



GRUPO
EMPRESARIAL
CEAS

ESPECIALISTAS

Análisis legal de la naturaleza jurídica del procedimiento establecido en la reforma del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

José Mauricio Jaramillo V.

**ANALISIS LEGAL DE LA NATURALEZA JURIDICA DEL PROCEDIMIENTO
ESTABLECIDO EN LA REFORMA DEL ARTÍCULO 58 DE LA LEY ORGÁNICA DEL
SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

AUTOR:

José Mauricio Jaramillo Velasteguí

Mayo de 2014

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION	4
CAPITULO 1.....	8
Propiedad Privada y Expropiación	8
Definición de Propiedad	8
Limitación al Derecho de Propiedad	10
Confiscación	13
Expropiación	14
Sujetos de la Expropiación	17
Objeto de la Expropiación	18
Trámite Administrativo Posterior a la Declaratoria de Utilidad Pública	20
Avalúo Municipal	21
Proceso Judicial de Expropiación	23
Principales Conceptos que nacen del Proceso judicial de acuerdo a las normas del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano	23
Reversión	24
Alternativas acerca de la impugnación de la Resolución de Declaratoria de Utilidad Pública.....	26
Fin de la Vía Administrativa	29
Alternativas del Administrado para Reclamar en la Vía Judicial y Constitucional	30
CAPITULO II.....	32
Definición de la naturaleza Jurídica de la Expropiación, en base a la reforma	32
Origen y Naturaleza de la Institución Jurídica de la Expropiación	32
Consideraciones Generales sobre el Avalúo y la Negociación	34
Sobre el Avalúo.....	34
La Negociación	35
¿Tiene sentido el Juicio de Expropiación?.....	36

La Ocupación Inmediata	38
Sobre el daño emergente.....	39
La Expropiación Analizada a través de los Convenios Internacionales	40
Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador	42
CONCLUSIONES	49
RECOMENDACIONES	50
BIBLIOGRAFIA	53

Antecedentes:

La expropiación como herramienta jurídica nace como una limitación a la propiedad, que tiene su sustento en la necesidad estatal de utilizar bienes que están a manos de privados, para la consecución de sus fines.

En el paquete de reformas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicadas en el Registro Oficial, Segundo Suplemento, del 14 de octubre de 2013, se encuentra una que puede parecer menor, pero cuyos efectos deben ser considerados en el campo del estudio como muy importantes y de fondo. Es el caso de la reforma al artículo 58 de la Ley ibídem, que expresa lo siguiente:

“Artículo 16.- Refórmese el artículo 58 de la siguiente manera: ...

2. Cámbiese el texto del séptimo inciso por el siguiente:

En el supuesto de que no sea posible un acuerdo directo se procederá al juicio de expropiación conforme al trámite previsto en el Código de Procedimiento Civil. ***El juez en su resolución está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad***, sin perjuicio de que el propietario inicie las acciones que le franquea la Ley respecto a un eventual daño emergente.” ...

Esta reforma modifica en el fondo el trámite administrativo de la declaratoria de utilidad pública, así como el juicio de expropiación. Abre la discusión a temas delicados como el derecho a la propiedad, el bien común frente al particular, así como la aplicación de normas constitucionales y legales dentro de su escala de gradación, en relación a derechos que podrían ser afectados.

A lo largo de este análisis y argumentación jurídica podremos determinar el alcance real de la reforma y su incidencia en el quehacer administrativo y jurídico del Ecuador.

Este trabajo empezará con el análisis respecto al conflicto que se presenta en este caso entre el interés general en contraposición del interés particular, luego repasaremos conceptos básicos de propiedad y las formas en que las leyes la limitan, así como figuras que en efecto atentan a su pleno ejercicio, para luego continuar con la definición de la naturaleza jurídica de la expropiación, elementos y procedimiento, todo esto con base en la reforma indicada en el primer párrafo de esta introducción.

Por último, determinaremos las conclusiones y recomendaciones que conforme al análisis realizado estemos en condiciones de presentar como aporte académico de este trabajo.

Para emprender en este análisis, consideramos importante partir, de igual manera, con el carácter de introductorio, un análisis del interés general en contraposición del interés particular.

Interés general versus interés particular

Interés particular.-

La naturaleza humana ha determinado que las personas a lo largo de la historia primero se fijan en la satisfacción de sus necesidades por sobre las de la comunidad, si bien también en el momento de vivir en sociedad el ser humano ha desarrollado la visión de comunidad, no es menos cierto que siempre ha subsistido y subsistirá la visión personalista.

Para la visión con la que llevaremos este trabajo diremos que el interés particular tiene mucha relación con la propiedad privada, garantizada en nuestra Constitución. Sin embargo, el interés particular tiene una concepción mucho más amplia.

Entenderemos por tanto, que el interés particular se refiere a todos los aspectos del desarrollo personal en la sociedad y no solo en relación con la propiedad.

Incluso este interés particular se ve respaldado en el artículo 85 de nuestra Constitución, al referirse a las políticas públicas, establece en el numeral 3, que:

Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.¹

Con esto se demuestra que no se debe desatender el interés particular, en especial cuando se ven amenazados derechos constitucionales.

Sin embargo, como hemos analizado el interés particular siempre estará supeditado al interés general o nacional.

Interés general.-

Son deberes y obligaciones de los ciudadanos y ciudadanas del Ecuador, de acuerdo con la Constitución, entre otros, el contemplado en el numeral 7, del artículo 83, que establece que se debe promover el bien común y anteponer el ***interés general al interés particular***, conforme al buen vivir.

Como hemos visto, el interés general, social, o nacional, considerados como sinónimos, siempre estará antepuesto al interés del particular, por esa razón al hablar de la expropiación encontramos inmediatamente relacionado a la declaratoria de utilidad pública o de interés social.

Entenderemos entonces que el interés social es cualquier forma de interés prevalente al individual del propietario del bien que está siendo objeto de este procedimiento expropiatorio.

¹ Constitución de la República del Ecuador, R.O. No.449, 20 de octubre 2008. Art. 85, No.3.

El interés general debe ser entendido no solo como la motivación de las decisiones, sino como el fin y el efecto de la administración pública, ya que con la acción de la autoridad se debe buscar la satisfacción a necesidades del mayor segmento de la sociedad, ya sea con la obra pública o con el servicio a la ciudadanía, o de ambos. Como por ejemplo: la construcción de una central hidroeléctrica, tiene la característica de obra pública y con su ejecución se puede brindar un mejor servicio público a la sociedad en general.

Este interés general o social no puede ser potencial, tiene que ser inminente, obedecer como hemos visto, a la planificación y ser implementado de manera inmediata, ya que en el caso expreso de la expropiación, este debe cumplir sus fines o empezar a ser ejecutada la obra o brindar el servicio planificado, en un plazo perentorio.

Con todos estos preceptos, debemos entender y dejar claro que dentro de la ejecución de los proyectos que se planifiquen y ejecuten con fines de interés social, deben ser llevados dentro de un debido proceso, esto es, cumpliendo con las obligaciones contempladas en las normas para las partes, en este caso para los ciudadanos que serían expropiados de sus bienes y el Estado.

Como lo hemos expuesto, el interés general esta sobre el interés particular, dentro de los casos que la Ley lo permita, y cuando esto sucede, las entidades públicas (Administración) comienzan con sus procesos declarando en utilidad pública los bienes necesarios para cumplir con los objetivos planificados; debiendo cumplir con los procedimientos necesarios para esos fines. El procedimiento como tal será explicado más adelante.

Con lo analizado, se colige que el interés particular se encuentra dentro del tema en cuestión por debajo del interés general, hablando dentro de una prelación en el ámbito social, lo cual se alcanza cumpliendo con los derechos y procedimientos establecidos en la Constitución, leyes y reglamentos emitidos por autoridad competente.

Propiedad y Expropiación.

Definición de Propiedad.-

Para los fines de este trabajo, la definición de propiedad que nos interesa está ligada con el concepto de Dominio, tal como lo establece el Código Civil ecuatoriano, que indica en su artículo 599, que el dominio que se llama también propiedad, es: *“el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social.”*²

Otra definición que encontramos en la obra de Diego Guerra, define al derecho de dominio: *“... como el que se tiene sobre una cosa corporal para usar, gozar y disponer de ella de modo absoluto, exclusivo y perpetuo, según la voluntad de cada individuo, cuidando de no afectar el derecho ajeno.”*³

De igual forma, Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, define a la propiedad o dominio, de la siguiente manera: *“Facultad de usar y disponer de algo; y en especial de lo que es propio.”*⁴

En estas definiciones encontraremos algunos elementos que ayudan a su entendimiento, en este caso encontramos: I) Que es un derecho Real; II) Sobre un bien; III) del que se tiene el uso, goce y disposición; y IV) Limitado a las Leyes y al derecho ajeno.

² E. Carrión, *Curso de Derecho Civil de los Bienes*. Quito: Ediciones de la Universidad Católica, 1982, p. 111.

