de un derecho real sobre un inmueble tenga inscrita su prerrogativa; no obstante, tanto en la época en la cual se elaboró el Código Civil Chileno (acogido por el Ecuador) como en los actuales tiempos existen una serie de circunstancias que imposibilitan conseguir este objetivo plenamente; en vista de ello, resulta ilógico y por demás injusto que en las observaciones esgrimidas para la negativa de una inscripción cualquiera, el Registrador de la Propiedad, exija, para la procedencia de la inscripción correspondiente del acto o contrato traslativo de derechos relativos a bienes raíces, la preexistencia de la titularidad registral de los derechos respectivos. Esta exigencia no debería ser acogida mientras no se haya conseguido que todos los titulares de derechos reales sobre inmuebles hayan logrado la respectiva inscripción de sus prerrogativas; y para ello, las autoridades correspondientes y los funcionarios del Registro de la Propiedad deben brindar las facilidades del caso. Igualmente, ninguna ley expedida en el Ecuador ha obligado la inscripción de los derechos reales sobre inmuebles, excepto para que opere la

tradición. La tradición de un bien inmueble, en nuestro ordenamiento jurídico, se verifica de una sola manera: con la inscripción del correspondiente título en el Registro de la Propiedad de la circunscripción en la que está situado el bien raíz.

La obligación de que las transferencias de dominio y de los demás derechos reales mediante la tradición debían y deben hacerse por medio de la mencionada inscripción en el Registro de la Propiedad es lo que se ha consagrado en las diversas leyes que han regido y rigen la propiedad inmobiliaria en nuestro país. No se ha obligado a los propietarios de bienes raíces a inscribir sus propiedades. En este sentido, si la propiedad de un inmueble se conserva en poder del mismo dueño (lo que sucede con las personas jurídicas) o si el dominio de un bien raíz se transfiere por herencia (la sucesión por causa de muerte es título y modo a la vez) no se requerirá la inscripción para tener la calidad de propietario. El Estado es dueño de las tierras que no tienen poseedor y no de las que aún no han sido inscritas. “Sabemos muy bien que son del Estado, e imprescriptibles, los inmuebles mostrencos o baldíos que, por definición, son los abandonados, los vacantes, los que no han sido ni labrados ni adehesados, ni explotados; sin dueño conocido”. (Andrade, 2008, p.53)

En el Código Civil (Art. 605), en la Ley de Desarrollo Agrario (Art. 27) y en la Ley de Tierras Baldías (Art. 1 y 11) se establece el principio ya citado de que pertenecen al Estado (en propiedad) todas las tierras carentes de otro dueño y que estén ubicadas dentro de los límites territoriales del país. Sin embargo, nuestro Código Civil en su Art. 715 inciso segundo dispone: El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo. Esta es una presunción legal y como tal admite prueba en contrario.

Cuando una persona natural o jurídica adquiere un inmueble y ésta o sus descendientes han labrado este terreno, lo han adehesado, incluso, construido sobre él tal bien raíz no es baldío ni mostrenco; en tal supuesto, mal se puede insinuar que el bien pertenezca al Municipio o al Estado. Los inmuebles urbanos y rurales que

carecen de título inscrito poseen un tratamiento algo distinto. Para los bienes raíces urbanos y rústicos, en principio, es aplicable lo dispuesto en el Art. 709 del Código Civil, aunque en la práctica resulta ineficaz, por cuanto, el Registrador de Cuenca se niega a inscribirlos, incumpliendo una resolución del Tribunal Constitucional (actual Corte Constitucional) basado en una resolución de la entonces Corte Suprema de Justicia.

En nuestro ordenamiento jurídico una solución para que los bienes raíces aún no inscritos resuelvan el problema de su transferencia mediante uno de los modos de adquirir el dominio radica en el texto del ya citado Art. 709 del Código Civil: Para la transferencia, por donación o contrato entre vivos, del dominio de una finca que no ha sido antes inscrita, exigirá el registrador constancia de haberse dado aviso de dicha transferencia al público por un periódico del cantón, si lo hubiere, y por carteles que se hayan fijado en tres de los parajes más frecuentados del cantón... Tal norma es una herramienta que la ley concede para solucionar la inscripción de las transferencias de dominio u otros derechos reales referentes a bienes raíces que todavía no ostentan título inscrito; y para ello, se debe proceder con la publicación pertinente y efectuar la fijación de los carteles que se menciona en la disposición legal.

“Si la propiedad no está inscrita (...) la ley debe facilitar la inscripción cuando se pretenda transferir el dominio o se haya transmitido, entonces y solo entonces, el propietario del inmueble no inscrito tiene que hacer la inscripción y para esto cumplir con la publicación ordenada muy prudentemente por el art. 728 (actual 709) del Código Civil”. (Andrade, 2008, p.57). Por su parte, cuando los bienes raíces rurales no tengan inscrito su título respectivo puede aplicárseles la solución planteada en el Art. 709 del Código Civil o también pueden acogerse a lo establecido en la Ley de Desarrollo Agrario. El INDA es el ente encargado de ejecutar los procesos relativos a: titulación de tierras rústicas, catastro agrario y solución de conflictos; ello lo efectúa para garantizar la tenencia de la tierra.

La Ley de Desarrollo Agrario determina en su Art. 37: Atribuciones del INDA.- El Instituto Nacional de Desarrollo Agrario tendrá las siguientes atribuciones:

- a) Otorgar títulos de propiedad a las personas naturales o jurídicas que, estando en posesión de tierras rústicas y teniendo derecho a ellas, carecen de título de propiedad;
- b) Adjudicar las tierras que son de su propiedad...

El Art. 38 de la Ley de Desarrollo Agrario establece: Patrimonio del INDA.- Forman parte del patrimonio del INDA:

- 1) Todas las tierras rústicas que formando parte del territorio nacional carecen de otros dueños;
- 2) Las que mediante resolución que cause estado al amparo de las Leyes de Reforma Agraria y de Tierras Baldías y Colonización, entraron al patrimonio del Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización y aún no han sido adjudicadas; y,
- 3) Las que sean expropiadas en aplicación de la presente Ley...

La única institución con facultad para entregar el título de propiedad de bienes inmuebles rústicos que no posean título inscrito es el Instituto Nacional de Desarrollo Agrario (INDA). Legalizar es un acto administrativo mediante el cual la autoridad competente declara y autentica la legitimidad del derecho de propiedad en el inmueble rústico a favor del propietario del mismo. Establece el recién citado cuerpo legal en su Art. 42: Funciones del Director Ejecutivo del INDA.- Son funciones del Director Ejecutivo del INDA: ...

- 3) Otorgar títulos de propiedad de las tierras que estén en posesión de personas naturales o jurídicas que tengan derecho para ello;

4) Adjudicar las tierras que forman parte del patrimonio del INDA...

El INDA adjudica las tierras rústicas de su propiedad cuando comprueba la tenencia ininterrumpida por un mínimo de 5 años, previo el pago de su correspondiente avalúo.

La explotación de la tierra adjudicada se la hará de acuerdo a un plan de manejo sustentable del área. Consecuentemente, las personas que tengan la intención de legalizar sus respectivos bienes raíces rurales que no cuentan con título inscrito deben acudir a la dirección distrital o Delegación Provincial del INDA donde se encuentre ubicado el bien. Aquel que pretende ser adjudicatario de tierras, sea una persona natural o jurídica, deberá cumplir determinados requisitos. Las personas naturales deben cumplir los siguientes requisitos:

- Tenencia o posesión del inmueble ininterrumpida de 5 años en tierras que son patrimonio del INDA.
- Solicitud de tierras (formulario de la institución).
- Copia de la cédula de ciudadanía de los solicitantes.
- Comprobante de pago de tasa.
- Levantamiento planimétrico e informe de linderos.
- Informe técnico de Inspección.
- Plan de explotación y manejo (hasta 100 has., en formato y en adelante Plan de Manejo elaborado por un profesional y aprobado por el INDA).
- Certificado del Ministerio del Ambiente (a partir de las 10 hectáreas).
- Comprobante de pago de tierras. Existen otros requisitos específicos para determinadas regiones del país por lo cual no lo se los hace constar en este esquema.

Las personas jurídicas, a más de los requisitos antes referidos, deben cumplir los siguientes:

“Copia certificada de la escritura de constitución jurídica protocolizada e inscrita en el Registro Mercantil. Copia certificada del nombramiento del representante legal inscrita en el Registro Mercantil. Copia certificada de la cédula de ciudadanía del representante legal. Copias certificadas del Acuerdo Ministerial Aprobatorio. Copia certificada del Estatuto. Nombramiento del representante legal. Censo poblacional. Certificado actualizado del Registro de la Propiedad”. (www.inda.gov.ec)

El Art. 52 de la Ley de Desarrollo Agrario dispone: Titulación.- La titulación de las tierras se hará mediante resolución expedida por el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Desarrollo Agrario (INDA). Esta resolución será luego protocolizada en una Notaría e inscrita en el Registro Cantonal de la Propiedad que corresponda. Cabe acotar que en el supuesto de existir título de propiedad y un tercero solicitare la adjudicación de ese inmueble rústico, el propietario afectado puede oponerse a dicha solicitud de adjudicación a través de una demanda de Oposición a la Adjudicación dirigida al Director Ejecutivo del INDA, la cual tiene el objetivo de impedir la efectividad del trámite de adjudicación que se sigue en el INDA. Esta situación se resuelve con una resolución a la adjudicación la que es: “un acto administrativo mediante el cual se deja sin efecto una adjudicación otorgada por el INDA, por razones de orden legal (predio con título), de posesión o por dolo durante el trámite de adjudicación”. (www.inda.gov.ec)

Bajo el amparo de diversas disposiciones constitucionales, entre ellas, la relativa al Art. 30 que ordena que las personas, sin consideración a su situación social y económica, tienen derecho a un hábitat seguro y saludable y a una vivienda, así como aquellas que garantizan el derecho de propiedad (Art. 66 No. 26 y Art. 321) debemos entender que deben desarrollarse los cambios legales e institucionales que amparen

de mejor manera las prerrogativas de los propietarios, despejando cualquier problema o duda que pueda suscitarse. Por tanto, el gran inconveniente de las propiedades no titularizadas merece una especial atención por parte del gobierno si pretende implementar proyectos que mejoren la calidad de vida de cientos de miles de ecuatorianos. El compromiso del gobierno de “la revolución ciudadana” con el presente y futuro de la sociedad ecuatoriana tiene que hacerse efectivo con obras y hechos, no con discursos de bello contenido. Consecuentemente, debe sanearse la actuación del INDA; éste ha sido objeto de un sinnúmero de quejas y denuncias que van desde la lentitud de los trámites hasta manejos corruptos dentro de la institución.

2.1.5 La función notarial y registral en la propiedad inmobiliaria

Las actuaciones del notario y del Registrador de la Propiedad están íntimamente relacionadas en lo relativo a la propiedad inmobiliaria. Esto lo podemos colegir de algunas normas legales. El Art. 228 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal dispone: Para la fijación de las superficies mínimas en las parcelaciones urbanas se atenderá a las normas que al efecto contenga el plan regulador de desarrollo urbano o, en su falta, a las normas que impartirá el organismo nacional competente de planeamiento urbano. Los notarios para autorizar, y los registradores de la propiedad para inscribir una escritura, exigirán la autorización del concejo concedida para la parcelación de los terrenos.

El Art. 343 Ibídem establece: Los notarios y registradores de la propiedad enviarán a las oficinas encargadas de la formación de los catastros, dentro de los diez primeros días de cada mes, en los formularios que oportunamente les remitirán esas oficinas, el registro completo de las transferencias totales o parciales, de los predios rurales, de las particiones entre condóminos, de las adjudicaciones por remate y otras causas, así como de las hipotecas que hubieren autorizado o registrado. Todo ello, de acuerdo con las especificaciones que consten en los predichos formularios...

Asimismo, el Art. 354 del citado cuerpo legal determina: Los notarios, antes de extender una escritura de las que comportan impuestos de alcabalas, según lo determinado en el Art. 344, pedirán al jefe de la dirección financiera que extienda un certificado con el valor del inmueble, según el catastro correspondiente, debiéndose indicar en ese certificado, el monto del impuesto municipal a recaudarse, así como el de los adicionales, si los hubiere. Los notarios no podrán extender las predichas escrituras, ni los registradores de la propiedad registrarlas, sin que se les presenten los recibos de pago de las contribuciones, principal y adicionales, debiéndose incorporar estos recibos a las escrituras...

“El Derecho Notarial y el Derecho Registral están íntimamente ligados. Cada uno de ellos está también unido al Derecho Civil, pero con lazos peculiares, por distintas causas y en diversa forma. El derecho notarial, adjetivo, da al civil, sustantivo, la forma de ser, así como la forma de valer, siendo la forma notarial también un aspecto de publicidad, aunque también limitada”. (Carral, 1979, p.209)

El notario es el funcionario investido de fe pública cuyo nombramiento y posesión le habilita para legalizar con su sello y firma todos los actos, contratos y demás documentos que consientan las leyes, a pedido de las partes contratantes o por orden de la respectiva autoridad competente. Le caracteriza al Notario estar investido de fe pública; pero no es el único ya que otros funcionarios cumplen este papel.

“(...) La fe pública Notarial se reviste de los siguientes elementos indispensables que lo diferencian: su calidad de autoridad delegada del Estado que actúa en el campo extrajudicial pero dentro de las normas jurídicas vigentes, cumpliendo ciertas solemnidades de forma y de fondo y que aún redactando el mismo, el negocio o contrato jurídico encargado por los particulares, inmerso en él lo autoriza con su sello y firma imprimiendo, el carácter de auténtico, veraz y eficaz”. (Pazmiño, 2001, p.27)

Se puede resumir la función notarial, brevemente, en algunos puntos; el notario:

- Junta y escucha pacientemente a las partes con el objetivo de establecer la posibilidad jurídica de la ejecución de aquello que las mismas pretenden. De ser esto factible legalmente, debe definir el instrumento, contrato o acto jurídico que deseen celebrar.

- Redacta el instrumento o contrato que deba aplicarse a cada caso concreto de acuerdo con las pretensiones de las partes; para esto es fundamental que éstas se identifiquen plenamente sin dejar margen a duda alguna; esta actuación se realizará con un apego y respeto irrestricto al ordenamiento jurídico respectivo.

- “Explicar a las partes, una vez ya redactado y leído a éstas el contrato respectivo, su alcance y fuerza legales, y en presencia del Notario, proceder a la firma del contrato correspondiente, para que éste lo autorice y se genere el instrumento público o escritura que es un documento que tendrá valor probatorio pleno, es decir que hará prueba plena dentro y fuera de juicio, a excepción que sea declarado nulo por autoridad judicial competente”. (www.mundonotarial.com)

- Proceder con los pagos de las correspondientes contribuciones estatales, municipales que la operación hubiere generado y le dará publicidad al acto jurídico o contrato al inscribirlo en el Registro de la Propiedad.

- Guardar bajo su vigilancia y custodia los originales del contrato y otorgar las copias certificadas, tantas como se requieran.

