

# SEÑORES MINISTROS DE LA SALA CIVIL Y COMERCIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

**Por: Ab. Eduardo Carmigniani Valencia**

U.D. S.A., a través de su representante legal K.V.C., en el juicio de obra nueva que en esa Sala está identificado con el N° 000-93 (y que en la Tercera Sala de la Corte Suprema estuvo marcado con el N° 000-92), a ustedes respetuosamente manifiesta:

Ha llegado a sus manos, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria 5° de la codificación de la Constitución Política del Estado (R.O. 5 de mayo de 1993), el juicio precisado en el encabezamiento, por lo que presentamos a ustedes en este memorial una visión de él, destacando sus partes relevantes:

- 1 .- LA DEMANDA.- En octubre 24 de 1988, U.D. S.A., presentó en la oficina de sorteos de la Corte Superior de Guayaquil una demanda dirigida a obtener la suspensión inmediata de las obras que, en un terreno de su propiedad, del cual adicionalmente tenía la posesión, estaban realizando el señor G.B. M. y 47 personas más, cuyos nombres constan en el indicado libelo.

El predio de propiedad, y en posesión, de U.D. S.A. está ubicado en la ciudad de Guayaquil, parroquia urbana Tarqui, en las inmediaciones del Terminal **Terrestre, y fue** adquirido por aporte efectuado por la señora C.G.I., conforme consta en la escritura pública autorizada el 28 de diciembre de 1979 por el Notario E.T., la cual fue inscrita en el Registro de la

Propiedad de Guayaquil el 21 de marzo de 1980 (fs. 1 al 24).

Adicionalmente, subrayamos que el inmueble antes indicado tiene un área de 570.000 metros cuadrados y está identificado en el Municipio de Guayaquil con el catastro N<sup>2</sup> 0000.

2 . - **LA CONTESTACION DE LA DEMANDA.**- Los demandados contestaron la demanda (fs. 389), oponiendo las siguientes excepciones:

- a) Haber tenido la posesión del predio en el que se efectuaron las obras nuevas demandadas durante el año inmediato anterior; y,
- b) Ser propietarios del indicado predio.

3 - PRUEBAS.- a) De conformidad con lo dispuesto por el artículo 117 del Código de Procedimiento Civil, a U.D. S.A. le correspondía probar que los demandados habían construido las obras denunciadas, lo cual está demostrado con la inspección judicial que consta a f.s. 388 del proceso.

- b) Conforme a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 117 del Código de Procedimiento Civil, les correspondía a los demandados probar que durante el año anterior a la presentación de la demanda tuvieron la posesión del predio en que se construyeron las obras denunciadas, pues la excepción que en ese sentido propusieron constituye una afirmación explícita sobre el hecho que se litiga sin perjuicio de que dicha prueba no sea pertinente a este caso, pues el artículo 700 del Código de Procedimiento Civil,

en el cual se funda tal excepción, es aplicable únicamente a los juicios de conservación y recuperación de la posesión, y no a las denuncias de obra nueva.

- c) No obstante lo anterior, en el proceso está demostrado 1) que el 15 de septiembre de 1987 UD. S.A., tuvo la posesión del predio en el cual fueron construidas las obras nuevas denunciadas y 2) que en él no se había construido, en esa época, ninguna de ellas (fs. 32 y 33).

Adicionalmente, introducimos con el presente memorial:

1.- el acta de la diligencia efectuada en agosto 30 de 1993 por el Notario Cuarto del cantón Guayaquil, abogado Alberto Bobadilla, en la cual éste deja constancia que el predio de propiedad de U.D. S.A., están en posesión de esta compañía y que en él no habita absolutamente nadie con excepción de un guardián, que presta sus servicios a ella; y,

2.- una copia certificada de la diligencia de inspección judicial practicada en septiembre 27 de 1993 en la cual el señor Juez Segundo de lo Civil de Guayaquil deja constancia que en los terrenos de propiedad de U.D. S.A. no habita persona alguna.