³ Diego Guerra, *El Proceso Expropiatorio en el Derecho Municipal Ecuatoriano*. Vol.7. Quito: Municipio del Distrito Metropolitano de Quito. Procuraduría del Distrito, 1995, p. 41.

⁴ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Volumen II*. Buenos Aires: Editorial Heliastrea, 1981, Edición 16.

La propiedad ha sido protegida y limitada a lo largo del desarrollo normativo, tanto constitucional como en el marco de las leyes secundarias. En el Ecuador las diferentes Constituciones que nos han regido, contemplan los conceptos de propiedad, su derecho a ella y las limitaciones que deben observar. Así tenemos que en la Constitución vigente, en el artículo 66 (referente a los derechos de libertad), numeral 26, reconoce el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental.

El elemento de responsabilidad ambiental, aparece como diferenciador en relación con lo establecido en anteriores Constituciones, ya que con el avance del tiempo y la necesidad de proteger el medio ambiente, el Estado está en posibilidad de restringir el derecho a la propiedad, incluso, si se detectare que existe un mal uso de un bien privado que tiene afectación directa con el medio ambiente.

Esta protección que se ha brindado a los derechos de propiedad en el Ecuador, generalmente han determinado la imposibilidad de aplicar cualquier forma de confiscación, tema al que haré referencia en lo posterior.

Al igual que en anteriores Constituciones, la limitación que existe respecto a la propiedad y su uso y goce, se encuentra en el artículo 323, en el que se establece la posibilidad de que cuando exista la necesidad de ejecutar planes de desarrollo social, manejar en forma sustentable el ambiente o correspondan a proyectos de bienestar colectivo, todas las Instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, están en capacidad de declarar la expropiación de bienes, previa su **justa valoración, el pago de una indemnización y su pago de conformidad con la ley**. De igual manera, como se dijo antes, no contempla la posibilidad de confiscación.

La propiedad es un elemento esencial de la Institución de la Expropiación, su relación por tanto es directa, esto debido a que el Estado dentro de la planificación que pueda tener en la ejecución de los planes y proyectos para la consecución de los fines que lleven a lo que se ha denominado “el buen vivir”, en caso de que requiera ese bien privado, sólo puede aplicar esta figura jurídica para su apropiación.

Tampoco podemos llegar al extremo de decir que la propiedad privada solo debe tener una visión netamente social, debemos encontrar un equilibrio y sobre todo que cualquier actuación de parte del Estado debe estar encaminada a satisfacer el interés general o bien común y cumplir con una debida motivación tanto en lo jurídico como en lo práctico. Sin embargo, su aplicación debe ser vigilada adecuadamente para evitar que se produzcan abusos.

Limitación al Derecho de Propiedad.-

Como dijimos el ordenamiento legal establece garantías a los derechos de propiedad, pero también lo hace en relación con limitaciones, entre ellas la expropiación por interés social.

Cuando definimos la propiedad dijimos que las limitaciones pueden ser en orden legal como en relación con el derecho ajeno. Nos encuadraremos en que la expropiación está amparada en preceptos constitucionales y legales, que en nuestro marco jurídico se encuentran referencias en el Código Civil, Código de Procedimiento Civil, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, entre otros, en los que se establecen los casos y mecanismos para su aplicación.

Por lo tanto, esta limitación es legítima, pero no solo el hecho de que esté amparada en la Constitución y la Ley la convierte en legítima, su legitimidad debe estar sustentada en la licitud y buena fe estatal al momento de aplicar la potestad de declarar de utilidad pública o de interés social o nacional un bien, para destinarlo a la ejecución de un proyecto, cuidar el medio ambiente o implementar un plan de desarrollo social, de lo contrario podríamos estar frente a un caso de abuso de autoridad.

Por otro lado, bien se podría pensar que la expropiación no es un límite al derecho de propiedad, sino el medio constitucional y legal para impedir su abuso, en este sentido piensan tratadistas como Wolff y Riser citados por Eduardo Novoa al decir: "... *la*

*expropiación no representa ninguna infracción de la garantía constitucional a la propiedad, sino sólo su transformación en una garantía del valor de la propiedad*⁵.

Sin embargo de lo anterior, a mi criterio, al existir desigualdad entre el Estado y el particular en su actuar respecto a este tema, me inclino más por la tesis que la expropiación constituye ***una limitación a la propiedad de los bienes en relación a los particulares.***

Función Social de la Propiedad.-

El tratadista Royo Villanova citado por el autor Francisco Pera Verdaguer, que:

*... la expropiación forzosa es una institución moderna: a) del Estado Revolucionario individualista, que toma toda clase de precauciones para limitar la propiedad privada; b) del Estado de Derecho que sustituye la apreciación jurídica y reglada de los intereses públicos a la temida arbitrariedad de lo que suele llamarse antiguo régimen y presenta históricamente la expropiación como opuesta a la confiscación; c) del Estado moderno como órgano de solidaridad social que al acentuar su intervencionismo ensancha el concepto de lo que se han llamado deberes sociales de la propiedad.*⁶

Destaco de esta definición que se refiere al Estado como ente que debe velar por la función social que tiene el derecho de propiedad.

Dentro de su obra “La Expropiación Forzosa”, los autores Juan Antonio Carrillo, Francisco López y Emilio Guichot, consideran que existen:

... dos esferas de la intervención pública sobre el derecho de propiedad: de un lado, el campo de las privaciones o mutilaciones de la propiedad que conlleva el resarcimiento de cualquier menoscabo de derechos e intereses de contenido

⁵ Eduardo Novoa, *El Derecho de Propiedad Privada*. México: Temis Librería, 1979, p. 43.

⁶ Francisco Pera Verdaguer, *Expropiación Forzosa*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1970, p. 33

patrimonial; de otro, la función social del derecho de propiedad, que justifica delimitaciones al mismo de las que no hubiera consecuencia indemnizatoria alguna.⁷

La diferencia primordial de este concepto está en abordar el grado de delimitación o limitación al derecho, ya sea con la privación o determinación del espacio que será ocupado por el Estado.

Estos autores lo definen como: *“Cabe hablar en consecuencia, de dos tipos de intervenciones administrativas sobre la propiedad en atención a sus diferentes efectos: intervención delimitadora – no indemnizable, e intervención mutiladora – o expropiación.”*⁸

Con estas consideraciones podríamos ejemplificar la delimitación, como limitaciones y servidumbres a bienes que se encuentran colindando con líneas de alto voltaje, trenes, entre otros.

En la obra “Hacia Sistemas Jurídicos Plurales”, Oswaldo Ruíz Chiriboga, al comentar sobre el derecho de propiedad, hace alusión a lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió en el caso Salvador Chiriboga, del cual haremos relación a profundidad más adelante, lo siguiente:

... el derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La Función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los

⁷ Juan Carrillo, Francisco López y Emilio Guichot, *La Expropiación Forzosa. Colección El Derecho Administrativo en la Jurisprudencia. Editorial: Lex Nova, 1ra. Edición, 2006, p.27.*

⁸ Juan Carrillo, Francisco López y Emilio Guichot, *La Expropiación Forzosa. Colección El Derecho Administrativo en la Jurisprudencia. Madrid: Editorial Lex Nova, 1ra. Edición, 2006, p.28.*

*supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional.*⁹

Diremos también, que la delimitación de un derecho por la función social que este debe cumplir no es extraña a la legislación, ya que no existen derechos ilimitados.

Confiscación.-

Para los fines de este trabajo de investigación, debemos entender a la confiscación como la incautación de bienes particulares por parte del Estado. Se tiende a confundir la confiscación y la expropiación, más por su forma jurídica que por el fin mismo, su resultado, que implica la consecución por parte del Estado de los bienes de particulares.

La confiscación está prohibida por nuestra Constitución, sin embargo la línea de distinción respecto a la aplicación de otras formas de adquisición de bienes, en especial de inmuebles, por parte del Estado, puede dejar en los administrados la percepción e idea de que en lugar de que se aplique un instrumento legal se esté frente a una confiscación.

Diremos entonces, que el elemento diferenciador entre estos dos conceptos, está en la garantía del valor de la propiedad reconocido al dueño de la misma, en tal virtud en un régimen democrático y en un Estado de Derechos y Justicia como el Ecuador, no se aplica ningún tipo de confiscación.

Existen otros conceptos que podrían confundir sobre este aspecto, tales como el comiso de bienes, que pueden y deben ejecutarse cuando los bienes particulares son utilizados para la comisión de delitos, tales como delitos hidrocarburíferos, esto es, la comercialización ilegal de derivados del petróleo, como por ejemplo de gasolina o gas, o en delitos aduaneros como el contrabando.

En virtud de lo indicado, la Confiscación tiene como elemento principal la arbitrariedad en su consecución, a menos que corresponda al resultado de la aplicación de una pena.

⁹ H. Rudolf, *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales: Reflexiones y Experiencias de Coordinación entre el Derecho Estatal y el Derecho Indígena*. Bogotá: Ediciones Antropos Ltda., 2008, p.241.