Del estudio de algunas disposiciones legales tomamos conciencia del importante papel que, directa o indirectamente, cumple el notario en el proceso de inscripción del dominio o de otros derechos reales relativos a bienes raíces. Se establece en el Art. 706 del Código Civil que para realizar la inscripción respectiva se exhibirá al Registrador copia autentica del título y de la disposición judicial en su caso. Ya se estableció que no se debe confundir los conceptos título y escritura, sabiendo que el título es la causa por la cual se posee, mismo que puede o no estar contenido en una escritura pública; con esta precisión, se entiende que en el proceso de traspaso del dominio o de otro derecho real relativo a un inmueble, primeramente, se acudirá a un abogado para elaborar la minuta; ésta será llevada ante el notario para elevarla a escritura pública y continuar con los tramites necesarios para obtener la inscripción del derecho.

El Derecho Notarial sirve al Derecho Civil ocupándose del estudio de la forma del acto jurídico, especialmente de aquella que vagamente trata el Código Civil mientras que el Derecho Notarial se encarga de presentar de una manera concreta, sólida y precisa: el instrumento público. El Art. 164 del Código de Procedimiento Civil dispone: Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado. Si fuere otorgado ante un notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública... En consonancia con la mentada norma está lo dispuesto en el Art. 26 de la Ley Notarial: escritura pública es el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que este autoriza e incorpora a su protocolo.

Se otorgarán por escritura pública, los actos, contratos o negocios jurídicos ordenados por la ley o acordados por la voluntad de los interesados. Tengamos presente que no todo instrumento público es una escritura, pero, toda escritura es un instrumento público. Además, el instrumento público tiene valor probatorio en lo referente a haberse otorgado y su fecha; mas, en cuanto a la verdad de las declaraciones que constan en él solamente hacen fe contra los declarantes. El artículo

18 de la Ley Notarial dispone: Son atribuciones de los notarios, además de las constantes en las leyes:

1. Autorizar los actos y contratos a que fueren llamados y redactar las correspondientes escrituras, salvo que tuvieren razón o excusa legítima para no hacerlo...

Esta es una facultad consustancial del notario; el notario está para autorizar de acuerdo con la ley. La expresión “y redactar las correspondientes escrituras” corresponde a la tradición notarial, puesto que era lógico que el funcionario indicado para esta tarea fuera el notario; por ello, se le encargaba la elaboración de las escrituras en función de la confianza que se tenía en sus conocimientos, práctica y experiencia, las cuales daban seguridad de la buena redacción del documento; en los actuales tiempos, el notario exige minuta firmada por un abogado, la misma que debe guardar en un archivo especial por el lapso de dos años para comprobar su cumplimiento.

2. Protocolizar instrumentos públicos o privados por orden judicial o a solicitud de parte interesada patrocinada por un abogado salvo prohibición legal...

“No conocemos disposición alguna que taxativamente prohíba la protocolización de determinados instrumentos o que los enumere o ejemplifique. La norma es de carácter general, pero se ha de entender que se trata de aquellos instrumentos que atentan contra las leyes, las buenas costumbres o el orden público; es decir, contratos que carecen de objeto o causa lícita; o por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos (...)”. (Pazmiño, 2001, p.196)

El Art. 25 de la Ley de Registro establece: Están sujetos a registro los títulos, actos y documentos siguientes:

a) Todo acto o contrato entre vivos que cause traslación de propiedad de bienes raíces...

Cuando se pretende celebrar un contrato en virtud del cual se va a transferir el dominio de un bien raíz a favor de un tercero es necesario hacerlo mediante una escritura pública redactada ante un notario. Los interesados acuden ante un abogado para elaborar la minuta que contiene las voluntades de los contratantes; ésta luego es llevada ante el notario para que la eleve a escritura pública, siempre y cuando cumpla todos los requisitos que le impone la Ley.

“Entre nosotros no existe el sistema registral constitutivo y por tanto el derecho subjetivo nace por el consentimiento de las partes, extrarregistralmente y ante el notario. Ya nacido y precisado el derecho, va, en forma de testimonio de escritura, al Registro, para ahí recibir la publicidad que el derecho civil exige al acto. Necesita, por tanto, el notario, tomar en consideración las disposiciones legales del Registro Público para que el acto que autorice sea perfecto, pues su perfección no se logra sino hasta que queda debidamente registrado”. (Carral, 1979, p.210)

Se evidencia, también, la importancia de la actuación notarial en el Art. 29 de la Ley de Registro que dispone en su inciso segundo: La fijación de carteles a que se refiere el artículo 728 (actual 723) del Código Civil, se hará constar al Registrador por certificados del Juez y del notario del cantón, puestos a los pies de dichos carteles. El Art. 49 de la Ley de Registro establece que si el interesado lo desea tiene la facultad de acudir al notario ante el cual otorgo la respectiva escritura para que éste traslade al margen de la escritura matriz la nota expresada en el artículo 48 Ibídem, según el cual el título se devolverá con la certificación de que efectivamente ha sido inscrito designando el registro, número y fecha de la inscripción.

El Derecho Registral también le es útil al Derecho Civil ya que posibilita y proporciona la publicidad que deben revestir determinados actos jurídicos o ciertas situaciones cuya naturaleza lo requiera para obtener la correspondiente seguridad jurídica. Tanto el Derecho Notarial como el Registral persiguen un mismo objetivo: la seguridad jurídica. Es por ello que no pueden, ni deberían, estar siempre apartados.

Entre ellos existen lazos y dependencias bilaterales, además de haber una especie de continuidad que va del Derecho Notarial al Registral que los articula de un modo particular. El Registrador tiene una potestad de calificación que le posibilita desechar el instrumento notarial (escritura) en el supuesto de que el mismo no cumpliera todos los requisitos legales imprescindibles para su inscripción.

De tal magnitud es la interdependencia de estos dos derechos que algunos autores han pretendido juntarlos, ya sea sugiriendo que el contrato se redactare ante el Registrador o, asimismo, que el notario fuera quien califique y registre el acto; empero, al existir ciertas divergencias en sus características y contenidos, tal fusión es poco probable que llegue a darse. El Derecho Registral es una rama del Derecho Civil que nació con el objetivo de proteger los derechos. El estudio y la determinación de la naturaleza de los derechos subjetivos son de competencia del Derecho Civil. Esta rama de la disciplina jurídica enseña que para que un contrato sea válido debe reunir requisitos básicos que son: capacidad, consentimiento mutuo, objeto y causa lícitos, además, se requiere que se haya celebrado con las formalidades externas que la ley demanda.

Consiguientemente, al estimar conveniente que en ciertos casos el negocio jurídico cumpla determinadas formalidades externas, de faltar aquellas, el contrato puede ser declarado inválido. La calificación registral, en base de un análisis riguroso, determina si todos estos elementos concurren legalmente en cada caso.

La función notarial y registral, actualmente, se encuentran en una etapa de transición al ser necesarias una serie de reformas legales producto de los cambios que en estas dos ramas ha establecido la Constitución vigente. En efecto, ya se mencionó que el sistema público del registro de la propiedad será administrado de manera concurrente entre el Ejecutivo y las municipalidades. El cambio en la función notarial es aún más drástico y evidente ya que el Art. 199 de la Constitución dispone: Los servicios notariales son públicos. En cada cantón o distrito metropolitano habrá el número de notarias y notarios que determine el Consejo de la Judicatura... Los valores recuperados por concepto de tasas notariales ingresarán al Presupuesto General del Estado conforme lo que determine la ley.

Del mismo modo, la disposición transitoria novena de la actual Carta Magna, en su inciso segundo dispone: A partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución los períodos de nombramiento, encargos, interinazgo o suplencias de las notarias y notarios se declaran concluidos. De acuerdo a esta misma disposición transitoria, las y los notarios permanecerán en funciones prorrogadas hasta ser legalmente sustituidos. Lo que podemos aspirar los ciudadanos en este marco de reestructuración es que se elijan para los puestos de registradores de la propiedad y notarios a personas capaces y dispuestas a trabajar por el bienestar colectivo, cuya principal ambición sea proteger la seguridad jurídica y no únicamente ocupar los puestos para su lucro personal. De hecho, los ciudadanos debemos exigir que se dote de las garantías necesarias a la propiedad inmobiliaria para que su situación mejore y no empeore con los cambios que próximamente se suscitarán.

CAPÍTULO 3: EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La difusión de la propiedad inmueble podemos considerarla como un elemento trascendental para el desarrollo de la vida en sociedad. En este contexto, la actual Constitución, al igual que sus precedentes, ha reconocido expresamente el derecho a la propiedad. La posibilidad de acceder a la propiedad le garantiza al individuo la satisfacción de sus necesidades primordiales.

Uno de los modos que nuestra legislación establece para la adquisición del dominio es la tradición; la tradición consiste en la entrega del bien con la intención (del tradente) de transferir su propiedad y, a su vez, con la intención del adquirente de recibirla. En lo relativo a los bienes raíces ya se ha mencionado que para la perfección de la tradición se requiere la inscripción en el Registro de la Propiedad correspondiente. En ello se resume el objeto principal del Registro de la Propiedad en la legislación ecuatoriana: la inscripción de los contratos traslativos del dominio o de cualquier otro derecho real relativo a bienes inmuebles.

Además de la tradición, tenemos otros modos de adquirir el dominio, por ejemplo, la sucesión por causa de muerte, la accesión y la prescripción. Ninguno de estos modos necesita de inscripción alguna porque los hechos que los vienen a determinar son radicalmente diferentes de la entrega. En vista de ello, varios propietarios no cuentan con su derecho inscrito, e incluso no tienen obligación de registrarlos. Tales bienes se encuentran dentro del comercio y están sujetos a cualquier enajenación. Para proceder con la inscripción de los contratos relativos a estos bienes que no se encuentran aún registrados se debe realizar un aviso al público a través de carteles y de la prensa (conforme lo establece la fórmula legal); cumplido esto, los registradores de la propiedad, en teoría, deberían proceder a la inscripción correspondiente. No obstante, la realidad de nuestro medio es muy distinta por la serie de trabas que imponen a este procedimiento.

3.1 El sistema público del Registro de la Propiedad

Anotar, inscribir y llevar un inventario de los registros, libros y demás documentos que pertenecen a la Oficina son las principales funciones del Registrador, sin menoscabar las demás trascendentes labores que desempeña. Incluso, se haría merecedor a una multa en el supuesto de incurrir en alguna de las causales que prevé el Art. 15 de la Ley de Registro; entre ellas tenemos la constante en el literal b: si no cierra diariamente el Repertorio conforme a lo prescrito en esta Ley; y la que consigna el literal d: si hace, niega o retarda indebidamente una inscripción, por solo citar dos ejemplos. Con las referencias legales que se han aportado se pretende poner de manifiesto cuál es la principal razón de ser del Registro de la Propiedad; sin lugar a dudas, lo que pretendían los autores del Código Civil era conseguir que un día todo propietario inmobiliario y todo titular de cualquier otro derecho real sobre un bien raíz cuente con su derecho debidamente inscrito y no dar dolores de cabeza a los dueños que tengan la “osadía” de pretender inscribir su derecho, como al parecer entienden algunos “funcionarios”; su propósito principal era implementar un procedimiento por el cual se organice, regule y controle, adecuadamente, los derechos relativos a bienes raíces.

Comedidamente, consideramos que a esta tarea principal (la de anotar e inscribir) deben dedicar su contingente e interés todos los registradores de la propiedad, apartándose de cualquier otro “objetivo” que de alguna manera pudiera perjudicar a los titulares, claro está, si su objetivo básico es (como debe de ser) brindar publicidad y seguridad jurídica a la propiedad inmobiliaria. Tan simple sistema ha sido alterado por un accionar inapropiado de algunos registradores de la propiedad que con su práctica de imposición obstaculizan al común de los ciudadanos el acceso a la propiedad de bienes raíces; algunos de estos “funcionarios” se han negado a realizar las respectivas inscripciones mediante un ejercicio abusivo de sus facultades y una mala interpretación de la normativa legal pertinente. “El Registro de la Propiedad no es una oficina de confrontación, ni de análisis, ni de control, fiscalización, auditoría o pesquisa, mucho menos de autorización. Es una oficina de anotación. Hasta hace

poco (1928) era denominada como oficina de Anotación de Hipotecas (...). (Andrade, 2008, p.95). En ese año la denominación de Anotador es sustituida por la de Registrador y el nombre de Oficina de Anotación de Hipotecas cambia por el de Registro de la Propiedad; sin embargo, sus funciones se mantienen inalterables.

No ha existido ninguna reforma legal que cambie sus finalidades y objetivos. “Sigue siendo una oficina en la que se anotan, en sus libros, registros e índices, los negocios, el flujo inmobiliario del cantón. Para que sirva de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituidos en ellos, para dar publicidad de esos actos y garantizar la autenticidad y seguridad de los instrumentos públicos y documentos”. (Andrade, 2008, p.96). El Registro no es ni ha sido en ningún tiempo un ente de análisis, de control, ni tampoco de confrontación o de autorización. El analizar, confrontar se convierte la mayoría de las veces en un hecho subjetivo que es susceptible de una interpretación meramente personal de ciertos empleados del Registro; éstos confrontan o analizan (frecuentemente desconocedores del Derecho Registral) sujetando sus pareceres o criterios personales a sus simpatías o antipatías, apartándose del principio por el cual en Derecho Público solamente se puede realizar lo expresamente permitido; donde además, está limitada la discrecionalidad; y, precisamente, graves injusticias se producen en los trámites de inscripción de derechos relativos a inmuebles por no respetar este principio. Son prácticas como estas las que motivan la siguiente reflexión:

“(...) en nuestro país no se da la importancia que merece el Derecho Registral como vemos en España, Argentina, etc. Esta área del derecho público tiene un estudio y tratamiento preferente desde las aulas universitarias en estos países, en tanto que en Ecuador ha sido un proceso de transformación que se acelera y alcanza plenitud en este siglo, pero aún no ha concluido. El proceso es complejo, pues el desenvolvimiento técnico de los Registros de la Propiedad en nuestra legislación queda a criterio de cada Registrador; no existe una formulación general en torno a los efectos de la publicidad registral y respecto a las normas aplicables en diferentes casos, y más bien se debe

recurrir a los diferentes cuerpos legales, a fin de asegurar la inscripción de un instrumento público en el Registro de la Propiedad (...). (Carvajal, 2007, p.107)

Naturalmente, cada Registrador debe contar con los ayudantes necesarios para dotar de una acertada organización a sus oficinas y para cumplir de manera eficiente con su trabajo; administrativamente, el titular del Registro los puede designar como a bien tuviere (preferible sería, en todo caso, que seleccione a personas preparadas y conocedoras del Derecho, cuya carencia se nota en los defectuosos servicios que se prestan en varias dependencias públicas). Tales asistentes, entre sus diversas labores, tienen que revisar o confrontar los libros y registros de propiedad y las notas de referencia que establece el artículo 53 de la Ley de Registro, los de Gravámenes, de Interdicciones y de Prohibiciones para expedir sus informes o para otorgar los certificados o historiales de la propiedad, gravámenes, prohibiciones o interdicciones que solicite cualquier persona, pero, de ninguna manera lo harán para “autorizar” o “rechazar” la tradición que se causa con la inscripción pertinente.