Con todo comedimiento, solicitamos a la Sala que los anteriores documentos sean considerados como <sup>prueba</sup> en uso de la atribución que le confiere el ar 122 del Código de Procedimiento Civil.

- d) Probado como está que el 15 de septiembre de 1987 Urdaule, U.D. S.A., tuvo la posesión del predio en el

que se construyeron las obras denunciadas, y probado como está que en agosto 30 de 1993, y **en septiembre** 27 de 1993, U.D. S.A. mantenía la posesión de dicho predio, debe presumirse la posesión en el tiempo intermedio, según dispone el artículo 753 del Código Civil.

- e) No podemos cerrar este acápite sin hacer referencia a la sentencia de segunda instancia, considerando tercero, en la que se concluye que en virtud de que la Municipalidad de Guayaquil, en el año 1987, vendió a los demandados varios lotes de terreno (las correspondientes protocolizaciones constan de fs. 42 a 376 y de fs. 447 a 454), se comprueba que éstos estuvieron en posesión de los terrenos de U.D. S.A., por lo menos en el año anterior a la presentación de nuestra demanda. Ya habrá tiempo, en este alegato, para demostrar a los señores Ministros la nulidad de las mencionadas ventas; basta decir ahora que el simple hecho de que se hayan producido no es prueba de que los demandados hayan tenido la posesión de nuestros terrenos.

- 4. LA NATURALEZA JURIDICA DEL JUICIO DE OBRA NUEVA.-** Las sentencias de primera y segunda instancia coinciden en sostener que nuestra demanda es improcedente en virtud de que en octubre 24 de 1988 (fecha en que fue presentada) las obras nuevas denunciadas habían sido ya concluidas y que en consecuencia no puede aceptarse nuestra pretensión pues el artículo 994 del Código Civil se refiere a las obras nuevas que se trate de construir y no a las terminadas. Como apoyo de esa tesis citan una ejecutoria de la Corte Suprema publicada en la G.J.

Serie 11, N° 3, pág. 417, y otra publicada en la G.J. Serie 11, N° 5, pág. 653.

Sin embargo, la tesis expuesta no es aplicable en el Ecuador desde 1978, pues al reformarse el Código de Procedimiento Civil (D.S. 3.070, R.O. del 20 de diciembre de 1970) se agregó en el párrafo correspondiente a los juicios de obra nueva, a continuación del artículo 726 (696 actual), uno que dice:

"Si la sentencia admitiere la demanda dispondrá la suspensión definitiva de la obra, o **en su caso, su destrucción, y la restitución de las cosas al estado anterior, a costa del vencido**".

lo cual, tomando en cuenta el espíritu de dicha reforma, que fue dar "*agilidad y eficiencia*" a las normas procesales (primer considerando), nos lleva a la inequívoca conclusión de que el juicio de obra nueva perdió su naturaleza *preventiva*. Refuerzo de esta opinión es lo manifestado por una Sala de la Corte Suprema en un fallo dictado en 1987".

"CUARTO.- En cuanto a la obra nueva denunciada en los términos de los artículos 994 y 995 *ibídem*, ella asimismo aparece demostrada con las pruebas que acaba de indicarse. Advirtiéndose que, de acuerdo con el artículo 697 del Código de Procedimiento Civil, última codificación, la sentencia admitiera la demanda dispondrá la suspensión definitiva de la obra o en su caso, **su destrucción**, o la restitución de las cosas al estado anterior a costa del vencido, ***lo que ha hecho precisamente la Corte de Apelación***, enmendando el despropósito evidente en que al res-

pecto incurre el fallo de primera instancia, cuando admite la demanda y dispone la continuación de la obra. Po? lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA **REPUBLICA** Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, *se confirma, con costas, la sentencia de que se ha recurrido*".

G.J.S. XIV, N° 15, página 3.569.