La confiscación se ha presentado en otros momentos de la historia, tales como Monarquías, o en las dictaduras o regímenes totalitarios, aunque ellos hayan tenido como respaldo Leyes que las sustenten.

Expropiación.-

A lo largo de la historia podemos encontrar que la expropiación ha sido una figura o institución jurídica que se ha utilizado, no necesariamente con ese nombre, pero si con características similares y con el fin mismo de transferir la propiedad de un bien particular al Estado.

Encontramos ejemplos en el Derecho Romano en que si bien se expropiaba determinados bienes, el elemento diferenciador del pago quedaba al arbitrio del Emperador.

En el derecho francés a partir de la revolución francesa, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el punto Diecisiete se expresa: *“Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, si no es porque la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija en forma evidente y bajo la condición de una indemnización previa y justa”*.¹⁰

En América Latina existen ejemplos a partir del siglo diecinueve en países como Argentina, Colombia, Chile, Cuba, Uruguay, Guatemala, en fin, en todas las legislaciones incluida la ecuatoriana.

Concepto.-

Empecemos por lo que establece el Diccionario de la Lengua Española, que sobre la expropiación establece: *“Desposeer de una cosa a su propietario, dándole en cambio una*

¹⁰ *Enciclopedia Jurídica OMEBA, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina. Volumen XI, 1974, p.644.*

*indemnización, salvo casos excepcionales. Se efectúa legalmente por motivo de utilidad pública.”*¹¹

Cabanellas, en su Diccionario de Derecho Usual, entiende a la expropiación de la siguiente manera:

*La expropiación forzosa es el apoderamiento de la propiedad ajena que el Estado u otra corporación o entidad pública lleva a cabo por motivo de utilidad general y abonando justa y previa indemnización. Desde el punto de vista del propietario, viene a ser la pérdida o privación inexcusable de todos o parte de sus bienes, por requerirlo el bien público y a cambio de una compensación en dinero.*¹²

Para el profesor Guillermo Borda: *“La Expropiación consiste en la apropiación de un bien por el Estado, por razones de utilidad pública, mediante el pago de una justa indemnización”*.¹³

Decimos de un *bien*, porque no sólo las cosas sino también los derechos pueden expropiarse.

El tratadista venezolano Víctor Hernández, en su ponencia en el V Congreso Nacional de Derecho Administrativo, nos señala como la definición que hace la jurisprudencia y la doctrina sobre la expropiación, la siguiente:

“Tanto la Corte Federal y de Casación como la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa definen la expropiación como una institución de Derecho Público mediante la cual la Administración para el cumplimiento de fines públicos,

¹¹ *Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. Edición 22, 2007, p.622.*

¹² *Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Volumen II. Buenos Aires: Editorial Heliastrea. Edición 16, 1981 p. 153.*

¹³ *Guillermo Borda, Tratado de Derecho Civil. Buenos Aires: Editorial Perrot. Segunda Edición, 1978, p.345*

logra coactivamente la adquisición de bienes muebles o inmuebles, siguiendo un procedimiento determinado y pagando una justa indemnización.”¹⁴

Para el profesor Roberto Dromi, la expropiación es: “...el instituto de derecho público mediante el cual el Estado, para el cumplimiento de un fin de utilidad pública, priva coactivamente de la propiedad de un bien a su titular, siguiendo determinado procedimiento y pagando una indemnización previa, en dinero, integralmente justa y única.”¹⁵

De igual manera, coincido con el profesor Genaro Eguiguren, que en su obra “Nuevas Instituciones de la Contratación Pública”, expone que: “Toda expropiación comporta cinco elementos esenciales: 1. El fin que determina la expropiación, o sea la declaratoria de utilidad pública o de interés social. 2. Los sujetos expropiante y expropiado. 3. El bien objeto de la expropiación. 4. La indemnización a pagar. 5. El procedimiento expropiatorio.”¹⁶

Estas definiciones tienen puntos coincidentes que nos llevan a concluir que esta Institución de Derecho Público es la que permite a la administración adquirir la propiedad particular para el dominio estatal, como consecuencia del interés general en relación a la utilidad pública que se le dará al bien, a cambio de una indemnización justa como compensación por la privación de su derecho.

¹⁴ Víctor Hernández, *Aportes para un Estado Eficiente*. Lima: Palestra Editores, 2012, p.333.

¹⁵ Roberto Dromi, *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones ciudad Argentina, 1998, p.601

¹⁶ Genaro Eguiguren, *Nuevas Instituciones de la Contratación Pública*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2001.

Sujetos de la Expropiación.-

La mayor parte de autores consultados coinciden en que los sujetos de la expropiación son básicamente dos: el expropiante y el expropiado.

Expropiante.-

Se lo conoce como sujeto activo, legitimado activo o expropiante, le corresponde al Estado, representado por la República, a las personas jurídicas de derecho público, empresas públicas, gobiernos descentralizados territorialmente, en fin a toda Institución pública legalmente facultada y con la potestad para declarar de utilidad pública con fines de expropiación. También pueden operar como sujeto activo personas jurídicas no estatales (como lo señala Brewer-Carias), como concesionarios o contratistas de obras, siempre que estén debidamente facultadas para aquello.

Sin embargo, existen otros criterios que consideran que cuando se requiera por parte de un concesionario o contratista de una obra estatal, acceder a un determinado bien para continuar con su servicio o la debida ejecución de una obra, existe la figura del “beneficiario de la expropiación”.

El beneficiario conforme lo expone el profesor Eduardo García de Enterría, es: *“el adquirente inmediato en la transmisión forzosa que se efectúa o el que de otro modo se beneficia directamente del contenido del acto expropiatorio cuando éste no se concreta en una transmisión de propiedad pura y simple.”*¹⁷

Me atrevería a decir en este caso que estamos frente a una expropiación indirecta.

Expropiado.-

También denominado legitimado pasivo, sujeto pasivo o expropiado, se refiere a: *“todas aquellas personas naturales y jurídicas propietarias de los bienes sobre los cuales recaiga*

¹⁷ Eduardo García de Enterría, *Los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Madrid: Aranzadi S.A., 2006, p.55.

*el decreto de afectación, es decir, todo particular de bienes que sean susceptibles de ser expropiados.”*¹⁸

También pueden ser sujetos pasivos de una expropiación las personas jurídicas de derecho público a quienes se les expropien bienes sobre los cuales tengan titularidad.

Objeto de la Expropiación.-

En la obra del profesor Eduardo García de Enterría, el objeto de la expropiación tiene un espectro muy amplio, en principio puede ser sacrificada por la administración, toda situación patrimonial de cualquier naturaleza, real, de crédito, pública o privada.

El doctor Efraín Pérez en su estudio de Derecho Administrativo, al referirse al objeto de la expropiación, considera que en la actualidad no solo son expropiables los bienes inmuebles, sino toda clase de bienes y derechos, con excepción de aquellos que son de índole personal.

En la Legislación Nacional existe la posibilidad de expropiar bienes culturales, históricos y arqueológicos, conforme a la Ley de Patrimonio Cultural.

Procedimiento de Expropiación y Declaratoria de Utilidad Pública.-

La expropiación como tal, tiene como antecedentes en especial la planificación estatal respecto a los proyectos y programas de toda índole que deben existir, ese debe ser su punto de partida.

La declaratoria de utilidad pública no puede ser el resultado de la improvisación, debe obedecer a la planificación previa, que incluye en su realización todos los aspectos que establece la ley, esto es: planificación, programación, presupuestos definidos, que sean el resultado de estudios completos para la realización de la obra pública, que incluyan los

¹⁸ Víctor Hernández, *Aportes para un Estado Eficiente*. Lima: Palestra Editores, 2012, p.338

valores que deberán ser reconocidos como parte de los procesos de expropiación que se requieran ejecutar para el desarrollo del proyecto concreto.

En un proceso de expropiación, en la práctica, deben intervenir varias de las áreas técnicas de una Institución o Empresa Pública, ya que no corresponden solo a un área como la jurídica, que debe cumplir su parte del proceso, más este obedece al cumplimiento previo de áreas como las técnicas, de planificación, financiera, entre otras.

Una vez que el proceso previo se ha cumplido, el representante legal, máxima autoridad administrativa de la entidad pública, debe emitir la resolución de declaratoria de utilidad pública o de interés social. Esta declaratoria es el aspecto primordial del proceso de expropiación, no puede ser sustituido por ningún otro instrumento, so pena de que el procedimiento carezca de idoneidad y se convierta en un proceso irregular, que podría terminar como analizamos anteriormente, en un proceso confiscatorio.

La máxima autoridad de la entidad pública deberá emitir la resolución, que versará obviamente sobre bienes de propiedad privada materia de la expropiación, lo debe hacer mediante acto motivado (legal y objetivo) en el que constará obligatoriamente la individualización del bien o bienes requeridos y los fines a los que se destinará. Se acompañará a la declaratoria el correspondiente certificado del registrador de la propiedad, que individualice el bien a ser expropiado.