El derecho de propiedad, de acuerdo a nuestra ley, no puede ser declarado inalienable por persona alguna y únicamente puede restringirlo la ley; del mismo modo, en nuestra legislación se establece la posible validez de la venta de cosa ajena (Art. 1754 del Código Civil) y la inscripción de la venta realizada por el poseedor que no es el verdadero dueño o por el mero tenedor para que con la inscripción, el comprador de buena fe cuente con el justo título por el cual pueda adquirir el dominio a través de la prescripción, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos por la ley.

“Una cosa es que para la prohibición de enajenar (la misma que, para ser procedente, provendrá de un juez y no del solo convenio de las partes) deba ser inscrita, cumpliendo uno de los principales objetivos del Registro de la Propiedad: la publicidad y así las personas puedan tener conocimiento de tal

prohibición al solicitar informes o certificados sobre la historia de las propiedades inmobiliarias; y otra cosa muy diferente es que debamos estar pendientes del arbitrio de un “confrontador” que “autorice” las inscripciones para que se efectúen las tradiciones de usufructos, hipotecas, servidumbres, anticresis, propiedad, nuda propiedad, etc.”. (Andrade, 2008, p.91)

Lo ideal y coherente vendría a ser que las partes, antes de la celebración de un acto o contrato, dispongan de certificados que contengan una información actualizada y exacta acerca del estado y la historia de los inmuebles inscritos, sus gravámenes, limitaciones, las prohibiciones judiciales, etc. para que se proteja la tan pregonada seguridad jurídica. De esta manera, previamente a la celebración del contrato de compraventa, el comprador tendría la posibilidad de saber si el bien que pretende adquirir está hipotecado o con algún otro gravamen, tiene alguna prohibición judicial de enajenar, etc. y en base de este conocimiento tomar la decisión más conveniente a sus intereses, con una noción amplia de las circunstancias que rodean al negocio jurídico y sus implicaciones.

Lastimosamente, el mal funcionamiento de este ente en la ciudad de Cuenca, y en otras tantas del país, impone el siguiente desenlace: resulta tan tortuoso obtener un historial de propiedad o un certificado de gravámenes que los ciudadanos, excepto cuando intervienen instituciones públicas o bancarias que los exijan, se privan de la posibilidad de contar con ellos previamente a la firma del contrato, por la prisa de concretar la compra o la venta de un bien raíz y asumiendo los riesgos del caso; recordemos que no pocas veces las personas han sido víctimas de una estafa en la compra de un inmueble al no haber contado con las garantías que les hubiesen brindado los antes referidos certificados (por ej. los tan difundidos casos de programas de vivienda falsos); ¿cómo puede decirse que los registros de la propiedad resguardan la seguridad jurídica si no suministran con la agilidad necesaria los instrumentos que prevendrían cualquier tipo de engaño o estafa?

El tracto sucesivo (en lo relacionado con el Registro de la Propiedad) es “el encadenamiento perfecto entre los distintos asientos en el Registro de la Propiedad; de manera tal, que toda transmisión o acto de disposición surja claramente de la voluntad del titular en el momento de efectuarse”. (Diccionario Jurídico Anbar, 1999, p.437); para este tracto sucesivo, es decir, para el orden cronológico de las inscripciones y facilitar la elaboración de certificados e historiales, el Art. 51 de la Ley de Registro ordena que el Registrador deberá poner en las nuevas inscripciones una nota de referencia de la anterior y en esta otra se haga referencia a la nueva si fuera necesario hacer variaciones en virtud de un título nuevo (la inscripción que se solicita se refiere a un derecho que ha sido antes inscrito). Triste es afirmar que, al parecer, los “confrontadores” del Registro de la Propiedad no acatan debidamente la disposición legal recién referida, pues si así lo hicieren no acontecería, como efectivamente acontece, que para entregar esos certificados (que deberían ser otorgados en pocos minutos) se demoran tanto en esta entidad que las personas, por la urgencia con la que habitualmente se efectúan los negocios inmobiliarios, quedan en la penosa y forzada situación de realizarlos sin tener a su disposición tales informaciones, empero de los riesgos que ello conlleva.

En estas circunstancias, una vez realizados los negocios mediante los instrumentos públicos y cuando estos han sido llevados para su inscripción, los ciudadanos se encuentran con un “Departamento” de confrontadores que, aparentemente, tiene la consigna de “confrontar”, “(...) sobre todo a los contratos que ingresan a ser inscritos, con los pareceres y opiniones de empleados, que la mayoría de veces tienen ideas fijas erradas sobre la función del registro”. (Andrade, 2008, p.92). Esta y otras prácticas son las que han dotado de una mala imagen al accionar del Registrador y sus empleados. Evidentemente, esta situación afecta a la seguridad jurídica que, en definitiva, es uno de los objetivos primordiales de este y otros organismos para el normal desenvolvimiento de la vida en sociedad.

“(...). Se establece en favor de los individuos la garantía de que el aparato coercitivo del Estado será siempre utilizado en la forma y condiciones fijadas previamente por

las normas jurídicas. Este conocimiento cierto de la forma como será aplicado el Derecho en cada caso es lo que se conoce como seguridad jurídica” (Borja, 1991, p. 299). El Art. 82 de la Constitución actual establece: El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

El sistema público del Registro de la Propiedad que impone la nueva Constitución debe desarrollarse en un ámbito que mejore la seguridad y el control del flujo inmobiliario en todo el país. Haciendo uso de los mecanismos e instrumentos que brinda la ciencia moderna (siempre fundándose en un accionar jurídico y enmarcado en la normativa legal), se debe desarrollar este sistema, procurando que se agilicen una serie de trámites y procesos que con el vigente procedimiento se vuelven sumamente largos y tediosos.

Toda innovación normativa debería ser para mejorar la situación (en el caso que nos ocupa, del Registro de la Propiedad); en la actualidad se cuenta con una serie de instrumentos que permitirían agilizar el funcionamiento mismo del Registro y de los servicios que presta. Asimismo, resulta trascendental la capacitación al personal que labore en los registros, desde el mismo Registrador hasta el último de sus empleados, para ponerlos a tono con la serie de variantes que se impusieron con la nueva Constitución; luego de ello, será importante informarles de las nuevas regulaciones que se impondrán con la nueva ley o leyes que regulen al Registro de la Propiedad una vez que ésta o éstas sean expedidas.

3.1.1 Competencias concurrentes entre el municipio y el poder ejecutivo

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social; estas y otras características son las que proclama el Art. 1 de la vigente Carta Magna; varios son los cambios legales que se han suscitado en nuestro ordenamiento jurídico luego de

la aprobación y entrada en vigencia de la nueva Constitución. La Función Legislativa se encuentra preparando un conjunto de leyes básicas que permitan ir consolidando la institucionalidad jurídica. Han existido quejas, protestas (como por ej. a las reformas planteadas al Código Penal, Código de Procedimiento Penal) de algunos sectores que han hecho sentir su inconformidad e incertidumbre con relación a ciertos cambios producidos en determinadas leyes que rigen en nuestro país; varios son los cuestionamientos que emanan de un sector de la ciudadanía ante el actual y continuo proceso de transformación tanto institucional como legal; todos los ecuatorianos somos testigos de este proceso. Vivimos un régimen de transición de un nuevo marco jurídico que instituye la Constitución vigente.

En este contexto, el análisis y asimilación de todos los cambios que están aconteciendo en nuestro sistema legal resulta de vital importancia para todos los ecuatorianos (principalmente, los relacionados con el estudio del Derecho). Uno de los tantos cambios que se han implementado y que no ha sido revisado por la Comisión Legislativa (por ende, tal tarea le corresponderá a la Asamblea Nacional) es el determinado en el Art. 265 de la Constitución que expresa: El sistema público del Registro de la Propiedad será administrado de manera concurrente entre el Ejecutivo y las municipalidades. Este cambio, al igual que aquel que implementa el Régimen del Buen Vivir, la Función de Transparencia y Control Social, la justicia indígena, la gratuidad de la educación, etc. son de gran importancia para la generalidad de los ciudadanos. No obstante, a diferencia de los citados, la innovación relativa al Registro de la Propiedad no ha sido motivo de un mayor debate, actualmente, ni por la prensa ni por los particulares debido a que la Comisión Legislativa se enfocó en el estudio y elaboración de otros proyectos de ley.

Cuando se implante esta innovación, que viene impuesta por el texto constitucional, la misma va a ser objeto de múltiples aspiraciones, dudas, exigencias, etc. por parte de la opinión pública. Resulta clave, con miras a dotar de seguridad jurídica a los ecuatorianos con relación a la propiedad inmobiliaria, que los entes encargados del control, registro e inscripción del dominio y los demás derecho reales relativos a los

bienes raíces sean objeto de un cambio positivo a través de un sistema que mejore la calidad del servicio que se viene prestando, subsane una serie de circunstancias negativas que rodean a la entidad de inscripción y a sus funcionarios y, sobre todo, proteja adecuadamente el derecho de los propietarios sin causar ningún tipo de perjuicio a sus intereses. Al observar el mal servicio que, en múltiples ocasiones, se brinda en el Registro de la Propiedad y que no se están cumpliendo cabalmente sus principales objetivos nos atrevemos a considerar una alternativa adecuada el que se dirija su régimen por parte de la administración pública, esto es, entre el Ejecutivo y los municipios de una manera concurrente.

A primera vista, una de las principales ventajas que se conseguirá con esta variación sería el cotejar dos instrumentos que tienen una importante vinculación entre sí y que sirven para el control del flujo inmobiliario: el catastro municipal y el Registro de la Propiedad. Al emplearse los datos de estos dos se va a obtener un verdadero registro de las propiedades y no un simple registro de propietarios que es lo que se ha obtenido con el actual sistema. Precisamente, debe existir una estrecha relación entre el Registro de la Propiedad y el Municipio con el objeto de que cada municipalidad organice su información de manera eficaz y haga uso de ella en la elaboración de sus programas y proyectos (por ej. en su plan de ordenamiento territorial). “Es indudable la importancia de la buena relación entre el Registro de la Propiedad y el Municipio para que éste actualice sus catastros; pero aquél no es un catastro. Los objetivos del Registro de la Propiedad son otros”. (Andrade, 2008, p.101). Efectivamente, en nuestro país contamos con la experiencia de la ciudad de Guayaquil, en la cual el catastro y el Registro de la Propiedad se encuentran en íntima relación.

“Hemos visto que en el Registro de la Propiedad del cantón Guayaquil, por la vinculación que mantiene con la información catastral a cargo del Municipio - lo cual nos parece bien- las inscripciones las hacen previos informes, permisos y vistos buenos de esa oficina municipal, llegando a tales extremos de dependencia, que se niega la inscripción de demandas de amparo posesorio y de sentencias de prescripción adquisitiva de dominio si estas no coinciden

con lo catastrado, aduciendo la “inexistencia física” del “solar” (¿?) previo (sic) a la calificación registral se consultó al Departamento de Catastro de la M. I. Municipalidad de Guayaquil (...) acerca de la existencia física del inmueble objeto de la adjudicación”. (Andrade, 2008, p.85 y 86)

Al manejarse estos dos aspectos por parte del Municipio, obviamente sin confundirlos, se genera un sistema de datos más eficiente con relación a los bienes raíces que le permitirá al gobierno municipal contar con una herramienta eficaz para la respectiva elaboración de la base de datos sobre la cual se impondrán los diferentes impuestos y contribuciones a la propiedad inmobiliaria urbana o rural, eso sí, evitando caer en abusos o exageraciones.

Según el primer artículo de la Ley de Registro, su objeto (del Registro) se resume en tres puntos: servir de medio de la tradición del dominio y los demás derechos reales relativos a los inmuebles; dar publicidad a los actos o contratos que trasladan el dominio o imponen gravámenes o limitaciones al dominio y garantizar la autenticidad y seguridad de los títulos e instrumentos que se registran. El objeto relativo a ser un medio de publicidad, oponible frente a terceros, de los contratos y actos que trasladan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles o que impongan gravámenes o limitaciones a dicho dominio, a través de los certificados que tiene la obligación de emitir el Registro (historial del dominio), podría considerarse el más relevante pues “(...) bien cumplido, debería servir para que las personas realicen los actos y contratos conociendo previamente la situación e historia de los bienes raíces. Todo el esfuerzo de la legión de confrontadores y asesores - reiteramos- debería ponerse en otorgar, de manera correcta y oportuna, esos certificados”. (Andrade, 2008, p.101)

El Registro de la Propiedad con el sistema actual ha servido para el provecho y enriquecimiento de su titular. Es evidente que éste debe recibir una retribución por las funciones que realiza; no obstante, las tasas que se vienen cobrando en esta

dependencia son sumamente elevadas; incluso, se pretendió realizar un alza a las mismas por un simple acuerdo entre los registradores de Quito, Guayaquil y Cuenca, en el año 2008, lo cual mereció el rechazo de los profesionales del derecho y de gran parte de la ciudadanía; a pesar de ello, se viene cobrando abusivamente valores. Es sabido que el objetivo de la administración pública debe ser el bienestar general, por consiguiente, ya se tendría un avance con el manejo concurrente del Ejecutivo y los municipios. El Art. 52 de la Constitución ordena: Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad...

Además, el Art. 54 de la Carta Magna establece: las personas o entidades que presten servicios públicos... serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio... Por otra parte, las competencias de los dos niveles de gobierno se deben determinar con claridad y deben procurar que se evite, en lo posible, el centralismo que vendría a perjudicar la agilidad de los servicios que debe prestar la entidad. “La asociación de competencias implica coparticipación y cooperación responsables y estables, preservando las facultades reservadas de las provincias, que no fueron delegadas al gobierno nacional”. (Dromi, 2001, p.179)

Al ser el Cabildo una entidad cercana, en contacto con la realidad de la ciudad y de más fácil acceso, a éste le debe corresponder las mayores facultades en el manejo del Registro y en los servicios que el mismo proporcione. “El municipio expresa la integración entre individuo y Estado, con una profunda participación de los interesados por tratarse de la prestación de servicios y quehaceres esenciales y ordinarios de la vida en comunidad”. (Dromi, 2001, p.179)

Tenemos que basarnos en la aún vigente Ley de Registro para esbozar las competencias que deben manejarse concurrentemente entre la Función Ejecutiva y las Municipalidades al no haberse elaborado y aprobado todavía la ley que regule el nuevo sistema público del Registro de la Propiedad. Así, partiendo del Art. 11 del citado cuerpo legal, creemos que se considerará en la nueva Ley la atribución de

inscribir los documentos cuya inscripción se solicite y permita la ley, negándose a realizarlo en los casos que establezca la ley (aquí es importante la revisión de las causales que constan en el actual cuerpo legal y el complemento de ciertas precisiones para evitar los abusos y excesos que se cometen en las negativas de inscripción). De la misma manera, será considerado en el nuevo marco legal la función de llevar, conforme a la ley, los registros pertinentes (de la propiedad, mercantil, interdicciones y prohibiciones de enajenar, gravámenes, y los demás que imponga la ley); la atribución de conferir certificados y copias que soliciten los usuarios será clave en el nuevo régimen jurídico que regule al Registro de la Propiedad, sobre todo, si establece la agilidad del trámite; este aporte brindaría mayor seguridad a las negociaciones inmobiliarias, por cuanto, los particulares contarían con el historial de la propiedad previamente a la celebración de un contrato o negocio.

