

Oficio No. 16259

Quito, D.M. 7 FEB 2014

Señor optómetra
Hipólito Entza Ch.

**ALCALDE DEL GOBIERNO AUTÓNOMO
DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN MORONA**

Macas, Provincia de Morona Santiago.-

Señor Alcalde:

Me refiero a su oficio No. 1118/AGMCM/2013 de 12 de noviembre de 2013, recibido en esta Procuraduría el 14 de noviembre de 2013, por el cual formuló dos consultas relacionadas con fraccionamientos no autorizados por el gobierno autónomo descentralizado municipal.

De manera previa a atender su petición, este Organismo mediante oficio No. 15506 de 22 de noviembre de 2013, le requirió copia certificada de la Ordenanza Municipal que Regula el Cobro de Multas por Fraccionamientos no Autorizados, emitida por la Entidad Edilicia que usted representa, habiendo recibido respuesta a través del oficio No. 1173-AJGMCM-2013 de 26 de noviembre de 2013, suscrito por el Tecnólogo Rubén Pidru Yambiza, Alcalde Encargado a la época.

Adicionalmente, la Procuraduría General del Estado, con oficio No. 15507 de 22 de noviembre de 2013, solicitó al Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME), el criterio de dicha entidad asociativa, lo cual fue atendido por la Directora Ejecutiva de la referida Asociación, a través del oficio No. AME-DE-2013-0598 de 9 de diciembre de 2013, ingresado a esta Procuraduría el 10 de diciembre de 2013.

La Directora Ejecutiva de la Asociación de Municipalidades del Ecuador, en el oficio No. AME-DE-2013-0598 de 9 de diciembre de 2013, respecto del tema expresa el siguiente criterio institucional:

“Las clases de fraccionamientos están previstos en el Art. 470 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización -COOTAD- de entre ellos tenemos: a) fraccionamiento o subdivisión urbana cuya división del terreno se lo efectúa entre dos a diez lotes; b) la urbanización cuya división de los terrenos se lo efectúa en más de diez lotes; y, el fraccionamiento agrícola.

Los fraccionamientos obedecen a los lineamientos técnicos que los encontramos en los Planes de Desarrollo y Ordenamiento Territorial -PDOT- cuya base son el ordenamiento territorial y la planificación



16259

urbanística, en el pleno ejercicio de la competencia exclusiva del control sobre el uso y ocupación del suelo en el Cantón, por lo que los ciudadanos y ciudadanas en cada jurisdicción cantonal no pueden actuar al margen de las ordenanzas vigentes, ni las autoridades o jueces puede resolver sin contar con el criterio de la Municipalidad.

Cabe inferir que, la actividad jurídica de la Municipalidad al conocer o determinar un fraccionamiento sin autorización municipal, debe activar la denuncia penal correspondiente por el delito determinado en el Art. 477 del COOTAD, cuya legitimación activa la tiene el Municipio acorde al Art. 478 del referido cuerpo de leyes.

Si los particulares optaren por efectuar cualquiera de los fraccionamientos estipulados en el COOTAD, deben necesariamente acudir al Municipio para solicitar la autorización correspondiente, al no cumplir con esta obligación, el Municipio tiene la potestad y la competencia para imponer las sanciones correspondientes acorde a las prescripciones legales establecidas en el COOTAD y la ordenanza correspondiente, a través del procedimiento sancionador que establece el Art. 365 y siguientes del COOTAD, sin considerar la situación jurídica en la que se encuentran dichos fraccionamientos que se constituye en una situación muy diferente a la obligación que tiene el Municipio de hacer cumplir sus ordenanzas municipales.