En la declaratoria de utilidad pública se deben incorporar todos los elementos constitutivos de la expropiación, como son: el avalúo del bien, sus características y linderos (en caso de bienes inmuebles), la partida presupuestaria y la certificación de disponibilidad de fondos con los que se cancelarán los valores al propietario del bien expropiado, recordemos que una de las características de la expropiación que lo distingue de una confiscación, es el pago del precio del inmueble a su dueño.

Punto de especial relevancia es el fin al que se destinará el bien expropiado, ahí está la motivación fáctica de la decisión gubernamental para entrar en un proceso expropiatorio, no puede ser otro que el interés social o nacional en el bien, sin el cual no es posible el

cumplir con el proyecto o programa estatal, en los términos del artículo 323 de la Constitución de la República del Ecuador, antes citado.

Otro elemento importante y que debe estar incluido en la resolución de declaratoria de utilidad pública es el de la ocupación inmediata (cuando se requiera), la cual deberá ser autorizada por un Juez de lo Civil, previa la consignación del valor del avalúo municipal del bien. En caso de que dicho elemento no sea considerado, se deberá esperar a la terminación del proceso judicial y a la sentencia que transfiera la propiedad del bien para su ocupación por parte del ente estatal.

Si bien el acto administrativo mediante el cual se declara de utilidad pública no caduca como tal, no es menos cierto que la Institución Pública que expropia el bien debe cumplir con el fin para el cual se determinó el bien expropiado, caso contrario si la cosa expropiada no se destinare al objeto que motivó la expropiación, dentro de un período de seis meses, contados desde que se hizo la última notificación de la sentencia, o no se iniciaren los trabajos dentro del mismo plazo, el dueño anterior puede readquirirla, consignando el valor que se pagó por la expropiación, ante el mismo juez y en el mismo proceso.

Trámite Administrativo Posterior a la Declaratoria de Utilidad Pública.-

Nuestra legislación establece que una vez que se ha emitido por parte de la entidad pública la resolución de declaratoria de utilidad pública por parte de la máxima autoridad administrativa, el siguiente procedimiento administrativo:

- Se deberá notificar al propietario del bien con la resolución y se buscará un acuerdo directo entre las partes, esto es, entre la entidad y el propietario del bien, hasta por el lapso máximo de noventa días, sin perjuicio, de como vimos, previa autorización judicial, se proceda con la ocupación inmediata del inmueble.
- Como elemento para este acuerdo, el precio se fijará en función del avalúo realizado por la Dirección de Avalúos y Catastros de la correspondiente

Municipalidad en que se encuentren el bien materia de la declaratoria de utilidad pública, este avalúo considerará los precios comerciales actualizados de la zona.

- Dentro del proceso de negociación, el precio que se convenga no podrá exceder del 10% sobre dicho avalúo. En la práctica no se produce, pero bien se puede negociar un valor inferior al avalúo efectuado por la Municipalidad, siempre y cuando esto sea aceptado por el propietario del bien inmueble.
- Para la formalización del acuerdo y la transferencia de dominio, se deberá celebrar la respectiva escritura pública, que se inscribirá en el Registro de la Propiedad, para su perfeccionamiento.
- En caso de que no sea posible llegar a un acuerdo directo, se procederá al juicio de expropiación conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil.
- En materia de impuestos, éstos deberán estar cancelados al día por parte del propietario, caso contrario se deducirán del valor final de la transacción.

En el caso de que la expropiación sea tramitada por una Municipalidad, deberá seguir el procedimiento que se regulará por las disposiciones de su propia Ley.

Otro aspecto importante a tomar en cuenta como efecto de esta declaratoria es que se debe inscribir la resolución en el Registro de la Propiedad del cantón en el que se encuentre ubicado el bien, dicha inscripción tendrá como efecto que el registrador de la propiedad se abstenga de inscribir cualquier acto traslativo de dominio o gravamen sobre el bien, salvo el que sea a favor de la entidad que declara la utilidad pública.

Avalúo Municipal.-

De acuerdo con el artículo 63 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el valor del inmueble se establecerá a través de la Unidad de Avalúos y Catastros del Municipio en el que se encuentre ubicado el inmueble, el valor será el que conste registrado antes del inicio del trámite de expropiación, el cual servirá a

efectos de determinar el valor a pagar y para buscar un acuerdo entre las partes, en los términos previstos en la Ley.

Para efectos de nuestro estudio, se torna especialmente importante lo que corresponde al avalúo municipal, ya que conforme a la reforma a la Ley Orgánica de Contratación Pública de octubre de 2013, en lo que corresponde al artículo 58, la incidencia del avalúo en el proceso expropiatorio se vuelve determinante en relación al concepto de justo precio. Me explico, como hemos visto hasta ahora en los conceptos constitucionales y legales que enmarcan el proceso expropiatorio, para que la expropiación no tome visos de otra figura como la confiscación, debe respetar ciertos parámetros, entre ellos el pago del justo precio por parte del Estado al propietario del bien expropiado.

Ahora bien, hasta antes de la reforma mencionada, el avalúo municipal era una referencia para la administración pública, en base a la cual se iniciaba el proceso administrativo de expropiación y, en caso de no existir acuerdo entre las partes respecto al precio, el administrado debía concurrir al juicio de expropiación a fin de que se determine el justo precio a través del proceso judicial, a cargo de un Juez de lo Civil.

Ahora, de acuerdo a la Ley el Juez en su resolución está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad. Esto, sin perjuicio de que el propietario inicie las acciones que le franquea la Ley respecto de un eventual daño emergente.

En las municipalidades que no se cuente con la Dirección de Avalúos y Catastros, o a petición de esa entidad, el avalúo lo podrá efectuar la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, para el efecto se podrá suscribir un convenio de cooperación interinstitucional. Asimismo, la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros realizará el avalúo si es que habiendo sido requerido el Municipio no efectuare y entregare el avalúo en el plazo de treinta días de presentada la petición.

Hay que hacer notar que en el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional existe una contradicción con la Ley, que debe ser corregido, ya que se establece que si judicialmente se llegare a determinar, mediante sentencia ejecutoriada, un valor mayor al

del avalúo catastral, deberán re liquidarse los impuestos municipales por los últimos cinco años, conforme establece el artículo 449 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Esto se contrapone con lo que establece la Ley, en virtud de la actual obligación de que el Juez deberá considerar el avalúo al momento de determinar el precio del bien.

Proceso judicial de Expropiación.-

Una vez que no se ha conseguido el acuerdo directo de las partes respecto al precio del bien declarado como de utilidad pública, corresponde acudir a la justicia ordinaria a fin de determinar el precio justo que se debe pagar por el bien.

Principales Conceptos que Nacen del Proceso Judicial de Acuerdo a las Normas del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano.-

- El juicio de expropiación tiene como único fin el determinar el precio que debe pagarse por el bien inmueble.
- En el proceso no se puede impugnar el acto administrativo que contiene la declaratoria de utilidad pública, eso solo cabe en la vía contencioso administrativa.
- La competencia para tramitar el juicio la tiene el Juez de lo Civil en razón del territorio. Si el propietario no reside en el Ecuador se lo debe citar por la prensa y en el Registro Oficial.
- La demanda debe ser propuesta por el Procurador General del Estado, en caso de que la demanda sea presentada por el Estado o por los representantes legales de las entidades que tengan personería jurídica, o sus delegados.
- La demanda debe contener la individualización del inmueble, así como las edificaciones si es del caso; nombre y domicilio de los dueños del bien o del arrendatario si fuera pertinente; se considera que se debe solicitar la designación

de peritos para que determinen el valor del inmueble, este último detalle debe analizarse si cabe en este momento de acuerdo a la reforma del Art. 58 a la Ley, antes mencionada.

- A la demanda se deben incorporar los siguientes documentos:
 - o Documento que demuestre la personería jurídica para demandar o la Delegación para hacerlo;
 - o Certificado del Registro de la Propiedad, donde se determine el bien y su propietario o poseedor;
 - o El avalúo que sirvió de base para la declaratoria de utilidad pública, que con la reforma al Art. 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es la practicada por parte de la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad correspondiente.
 - o El plano que contenga el inmueble declarado en utilidad pública.

- Cumplido el procedimiento corresponde al juez dictar sentencia, la cual fijará los límites del bien y el precio. Una vez que fuese depositado el valor, se procede a la protocolización de la sentencia y a su inscripción en el Registro de la Propiedad.

- En caso de que se requiera de ocupación inmediata del bien inmueble, se debe consignar el valor del avalúo. El juez en la primera providencia ordenará la ocupación, esta decisión no es apelable y se debe cumplir de manera inmediata.

- En caso de que en seis meses de notificada la sentencia, no se destinare al objeto que motivó la expropiación, o no se iniciaren los trabajos dentro del mismo plazo, el dueño anterior puede readquirir la propiedad, consignando el valor que se pagó por la expropiación, ante el mismo juez y en el mismo proceso.