Las otras atribuciones que constan en el Art. 11 de la Ley de Registro son trascendentes, no obstante, nos hemos permitido comentar únicamente tres de ellas para poner en evidencia la necesidad de la reforma legal. Analizando el aspecto organizacional, creemos que será importante el papel del Estado y los municipios en el manejo de los recursos provenientes de la actividad registral inmobiliaria; también, lo será en la designación y control de su máximo representante. El método por el cual será designado el Registrador necesariamente debe constar en la ley con claridad; consideramos fundamental que la designación la realice el Concejo Municipal; una comisión especializada promoverá tal proceso, la que debería estar integrada por representantes del Cabildo, Ejecutivo, facultades de jurisprudencia, colegios de abogados, etc. a través de un concurso público de oposición y méritos transparente que escoja a la persona más apta en función de sus méritos académicos, éticos, profesionales, etc. sin dejar margen a suspicacias; esta aspiración cobra mayor relevancia si se considera la magnitud e importancia del Registro de la Propiedad.

Del mismo modo, tiene que ser riguroso el proceso de selección de los empleados de este organismo. No podemos olvidar que al pasar el Registro de la Propiedad al

control municipal y estatal sus integrantes ya no tendrían el carácter de empleados privados, debiendo someterse a un nuevo marco legal (la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, entre otras). En este orden de ideas, el personal que labora en el Registro debería someterse a un proceso de evaluación y revisión una vez implementado el nuevo régimen legal.

El Registrador de la Propiedad recibe grandes sumas de dinero a consecuencia de los derechos que cobra por los servicios suministrados. El manejo de los recursos es un tema particularmente delicado. Es conocido que el Registro genera ingentes recursos económicos para su titular; estos pasarán, con la variante normativa, a las arcas municipales en primera instancia (una parte, obviamente, corresponderá al Estado) pues es el ente más cercano y el Registrador recibirá una remuneración como cualquier otro funcionario público. Resulta clave que los fondos que pasen en primer lugar al Municipio, en su mayor parte, se reviertan en beneficio de la ciudad y tan solo lo equitativo pase a las arcas estatales. Esto lo planteamos por el temor de que los capitales que se generan en nuestra ciudad, como ya ha sucedido, se utilicen para obras y proyectos en las ciudades de Quito y Guayaquil. No se puede ocultar que estas dos ciudades reciben los mayores aportes económicos de parte del Estado en desmedro de otras tantas que han caído en el olvido y tienen que recurrir principalmente al autofinanciamiento para solventar en algo sus grandes necesidades.

Lo justo y lógico es que los ingresos económicos que generan las ciudades sean utilizados para beneficio y desarrollo propio, destinando únicamente un porcentaje adecuado al Estado central. Aspiramos que los asambleístas tengan en cuenta esta y otras consideraciones cuando creen y aprueben la normativa legal pertinente. El control del Registrador y de los demás funcionarios, también, es un tema crucial en la implementación del nuevo sistema. Con el régimen actual, poco o nada se ha podido realizar para controlar el accionar de los titulares del Registro de la Propiedad, convirtiéndose la alternativa que plantea la ley en caso de una negativa de inscripción, el recurso de la vía judicial, en un gasto de recursos económicos y de energía. Se deben dotar mecanismos de control más dinámicos, oportunos, efectivos

y de mayor cobertura para asegurar el buen actuar de los registradores, impidiendo cualquier abuso o extralimitación de funciones.

Además, el control y manejo será distinto, por ejemplo, en las expropiaciones que realice la municipalidad; cuando el Registro de la Propiedad pase a ser dependiente del Cabildo, en los casos que éste realice una expropiación resultaría conveniente que el representante de la Función Ejecutiva en esta dependencia sea el único que actúe en el proceso de inscripción y participe en los trámites pertinentes, previniéndose de esta manera que el Municipio sea “juez y parte” a la vez, lo que implicaría un abuso de derecho.

El Municipio mantiene diferencias y conflictos de intereses con los ciudadanos en las afecciones municipales y expropiaciones, por una parte; y por otra, controversia de propiedad con los ciudadanos que siendo propietarios por herencia, por posesión, por prescripción, sin embargo, carecen de un título inscrito; esto permitiría la titularización de la propiedad a favor del Municipio en perjuicio de los ciudadanos bajo el argumento de que los bienes que carecen de dueño son municipales; estas y otras reflexiones deben realizarse cuando se debatan y aprueben las leyes destinadas a elaborar el marco legal, organizativo y de competencias de un sistema público del Registro de la Propiedad administrado concurrentemente por el Ejecutivo y las municipalidades.

En definitiva, la administración concurrente entre el Ejecutivo y las municipalidades será oportuna y eficaz mientras se puntualicen expresamente las actividades y funciones que cada una ejercerá en el manejo de esta dependencia; igualmente, será necesario ejercer un control adecuado de este organismo y sus funcionarios (a través de un sistema más eficiente que el actual), que se regule con extrema claridad la distribución de los ingresos y gastos que se generen y se solucionen una serie de molestias e inconvenientes que acontecen en el Registro de la Propiedad actual.

3.1.2 Modelo general a implementarse

En primer lugar, es útil plantear de manera muy resumida el sistema por el cual, en la actualidad, funciona el Registro de la Propiedad. La Ley de Registro concede al Registrador una facultad denominada por la doctrina “calificadora” consistente en que éste, entre otras causas, negará la inscripción cuando el título o documento que se le presenta tenga un defecto que lo haga nulo (Art. 11 No.4); entonces, el Registrador tiene que negarse a practicar la inscripción cuando el título o documento tenga una causa de nulidad. Lamentablemente, esta facultad ha dado origen a confusiones, abusos y excesos en varios registros inmobiliarios de nuestro país.

“La función calificadora tiene los siguientes caracteres:

- 1- Es una función independiente, debe reconocerse el carácter autónomo del registrador en el ejercicio de su funcionamiento.
- 2- Es completa e íntegra, por lo que debe abarcar en su totalidad la situación registral al ingreso del documento.

Por lo tanto, todos los derechos observados deberán ser puestos en conocimiento del interesado para su subsanación.

- 3- Es una función obligatoria del registrador que no puede dejar de cumplirla so pretexto de oscuridad o silencio de la ley. Según jurisprudencia argentina la función calificadora del registro dada su obligatoriedad, su no ejercicio o su realización incompleta, lo torna responsable por los daños y perjuicios que de ello pueda derivarse a terceros”. (www.unne.edu.ar)

En condiciones normales, cuando cualquier persona pretende realizar un negocio relativo a un bien raíz debe acudir ante un notario (previo a lo cual elabora la minuta con un profesional del derecho) para obtener la escritura que deberá llevar al Registro de la Propiedad para su inscripción. “Las operaciones de ejercicio que debe

realizar el escribano antes de la autorización del documento podríamos resumirlas de la siguiente manera: a) Interpreta la voluntad de las partes; b) Califica el acto adecuándolo al derecho; c) Da legalidad al acto; d) Autoriza el documento matriz y envía al registrador el testimonio del mismo para su inscripción”. (www.unne.edu.ar)

Una vez presentada la escritura de compraventa de un bien inmueble en las oficinas del Registro de la Propiedad, el titular tiene la obligación de inscribir o negar la inscripción por las razones jurídicas específicamente enumeradas en el Art. 11 de la Ley de Registro, en concordancia con el principio que establece el Art. 76 no.7 literal 1 de la Constitución: Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho... Sin embargo, los registradores han ordenado a sus empleados delegados exigir la presentación de nuevos documentos o escrituras aclaratorias para proceder “de mejor manera” en diversos supuestos.

“Para el otorgamiento de las escrituras de compraventa de inmuebles precede un certificado del Registrador de la Propiedad, el mismo que queda protocolizado en la matriz del notario, y aparece de la copia de la escritura. Sin embargo, el Registrador exige la presentación de un nuevo certificado otorgado en fecha posterior a la escritura, sin objeto jurídico; pues si en el transcurso del tiempo entre el otorgamiento de la escritura y la inscripción se han registrado derechos reales o prohibiciones de enajenar (comunes en los procesos penales) que afecten al inmueble materia de compraventa, comprobado en el trámite interno, el Registrador debe negarse a inscribir la escritura, sentando una razón al final del título. Parecería, a simple vista, una exigencia para generar ingresos”. (www.lexis.com.ec)

Los requerimientos solicitados por los Registradores de la Propiedad, como el analizado en el párrafo precedente, (el cual es uno de los varios ejemplos que se

podrían citar) en el fondo constituyen funciones discrecionales de los registradores totalmente contrarias al mandato expreso contenido en la Constitución de la República (Art. 226) que regula y limita el uso de las atribuciones de los funcionarios públicos. Los interesados deben subsanar los “defectos” que impiden la inscripción que en varios casos supone acudir a recónditos lugares del Ecuador para obtener el certificado necesario o realizar o el trámite de rigor; también pueden recurrir ante el juez de lo civil para que éste ordene al Registrador que practique la inscripción negada. En nuestra realidad es de lamentar que ambas alternativas representan un auténtico gasto innecesario de dinero y tiempo a los ciudadanos y un desmedro a la seguridad jurídica.

Planteada así, de manera resumida, la realidad del Registro de la Propiedad es conveniente recordar los principios del Derecho Registral si se desea trazar con “conocimiento de causa” el modelo que, a nuestro criterio, debería implementarse para el nuevo sistema público del Registro de la Propiedad. Estos principios hacen relación al Derecho Registral Inmobiliario, no obstante, algunos principios son aplicables al Derecho Registral Civil y Mercantil con algunas variaciones; por ejemplo, el principio de gratuidad en los servicios aplicable a materia civil no es pertinente en las otras y la razón es evidente: la sociedad no puede soslayar el derecho a la incorporación registral masiva de los seres humanos como personas (ej. partida de nacimiento). Los principios que se van a plantear no son ni pueden ser anteriores a la ley, reglamento o costumbre; antes bien, debemos entenderlos como una fuente de donde nacen y se nutren, llegando a ser circunstancias inmanentes a una realidad jurídica determinada.

Los principios registrales en materia inmobiliaria son: principio de legalidad; principio de publicidad; principio de rogación; principio de exactitud; principio de tracto; principio de seguridad; principio de prioridad y principio de fe pública; estos serán planteados brevemente.

El principio de legalidad es una variante que no solo se encuentra presente en el derecho registral, sino además, en otras disciplinas jurídicas como, por ej., el derecho penal (no hay delito ni pena sin norma previa que lo establezca). Jerarquizado en el Derecho Registral es el principio sobresaliente; todos los otros principios se subordinan a su contenido doctrinario. El principio de legalidad es aquel “por el cual se impone que los documentos que se pretenden inscribir o anotar en el Registro de la Propiedad Inmueble reúnan los requisitos exigidos por las leyes para su registración, a cuyo fin es necesario someter los mismos a un previo examen, verificación o calificación que asegure su validez o perfección”. (www.unne.edu.ar)

Partamos de que el Registrador tiene que sujetarse a la Constitución y a la ley; asienta en sus registros aquello que la norma positiva permite; consecuentemente, tiene que denegar una inscripción cuando, faltando los presupuestos que invoca la legislación, no procede el registro de un instrumento; es necesario tener presente la supremacía constitucional que establece el Art. 424 de la Carta Magna actual. En el Ecuador, como en otros países, el Registrador tiene la facultad para inscribir una escritura pública de compraventa, donación o liquidación de sociedad conyugal, por ejemplo, en cuanto se han satisfecho los pagos de los impuestos previos al registro; no se podrá disponer que el Registrador inscriba un instrumento en el caso de que no se haya tributado conforme a la ley. El examen que efectúa el Registrador se subordina al mandato legal (realizando la inscripción o denegándola); sin embargo, éste y sus subalternos suelen extralimitarse en sus funciones, como ya se ha manifestado.

El principio de publicidad expresa que el Registro, cualesquiera que sea, siempre será público; se contrapone al criterio de absoluta privacidad con una visión individual; se debe procurar, para todos los ciudadanos, el acceso libre a los registros, índices y asientos en el ente de registro. Este principio está vinculado con el papel que el Registro cumple en la sociedad; éste goza de alteridad porque sirve para los otros; en el van a inscribirse los datos sobre bienes inmuebles, derechos reales, diligencias judiciales que los gravan o limitan no como un mero archivo o

museo de datos; a su vez, ellos gozan de autenticidad por cuanto constan en las certificaciones tal como están en sus asentamientos. El principio de publicidad se canaliza mediante la información registral que goza de autoridad por la autenticidad de los datos proporcionados. La sociedad del conocimiento es el nuevo paradigma del presente y en este marco debe mejorarse el sistema por el cual se controla y registra el tráfico inmobiliario, no solo para dotar de exactitud a los datos que se consignen, sino además, para agilizar los trámites y mejorar la atención al usuario.

Analicemos el principio de rogación. Rogar proviene del latín *rogare* que significa pedir por gracia una cosa; este principio comporta dos situaciones jurídicas diferentes: pedir que un título se inscriba en un Registro y también pedir que se confiera certificaciones de un asentamiento. Esta doble finalidad del principio le convierte al Registro en un servicio del Estado; un servicio público, viable, activo, dinámico; no es ni puede ser un museo de datos. La dinámica del Registro se activa a petición de parte, lo que quiere decir que el interesado debe pedir al Registro que actúe, caso contrario, se mantiene inmóvil, queda como estaba; incluso, esta inmovilidad produce efectos jurídicos como la caducidad de pleno derecho. En el Ecuador no se requiere de una solicitud por escrito para la inscripción de un instrumento como un contrato de compra venta de un bien raíz, una hipoteca, por ejemplo; se procede en forma verbal. La presencia del usuario en una ventanilla del Registro y entrega del título al empleado, previo pago de valores muy significativos (que van en beneficio del Registrador de la Propiedad), es suficiente; obviamente, se deben cumplir los requisitos exigidos por la ley. En cambio, cuando se trata de una certificación esta puede solicitarse mediante petición escrita y a continuación de ella consigna el Registrador el dato registral certificado.