Respecto a los procesos judiciales de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio que sobre la base de estos fraccionamientos se están proponiendo, corresponde al Municipio a través del Ejecutivo o Ejecutiva, remitir los oficios pertinentes a los jueces y juezas civiles para que previo a dictar sentencia recaben el informe técnico de la Municipalidad respecto de la prescripción de los terrenos fraccionados; de igual forma hacer conocer a los Notarios y Registradores de la Propiedad que previo a cualquier protocolización o registro se debe contar con el informe técnico municipal, debiendo recordar que, los PDOT (planes de desarrollo y ordenamiento territorial) son de obligatorio cumplimiento en el cantón tal como lo prevén el Art. 280 de la Constitución de la República y los Arts. 41 y 43 del Código de Planificación y Finanzas Públicas". (La frase en paréntesis me corresponde)

El informe jurídico del gobierno autónomo descentralizado a su cargo consta en el oficio No. 732-AJM/2013 de 8 de noviembre de 2013, sucrito por el Procurador Síndico Municipal, quien cita los artículos 470, 476 y 477 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD y expresa lo siguiente:

"Como se puede apreciar, estos artículos se refieren a los fraccionamientos que no tienen autorización del Gobierno Municipal, más no a los casos de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio que es una figura que consta en el código civil ecuatoriano y

16259

que sirve para alcanzar el título de un bien inmueble, cumpliendo las formalidades que el mismo código señala, por lo tanto nada tiene que ver el fraccionamiento no autorizado con una figura del ordenamiento jurídico, que inclusive como característica principal, la persona debe justificar que se encuentra en posesión tranquila y pacífica del bien por más de quince años”.

Continúa el Procurador Síndico de Morona en el oficio No. 732-AJM/2013 y cita los artículos 4, 5 y 6 de la ordenanza para el cobro de multas por fraccionamientos no autorizados por la municipalidad y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Por lo expuesto, no es procedente que el Gobierno Municipal del Cantón Morona cobre la multa por fraccionamiento no autorizado que consta en el COOTAD y en la ordenanza municipal para el cobro de multas por fraccionamientos no autorizados por la municipalidad en el caso de las prescripciones adquisitivas extraordinarias de dominio”.

Con los antecedentes que han quedado señalados, procedo a atender sus consultas en el mismo orden en que han sido formuladas.

PRIMERA CONSULTA

“Si es legal y procedente que el Gobierno Municipal del cantón Morona de acuerdo a lo que disponen los artículos 476 y 477 en relación con los artículos 4, 5, y 6 de la ordenanza para el cobro de multas por fraccionamientos no autorizados por la municipalidad cobren las multas por fraccionamiento en los casos de juicios de prescripción extraordinaria de dominio?”.

El Art. 264 de la Constitución de la República¹, establece las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, sin perjuicio de otras que determine la ley. Entre ellas, el numeral 1 de la norma constitucional prevé: “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”.

La letra e) del artículo 54 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD², establece como atribución del gobierno autónomo descentralizado municipal, “(...) Elaborar y ejecutar el plan cantonal de desarrollo, el de ordenamiento territorial y las políticas públicas en el ámbito de sus competencias y en su circunscripción territorial, de manera coordinada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, y realizar en forma permanente, el seguimiento y rendición de cuentas sobre el cumplimiento de las metas establecidas”.

¹ Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

² Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010.



16259

En similares términos, la letra a) del Art. 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, establece como una de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos municipales, "(...) Planificar, junto con otras instituciones del sector público y actores de la sociedad, 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, en el marco de la interculturalidad y plurinacionalidad y el respeto a la diversidad".

De su parte, el inciso tercero del Art. 44 del Código de Planificación y Finanzas Públicas³, prevé que: "(...) Corresponde exclusivamente a los gobiernos municipales y metropolitanos la regulación, control y sanción respecto del uso y ocupación del suelo en el territorio del cantón".

En primer término cabe puntualizar que el fraccionamiento es la división de un bien y la prescripción es un modo de adquirir el dominio. Es decir, que constituyen dos asuntos distintos, que pueden interrelacionarse como en el caso materia de su consulta, que se halla referida a los juicios de prescripción extraordinaria del dominio, en virtud de los cuales se produce el fraccionamiento de un bien inmueble.