Reversión.-

Conocida como una garantía jurídica de devolución, se encuentra establecida con la finalidad de que: "...la persona cuyos bienes o derechos son expropiados haga uso de su derecho a readquirir la propiedad del bien que fue expropiado, después de que se ha

consumado la expropiación, ... siempre que se cumplan con los supuestos que cada Ley nacional debe establecer”.¹⁹

El tratadista García de Enterría, coincide en concebir a este derecho como la última garantía que tienen los administrados y expresa que:

...se manifiesta posteriormente a la íntegra consumación de la expropiación, y se concreta en el derecho que se habilita al expropiado para recuperar el bien objeto de la expropiación –en el caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como si hubiera alguna parte sobrante o desapareciera la afectación-.²⁰

Cabe aclarar que la reversión no implica la anulación de la expropiación, de hecho solo opera una vez que esta se ha perfeccionado. Puede ser ejercido ya sea por el directamente expropiado o por sus causahabientes. En la legislación Española se considera como plazo para el ejercicio de este derecho un mes contado desde que se ha notificado por parte de la administración con la posibilidad de que se aplique la reversión.

Quienes quieran ejercer el derecho de reversión deben, tal como se realizó por parte de la administración, de devolver la indemnización recibida. Como consecuencia de este requisito, podemos concluir también, que la reversión cabe cuando ha existido sentencia en el proceso judicial de expropiación, más no en los casos en que se llegó a un acuerdo o negociación directa.

¹⁹ Víctor Hernández, *Aportes para un Estado Eficiente*. Lima: Palestra Editores, 2012, p.361

²⁰ Eduardo García de Enterría, *Los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Madrid: Aranzadi S.A., 2006, p.140

Alternativas Acerca de la Impugnación de la Resolución de Declaratoria de Utilidad Pública.-

La potestad de expropiar se fundamenta en el principio del dominio eminente cuyo ejercicio requiere de un mandato constitucional explícito; para que la expropiación sea legítima deberá efectuarse en aras del bienestar público y se pague una compensación justa y adecuada, para lo cual la máxima autoridad de la Institución emitirá una Resolución de declaratoria de utilidad pública con particularidades y requisitos para que sea debidamente motivada.

No existe duda alguna para considerar que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento son normas especiales, por lo que tiene razón de ser el principio de derecho que señala que este tipo de normas están por encima de las generales de lo que se concluye que la fase del cumplimiento de los requisitos y formalidades para la expropiación y utilidad pública se hallan protegidas por la normativa antes indicada y amparadas a la vez por los Art. 4 y 5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo; en cambio, la fase relativa al precio o el valor a pagarse, corresponde su conocimiento a la justicia ordinaria en atención a las normas del Código Adjetivo Civil.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública manifiesta en su art. 58 en su parte pertinente: ***“Se podrá impugnar el precio más no el acto administrativo, en vía administrativa”***²¹

El sujeto que va hacer expropiado y que por años y generaciones ha vivido ahí lo que le interesa es seguir habitando como señor y dueño, no el precio del bien inmueble ya que de ser así hasta el mismo precio es negociable porque hablamos de cosas materiales más no del derecho de posesión, de estabilidad familiar, de desarrollo, de condiciones culturales y socio económicas que quiere para su familia y sus hijos, en tal consideración se deberá reformar las leyes especiales vigentes en relación a la impugnación del acto administrativo como tal basado en el principio de seguridad jurídica, del derecho a ser tratados iguales, en tal razón, la ley franquea algunos recursos en nuestro ordenamiento

²¹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395, de 04 de agosto de 2008, Art. 58.

jurídico y que deberían ser aplicables en contra de la resolución de utilidad pública, me permito señalar los mismos para que el expropiado pueda tener conocimiento y hacer vales sus derechos en vía administrativa si hubiera dicha reforma:

Según el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) en el artículo 173, determina:

1. Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio de difícil o imposible reparación a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de apelación y de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 129, 130 y 131 de esta norma.

La oposición a los restantes actos de trámite o de simple administración podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento.

2. Los convenios y tratados internacionales podrán sustituir los recursos de apelación o reposición, en supuestos o ámbitos determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos tales como la conciliación, mediación o arbitraje, en los términos de dichos convenios y tratados internacionales y la Ley de Arbitraje y Mediación.

3. Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa, sino solo reclamo. La falta de atención a una reclamación no da lugar a la aplicación del silencio administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada.

4. Los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición.

El sistema expropiatorio exige un conjunto de garantías, una de ellas es la indemnización expropiatoria, a esta hay que añadirle el carácter de jurisdiccional que debe velar por su protección, tal como veremos más adelante al hablar de la Convención Americana de Derechos Humanos.

De igual manera, en el ERJAFE, se prevé la figura del recurso de reposición, contemplada en el artículo 174, que establece que:

Los actos administrativos que no ponen fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente, a elección del recurrente, en reposición ante el mismo órgano de la administración que los hubiera dictado o ser impugnados directamente en apelación ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración.” Y, que: “Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directo del administrado.”²²

Por su parte, el artículo 176, que habla sobre el recurso de apelación, establece que:

Las resoluciones y actos administrativos, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en apelación ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración. El recurso de apelación podrá interponerse directamente sin que medie reposición o también podrá interponerse contra la resolución que niegue la reposición.”²³

Existe la posibilidad de que se plantee, además, un recurso extraordinario de revisión, en el que los administrados o los Ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central Autónoma, en el caso de resoluciones expedidas por dichos órganos, por sus subordinados o por entidades adscritas, podrán interponer ante

²² Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva - ERJAFE, Decreto Ejecutivo 2428, R.O. 536, de 18 de marzo del 2002, Art. 174.

²³ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva...Art. 176.

los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma la revisión de actos o resoluciones firmes cuando concurren alguna de las causas siguientes:

- Que hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho;
- Cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate;
- Cuando en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados en sentencia judicial, anterior o posterior a aquella resolución; y,
- Cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados como delito y así declarados en sentencia judicial firme.

Es importante recalcar, que son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del administrado.

Fin de la Vía Administrativa.-

De acuerdo a nuestra legislación, ponen fin a la vía administrativa:

- a. Las resoluciones de los recursos de apelación y revisión;
- b. Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una ley establezca lo contrario;
- c. Las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca; y,
- d. Los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento.

Cabe mencionar que los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GAD's) se pueden interponer en vía Administrativa los mismos recursos como: *Reposición, Jerárquico o de Apelación y Extraordinario de Revisión*, recursos contemplados y permitidos por el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización (COOTAD).

Además debe considerarse que al interponer cualquiera de los recursos administrativos o solicitar se está garantizando el debido proceso permitiendo de esta manera que ejerzan su derecho a la defensa y el derecho de petición establecido en el Art. 66 numeral 23 de la Constitución de la República del Ecuador, el cual establece: “...*El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo...*”²⁴

En tal razón, al presentar un recurso, queja o petición por parte del administrado; y, si esta no es atendida en el tiempo oportuno siendo o no parte procesal en sede administrativa operaría el Silencio Administrativo, cabe indicar que se deberán cumplir ciertos requisitos indispensables para que aplique este derecho.

Alternativas del Administrado para Reclamar en la Vía Judicial y Constitucional.-

El expropiado en caso que exista la declaratoria de ocupación inmediata del bien podrá acudir ante un juez de primera instancia a fin de plantear una acción de protección por considerar que sus derechos han sido vulnerados, según lo dispone el **Art. 88** de la Constitución de la República del Ecuador en actual vigencia:

*La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.*²⁵

²⁴ Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre del 2008, Art. 66, No. 23.

²⁵ Constitución ... Art. 88.

Esta acción de protección se puede plantear con medidas cautelares que protejan que hasta que no se resuelva no se pueda tener la ocupación del bien inmueble materia de expropiación.

Como ya lo analizamos anteriormente, el juicio de expropiación tiene como fin transferir, a una institución estatal, un bien inmueble que ha sido declarado previamente de utilidad pública. Este juicio tiene como única finalidad el determinar el monto que debe pagarse al propietario del bien como precio del mismo. Es decir, una vez declarada la utilidad pública, el dueño del inmueble no podrá oponerse a la expropiación dentro de este juicio el expropiado deberá contestar a la demanda y litigar en lo referente al justo precio, sin embargo una vez que exista sentencia el expropiado podrá presentar la APELACIÓN en efecto DEVOLUTIVO, según lo estipula el Art. 792 inc. 1 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano.

Si el ciudadano no está de acuerdo con la decisión de Declaratoria de Utilidad Pública, deberá acudir ante un Tribunal Contencioso Administrativo para presentar la respectiva demanda para hacer valer sus derechos en contra de la institución pública que realizó la expropiación una vez que se haya agotado la vía administrativa.

Definición de la Naturaleza Jurídica de la Expropiación, en Base a la Reforma.