Otro principio es el de exactitud. Exacto proviene del latín *exactus*, que significa fiel, puntual, cabal; los asientos registrales tienen que conservar fidelidad con el título o la providencia inscribible. El principio tiene su fundamento en que la inscripción debe basarse en la fidelidad de los datos procesados con la fuente (que es el título), por ello, se dice que no es lo mismo inscribir que transcribir; cuando se inscribe un

documento se observa el procedimiento legal preestablecido; son sus datos los que deben guardar armonía con el instrumento registrado; pero, el Registrador no sólo tiene que inscribir sino también transcribir, esto es, por ejemplo, cuando se registra tiene que, por el mismo mandato de la ley, copiar fielmente el instrumento registrable. Lo contrario a este principio es lo inexacto; normalmente, en el Registro suceden equivocaciones, enmendaduras, rectificaciones. El Registro de Cuenca no es la excepción que predica su titular sino todo lo contrario.

En cuanto al principio de tracto el asunto es claro. Tracto viene del latín *tractus* que significa espacio que media entre dos lugares; es decir, entre una inscripción de un dato procesado y otra existe una sucesión de espacio y tiempo que establece la ley, inexcusablemente, por la técnica registral y por conservar seguridad en los asentamientos.

El principio de tracto consiste en lo siguiente: los asentamientos registrables deben hacerse obedeciendo un ordenamiento impuesto por la ley, uno a continuación del otro; este ordenamiento secuencial a más de dar seguridad registral, facilita la ubicación para la oportuna atención de las certificaciones de los negocios por inmuebles; se mencionará la inscripción precedente en la nueva cuando se transfiere un derecho que ha sido antes inscrito para enlazar jurídica e históricamente los datos del inmueble.

“Con su autoridad en la materia Rosa Sastre declara que todo régimen hipotecario que adopta el registro por fincas y tiende al mayor paralelismo entre el contenido de los asientos y la realidad jurídica, ha de procurar que el historial de cada finca inscrita sea completo; y, por consiguiente que los sucesivos titulares del dominio o derecho real se sucedan con el conveniente eslabonamiento, de modo que el transferente hoy sea el adquirente de ayer, y el actual titular inscrito sea el transferente de mañana”. (Diccionario Jurídico Anbar, 1999, p.437)

El principio de prioridad se refiere al tiempo en el cual los títulos que tienen que inscribirse han sido presentados por los usuarios con el objetivo principal de que el tiempo anterior sea respetado con toda rigurosidad; este es un derecho que tiene el usuario para pedir que se realice la inscripción, legitimándolo de esta manera. Si fuera discrecional o estuviera sometido al libre criterio del Registrador, a más de lo arbitrario que resultaría, siempre se estaría a la conveniencia, presión, o simpatías para alterar el orden. En base a este principio se aplica la normativa relativa a que las partidas de inscripción, en cada Registro, se coloquen bajo el mismo número que se les haya designado en el repertorio (Art. 36 de la Ley de Registro), que es el libro destinado a anotar los documentos cuya inscripción se solicita; de esta manera, se cumple en la práctica el aforismo “primero en el tiempo, primero en el derecho”.

Finalmente, tenemos el principio de la fe pública. La fe pública es un valor que le da al instrumento la calidad de auténtico, es decir, aquel que ha sido conferido por el funcionario competente que por mandato de la ley se encuentra investido de la fe pública. Para que un instrumento privado goce de la fe pública debe ser reconocido ante un juez o notario; la presunción de autenticidad del documento genera confianza razonable, porque si se demuestra la falsedad del mismo se anula la presunción de autenticidad y verdad. La fe pública no sólo es para la concesión de un certificado, lo es también para el asentamiento de datos que tienen que guardarse con fidelidad en el Registro; esa misma valoración de verdad y autenticidad opera al procesamiento de datos a inscribirse.

Al contar con los antecedentes doctrinarios del sistema registral mismo es factible comenzar con el planteamiento del posible sistema que se implantará. Con fecha 29 de Diciembre del 2007, se presentó un proyecto de Ley reformativo a la Ley de Registro por parte de Manuel de Jesús Mendoza, asambleísta por Sucumbíos en la Asamblea Constituyente que elaboró la actual Carta Magna, del cual acotaremos los puntos más interesantes. En la parte concerniente a la exposición de motivos manifiesta:

“Actualmente se observa un creciente deterioro de los valores éticos y morales en nuestra sociedad, a tal punto que los registros de la propiedad han servido para que los Registradores de turno cobren valores de dinero a su libre albedrío incrementando considerablemente los gastos generales para inscribir un determinado contrato, e inclusive aplican una tabla de aranceles de Registro de Propiedad, que previamente ha sido elaborada por el Consejo Nacional de la Judicatura, sin previos estudios actuariales técnicos que guarden racionalidad y proporcionalidad con el avalúo real de cada bien inmueble, contrato o acto sujeto a inscripción, que les permite de manera descabellada incrementar a los derechos del Registrador de la Propiedad, todo lo cual ha permitido que impunemente los Registradores de la Propiedad incrementen de manera desproporcionada sus ingresos económicos, amasen fortunas y se conviertan en los nuevos ricos de este país”. (www.asambleaconstituyente.gov.ec)

En los considerandos, se expresa entre otros aspectos:

“Que hay que poner límite a los onerosos ingresos económicos que perciben los Registradores de la Propiedad del País, por un servicio considerado público que debe pasar a ser administrado por los Municipios del País (...). Que detrás de la actuación de los Registros de la Propiedad, está el interés económico de muchas personas, por lo tanto se constituyen en guardianes de los intereses particulares o de grupos (...). Que los Municipios del Ecuador, por mandato legal son sujetos activos de un régimen jurídico tributario, como son los impuestos, tasas y contribuciones especiales que se verían fortalecidas si se les asignará la competencia de organizar, registrar y mantener en forma cronológica, secuencial y ordenada en el repertorio, el archivo de datos y libros registrales físicos e informáticos de los bienes inmuebles, actos y contratos de cada cantón sujetos a registro a fin de jerarquizar el derecho registral y subordinar a todos los demás principios a su contenido doctrinario (...).” (www.asambleaconstituyente.gov.ec)

De los principios registrales y de las acotaciones del proyecto de ley reformativo a la Ley de Registro que se ha citado se hace evidente la necesidad de un cambio en la normativa legal relativa al Registro de la Propiedad.

Si se efectúa un breve análisis de lo planteado en los principios registrales y se compara con la realidad actual del Registro y su funcionamiento mediante una reflexión honesta, imparcial y objetiva se llegará a la siguiente conclusión: con la actual normativa no se está consiguiendo, de manera efectiva, otorgar seguridad jurídica a la ciudadanía en lo atinente a la propiedad inmobiliaria y los demás derechos reales relativos a bienes raíces; antes bien, existen una serie de molestias y problemas que se le causan a los titulares como consecuencia de la lentitud y deficiencia del sistema.

En base a estas consideraciones, la Asamblea Constituyente finalmente optó porque el Registro de la Propiedad sea manejado concurrentemente por los municipios y el Estado, lo cual está consignado en el Art. 265 de la Constitución. El control de la función registral es insuficiente y poco práctico. Por otro lado, entre las diversas leyes que están pendientes de elaboración por parte del órgano legislativo se encuentran las que regulen los registros de datos (entre ellas, la del Registro de la Propiedad) según la disposición transitoria primera No. 8 de la actual Constitución.

A lo largo del presente trabajo se han realizado reflexiones y observaciones de los cambios que deberían implementarse en el Registro de la Propiedad para agilizar y mejorar su atención al público, subsanando una serie de inconvenientes que en el presente acarrea. Una vez establecido que el sistema público del Registro de la Propiedad será administrado de manera concurrente entre las municipalidades y el Ejecutivo (cambio que cuenta con el apoyo y también con las reservas de diversos sectores) y que está pendiente de elaboración y aprobación la nueva ley, nos atrevemos a resumir en los siguientes puntos principales el modelo general que posiblemente se implementará en todos los registros de la propiedad del país:

- El Registrador de la Propiedad pasará a ser un funcionario público, recibiendo una remuneración por sus servicios y sujetará su accionar a la normativa pertinente (principalmente, a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y a la Ley Orgánica de Régimen Municipal).

- Los fondos que se generen por el accionar de esta dependencia pasarán directamente a las arcas municipales para reinvertirlos en obras que beneficien a la misma comunidad y sólo una parte de estos se destinarán al gobierno central, si como propugna el Presidente de la República se busca avanzar con un proceso de descentralización y desarrollo equilibrado de las diversas ciudades y provincias.

- Se establecerá un sistema técnico y prolijo para la selección del Registrador de la Propiedad dirigido por el organismo competente (Concejo Municipal), preferentemente vigilado y asistido por diversos sectores: ciudadano, facultades de jurisprudencia, colegios de abogados, etc.; y por la Función Ejecutiva a través de los funcionarios correspondientes, los cuales concurrentemente generarán este proceso para procurar que se elija a la persona más capacitada y con las mejores referencias, apartándose lo más posible de un proceso de selección que revista únicamente tintes políticos e intereses personales.

- Los Catastros que se actualicen o elaboren serán georreferenciados para dar seguridad a la propiedad inmobiliaria y a sus titulares, en el marco del numeral dos del artículo 375 de la Constitución.

- Los controles a la función registral por parte de los organismos respectivos deberán ser eficaces y prácticos en función de agilizar y mejorar el funcionamiento del Registro; no es factible que muchos de los problemas que se generan en el proceso de inscripción de un derecho inmobiliario sean consecuencia de criterios erróneos y sin asidero legal de ciertos “funcionarios” de esta dependencia. Es mejor que éstos se

sujeten al aforismo legal: en derecho público únicamente se puede hacer lo expresamente permitido (Art. 226 de la Constitución); y de esta manera, reducir y controlar sus facultades discrecionales.

- Deberán evitarse los posibles conflictos de intereses que se presenten en los casos de expropiación que involucren intereses municipales; en tales casos, debería proceder un delegado de la Función Ejecutiva mediante un proceso legal más riguroso y de conocimiento público para evitar cualquier afectación o abuso a los derechos de los particulares.

- El sistema del Registro de la Propiedad deberá consignar datos fidedignos y prácticos apoyándose fundamentalmente en la información que aporte el Catastro Municipal para llegar a contar con un verdadero registro de propiedades y no de propietarios. No obstante, no debe fusionarse el Catastro y el Registro de la Propiedad dado que su finalidad es distinta, aunque puede ser complementaria; por el contrario, tienen que manejarse coherente y coordinadamente los datos que éstos aporten.

- Igualmente, es necesario establecer de manera clara las competencias que ejercerán en el sistema público del Registro de la Propiedad tanto el Ejecutivo como las Municipalidades, previniendo cualquier conflicto que pueda alterar el normal funcionamiento del Registro y priorizando la oportunidad y agilidad de todos los trámites que deban realizarse en éste.

Estas son las principales consideraciones que esperamos se tomen en cuenta cuando se implemente el nuevo sistema público del Registro de la Propiedad. Aspiramos que cualquiera sea el cambio o los cambios que se efectúen sirvan para mejorar el servicio de una dependencia que en la actualidad es blanco de múltiples críticas, varias de ellas con razón. Más allá de cualquier simpatía o antipatía con el actual

régimen, es nuestro derecho y deber analizar los cambios normativos que se implementan y se implementarán como consecuencia de la vigente Carta Magna. El objetivo del Registro de la Propiedad es otorgar seguridad jurídica a la ciudadanía y cualquier desviación resultará perjudicial para la sociedad. No es iluso aspirar que se genere un cambio positivo al funcionamiento del Registro con las reformas legales que se lleguen a implementar, pero, si lo es pensar que éstos llegarán sin un minucioso y exhaustivo examen de la ciudadanía a la actividad legislativa y, en particular, de los estudiosos y profesionales del derecho. Toda propuesta legal debería ser revisada cuidadosamente para que de lugar a un cuerpo legal técnico, adecuado a la realidad jurídica y social de nuestro país y, sobre todo, que no obedezca a intereses personales ni componendas políticas.

3.1.3 Análisis de los debates en la Asamblea Constituyente sobre el Registro de la Propiedad

Una vez que se va culminando el desarrollo del presente trabajo es importante resaltar lo más interesante de los debates de la Mesa No. 8 de Justicia y Lucha Contra la Corrupción de la Asamblea Constituyente que tuvo a su cargo el análisis y elaboración, entre otros, de los artículos referentes al Registro de la Propiedad y compararlos con el que finalmente quedó consignado en la Carta Magna actual; esto, con miras a entender su desarrollo y conocer las expectativas de los asambleístas cuando empezaron a discutir el cambio que pretendían implementar en este organismo. La Asamblea Constituyente tuvo la misión de elaborar la nueva Carta Magna que guíe los destinos de nuestra patria. Una Constitución es: “Un texto solemne a través del cual: es organizado el poder del Estado por medio de sus instituciones políticas y se establece un régimen de garantías a los Derechos Fundamentales”. (Fundación Konrad Adenauer, 1999, p.75)

La Mesa No.8 fue la encargada del estudio y elaboración de diversas normas constitucionales que fueron debatidas por el pleno de la Asamblea para su

aprobación definitiva; tal trabajo abarcó el desarrollo de la Función Judicial, los Servicios Notarial y Registral y las Garantías Constitucionales, del cual nos interesa particularmente lo referido al servicio registral. Del informe de mayoría para el primer debate presentado por la referida Mesa, en su informe general, recopilamos los siguientes datos que nos parece oportuno acotarlos.

“La democratización de nuestra sociedad exige que el Estado se haga presente en el registro de todo el espacio jurídico. Carece de sentido que se mantenga una dimensión semiprivada en el registro público de derechos, obligaciones y bienes de la más diversa índole, desde los bienes hipotecarios hasta los sucesorios. Y aún carece de menos sentido que se privilegie un sistema de cooptación elitista en vez de un sistema racionalizado de espacios públicos (...). No hay ningún argumento que pueda justificar la situación actual, donde se produce una delegación privatista de las funciones notarial y registral (...).” (www.asambleaconstituyente.gov.ec)

Los asambleístas, con estas consideraciones, comienzan planteando la necesidad de un cambio en el actual sistema registral dado las condiciones y circunstancias que lo rodean. Evidentemente, cuando recogieron las sugerencias de los diversos sectores de la sociedad para elaborar la nueva normativa constitucional, en lo atinente a los registros de la propiedad, recibieron varias quejas e inconformidades referentes a su funcionamiento; esta intención de cambio se refleja en los subsiguientes contenidos de este informe general.

“El actual sistema notarial y de registros adopta una de las figuras más extremas de elitización de dicha función, derivada del derecho romano de la “Munera Publica”. Esta figura, a diferencia del funcionario público, actuaba a nombre y por cuenta propia o de terceros, y no de la Administración Pública; es decir, ejercía una función pública, pero no era un funcionario público, y la realizaba mediante delegación como fedatario público (...). Este

funcionamiento, del que deriva nuestro sistema actual, ha generado privilegios extremos en el Ecuador (...).
(www.asambleaconstituyente.gov.ec)

Y se continúa con este informe general con otras precisiones:

“El articulado propuesto supone una recuperación de estas funciones públicas por parte del Estado, creando un servicio notarial y registral público integrado en un sistema de información nacional registral, desconcentrado, en el cual los notarios y los registradores se incorporan como funcionarios públicos remunerados por el Estado. De esta manera, por medio del nuevo estatuto que determina el marco constitucional, el notario y el registrador ejercerán su función desde la legitimidad que les confiere ser parte de la Administración Pública y, al mismo tiempo, el Estado se manifestará capaz de otorgar los servicios a los que está obligado”. (www.asambleaconstituyente.gov.ec)

Con tales planteamientos, ya se vislumbra el cambio radical que se pretende imponer al Registro de la Propiedad y a su principal (que pasará a ser un funcionario público) con el objetivo de agilizar y mejorar la calidad del servicio que presta este organismo; se intuye, también, que será el Estado el que asuma la responsabilidad de otorgar y dirigir los servicios notarial y registral. Luego de estas consideraciones iniciales se proponen algunos textos constitucionales en el referido informe; entre ellos, hemos recopilado los más relevantes y relacionados al servicio registral.