El inciso primero del artículo 470 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización⁴, define al fraccionamiento o subdivisión urbana o rural a la división de un terreno de dos a diez lotes, mientras que la división de un terreno mayor a diez lotes o su equivalente en metros cuadrados en función de la multiplicación del área del lote mínimo por diez, constituye urbanización, según el inciso segundo del mismo artículo. Para los dos casos, el artículo 472 del COOTAD prevé que los lotes fruto del fraccionamiento o urbanización deben tener superficies mínimas, determinadas por la Municipalidad, de manera que guarden armonía con el plan de ordenamiento territorial del respectivo cantón.

Es atribución del Alcalde, como ejecutivo de los gobiernos autónomos municipales, autorizar los fraccionamientos de conformidad con el artículo 472 del COOTAD antes referido, conforme concluyó la Procuraduría General del Estado en los pronunciamientos constantes en los oficios Nos. 00720 de 3 de marzo de 2011 y 03486 de 1 de septiembre de 2011.

Además, la letra a) del Art. 57 del COOTAD dispone entre las atribuciones del Concejo Municipal, "El ejercicio de la facultad normativa en las materias de competencia del gobierno autónomo descentralizado municipal, mediante la expedición de ordenanzas cantonales, acuerdos y resoluciones; (...)", mientras que la letra x) del aludido artículo, faculta al Concejo Municipal,

³ Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010.

⁴ Reformado por Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 21 de enero de 2014.



16259

“(…) Regular y controlar, mediante la normativa cantonal correspondiente, el uso del suelo en el territorio del cantón, de conformidad con las leyes sobre la materia, y establecer el régimen urbanístico de la tierra (...)”.

Corresponde analizar las disposiciones que respecto del fraccionamiento urbano o rural, contiene el COOTAD en su artículo 470, que preceptúa:

“Art. 470.- Fraccionamiento y reestructuración.- Se considera fraccionamiento o subdivisión urbana o rural a la división de un terreno de dos a diez lotes, con frente o acceso a alguna vía pública existente o en proyecto. La urbanización es la división de un terreno mayor a diez lotes o su equivalente en metros cuadrados en función de la multiplicación del área del lote mínimo por diez, que deberá ser dotada de infraestructura básica y acceso, y que será entregada a la institución operadora del servicio para su gestión. Según el caso, se aplicará el régimen de propiedad horizontal y demás normas de convivencia existentes para el efecto, que se regularán mediante este Código y las ordenanzas.

Para quienes realicen el fraccionamiento de inmuebles, con fines comerciales, sin contar con la autorización de la respectiva autoridad, las municipalidades afectadas aplicarán las sanciones económicas y administrativas previstas en las respectivas ordenanzas; sin perjuicio de las sanciones penales si los hechos constituyen un delito, en este último caso las municipalidades también podrá considerarse como parte perjudicada.

Se entenderá por reestructuración de lotes un nuevo trazado de parcelaciones defectuosas, que podrá imponerse obligatoriamente con alguno de estos fines:

- a) Regularizar la configuración de los lotes; y,
- b) Distribuir equitativamente entre los propietarios los beneficios y cargas de la ordenación urbana”. (El resaltado me corresponde)

El inciso tercero del artículo 470 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, determina que quienes realicen fraccionamientos de inmuebles con fines comerciales, sin contar con la autorización de la respectiva autoridad, las municipalidades afectadas aplicarán las sanciones económicas y administrativas previstas en las respectivas ordenanzas; sin perjuicio de las sanciones penales si los hechos constituyen un delito, para lo cual las municipalidades pueden considerarse como parte perjudicada.