Origen y Naturaleza de la Institución Jurídica de la Expropiación

La institución de la expropiación ha existido desde los tiempos de la antigua Grecia y el imperio Romano, donde se hallaron figuras legales muy parecidas a la institución de la expropiación, tales como Códigos de la Construcción y las Leyes del *Operibus Publicis*, las cuales hablaban de las situaciones en las cuales esos históricos imperios debían proceder para ejecutar obras públicas sobre predios de particulares, por tal razón el origen de la expropiación se ha dado desde tiempos inmemoriales, históricamente hablando.

Dentro de su origen, en el ámbito jurídico, nace del derecho natural, tomando en cuenta que siempre el ciudadano debe tener una protección contra los abusos que el Estado puede cometer.

En razón de lo comentado, se debe esclarecer la naturaleza jurídica de la institución analizada, teniendo como punto de partida varias posiciones doctrinarias, las cuales analizan en su generalidad a la expropiación; Siendo así, la doctrina Italiana, a través de autores como Alessi y Lucifredi “*consideran a la expropiación como una prestación obligatoria que el particular mantiene con la Administración, al ser su propiedad considerada útil para el colectivo*”²⁶.

Con otra posición encontramos a la doctrina Española, donde tratadistas como Royo, Villanova, García Oviedo y Fernández Velasco: “*arguyen que la expropiación no es nada más que una limitación al derecho de dominio, que el propietario conserva sobre el bien*”²⁷.

²⁶ Francisco Pera Verdager, *Expropiación Forzosa*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970, p. 29.

²⁷ Francisco Pera Verdager...p. 30.

El tratadista Garrido Falla, manifiesta: *“que la naturaleza jurídica de la expropiación forzosa no puede ser explicada mediante la idea de limitación, pues antes de que la expropiación se acuerde, la propiedad es plena y sin limitaciones y después de acordada no hay limitación sino privación”*.²⁸

Según lo revelado, la expropiación llega a ser una institución jurídica aplicada únicamente por el Estado, que es el ente que tiene la potestad de privar a un particular del dominio en sus bienes para beneficiar a la sociedad.

Con la idea clara de la naturaleza jurídica de la institución, nace otra interrogante, la cual nos conduce a realizar el análisis sobre, ¿Si la figura de expropiación se encuentra dentro del Derecho Público o dentro del Derecho Privado?

Se entendería que si la expropiación es una potestad estatal regida por normas de derecho público, la figura sí estaría dentro de ese ámbito del Derecho; pero hay que tener claro que se realiza una transacción monetaria que sería el pago de la indemnización o justo precio que se encuentra normado bajo una norma de derecho privado; dándonos como resultado que la expropiación tendría una naturaleza mixta tal como lo describe Diego Guerra:

*El fenómeno expropiatorio posee características de ambas figuras, por lo mismo puedo decir que es una figura o institución jurídica de naturaleza mixta. Ambas ramas del derecho gobiernan la expropiación, lo prueban las normas que la rigen. Concierno, la expropiación, al derecho público-constitucional y administrativo porque en él se considera el interés social; la reglamentación general para declararla concierno, así mismo, al derecho civil, porque en él están involucrados el interés privado al dominio y a la indemnización. En la práctica ambos aspectos se compenetrán, y bien puede entenderse que la institución está regida por ambos derechos.*²⁹

²⁸ Francisco Pera Verdaguer, *Expropiación Forzosa*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970, p. 13.

²⁹ D. Guerra, *El Proceso Expropiatorio en el Derecho Municipal Ecuatoriano*. Quito: Edición Trama, 1995, p.31

En conclusión, la expropiación nace del derecho público como del derecho privado, siendo notorio que un proceso expropiatorio se debe aplicar ambos para que se configure la expropiación como institución en la cual el Estado priva del dominio de sus bienes a un particular mediante normas de Derecho Público y, por otro lado, el particular hace uso de sus derechos para recibir una indemnización aplicando normas de Derecho Privado.

Consideraciones Generales sobre el Avalúo y la Negociación.

Sobre el Avalúo:

Como se había mencionado, el avalúo es primordial en este tipo de casos, pues el pago de un “justo precio” constituye la diferencia primordial entre la figura de la expropiación con la de la confiscación. ¿Por qué hace la diferencia ese pago en vez del no pago?, pues porque un pago diminuto afecta de igual forma al individuo propietario del inmueble materia de la expropiación, lo que conculca sus derechos humanos. Por ejemplo, si ese individuo tiene como único bien de vivienda el inmueble a ser expropiado, tanto el no pago como un pago diminuto causarían graves afectaciones a sus derechos tanto patrimoniales como humanos, no constituyendo justificación el hecho de que el bien expropiado vaya en beneficio de la sociedad en general, pues hay que tomar en cuenta que el derecho de cada persona comienza donde termina el derecho de los demás, es decir que no solo se debería en la Ley establecer una compensación económica, sino que primordialmente se debería establecer una compensación que permita al individuo continuar con su forma de vida; y, en los otros casos si podría existir esa compensación económica directa.

Por ello resulta fundamental que el avalúo del inmueble o bien a expropiarse corresponda a su estado actual y real al momento de llevarse a cabo la expropiación. Casi todos los juicios de expropiación se dan en razón de que el avalúo resulta irrisorio y no llena las expectativas que en el mercado podría valer ese bien. Esto ocurre porque la mayoría de municipios no actualicen permanentemente el valor de los predios y cuando lo hacen, esos avalúos no reflejan los verdaderos valores de mercado, aunque en otros casos como en Quito, sobrepasan los valores de mercado en ciertos lugares, tal vez por equivocación o error de cálculo, por lo que se han presentado varias quejas al respecto.

Antes de las reformas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicadas en el Registro Oficial No. 100, de lunes 14 de octubre del 2013, *la litis* en el juicio de expropiación se trababa alrededor de la fijación del justo precio, más con la reforma en mención que indica:

*En el supuesto de que no exista un acuerdo directo se procederá al juicio de expropiación conforme al trámite previsto en el Código de Procedimiento Civil. El Juez en su resolución está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad, sin perjuicio de que el propietario inicie las acciones que le franquea la ley respecto de un eventual daño emergente.*³⁰

Ya no existiría que discutir en el juicio y por ende el Juez no tendría ninguna función que cumplir, pues al resolver debe acogerse al avalúo municipal, sin más trámite ni consideración.

Al perderse la razón de ser del juicio de expropiación, que según nuestra legislación era solamente la de fijarse el justo precio, mediante las pruebas y peritajes dispuestos dentro del proceso, la participación del aparato judicial no resulta necesaria, sino que más bien la autoridad administrativa que declare la utilidad pública o de interés social de un inmueble, debería ser a su vez la encargada de disponer el pago, pues alrededor de él no existe controversia alguna, sino más bien la creación de una especie de premio a quien se allane a la declaratoria, al establecerse o mantenerse en la Ley que solamente a quienes lleguen o arriben a un acuerdo con la autoridad se les **podrá** otorgar hasta el DIEZ % sobre el avalúo del inmueble como pago, es decir que sigue estando en la autoridad administrativa de la que emanó tal declaratoria la facultad de un pago adicional. Siendo así y prohibiéndosele al juez disponer un pago mayor al del avalúo catastral, **carece de sentido la judicialización de la expropiación.**

³⁰ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, RO. No.100.

La Negociación.

En relación a la negociación también hubo reforma en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que fuera publicada en el Registro Oficial No. 100, de lunes 14 de octubre del 2013, en la que se dispuso: *“Perfeccionada la declaratoria de utilidad pública o de interés social, se buscará un acuerdo directo entre las partes, hasta por el lapso máximo de noventa (90) días, sin perjuicio de la ocupación inmediata del inmueble.”*

Este acuerdo directo resulta ser un paso previo que debe realizar la administración pública a fin de obtener la expropiación, para el cual se le otorga un plazo máximo de noventa días y en el que la autoridad que declaró de utilidad pública o de interés social un inmueble tiene un AS bajo su manga, que es el de otorgarle hasta un 10 % más del avalúo como pago al expropiado, resultando que dicha negociación no es tal, pues el expropiado se ve abocado en el caso de no aceptar que se siga el juicio de expropiación en el cual la Ley dispone al juez que en su resolución resuelva el pago en base al avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad, es decir que a pesar de que en la Ley se coloca la palabra “resolución”, en la realidad en juez no resuelve nada, pues simplemente acogerá lo establecido por el municipio respectivo. Una negociación de esta naturaleza, realmente se desnaturaliza y **se convierte en una imposición** mediante la cual o acepta de inicio el valor del avalúo hasta un 10 % más o luego simplemente cobra el valor del avalúo.

Desde cualquier punto de vista se entendería que al menos para el propietario del bien expropiado no existe una negociación, sino más bien una condición, bajo la cual lo que se le indica es *“si no aceptas pierdes”*.