“Artículo (11).- El órgano de gobierno, administración y disciplina de la Función Judicial es el Consejo de la Judicatura.

La Función Judicial tendrá como órganos auxiliares el servicio notarial, el servicio de registros, los martilladores, los depositarios y los demás que determine la ley (...).
(www.asambleaconstituyente.gov.ec)

En lo referente al servicio notarial y registral, particularmente, se proponen en el Artículo (24) algunos numerales, entre ellos:

“1. Los servicios notariales y registrales son públicos y estarán integrados en un sistema de información nacional registral de la propiedad y de otros negocios jurídicos, que será regulado mediante ley”. (www.asambleaconstituyente.gov.ec)

“3. El Consejo de la Judicatura determinará la remuneración de los notarios, registradores y del personal auxiliar de estos servicios. De igual modo, fijará las tasas que deban satisfacer los usuarios por dichos servicios, y establecerá el sistema de cobrarlos. Los valores recuperados por concepto de tasas ingresarán al Presupuesto General del Estado y a la Función Judicial conforme lo determine la ley”. (www.asambleaconstituyente.gov.ec). Igualmente, es trascendente lo que plantea el Artículo (25) “(...) El Consejo de la Judicatura nombrará a los notarios y registradores previo concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y contraloría social. Los notarios y registradores en el desempeño de sus cargos estarán sujetos a procesos de evaluación periódica, debiendo establecerse estándares de rendimiento y pueden ser destituidos por las causales señaladas en la ley”. (www.asambleaconstituyente.gov.ec)

Además, entre las disposiciones transitorias que constan en este informe de mayoría para primer debate se encuentra la siguiente:

“TERCERA.- A partir de la aprobación de la Constitución los períodos de nombramiento de los notarios y registradores se declaran concluidos, debiendo someterse en el plazo de un año a concursos públicos de oposición y merecimientos para ocupar esos cargos; mientras tanto permanecerán en sus funciones hasta ser legalmente sustituidos”. (www.asambleaconstituyente.gov.ec)

En la sesión celebrada el día 20 de junio del 2008, en segundo debate, la Mesa No. 8 de la Asamblea Constituyente aprobó el siguiente articulado sobre los servicios notarial y registral, el cual fue conocido y debatido en el plenario para su definitiva aprobación. De estos artículos planteados, incluimos los siguientes:

“1.1- Los servicios notariales y registrales son públicos y estarán integrados en un sistema de información nacional registral de la propiedad y de otros negocios jurídicos, que será regulado mediante ley”. (www.asambleaconstituyente.gov.ec)

“1.3- El Consejo de la Judicatura determinará la remuneración de los notarios, registradores y del personal auxiliar de estos servicios. De igual modo, fijará las tasas que deban satisfacer los usuarios por dichos servicios, y establecerá el sistema de cobrarlos. Los valores recuperados por concepto de tasas ingresarán al Presupuesto General del Estado y a la Función Judicial conforme lo determine la ley”. (www.asambleaconstituyente.gov.ec)

“Art. 2.- (...) El Consejo de la Judicatura nombrará a los notarios y registradores previo concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y contraloría social. Los notarios y registradores en el desempeño de sus cargos estarán sujetos a procesos de evaluación periódica, debiendo establecerse estándares de rendimiento y pueden ser destituidos por las causales señaladas en la ley”. (www.asambleaconstituyente.gov.ec)

Entre las disposiciones transitorias que plantea este informe de segundo debate se establece: “SEGUNDA.- A partir de la aprobación de la Constitución los períodos de nombramiento de los notarios y registradores se declaran concluidos, debiendo someterse en el plazo de un año a concursos públicos de oposición y merecimientos para ocupar esos cargos; mientras tanto permanecerán en sus funciones hasta ser legalmente sustituidos”. (www.asambleaconstituyente.gov.ec)

De las referencias de los informes de la Mesa No. 8 de la Asamblea Constituyente, tanto del primer debate como las finalmente aprobadas para su discusión final, se puede concluir que hay varias coincidencias y planteamientos concretos con relación a los cambios a implementar en el servicio notarial y registral.

Puntualmente, en lo que se refiere al aspecto registral, las coincidencias son notorias y nos permiten vislumbrar las variantes que pretendieron introducir los asambleístas. Sin embargo, el único artículo de la Constitución aprobada mediante referéndum en septiembre del 2008 expresamente dedicado al Registro de la Propiedad es uno cuyo texto no se corresponde con el contenido de las normas constantes en los dos informes que hemos señalado y solo tiene en común con ellos la referencia a que es un servicio público. También, el artículo 178 de la Constitución en su tercer inciso determina: La Función Judicial tendrá como órganos auxiliares el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley.

Nótese que en la referida disposición constitucional se suprimió la referencia a los servicios registrales que si constaba en el informe de mayoría para el primer debate.

Esto se confirmó con la entrada en vigencia del nuevo Código Orgánico de la Función Judicial que no tiene referencia alguna del Registro de la Propiedad como órgano auxiliar de la Función Judicial. El Registro de la Propiedad, sin lugar a dudas, por el mandato constitucional pasará a ser un servicio público con todas las implicaciones que esto conlleva. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico a la cual deben someterse todas las demás, esto se consigna en el Art. 424 de la Carta Magna. La supremacía de la Constitución es: “la existencia de una norma promulgada que tiene valor superior a los demás preceptos positivos y que logra su superior vigencia sobre ellos (...), la Constitución es la condición de validez y unidad del ordenamiento jurídico”. (Fundación Konrad Adenauer, 1999, p.77)

No obstante, haberse suprimido varias puntualizaciones en la redacción final de la Constitución, los informes reseñados nos posibilitan tener una idea de cómo los asambleístas pretendían regular el cambio a operarse en el sistema público del Registro de la Propiedad: Los registradores serían nombrados por el Consejo Nacional de la Judicatura mediante concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y control ciudadano, los ingresos pasarían al Presupuesto General del Estado, entre otros detalles. En la disposición transitoria novena de la Carta Magna en vigencia se declaran concluidos los períodos de nombramiento de todos los notarios del país a partir de la vigencia de la Norma Suprema; de la misma manera, se ordena convocar a concursos públicos de oposición y méritos para nombrar a los nuevos titulares, quedando los actuales notarios prorrogados en sus funciones hasta que se culmine con este proceso de selección. Existen las referencias suficientes en el texto constitucional para dimensionar con claridad el cambio que se operará en el nuevo servicio notarial a diferencia de lo que sucede con el sistema público del Registro de la Propiedad. Tal vez podríamos insinuar que tales variantes hubieran operado del mismo modo para los registradores de no haber cambiado la voluntad final de los legisladores, sin embargo, tal afirmación sería una mera especulación, aunque ciertamente fundamentada en los informes analizados en esta parte del trabajo.

Como ya se manifestó, la intencionalidad de los constituyentes fue operar de la misma manera (obviamente con las reservas del caso) la variante en las funciones y características de los notarios y registradores de la propiedad; ello se refleja de las normas contenidas en el informe de mayoría para el primer debate y las aprobadas definitivamente por la Mesa No. 8 para su discusión por el pleno de la Asamblea Constituyente. No obstante, es notoria la diferencia entre estas intenciones y las que finalmente se plasmaron en la normativa constitucional con relación al Registro de la Propiedad; el legislador, de esta manera, encomendó la tarea de regular este cambio a la Asamblea Nacional; ésta tiene la misión de dotar la normativa necesaria para que se viabilice el nuevo sistema que determina la Constitución; solo esperamos que esta tarea se cumpla con la acuciosidad que la materia amerita; dado que no se implementó con la “apurada” elaboración de la normativa constitucional, aspiramos

que la nueva ley o leyes que se dicten tengan una mayor coherencia y mejor técnica tanto en la elaboración de los contenidos como en su redacción.

Sin caer en apuros excesivos que pueden dar origen a leyes mal redactadas y con poca técnica jurídica en su generación, creemos que debe elaborarse la nueva ley reguladora de los registros de la propiedad, toda vez que va culminando el plazo de trescientos sesenta días que establece la transitoria primera de la Constitución (a partir de la entrada en vigencia de la Norma Suprema) para que se redacten una serie de leyes, entre ellas, las que organicen los registros de datos. Es importante, en la medida de lo posible, que la labor legislativa sea técnica e imparcial y proporcione, a través de la nueva ley que se cree, un sistema de mejor y más ágil funcionamiento que el anterior; uno que priorice la seguridad jurídica y la correcta atención a la ciudadanía.

“Los parlamentos no deben transmitir únicamente una voluntad; deben darle forma, y la forma <<transforma>>. Por otro lado, los parlamentarios no deben sólo representar también deben <<hacer>>. Por ello no basta saber quién entra y cómo se entra en el parlamento; es necesario además ver qué es lo que se hace y, paralelamente qué es o qué no se hace, y por parte de quién. El problema es, por lo tanto, el de la función y al mismo tiempo de la funcionalidad, de las asambleas representativas”. (Sartori, 1992, p.211)

3.1.4 Efectos actuales producidos en el Registro de la Propiedad en Cuenca

El Ecuador es un conjunto extenso de nacionalidades, pueblos, realidades sociales, culturales, económicas, etc. que conviven y se desarrollan dentro de su territorio. Las circunstancias y necesidades varían entre las diversas regiones, provincias, incluso, ciudades por lo que, evidentemente, los problemas de Quito difieren de los de Tulcán. No obstante necesidades comunes que pueden compartir las diversas urbes,

cada una tiene su identidad propia y dificultades particulares que deben afrontar. La realidad de la ciudad de Cuenca es dinámica, variable y está rodeada de una serie de condiciones que la caracterizan e identifican. En el estudio del funcionamiento del Registro de la Propiedad, obviamente, podemos tener una percepción más precisa y detallada de la dependencia que funciona en Cuenca por su cercanía y por el contacto que se tiene con los cotidianos trámites que se desarrollan en ella. Este Registro, como no puede ser de otra manera, presenta varias falencias que también podemos ubicar en otros a nivel nacional.

La *ratio essendi* de los registros y de los sistemas registrales se resume en reflejar la realidad. Ciertamente, no reflejarán toda la realidad sino únicamente la jurídicamente importante para las transacciones respectivas (en el caso de los registros de la propiedad, a bienes inmuebles y todos los derechos reales referentes a ellos). En este sentido, el Registro puede considerarse un modelo, una representación simplificada de la realidad. “La ley no manda ni permite que el Registro de la Propiedad se convierta en controlador de la “seguridad jurídica” de los contratos y los actos que celebran los ciudadanos, pero si que los proporcione de publicidad”. (Andrade, 2008, p.102)

La inexactitud del Registro consiste en toda discrepancia que, en orden a los documentos susceptibles de inscripción, se presente entre lo registrado y la realidad jurídica extrarregistral. La exactitud, por el contrario, es la concordancia entre la realidad jurídica extrarregistral (por ejemplo, lo que han dispuesto las partes en un negocio determinado) y lo recogido por el asiento registral. El Registro satisface los requisitos de seguridad, que son su razón de ser, y el flujo de transacciones económicas circulará con mayor facilidad en la medida en que se produzca este acuerdo; esto ocasiona varias consecuencias, entre ellas, la disminución de los costos de transacción. La exactitud es (o debería ser) lo jurídicamente normal, lo funcional para cumplir los fines del Registro como instrumento de la seguridad jurídica. La inexactitud, por el contrario, es lo anormal, el comienzo de un espacio de confrontación y produce que los agentes económico tomen decisiones fundamentadas

en datos incompletos o erróneos. De suceder ello (como comúnmente se da en nuestro medio) se incrementan los costos de transacción. Este enfrentamiento entre la forma y la vida apareja consigo el riesgo de provocar verdaderos estragos respecto de quienes intervienen en un negocio jurídico relativo a uno o varios bienes inmuebles sobre una base de datos que no está ajustada a la realidad.

El actual titular del Registro de la Propiedad de Cuenca se encuentra prorrogado en sus funciones. A pesar de las múltiples quejas y recursos planteados en su contra, el Consejo Nacional de la Judicatura no ha tenido la menor intención de iniciar un proceso de elección de un nuevo funcionario que lo reemplace cuando tenía la competencia para hacerlo (la vigencia de la Constitución actual y del nuevo Código Orgánico de la Función Judicial le quitó esta facultad). El accionar de este titular y de una serie de empleados de esta dependencia ha ocasionado más de un problema a varias personas que legítimamente han adquirido la propiedad de bienes raíces; los ciudadanos se han encontrado con un sinnúmero de trabas que les impiden registrar debidamente su derecho de propiedad sobre bienes inmuebles.

Entre las principales molestias que soportan los usuarios en el Registro de la Propiedad de Cuenca se encuentra el exceso de las atribuciones del Registrador cuando se niega a practicar una inscripción. De acuerdo a la normativa legal, el Registrador debe negarse a inscribir los documentos en los casos señalados en el Art. 11 y 12 de la Ley de Registro. Con relación a esta última disposición legal, se indica que se puede negar a inscribir una escritura el Registrador, hasta que el Juez lo ordene, en dos casos: 1) cuando el dueño de un inmueble lo vendiere o hipotecare sucesivamente a dos personas distintas, y 2) cuando apareciere vendido por una persona que no es su verdadero dueño o actual poseedor. Tristemente, el titular del Registro y otros funcionarios interpretan de manera incorrecta esta normativa legal.

“Una de las frecuentes excusas para negarse a inscribir, es que si se inscribe una escritura que –según su criterio- contiene un contrato nulo, la

responsabilidad legal asumiría el registrador. Y para evitarla, siguiendo el ejemplo de Poncio Pilatos, se la endosa al Juez de lo Civil, invocando el artículo 11 de la Ley de Registro e Inscripciones (...). Lo que parecen no entender es que responsabilidades tienen al negarse o retardar indebidamente una inscripción”. (Andrade, 2008, p.129 y 130)

Poco o nada ha realizado el respectivo órgano encargado de su control para evitar la serie de arbitrariedades y abusos que ha cometido y comete el señor Registrador de la Propiedad. Para ilustrar las arbitrariedades del titular, tomaremos algunas ideas del Directorio del Colegio de Abogados del Azuay del período 2006-2008 que presentaron una queja en el Consejo de la Judicatura. Tal queja recogía los siguientes aspectos:

- El titular del Registro para otorgar cualquier tipo de certificación relativa a la existencia de bienes o gravámenes, exige que sean presentadas copias de la cédula o de las tarjetas índice otorgadas por el Registro Civil; esta circunstancia dificulta obtener de manera oportuna las certificaciones que, muchas de las veces, se requieren con urgencia, y, en otros casos imposibilita totalmente, como cuando no se conoce los nombres completos de las personas cuyas certificaciones se solicita.