Establecido que actualmente en el Ecuador el juicio de obra nueva no tiene finalidad únicamente preventiva, cabe dilucidar una importante cuestión conexa: las ejecutorias citadas por la Juez A-quo y por el Tribunal de Segunda Instancia sostienen que no cabe la denuncia de la obra nueva cuando ésta haya sido concluida, y fundan su posición a) **en que el Código Civil Art. 994** se refiere a las obras *que se trate de construir* y no a las *ya construidas*, y b) en la naturaleza preventiva de la acción.

Sin embargo, no hay razones lógicas que impidan la procedencia de la denuncia de obra nueva cuando ésta ha sido terminada; en primer lugar, porque quienes sostienen esa tesis lo hacen basándose en la naturaleza preventiva de tal acción, la cual, como hemos visto, no tiene ya asidero en nuestro país; en segundo lugar, porque sería injusto castigar al legítimo poseedor denunciante *premiando la rapidez al construir que tenga el invasor*, y, por último, porque la interpretación racional del artículo 1014 del Código Civil -que permite al querellante denunciar la obra hasta un año después de habérsela iniciado- nos lleva a la conclusión de que es posible **-y justo- que** la pretensión del actor sea aceptada en sentencia,

aun cuando, al presentar la demanda, la obra hubiera estado ya terminada.

**5.- LA NULIDAD DE LAS ADJUDICACIONES EFECTUADAS POR EL MUNICIPIO DE GUAYAQUIL A FAVOR DE LOS DEMANDADOS.-** Los demandados, al proponer excepciones, manifestaron ser propietarios de los terrenos en los que se había construido las obras nuevas denunciadas y para demostrar ese aserto incorporaron al proceso las **protocolizaciones** de varias resoluciones en las cuales consta que la Municipalidad de Guayaquil se los vendió (fs. 42 a 376 y fs. 447 a 454).

En este punto debemos destacar que las indicadas **ventas** y su **inscripción** son absolutamente **nulas**, según lo demostramos a continuación:

- a) NULIDAD DE VENTA.-Conforme a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 1767 del Código **Civil**, *la venta de bienes raíces no se reputa perfecta si no se ha otorgado escritura pública*, la cual, usando palabras del artículo 28 de la Ley Notarial, es la "matriz que contiene los actos o negocios jurídicos **que las personas otorgan ante notario** y que éste autoriza e incorpora en su protocolo". Pues bien, los documentos que han incorporado al proceso los demandados (fs. 42 a 376 y fs. 447 a 454) -supuestamente para probar su dominio sobre los terrenos en que se construyó las obras nuevas denunciadas- **no son escrituras públicas, sino meras protocolizaciones** de resoluciones de la Municipalidad de Guayaquil en las que se decide vender ciertos solares a ciertas personas. Y como los señores Ministros conocen, la

protocolización de un documento no le otorga a éste la categoría de escritura pública, pues no ha **sido otorgado ante el notario.**

Corolario de lo anterior es que la totalidad de los documentos que obran de fojas 42 a 376 y 447 a 454 son absolutamente nulos, pues conforme dispone el artículo 1725 del Código Civil tal clase de nulidad se produce por la omisión de algún requisito o formalidad que la Ley -en este caso, el artículo 1767 del Código Civil- prescribe para el valor de ciertos contratos en atención a su naturaleza (compraventa). Pues bien, como el artículo 1726 del Código Civil faculta a los jueces para declarar la nulidad absoluta de un acto cuando el vicio que lo invalida aparece de manifiesto en él -y es evidente en este caso que el vicio fluye del documento mismo, **pues éstos no son escrituras públicas-** solicitamos a los señores Ministros que declaren de oficio la nulidad de los antes indicados documentos pues, como enseñan en España los profesores Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, en su conocido "Sistema de Derecho Civil":