Los artículos 476 y 477 del COOTAD, respecto de los fraccionamientos no autorizados sin fines comerciales o con tales fines, disponen:

“Art. 476.- Fraccionamientos no autorizados sin fines comerciales.- Si de hecho se realizaren fraccionamientos sin aprobación de la



16259

municipalidad, **quienes directa o indirectamente las hubieran llevado a cabo o se hubieran beneficiado en alguna forma de ellas, no adquirirán derecho alguno frente a terceros y la municipalidad podrá sancionar con una multa** equivalente al avalúo del terreno a los responsables; excepto cuando el concejo municipal o distrital convalide el fraccionamiento no autorizado de asentamientos de interés social consolidados.

El Art. 477.- Fraccionamiento de inmuebles sin autorización con fines comerciales.- Quien procediere al fraccionamiento total o parcial de un inmueble situado en el área urbana o de expansión urbana, con fines comerciales, sin contar con la autorización de la respectiva autoridad, y recibiere u ordenare recibir cuotas o anticipos en especie o en dinero, por concepto de comercialización del mismo, incurrirá en delito de estafa tipificado en el Código Penal. Las municipalidades afectadas aplicarán las sanciones económicas y administrativas previstas en la ley y en las respectivas ordenanzas”. (El resaltado me corresponde)

Las normas antes citadas, establecen la competencia de las municipalidades para aplicar sanciones pecuniarias en los casos de fraccionamiento de inmuebles no autorizados por la municipalidad, sin perjuicio de que en caso de fraccionamientos sin fines comerciales, la Municipalidad se halla facultada para convalidar el fraccionamiento; mientras que al tratarse de fraccionamientos con fines comerciales, el inciso tercero del artículo 470 determina la competencia municipal para aplicar las sanciones que prevean las correspondientes ordenanzas y a actuar como parte procesal en el caso de que dicho fraccionamiento constituya delito en los términos que establece el artículo 477 del COOTAD, que tipifica una forma de estafa en el caso de fraccionamiento no autorizado con fines comerciales.

Su consulta hace referencia a la prescripción adquisitiva de dominio, por lo que cabe citar el artículo 2392 de la Codificación del Código Civil⁵, que establece que la prescripción “(...) es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”.

Comenta el Dr. Juan Larrea Holguín⁶, la definición anterior, en los siguientes términos:

“La definición señala también los dos fundamentos más esenciales de la prescripción, a saber, **la posesión y el transcurso del tiempo**. A la vez, anuncia, la existencia de otros requisitos legales varios de ellos se

⁵ Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁶ Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Dr. Juan Larrea Holguín, volumen II, Corporación de Estudios y Publicaciones 2005, Quito, pág. 429.



16259

señalan en los artículos siguientes, tal es el caso del **título**, de la **buena fe**, de la duración precisa que se requiere, etc.”

Según el numeral 2 del artículo 2410 del Código Civil, para la prescripción extraordinaria “(...) no es necesario título alguno; basta la posesión material en los términos del Art. 715”; esta última disposición define a la posesión como: “(...) la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre”, agrega la norma, que: “El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifica serlo”.

En el artículo 717 del indicado Código, se determina que la posesión puede ser regular o irregular y que la posesión regular es aquella que procede de justo título. En su artículo 718 se señala que el justo título es constitutivo o translativo de dominio, agregando que: “(...) Son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción. Son translativos de dominio los que, por su naturaleza, sirven para transferirlo como la venta, la permuta la donación entre vivos”.

El artículo 2411 del Código Civil vigente establece, en cuanto al tiempo para que opere la prescripción adquisitiva de un inmueble, el lapso de quince años.

Además, conforme a lo dispuesto en el artículo 2394 del Código Civil, el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla.

De las disposiciones de la legislación civil que han quedado mencionadas, se desprende que la prescripción como modo de adquirir el dominio de bienes inmuebles es constitutivo de dominio mas no translativo de dominio; en otras palabras no se adquiere el dominio por el traspaso del bien sino por la tenencia con ánimo de señor o dueño por el tiempo que fija la ley.