- “Para la inscripción de hipotecas abiertas, prohibiciones, particiones, etc. el funcionario exige la presentación de las cartas de pago y cobra en base a ellas y no a la cuantía que establece el contrato escriturario. En el caso de las hipotecas abiertas, debe cobrar como cuantía indeterminada, pero abusivamente cobra sobre el valor de los inmuebles como si se tratara de una transferencia de dominio (...). En todos los casos aplica el ciento por ciento de recargo por servicios administrativos adicionales que jamás ha justificado, pues la inscripción o certificación en ningún caso es un servicio adicional, sino, es precisamente la función y único servicio que debe realizar y por el

cual ya se establece el arancel correspondiente (...). (Revista del Colegio de Abogados del Azuay, 2008; p.7)

- Se reclama que casi no existe atención al público por parte del Registrador; ni siquiera los profesionales del derecho son atendidos oportunamente ya que se requiere de cita previa para ser atendido por el titular, la cual él califica según su conveniencia y juicio, olvidando que el Registro, precisamente, es una oficina de atención permanente al usuario.

- No se otorga ninguna certificación con anterioridad al año 1987, pues, de acuerdo a lo que manifiesta el titular de la dependencia en estudio no se tiene recogidos en un sistema computarizado tales registros, y cuando otorga alguna certificación, en la parte final, el Registrador impone una obligación a los usuarios cuyo texto es el siguiente: El interesado debe comunicar cualquier falla o error en este documento al Registrador de la Propiedad o sus asesores.

Como no existe un órgano, en la actualidad, específico de control sobre el Registro de la Propiedad, las prácticas anteriormente expuestas son muy comunes sin tener los usuarios a donde recurrir con sus inquietudes, quejas y denuncias; pocas personas han acudido al delegado de la Defensoría del Pueblo en el Azuay; igualmente, pocos son los ciudadanos que han comparecido ante los jueces para demandar la inscripción de sus títulos.

Es destacable el cobro de aranceles arbitraria y abusivamente fijados, por cuanto, la última regulación del Consejo de la Judicatura fue que se cobre de acuerdo al avalúo constante en las cartas de pago del año 2005 (antes de la vigencia de las reformas a la Ley de Régimen Municipal que revalorizaban toda la propiedad inmobiliaria), lo cual no ha sido respetado; por el contrario, se exige cartas de pago actualizadas con los avalúos actuales; esta práctica implica imponer valores muy superiores a los

autorizados por la diferencia de los avalúos, llegándose al extremo de hacer firmar a los usuarios notas de agradecimiento por un supuesto descuento en sus servicios. Es un sentimiento generalizado, no solo de los abogados sino de la ciudadanía, el que se implemente el nuevo sistema registral contemplado en la Constitución; esto es, la administración concurrente del Estado y del Municipio de Cuenca. Se está tramitando la Ley de Datos y como parte de esta ley, las disposiciones del Registro de la Propiedad; sin embargo, a la fecha de conclusión de este trabajo no se encuentra aprobada por lo que resultaría especulativo referirse a sus normas.

3.1.5 Análisis y Comentario de un caso práctico

El día 16 de septiembre del 2008 a la notaría quinta de la ciudad de Cuenca comparecen como vendedores los señores BLANCA LUCRECIA ANDRADE COELLO por sus propios derechos y como mandataria de sus hermanos ANGEL AUGUSTO ANDRADE COELLO Y ROSA ELENA ANDRADE COELLO y los señores MANUEL AGUSTIN Y JOSÉ IGNACIO ANDRADE PACHECO, y por otra parte y como comprador el señor VICENTE PACHECO (de la edad de 80 años) y su cónyuge. Los vendedores son herederos de un inmueble rural ubicado en el sector de Chilcapamba, de la parroquia el Valle del Cantón Cuenca de un área de ciento sesenta metros cuadrados, aproximadamente, y casa construida sobre dicho terreno que lo adquirieron por herencia a su padre CARLOS DOSITEO ANDRADE (a la muerte de este quedaron como únicos herederos sus hijos o sea los vendedores); los antes referidos vendedores transfieren los derechos y acciones universales que tienen sobre la mortuoria de CARLOS ANDRADE, sin reserva de ninguna clase, por el precio de CINCO MIL DÓLARES AMERICANOS que se pagan TRES MIL DÓLARES a BLANCA LUCRECIA ANDRADE COELLO por su derecho y los que representa, y la cantidad de MIL SETECIENTOS DÓLARES en partes iguales a MANUEL AGUSTIN Y JOSÉ IGNACIO ANDRADE PACHECO. El comprador acepta la presente escritura y el contrato que contiene por ser otorgado a su favor y los vendedores autorizan al comprador a entrar en posesión del inmueble en vista que ya ha comprado los derechos y acciones a la cónyuge sobreviviente. En este breve

resumen constan los datos principales de la escritura que celebraron las partes contratantes.

Tristemente, los compradores fueron “víctimas” de las trabas que varias veces son exageradas y distorsionan el objetivo del Registro de la Propiedad, por cuanto, el Registrador negó la inscripción de la escritura que solicitaron los compradores.

A los referidos compradores se les cobró una tasa excesiva por el trámite de inscripción. La tasa bordeó los 195 dólares que no se justifican para la inscripción de los derechos de un predio pequeño (160 metros cuadrados). En la negativa constante en el repertorio con el número: 2,008-21,464 se esgrimen los siguientes “criterios” o razones en las cuales está sustentada la negativa de inscripción:

1.- Existe prohibición número 3428 del 26 de diciembre de 1996 dispuesta por el juez primero de lo penal del Napo que impide enajenar los bienes de MARIA ANDRADE. Se deja constancia que al no existir los nombres completos de la persona prohibida no se puede descartar si se trata o no de un homónimo.

2.- Existe la prohibición general inscrita con el número 2412 BIS del año 2003, dispuesta por la agencia de garantías de depósitos en contra de ELENA ANDRADE. Se deja constancia que al no existir los nombres completos de la persona prohibida no se puede descartar si se trata o no de un homónimo.

3.- Existe la prohibición general inscrita con el número 1038 del año 1981, dispuesta por el Banco Nacional de Fomento contra CARLOS ANDRADE. Se deja constancia que al no existir los nombres completos de la persona prohibida no se puede descartar si se trata o no de un homónimo.

4.- Existe la prohibición número 101 del 8 de marzo de 1977, dispuesta contra CARLOS ANDRADE sobre un inmueble ubicado en la parroquia Huayna Cápac, a favor de la señorita Mercedes Bernal. Se deja constancia que al no existir los nombres completos de la persona prohibida no se puede descartar si se trata o no de un homónimo.

Las cuatro prohibiciones hacen referencia a la coincidencia entre un nombre y apellido que constan en ellas y el de uno de los vendedores (dos de las prohibiciones recaen sobre el causante, propietario original del terreno en discusión). En la cuarta prohibición, incluso, se hace referencia a un bien inmueble que está ubicado en la parroquia Huayna Cápac de la ciudad de Cuenca, en tanto que, el bien raíz objeto del negocio está ubicado en la parroquia Chilcapamba de esta ciudad. Esto constituye un auténtico despropósito y evidencia una mala aplicación y entendimiento de la normativa jurídica. Se entiende que la prohibición recae sobre un predio específico y éste no es el que consta en la escritura cuya inscripción se prohíbe. Sinceramente, no se encuentra un asidero lógico, mucho menos jurídico, que sustente este descabellado planteamiento de los “profesionales” del Registro de la Propiedad de Cuenca.

Los compradores son adultos mayores sin grandes ingresos económicos que, de acuerdo a la lectura de la respectiva negativa de inscripción, tienen que realizar trámites en el Napo y en Quito para poder solucionar el problema que les impide inscribir los derechos en el terreno que legítimamente adquirieron. La distancia que representa acudir al Napo, de por sí, implica un gasto de dinero y energía para realizar la gestión necesaria. Por otro lado, la prohibición de la Agencia de Garantía de Depósitos implica llevar una serie de documentos y realizar otra abultada cantidad de trámites en la capital de la república para obtener el certificado necesario. Se requiere que luego que “comedidamente” los, siempre tan amables y entendedores que no todos vivimos en Quito, funcionarios de la AGD reciban la documentación requerida, llevar ya elaborados ocho oficios para entregarlos en ocho oficinas diferentes en la ciudad de Quito y luego retirarlos; con estos oficios se debe regresar a las oficinas de la AGD, dejarlos y volver en ocho días para conseguir el “premio”

del certificado. Esta laboriosa gestión agotaría a cualquier mortal, más aún a personas cuya capacidad física ya no les permite realizar mayores esfuerzos (se tiene que hacer un gran esfuerzo intelectual para entender el por qué de ciertas prácticas en el Registro).

Igualmente, se requiere hacer una diligencia en el Banco de Fomento, pero, “por fortuna” esta se efectúa en la misma ciudad de Cuenca. ¿Se ha cometido un serio abuso contra estas personas y se atenta contra varios de sus derechos constitucionalmente reconocidos? Se deja esta interrogante para que el lector realice su propio juicio de valor.

Entrando al análisis jurídico propiamente dicho, revisemos el asunto. Las cuatro prohibiciones que usa el Registrador para sustentar la negativa de inscripción, en este caso, se refieren a la coincidencia de un nombre y un apellido de las personas sobre las que efectivamente pesa la prohibición y las que participan como vendedores en la escritura analizada. Existe un elevado número de negativas que se suscitan a diario en el Registro de la Propiedad, con los consabidos perjuicios a los ciudadanos, cuando los jueces de todo el país consignan únicamente un nombre y un apellido de la persona sobre la cual pesa la prohibición de enajenar sus bienes en los circulares que envían a los registradores. Aquí se inician una serie de inconvenientes para los usuarios y se empieza a vulnerar la seguridad jurídica. En todo caso, los registradores no deberían inscribir tales prohibiciones hasta que los jueces completen los datos de la persona para identificarla plenamente y no perjudicar a los que tienen “la desgracia” de coincidir en uno de sus nombres y apellidos con alguno de estos ciudadanos sobre los que, efectivamente, se ordena la prohibición de enajenar sus bienes.

“Debe estar plenamente identificado el ciudadano sobre el que pesa la prohibición de enajenar. Si no lo está, el culpable por negligencia será el juez que lo identificó mal, pero no quien tiene la mala suerte de coincidir en un

apellido, mucho menos el registrador. Por eso es muy importante disponer de una forma inmediata de los certificados sobre el historial y los gravámenes de los inmuebles sobre los que se va a negociar, antes de que se produzcan los negocios”. (Andrade, 2008, p.151)

Señala el Art. 18 de la Ley de Modernización lo siguiente: El Estado y las entidades del sector público que conforman la administración pública no exigirán a los administrados, personas naturales o jurídicas, pruebas distintas o adicionales de aquellas expresamente señaladas por la ley, en los procesos administrativos...

“Ninguna norma expresamente señala que el Registrador de la Propiedad deberá exigir como prueba un despacho del juez que desvirtúe el homónimo, después de haber enviado defectuosamente uno anterior en el que no constan los nombres completos, el número de cédula de identidad, el domicilio, por lo menos. La declaración del ciudadano o administrado en el sentido de que no es quien tiene la prohibición debería ser suficiente (...)”. (Andrade, 2008, p.152)

Recordemos que en la actual Constitución, como en la precedente, se reconoce el principio contenido en su Art. 76 No.2: Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. Por la práctica del Registrador, en este y otros múltiples casos, se entiende que él presume la culpabilidad de los ciudadanos, contraviniendo una norma constitucional expresa.

En el presente caso, el Registrador incurrió en un abuso extralimitándose en sus atribuciones; por lo tanto, debería ser merecedor de una multa por haber incurrido en la causal d) del artículo 15 de la Ley de Registro que señala: si hace, niega o retarda indebidamente una inscripción; además, sería factible presentar en su contra una

queja tal como lo establece el Art. 16 de la recién mentado cuerpo legal (ante la Corte Provincial); incluso, está en la obligación de subsanar la falta que cometió (Art. 17 de la Ley de Registro).

También, vulnera derechos y principios contenidos en diferentes normas constitucionales, como los siguientes:

- El derecho constante en el Art. 66 No. 25 de la Constitución: El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.

- El contenido en el Art. 76 literal 1 de la Constitución: las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho...

- El constante en el Art. 82 Ibídem relativo a la seguridad jurídica. “La seguridad jurídica no es una función que se pueda otorgar a unos ciudadanos. Es la cualidad del ordenamiento jurídico de la República que confiere confiabilidad, precisamente por sobre las opiniones o criterios subjetivos”. (Andrade, 2008, p.103)

- El contenido en el Art. 36 de la Constitución: Las personas adultas mayores recibirán atención especializada en los ámbitos público y privado, en especial en los campos de inclusión social y económica y protección contra la violencia. Se considerarán personas adultas mayores aquellas personas que hayan cumplido los sesenta y cinco años de edad.

- También, vulnera los derechos contenidos en el Art. 37 Ibídem que señala: El Estado garantizará a las personas adultas mayores los siguientes derechos...6. Exoneración del pago por costos notariales y registrales, de acuerdo con la ley. 7. El acceso a una vivienda que asegure una vida digna, con respeto a su opinión y consentimiento.

- Por último y principalmente, se vulnera el derecho consagrado en el Art. 66 No.26 de la Constitución: Se reconoce y garantiza a las personas: ...26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho de acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas entre otras medidas.

“Las negativas del Registro de la Propiedad de Cuenca consisten en un remedo de sentencias, emanadas y firmadas por los confrontadores/as, asesores/as y el Registrador, jamás motivadas en derecho, ni fundamentadas en ninguna norma jurídica, que no sea la recurrente mala interpretación de la Ley de Registro sobredimensionando sus funciones y atribuciones y la errada creencia de que son ellos quienes deben aprobar y autorizar las inscripciones, una vez cumplidas “las confrontaciones de rigor” y una vez cumplidas sus exigencias”. (Andrade, 2008, p.93 y 94)

El ciudadano o presenta el documento nuevamente en la oficina del Registro para su correspondiente trámite una vez subsanada la causa o causas que “motivaron” su negativa o puede seguir el recurso señalado en el art. 11 de la Ley de Registro, que es presentar una demanda al Juez de lo Civil para que ordene la inscripción que ha sido negada. Trámites innecesarios, injustos, en muchos de los casos y que en la práctica representan un alto costo de dinero y tiempo para los particulares. Al analizar la serie de derechos y principios constitucionales que son vulnerados en este caso, como en muchos otros, es evidente el perjuicio económico, social, jurídico, moral, etc. que se comete contra dos ciudadanos ecuatorianos, adultos mayores, que realizaron un

negocio de buena fe; de otra parte, tampoco se puede culpar que algunos de los vendedores hayan tenido la “mala fortuna” de coincidir en un nombre y apellido con el de algún ciudadano sobre el que se estableció una prohibición de enajenar los bienes de manera equivocada que, por lo mismo, no debió ser inscrita por el Registrador.