Por otro lado se encuentra la facultad otorgada a la autoridad pública para decidir sin reglamentación alguna el por qué se le pagará hasta el 10% por qué no el 1, 2,3 o el 5, o el 7%. No es pues solo una facultad, sino que constituye una verdadera arbitrariedad dejar sin reglamentar este aspecto, pues bien puede ofrecérsele al propietario del bien expropiado solo el 1% adicional y por ello perdería la posibilidad de acceder a un mejor precio por el bien de su propiedad, ya que en el juzgado le espera indefectiblemente

solamente el valor del avalúo municipal. Dicho ofrecimiento del adicional queda al arbitrio y tal vez hasta el capricho de quien negocia de parte del estado, pues es a su voluntad que se ofrecería ese valor adicional, con el peligro incluso de convertirse en un posible foco de corrupción.

¿Tiene Sentido el Juicio de Expropiación?

Dentro del contexto que dejo señalado, en verdad que no tendría sentido alguno el juicio de expropiación, sino que debería quedar en manos de la autoridad administrativa el pago, mismo que debería ser ágil y directo, pero de todas formas reglado.

¿Por qué reglado, normalizado? Pues porque debería existir parámetros, en primer lugar para la negociación, mediante los cuales se establezca el por qué se le paga el mínimo del adicional o el máximo del adicional, en base de qué consideraciones; y, en segundo lugar porque de forma previa a la ocupación inmediata, el expropiado ya debería contar con los recursos monetarios resultantes de la expropiación, a fin de que con ellos satisfaga sus necesidades más apremiantes, que en muchos de los casos va seguramente a ser la de obtener un bien donde habitar con su familia.

La situación de que la misma autoridad administrativa sea la que de inmediato consigne en favor del propietario del bien expropiado el valor o el precio constante del avalúo catastral, evita una violación a los derechos de éste, pues a pesar de perder su bien que no se le pague enseguida, resulta o cae en un menoscabo evidente de sus derechos innatos a su humanidad, ya que causaría angustias, a más de necesidades materiales no solamente en él sino en todo su entorno familiar. Esto nos lleva a pensar nuevamente que ¿hasta dónde el interés público y/o social está sobre el interés particular, cuando éste afecta derechos elementales e innatos a la naturaleza humana?, más aún si nuestra propia *Constitución Garantista y de Derechos* establece los derechos de las personas y aquellos ciertamente deben ser respetados, tratando de no causar daño o al menos el menor daño posible, como efectivamente normas internacionales así se han pronunciado y lo veremos en este trabajo.

La Ocupación Inmediata

Con la reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública antes referida, se establece que el acuerdo entre las partes se debe realizar dentro de los noventa días “*sin perjuicio de la ocupación inmediata del inmueble*”.

La ocupación inmediata no constituye otra cosa que entrar en posesión del inmueble, a fin de utilizarlo en los fines para los cuales se lo declaró de utilidad pública o interés social, la que de manera alguna debería darse sin antes haber sido indemnizado el propietario, toda vez que por el solo hecho de la declaratoria de utilidad pública o interés social no se afecta directamente al propietario, sino más bien por la ocupación inmediata, mediante la cual se despoja del bien a la persona.

Para que opere dicha ocupación inmediata ciertamente que debería ya haberse indemnizado al propietario, a fin de que pueda invertir en la satisfacción de sus necesidades producto de la expropiación, en los casos más apremiantes resulta cuando ese bien es su habitad, pues sino todavía no se le ha indemnizado no podría, en la mayoría de los casos, buscar otra vivienda.

La Ley, por lo general producto de la sabiduría acumulada por las vivencias, si establece y ha dejado que la ocupación inmediata se otorgue solamente una vez consignado el valor producto de la expropiación y en la reforma sigue siendo facultad del Juez decretar esa ocupación inmediata solamente una vez que se haya consignado el valor del avalúo, a pesar de que dicho avalúo, como se ha comentado, no siempre responde a la realidad del mercado.

Debería entonces también la Ley cuando se trate de expropiaciones por declaratoria de interés público o social, establecer otros medios de compensación que no solamente sean el dinero o precio del avalúo, sino una permuta para casos en los que dicho inmueble constituya la única vivienda de él o los afectados. De esta manera se podría reubicar a las personas a lugares en los que puedan directamente y causando el menor daño posible, habitar con su familia.

En estas circunstancias, también debería existir la opción de reubicaciones provisionales, esto es, que se ubique a los afectados en otros lugares de similares características o en todo caso que presten la suficiente comodidad para vivir dignamente hasta que se resuelva o por vía de negociación o por vía judicial y se realice el pago, con una tolerancia que a la vez de tiempo a los afectados o expropiados a adquirir o conseguir un lugar para habitar por sus propios medios.

De ahí la necesidad de que la ocupación inmediata no se la deje para último momento, sino que al amparo de la planificación estatal, que debe existir siempre y que las mismas leyes establecen, se pueda contar con el suficiente tiempo para que los afectados por la expropiación puedan por sus propios medios y siempre contando con la indemnización, ubicarse en otros lugares donde habitaran con sus familias.

Sobre el Daño Emergente.

Según lo dispuesto en la Reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 58, se establece también la posibilidad de que el afectado pueda: *“sin perjuicio de que el propietario inicie las acciones que le franquea la Ley respecto de un eventual daño emergente”*³¹. Esto lo podemos analizar de la siguiente forma:

Al reformar la Ley y disponer que el juez está obligado en su resolución a sujetarse al avalúo establecido por el municipio, parece que carecería de sentido que el propietario inicie un proceso por daño emergente, toda vez que éste se refiere al valor que se debe pagar por un daño o perjuicio sufrido; y, ciertamente que el daño sufrido corresponde a la misma expropiación y ya se dispuso legalmente que por aquel solo se pague el valor fijado en el avalúo municipal, no dando opción la ley a seguir acciones por el lucro cesante, que siendo lo que ha dejado de percibir sea por rentas u otros ingresos como revalorización del inmueble.

³¹ *Reforma a la Ley Orgánica, Sistema Nacional de Contratación Pública, Segundo Suplemento. R.O. 100, 14 de octubre de 2013, Art. 58*

Podría eso si constituir parte del daño emergente los gastos en que incurra el propietario del bien expropiado al tener que trasladarse a otra vivienda con su familia y por ella pagar arriendos, etc., hasta que se le indemnice. Sin embargo, estos valores serán materia de análisis bastante subjetivos en los que se valorará si el inmueble arrendado es de valor muy oneroso y el por qué no se eligió otro de menor valor. Con el plus adicional que el que debe iniciar la acción contra la institución estatal es el propietario o afectado, que deberá ineludiblemente contratar los servicios profesionales de un abogado y ya dentro de un proceso ordinario, que podría durar muchos años, sufragar otro tipo de gastos que probablemente superen el monto que aspiraría recibir por el daño emergente.

Ciertamente que el derecho del afectado se diluye con una disposición de esta naturaleza, pues cualquier daño debería tratarse en el juicio de expropiación, resolviéndose todos los aspectos relativos a la situación del afectado, no solamente que beneficiaría a éste una adecuación procesal de esta naturaleza, sino inclusive al estado que de todos modos al momento de ser demandado debe accionar todo su mecanismo de defensa, incluida la Procuraduría General del Estado, lo que a mi modo de ver resulta en un desgaste no justificado, más aún si la tendencia es la de resolver los pleitos de una forma ágil y oportuna.

Por ello intentaremos adelante someter a consideración un nuevo texto en la Ley, como reforma que permita buscar un equilibrio.

La Expropiación Analizada a Través de los Convenios Internacionales.-

En materia de Convenios Internacionales de los cuales el Ecuador es signatario, me voy a enfocar en analizar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o conocido también como "*Pacto de San José*", así como una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de un caso de expropiación conocido como caso "*Salvador Chiriboga vs Ecuador*."

Respecto de la Convención y su relación con el tema de la expropiación podemos indicar que al ser una Convención que protege los derechos humanos y haber analizado que la Constitución de la República del Ecuador garantiza el ejercicio de dichos derechos, en

especial el de propiedad, cabe comparar como lo recoge la Convención, así encontramos que el artículo 21 de la Convención determina como Derecho a la propiedad privada, lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.”³²

Por lo anotado, las Leyes internas de los países suscriptores de la Convención Americana de Derechos Humanos, son las llamadas a determinar los procedimientos y los parámetros para cumplir con lo estipulado en la Convención, respecto a los numerales 1 y 2 del artículo 21 de la Convención.

En las normas ecuatorianas como hemos indicado anteriormente, se recogen los preceptos y principios a los que hace referencia la Convención, en lo que se refiere a: *“...Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. ...”³³*

Ahora bien, ante la falta de aplicación de las normas legales nacionales y al incumplimiento de los principios rectores de la expropiación, cabe una vez agotado el trámite interno nacional concurrir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a fin de que califique y admita a trámite una demanda contra el Estado que no cumpla con las normas indicadas. Luego del procedimiento en la Comisión, si ésta admite a trámite

³² Convención Americana De Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica, 19 de julio de 1978, Art. 21.

³³ Convención Americana De Derechos Humanos ...

pasa a conocimiento y resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en la ciudad de San José, Costa Rica.