**"Es doctrina jurisprudencial que la nulidad radical y absoluta opera ipso iure, es automática, por lo que puede ser declarada de oficio por los Tribunales sin necesidad de petición expresa de parte.** (Ss. de 27 de mayo de 1949, 29 de octubre de 1949, 23 de junio de 1966 y 14 de marzo de 1983) pero para que se haga esa declaración han de estar presentes en el pleito todos los que intervinieron en su celebración, o sus sucesores o causahabientes, porque nadie puede ser condenado sin haber sido oído (Ss. de 17 de mayo de 1940 y 7 de marzo de 1972),salvo que la nuli-

**dad por violación de un precepto legal sea clara y patente** (S. de 5 de abril de 1986)".

(Volumen II, Quinta Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1988, página 113).

criterio compartido en Colombia, en donde rige un Código Civil similar al patrio, por los profesores Guillermo y Eduardo Ospina, en su conocida "Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos", quienes, respecto de la facultad otorgada a los jueces para declarar de oficio nulidades absolutas que aparecen de manifiesto en un acto jurídico, comentan:

"Consagra así la ley una importante excepción a los principios dispositivo acusatorio que predominan en el derecho procesal civil clásico latino, según los cuales la potestad decisoria de los jueces debe ceñirse a las pretensiones de las partes litigantes (litis-contestatio)".

Y más adelante agregan:

"La actuación oficiosa de los jueces para pronunciar en concreto la declaración de las nulidades absolutas está circunscrita a los casos en que éstas aparezcan de manifiesto en el acto o contrato, lo que supone, en primer lugar, que dicho acto o contrato esté sub iudice, o sea, que haya sido traído a un proceso en el que se pretenda su validez, pues sería extravagante pensar que la facultad y el deber de los jueces pudiesen llegar hasta imponerles a éstos la obligación de pesquisar extra-juicio los actos con objeto a causar ilícitos, con deficiencias formales, o celebra-

dos por incapaces absolutos. En segundo lugar, la causal de la nulidad absoluta debe ser manifiesta, vale decir, patente, ostensible, evidente, de modo tal que para establecerla el juez no tenga que ocurrir a otros actos o medios probatorios distintos".

(Tercera Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1987, páginas 460 y 461.

Para mayor abundamiento, transcribimos a continuación, el criterio que, sobre este tema, tuvo, el 1938, una Sala de nuestra Corte Suprema.:

"Al apreciar el juez en la sentencia, en virtud de una función propia suya, la prueba de un acto o contrato viciado de nulidad absoluta manifiesta, esto es, ni siquiera aparentemente válido, debe declarar esa nulidad, aun sin petición de parte, en cumplimiento del Art. 1673 ya citado, cuando de lo contrario reconocería la eficacia de los derechos y obligaciones que se originan del acto o contrato y que constituyen la materia de la controversia, prestando de esta suerte su concurso para hacerlos efectivos".

(G.J. Serie V, N° 154, página 3775).

- b) NULIDAD DE LAS INSCRIPCIONES.-** 1) Según la Ley de Registro (Art. 1), únicamente puede inscribirse en los correspondientes registros los títulos y documentos que la Ley *exige* o *permite*, y conforme ordena el artículo 25 de dicha Ley, está sujeto a registro "todo *contrato* o *acto entre vivos* que cause traslación de la propiedad de bienes raíces" (literal a). Mas resulta que las protocolizaciones presentadas por los demandados (fs. 42 a 376 y 447 a 54), las cua-

les han sido inscritas en el Registro de la Propiedad de Guayaquil, no contienen contrato o acto entre vivos alguno **sino meras declaraciones unilaterales** emitidas por la Municipalidad de Guayaquil expresando su deseo de vender, a ciertas personas, varios lotes de terreno que, para abundar, no eran de su propiedad.