En definitiva, los compradores fueron víctimas de un sistema que, por los múltiples conflictos e inconvenientes que ha generado, requiere ser suplantado por otro que subsane la serie de irregularidades y abusos que se producen en detrimento de los derechos de miles de ciudadanos; un sistema que propicia el enriquecimiento exagerado de un ciudadano y donde su accionar, así como el de varios “funcionarios” no tiene el control que se amerita. Estas personas fueron fehacientemente afectadas en sus derechos constitucionalmente reconocidos, se les ha dejado en la indefensión legal y social por cuanto aún no han inscrito su derecho. Igualmente, es apreciable que las razones que se utiliza en el Registro para negar la inscripción que se solicita no tienen mayor sustento legal.

No se puede aceptar que toda persona que coincida con un nombre y apellido de algún ciudadano sobre el cual se establece una prohibición de enajenar sus bienes vaya a tener inconvenientes cuando pretenda inscribir cualquier derecho relativo a bienes raíces. Peor aún es el criterio esgrimido para negar la inscripción basado en una prohibición que evidentemente se refiere a un bien raíz distinto del que fue materia del negocio inmobiliario.

Con estos razonamientos no se quiere dejar plasmado un sentimiento de animadversión contra el Registrador ni los demás empleados del Registro de la Propiedad, tampoco se pretende restar importancia a la rigurosidad que requiere el sistema registral, sino únicamente, defender la idea de que en este caso, como en muchos otros, por la extralimitación de las atribuciones del Registrador de la Propiedad de Cuenca se ha cometido un perjuicio en contra de los particulares.

CONCLUSIONES

El derecho de propiedad, al igual que en las anteriores constituciones que han regido en el Ecuador, se encuentra reconocido y protegido en la nueva Carta Magna como un derecho fundamental de la persona. Todo gobierno debe respetar este esencial derecho de los ciudadanos que ha sido desarrollado y estudiado a lo largo de los tiempos; cualquier ataque o vulneración al mismo por cualquier medio político, legislativo, etc., sin importar la persona que esté al frente del gobierno, provocará una reacción negativa de la sociedad. La propiedad es un derecho que le confiere a su titular las más grandes prerrogativas sobre un bien (incluyendo los inmuebles). No obstante, también reconoce ciertas limitaciones siendo la primera, que yo considero la más importante, el respeto al derecho ajeno y a la Ley.

Toda reforma a la regulación de la propiedad inmobiliaria, así como al ente encargado del control y registro del tráfico inmobiliario, el Registro de la Propiedad, debe procurar cambios positivos y no generar problemas ni perjudicar al derecho de los ciudadanos. Con la nueva Carta Magna se le impone a la propiedad en general, y por ende, también a la inmobiliaria, el deber de cumplir una función y responsabilidad social y ambiental. Será importante que el organismo encargado de controlar el cumplimiento de la función y responsabilidad social y ambiental de la propiedad, sobre todo la inmobiliaria, se base en criterios técnicos que procuren la optimización del uso de la tierra y mejoren los ingresos para que sean rentables los procesos productivos.

El proceso expropiatorio que se desarrolle a consecuencia de las variaciones en la normativa constitucional y legal, analizadas a lo largo del trabajo, debe cumplir una meta social de desarrollo y redistribución dirigido a mejorar las condiciones socioeconómicas de un importante sector del pueblo ecuatoriano; de ninguna manera, debe convertirse en un instrumento de persecución o chantaje político por parte del “gobierno de la revolución ciudadana”.

Los diversos tipos de propiedad incluidos en la nueva Carta Magna constituyen una especie de herramientas a través de las cuales los legisladores que los implantaron, al parecer, esperan dinamizar y poner en marcha una economía sustentable a través de procesos productivos emprendidos por los propios ciudadanos; pero, obviamente, requieren el apoyo tanto económico como político del gobierno. A este le corresponde fomentar un escenario en el cual la seguridad jurídica, estabilidad económica y social, entre otras, primen por sobre cualquier interés o pugna de poder para facilitar la implementación de los tipos de propiedad reconocidos constitucionalmente como herramientas efectivas de desarrollo y acceso a la propiedad; de no hacerlo, las mismas quedarán plasmadas como avanzados principios que no llegaron a efectivizarse.

El derecho de propiedad debe cumplir una función y responsabilidad social y ambiental de acuerdo a la nueva normativa constitucional; por ende, será necesaria la revisión de una serie de normas jurídicas para efectivizar tal obligación y para precisar sus alcances, teniendo en cuenta el respeto esencial al derecho de los particulares.

Es de vital importancia que se solucione la situación de miles de ecuatorianos que todavía no tienen inscritos debidamente sus derechos sobre un bien raíz en el correspondiente Registro de la Propiedad. Las prácticas tendientes a dificultar la inscripción deben ser objeto de un examen minucioso para evitar perjudicar a los ciudadanos.

Los catastros que sean actualizados o elaborados con el nuevo sistema deberán ser georreferenciados para otorgar una adecuada seguridad a la propiedad inmobiliaria y a sus titulares; además, con ello se manejarán datos precisos y ajustados a la realidad.

Los datos que se manejen por parte del organismo que se plasme en la ley de datos y registros encargado del Registro de la Propiedad deben coordinarse y complementarse con los que dispone el catastro municipal para llegar a obtener un verdadero registro de las propiedades inmobiliarias y no un registro de propietarios. Pero, estos datos no deben fusionarse ni confundirse ya que los objetivos que se buscan con uno y otro son distintos, aunque pueden ser complementarios.

Los registradores pasarán a ser funcionarios públicos y, por ende, a recibir un sueldo del Estado por su trabajo. Con ello, se evita el enriquecimiento excesivo de unos cuantos “privilegiados” que han desviado los objetivos del Registro en desmedro del derecho de miles de particulares. Últimamente, el Registro de la Propiedad se ha convertido en un ente lento, abusivo y que se ha apartado de su principal razón de ser.

Los recursos que antes servían para incrementar las abultadas cuentas bancarias de los registradores de la propiedad pasarán a formar parte de los recursos estatales y deben servir para atender las diversas necesidades de la población. Lo ideal será que la mayor parte de estos recursos sirvan a la misma comunidad que los generó (por ej. los recursos generados en el Registro de la Propiedad de Cuenca, en su mayoría, deberían ser destinados a obras y proyectos de la capital azuaya).

Las experiencias negativas que se han ocasionado a varios ciudadanos no pueden repetirse en el nuevo Registro. Las constantes negativas de inscripción producidas por un exceso en el uso de las facultades de los registradores de la propiedad actuales se fundan en nimiedades y en criterios errados de los “funcionarios” del Registro respecto de la normativa jurídica respectiva. Nuestra sociedad debe acoplar las tecnologías del mundo actual a sus diversas actividades para agilizar y mejorar una serie de procedimientos.

RECOMENDACIONES

Habrá que estar alertas en la discusión y aprobación de la ley de datos y registros para evitar que por la urgencia de su aprobación se dilate los cambios con disposiciones transitorias dictadas en función de los intereses de los actuales titulares del Registro.

El proceso de selección de los registradores debe llevarse a cabo de una manera imparcial y que procure que los más honestos y preparados profesionales ocupen los principales puestos de esta dependencia; también debe procurarse el profesionalismo y capacidad del personal que se escoja para trabajar en el mismo.

La administración concurrente del ejecutivo y de las municipalidades del nuevo sistema público del Registro de la Propiedad debe procurar un mejor servicio con relación al actual sistema. Debe prevenirse todo tipo de manejos centralistas que vayan a entorpecer el ágil funcionamiento del organismo encargado de controlar el flujo del mercado inmobiliario (que es tan cambiante), por lo que, toda distribución de competencias debe incentivar las prácticas descentralizadoras, tan necesarias en una sociedad moderna y en continua expansión.

Las bases de datos nacionales y los sistemas de control cruzados deberán solucionar varios problemas. Entre uno de ellos, se evitar  la barbaridad de que una persona por el solo hecho de coincidir con un nombre y apellido de algún ciudadano sobre el cual pesa una prohibición o limitación vaya a tener dificultades en el ejercicio de sus derechos, para lo cual se debe contar con una base de datos real y de fácil revisión y acceso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMBROISE COLIN, Henry Capitant. Derecho Civil / Bienes, Patrimonio y Derechos Reales. México. Editorial Jurídica Universitaria. 1992.
- AVILA SANTAMARIA, Ramiro. GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín. DALMAU MARTÍNEZ, Rubén. Desafíos Constitucionales: La Constitución Ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Quito-Ecuador. Imprenta V&M Gráficas. 2008. Primera edición.
- BORJA CEVALLOS, Rodrigo. Derecho Político y Constitucional. México. Fondo de Cultura Económica S.A. 1991. Segunda edición.
- CARBOMIER, Jean. Derecho Civil. Bosch, Casa Editorial. 1965.
- CARRAL Y DE TERESA, Luis. Derecho Notarial y Derecho Registral. México. Editorial Porrúa S. A. 1979. Quinta edición.
- CARVAJAL FLOR, Béquer. Práctica Notarial y Registral. Guayaquil-Ecuador. Edilex S.A. 2007.
- CARRIÓN EGUIGUREN, Eduardo. Curso de Derecho Civil de los Bienes. Quito-Ecuador. Editorial Ecuatoriana. 1971.
- DICCIONARIO JURÍDICO ANBAR. Cuenca-Ecuador. Fondo de Cultura Ecuatoriana. 1999. Primera edición.
- DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Madrid-España. Imprenta Fareso S.A. 2001. Novena edición.
- DURÁN ANDRADE, René. Derecho Notarial y Registral (Desvíos Conceptuales: Diez Antimandamientos del Registro de la Propiedad). Cuenca-Ecuador. Grafisum Cia. Ltda. 2008.
- FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER. Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia. Quito-Ecuador. Edición Tribunal Constitucional. 1999.
- GRANJA GALINDO, Nicolás. Fundamentos de Derecho Administrativo. Quito-Ecuador. Editorial Universitaria. 1992. Segunda edición.
- HEDEMANN, J. W. Tratado de Derecho Civil. Madrid-España. Editorial Revista de Derecho Privado. 1955. Tomo II. Vol. II.

- IZQUIERDO PEÑAFIEL, Juan. La Ecoarquitectura: Asentamientos Humanos Huaorani. Quito-Ecuador. Ediciones Abya-Yala. 1992. Primera edición.
- LAFAILLE, Héctor. Tratado de los Derechos Reales. Buenos Aires-Argentina. Compañía Argentina de Editores S.R.L. 1943. Tomo III. Vol. I.
- MOSCOSO JARAMILLO, Homero. Programa de Derecho Civil Libro Segundo: De los Bienes. Cuenca-Ecuador. Apuntes de la Cátedra de Derecho Civil Bienes. Universidad del Azuay. 2006.
- NAVAS, Raúl (h). Derechos Reales de Propiedad, Uso y Goce. Oxford University Press. 1999.
- PAZMIÑO PAZMIÑO, Edgar. Manual de Derecho Notarial. Quito-Ecuador. Editorial jurídica del Ecuador. 2001. Primera edición.
- PEREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Madrid-España. Marcials Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 2002. Octava edición.
- REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DEL AZUAY. Cuenca-Ecuador. Imprenta Monsalve Moreno. 2008. Segunda edición de marzo.
- SARTORI, Giovanni. Elementos de Teoría Política. Madrid-España. Ed. Cast.: Alianza Editorial, S.A. 1992.
- TORRES G., Ramón. Entre lo Propio y lo Ajeno. Quito-Ecuador. Imprenta de COICA. 1997. Primera edición.
- ZABALA EGAS, Jorge. Derecho Administrativo. Guayaquil-Ecuador. Edino. 2005. Tomo I.

REFERENCIAS LEGALES

Legislación Nacional

- Constituciones de 1906, 1929, 1960, 1978, 1998 y 2008 de la República del Ecuador.
- Propuestas y debates de la Mesa No. 6 de Trabajo, Producción, Igualdad e Inclusión Social de la Asamblea Constituyente sobre los tipos de propiedad.
- Propuestas y debates de la mesa No. 8 de Justicia y Lucha Contra la Corrupción de la Asamblea Constituyente sobre el sistema público de Registro de la Propiedad.

- Código Orgánico de la Función Judicial.
- Código Civil.
- Código de Procedimiento Civil.
- Ley Notarial.
- Ley de Registro.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- Ley Orgánica de Régimen Municipal.
- Ley de Desarrollo Agrario.
- Ley de Cooperativas.
- Ley de Compañías.

Legislación Internacional

- Constitución Cubana.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos.

REFERENCIAS DE INTERNET

- www.asambleaconstituyente.gov.ec/blogs/mesa_6/2008/05/21/propuestas-de-articulados-sobre-propiedad-entregados-a-mesa-directiva/; 19 de noviembre del 2008; 22H38.
- www.asambleaconstituyente.gov.ec; 19 de noviembre del 2008; 22H00.
- www.asambleaconstituyente.gov.ec/index.php; 19 de noviembre del 2008; 22H48.
- www.registradores.org; 29 de septiembre del 2009; 19H02.
- www.geocities.com/Athens/Marathon/3002/propie2.htm; 29 de septiembre del 2009; 19H06.
- www.aporrea.org/actualidad/a43352.html; 29 de septiembre del 2009; 19H10.
- www.catastro.meh.es/esp/referencia_catastral1.asp; 15 de julio del 2009; 18H24.
- www.inda.gov.ec/CS_WEB/servicios.htm; 7 de julio del 2009; 18H57.
- www.mundonotarial.com.mx/Notario/Funcion_nota.htm; 7 de julio del 2009; 18H34.

- http://asambleaconstituyente.gov.ec/blogs/mesa_8/files/2008/06/informe-de-mayoria-primer-debate-fjudicial.pdf; 19 de agosto del 2009; 11H00.
- http://asambleaconstituyente.gov.ec/blogs/mesa_8/2008/06/20/aprobado-articulado-sobre-notarias-y-registradurias/; 19 de agosto del 2009; 11h05.
- www.eumed.net/cursecon; 29 de septiembre del 2009; 19H08.
- <http://www.unne.edu.ar/Web/cyt/com2004/1-Sociales/S-013.pdf>; 7 de agosto del 2009; 10H30.
- <http://www.lexis.com.ec/lexis/Novedades/DocsEditoriales/2009/Trabas%20del%20Registro%20de%20la%20Propiedad.htm>; 14 de Agosto del 2009; 10H45.
- http://asambleaconstituyente.gov.ec/blogs/manueldejesus_mendoza/2007/12/31/proyecto-de-ley-reformatoria-a-la-ley-de-registro-2/; 14 de agosto del 2009; 10H45.