El concepto de posesión de buena fe, es analizado por el tratadista ecuatoriano Dr. Juan Larrea Holguín⁷, al referirse a las acciones posesorias, en el siguiente tenor:

“Se discute en la doctrina sobre el **concepto de buena fe**, su extensión, su alcance y prueba. Para algunos es simplemente la ausencia de mala fe; bastaría que no conste la positiva intención de ir contra derecho ajeno, para que existiera esta buena fe puramente negativa. Pero, como afirma Alessandri, la opinión mayoritaria considera que la buena fe es algo más que la mera ausencia de mala fe; es una convicción positiva: la firme conciencia de no obrar contra derecho, de actuar legítimamente. Y esta persuasión sólo puede ser verdadera si tiene un fundamento de razón que pueda aceptarse como justo.

⁷ Op. Cit. Pág. 88.

(...) A la vista de estas definiciones se aprecia el acierto y exactitud de la de nuestro Código: 'La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y cualquier otro vicio⁸.- (...)'.
(...)

(...) Nuestra definición legal no considera la buena fe como algo puramente subjetivo o interior. Es verdad que la llama 'conciencia', o sea juicio práctico, apreciación, criterio, pero tal valoración debe estar fundada en dos elementos: uno negativo y otro positivo: carencia de fraude o vicios en cuanto al medio de adquirir y conocimiento de que se ha adquirido por medios legítimos".

Dentro del contexto analizado tanto de las disposiciones contenidas en el Código Civil, como en las citas mencionadas en líneas anteriores, no se puede entender como poseedor de buena fe a aquel que realiza acciones que en realidad tienen como fin obtener réditos comerciales, mediante la apropiación y posterior fraccionamiento de un inmueble que no es de su propiedad, o de quien afecte intencionalmente el derecho de dominio sobre el inmueble del legítimo propietario o de terceros perjudicados por la acción del poseedor que no se ampara en una posesión de buena fe, conforme lo determina el artículo 721 del Código Civil.

Por lo tanto, no se puede equiparar la actuación de quien accedió a la posesión de un inmueble de buena fe y alega la prescripción adquisitiva de dominio a su favor con la actuación de quien, con fines comerciales, toma posesión de un inmueble para efectuar el fraccionamiento del mismo y entregarlo por partes a terceros de buena fe.

Por lo expuesto, con fundamento en el inciso tercero del artículo 470 reformado, que establece que les corresponde a las municipalidades afectadas aplicar las sanciones económicas y administrativas previstas en las respectivas ordenanzas, en contra de quienes realicen el fraccionamiento de bienes inmuebles con fines comerciales, sin contar con la autorización de la respectiva autoridad, sin perjuicio de las acciones penales que prevé el artículo 477 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se concluye que es legal que un gobierno municipal aplique las mencionadas sanciones por fraccionamientos no autorizados con fines comerciales.

La aplicación de las sanciones señaladas en el párrafo precedente, es independiente de las circunstancias en que se produzca la transferencia de dominio; y por lo tanto, se aplica independientemente de si existe un juicio de prescripción adquisitiva de dominio a favor de los poseedores de buena fe.

⁸ Artículo 721 del Código Civil vigente.



16259

SEGUNDA CONSULTA

“Si la respuesta a la pregunta inmediata anterior es negativa, cuál sería el mecanismo o en qué casos debe cobrar el municipio por fraccionamientos no autorizados, porque al momento los ciudadanos están utilizando la figura de la prescripción para legalizar predios que pertenecen a subdivisiones y urbanizaciones que no cumplen con las ordenanzas municipales y que están causando un grave daño a la municipalidad?”.

En armonía con la conclusión de su primera consulta, no es procedente atender la segunda consulta

Atentamente,



Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.c. Ing. Jorge Martínez Vásquez
**PRESIDENTE DE LA ASOCIACION DE
MUNICIPALIDADES ECUATORIANAS - AME**