Consecuentemente, se ha inscrito un documento que la Ley *ni permite ni exige, lo cual vicia de nulidad el indicado acto* (la inscripción), y la Corte Suprema puede declararla de oficio pues el simple examen de los documentos presentados por los demandados revela que éstos no contienen sino - reiteramos - meras declaraciones unilaterales de voluntad y **no acto o contrato entre vivos alguno.**

2) Finalmente, subrayamos que del texto de todas las resoluciones municipales cuya nulidad alegamos, fluye claramente que el Cabildo aducía ser propietario de los terrenos que vendió en virtud de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 144, publicado en el R.O. N° 591 del 3 de octubre de 1983, el cual reformó el Decreto Legislativo publicado en el R.O. N° 67 del 16 de noviembre de 1979. Posteriormente, el Decreto Legislativo N° 144 fue reformado por el Decreto Legislativo N° 27 (R.O. N° 502 del 18 de agosto de 1986), en cuyo artículo segundo se expropió ciertas áreas en las zonas marginales de Guayaquil, en favor del Municipio de ese cantón, para que sean vendidas a las personas que los habitaban por lo menos durante un año.

**Las indicadas áreas son:**

"MAPASINGUE, LA PROSPERINA, EL SECTOR 89, situado **en el** kilómetro 10 de la vía Guayaquil-Daule", los terrenos de propiedad de la Sociedad Protectora de la Infancia **en el llamado** sector "CAMAL BARRIO CUBA", los sectores "JUAN GOMEZ RENDON", en la parroquia rural Villamil "COOPERATIVA DE VIVIENDA 24 DE AGOSTO". "PRECOOPERATIVA ASAAD BUCARAM", del sector Paquisaha de la parroquia Pascuales, "PRECOOPERATIVA PASTOR VERA", y, **en** el cantón Salinas, las Cooperativas "23 DE MAYO" y "PEDRO JOSE RODRIGUEZ FLORES".

En este punto, **hacemos presente a los señores ministros que los terrenos de propiedad de U.D. S.A. jamás fueron expropiados, y en consecuencia, el Municipio de Guayaquil jamás fue propietario de ellos y, como es obvio, no podía transferir su domicilio (Art. 717 Código Civil).** Como prueba de esta afirmación, introducimos al proceso una certificación extendida en julio 27 de 1993 por la Municipalidad de Guayaquil de la que fluye con claridad que los terrenos de la Urbanización A., de propiedad de U.D. S.A., no están comprendidos en los terrenos expropiados a favor de dicha Municipalidad, documento que con todo respeto les solicitamos sea considerado como prueba, conforme a la atribución que confiere a la Corte Suprema el artículo 122 del Código de Procedimiento Civil.

Habiéndose demostrado que la Municipalidad de Guayaquil no era propietaria de los terrenos vendi-

dos a los demandados, **ese es otro** motivo para que la Corte Suprema declare la nulidad de las inscripciones de las ventas efectuadas a favor de los demandados, cuyas protocolizaciones constan de fs. 42 a 376 y fs. 447 a 454 del proceso, pues según ordena el artículo 12 de la Ley de Registro, cuando se vende un inmueble por quien no es su dueño -como en este caso- el Registrador de la Propiedad debe negar la correspondiente inscripción, lo cual no se hizo, viciándola de nulidad.

**6.- PETICIONES FINALES.-** En mérito de todo lo expuesto, solicitamos a los señores Ministros:

- a) Que se revoque la sentencia de segunda instancia, se acepte la demanda, y en consecuencia, se ordene la destrucción de las obras construidas en los terrenos de nuestra propiedad, disponiendo la restitución de las cosas a su estado anterior, a costa de los demandados.
- b) Que se declare la nulidad de las ventas que constan de fs. 42 a 476 y fs. 447 a 454, así como la inscripción de ellas efectuada en el Registro de la Propiedad de Guayaquil.
- c) Que se condene a los demandados a pagar las costas procesales, entre las que se incluirá los honorarios de nuestros abogados

**7.- NOTIFICACIONES Y AUTORIZACION.-** Sírvanse prevenir al Señor Secretario para que las notificaciones dirigidas a U.D. S.A., sean depositadas en Quito, en el casillero judicial N° 000.

U.D. S.A.