Caso Salvador Chiriboga vs Ecuador.-

Los hechos detallados sobre este proceso llevado a cabo en la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, constan en el anexo a este trabajo, razón por la cual me limitaré a sintetizar el caso para entrar en análisis de su relación con mi investigación.

La demanda se presentó el 3 de junio de 1998 por los hermanos Salvador Chiriboga, la Comisión sometió a la jurisdicción de la Corte el caso, que en concreto se refiere a la declaratoria de utilidad pública con fines de expropiación y de ocupación urgente del predio de los hermanos Salvador Chiriboga por parte del Municipio de Quito (capital del Ecuador) el 13 de mayo de 1991, y en contra de la cual los hermanos Salvador Chiriboga interpusieron diversos procesos judiciales y constitucionales con el fin de controvertir la declaratoria de utilidad pública, por una parte, y una justa indemnización de conformidad con las normas locales e internacionales ya señaladas.

Entre los procesos judiciales iniciados con ocasión de la declaratoria de utilidad pública consta el Juicio de Expropiación planteado en el Juzgado Noveno de lo Civil de Pichincha, el cual según consta de la sentencia emitida por la Corte, textualmente expresa:

5. Respecto del proceso de expropiación, la Comisión argumentó que habían transcurrido más de 15 años desde que el Concejo Municipal declaró de utilidad pública y que la ocupación con fines de expropiación del terreno había sucedido el 10 de julio de 1997, sin que se dictara una resolución judicial que fijara en forma definitiva el valor del bien y ordenara el pago de la indemnización. La Comisión agregó que durante todo ese tiempo el Municipio ha estado en posesión del inmueble. Consecuentemente, los hermanos Salvador Chiriboga se han visto

*impedidos de ejercer los atributos de la propiedad, en particular de los derechos de uso y goce que corresponden a los titulares del bien. ...*³⁴

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó a la Corte que declare que el Estado Ecuatoriano es responsable por la violación de los derechos de los señores Salvador Chiriboga, consagrados en los artículos 8, 21 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con los artículos 2 y 1.1 del mismo instrumento internacional.

La Corte Interamericana luego del debido proceso que reconoció la apertura de prueba y escuchar a las partes, en sus consideraciones previas especialmente analizó lo siguiente:

1. Para determinar si la limitación al derecho de propiedad de los demandantes en relación con la declaratoria de utilidad pública, se llevó a cabo cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 21 de la Convención, la Corte analiza el alcance del derecho de propiedad privada y las restricciones al mismo derecho y si se cumplieron los preceptos de la expropiación contemplados en la Convención y en las Leyes del Ecuador
2. La Corte, así mismo, analiza la relación del derecho de propiedad con los derechos contenidos en el artículo 8.1, garantías judiciales y artículo 25.1, protección judicial, ya que como se ha mencionado anteriormente, el proceso judicial de expropiación demoró más de una década en ser resuelto.
3. El Estado, acota la Corte, está obligado, en base a las normas indicadas en el numeral anterior, a:

... suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos, que deben ser sustanciados con las garantías judiciales, todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso No.12 054, Salvador Chiriboga contra la República del Ecuador, Considerando I, numeral 5, p.3.

*reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.*³⁵

De igual manera, señala la Corte que el derecho de acceso a la justicia debe ser resuelto en un tiempo razonable, caso contrario, puede implicar la violación a estas garantías.

4. En su análisis la Corte al hablar de las restricciones al derecho a la propiedad privada en una sociedad democrática, considera que debe ser concebido en relación con el bien común y su prevalencia, sin perder de vista en medidas adecuadas que garanticen los derechos individuales. Con ese enfoque el Estado en efecto puede limitar o restringir el derecho a la propiedad. La convención reconoce que el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto, de hecho en su artículo 21.2, que el límite al derecho está enmarcado en razones de utilidad pública o interés social, contar con una contraprestación justa (indemnización).
5. En este sentido, la Corte consideró en su fallo que el marco de una expropiación, esa restricción al derecho de propiedad privada, debe necesariamente que cumplir con los presupuestos del artículo 21.2 de la Convención.
6. En el ordenamiento ecuatoriano vigente a la época de la sustanciación del caso, tanto en la Constitución como en las normas adjetivas civiles, consta que el Estado está en capacidad de aplicar la expropiación recalando que esa expropiación debe seguir el procedimiento establecido en dichas normas, y previa “*valoración, pago e indemnización*”. La Corte Interamericana, en su fallo hace referencia a lo que la Corte Europea ha señalado en casos de expropiación, en el sentido siguiente:

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso No.12 054, Salvador Chiriboga contra la República del Ecuador, Considerando VI, numeral 58, p.19.

...En este sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante “Corte Europea”) ha señalado en casos de expropiación que el principio de legalidad es una condición determinante para efectos de verificar la concurrencia de una vulneración al derecho de propiedad y ha insistido en que este principio supone que la legislación que regule la privación del derecho a la propiedad debe ser clara, específica y previsible.³⁶

Por ende, si bien no todos los casos de expropiación deben estar enumerados en la Ley, la motivación de la expropiación la debe convertir en algo excepcional, y que su sustento debe estar amparado en un objetivo legítimo.

7. La Corte al analizar estos aspectos concluye que las razones que llevaron al Municipio de Quito a declarar de utilidad pública con fines de interés social no está a discusión, en virtud de que tanto la Comisión como las partes no lo han controvertido.
8. Dentro de la Convención encontramos el artículo 30, que se refiere a las restricciones, y que textualmente expresa:

Artículo 30.- Alcance de las Restricciones.- Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.³⁷

Bajo este entendido, como hemos mencionado anteriormente, el interés general no puede ser otro que el bien común, elemento integrante del orden público democrático, cuyo fin es en últimas cuentas el progresar tanto en lo espiritual

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso No.12 054, Salvador Chiriboga contra la República del Ecuador, Considerando VI, numeral 64, p.21.

³⁷ Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, 18 de julio de 1978, Art. 30.

como en lo material, hasta conseguir la “*felicidad*”. En fin, conforme a nuestras normas constitucionales, el interés general le corresponde a los preceptos que engloban “*el buen vivir*”.

9. La Corte Interamericana respecto de los procesos judiciales que los hermanos Salvador Chiriboga interpusieron en la justicia ordinaria ecuatoriana, concluye que en todos los casos, tanto en los recursos subjetivos contencioso administrativos, así como en el juicio de expropiación los términos y plazos señalados en la Ley Nacional, se consideran como procedimientos “sencillos y expeditos”. La efectividad de los recursos no está supeditada a que consten plazos y términos adecuados, sino a que estos en la práctica sean rápidos y sencillos y sobre todo cumplan con el cometido de atender en forma adecuada la resolución de los casos en los que se ventilen la presunta violación de derechos y si es del caso, resolver sobre su pertinencia.
10. Estos casos en los que se ha demostrado que los plazos se han vencido de una manera tan dramática, en el numeral 89 de la sentencia analizada, la Corte concluye:

*89. La Corte considera que con motivo de la falta de una resolución definitiva de los recursos subjetivos presentados por la presunta víctima, el interés social alegado por el Estado para justificar la privación del bien queda en estado de incertidumbre, lo cual pone en riesgo no solo el interés público que recae sobre la existencia del parque Metropolitano, sino además el real beneficio del cual está siendo objeto la comunidad en su conjunto, ante la posibilidad de una resolución desfavorable en este sentido.*³⁸

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso No.12 054, Salvador Chiriboga contra la República del Ecuador, Considerando VI, numeral 89, p.27.

Como podemos apreciar con la inacción de la justicia, no solo la incertidumbre le afecta al ciudadano sino también al Estado que resolvió sobre la afectación al predio expropiado.

11. La Corte al analizar el otro elemento contenido en el artículo 21.2 de la Convención, esto es, la justa indemnización, considera que el hecho de que no se haya resuelto el juicio de expropiación en el plazo adecuado, sino que hasta que se emitió la sentencia de la Corte el proceso judicial no había sido resuelto.
12. Sobre este aspecto, la Corte en su sentencia, en el considerando número 96, reflexiona:

96. Al respecto, el Tribunal estima que en casos de expropiación el pago de una indemnización constituye un principio general de derecho internacional, el cual deriva de la necesidad de buscar un equilibrio entre el interés general y el del propietario. Dicho principio ha sido recogido en la Convención Americana en el artículo 21, al referirse al pago de una "justa indemnización". Esta Corte considera que para alcanzar el pago de una justa indemnización esta debe ser adecuada, pronta y efectiva.³⁹

Como hemos visto, al no haber la justicia dado una respuesta efectiva no se cumplió con este principio, que además, conforme se analiza en la sentencia de la Corte, la propia Corte Europea considera un derecho intrínseco al recibir una indemnización por la privación de la libertad y la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas señaló que es deber de los Estados en materia de expropiación por causas de utilidad pública, pagar al dueño una compensación apropiada.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso No.12 054, Salvador Chiriboga contra la República del Ecuador, Considerando V I, numeral 96, p.28.

13. Por otra parte, la Corte insiste en que el juicio de expropiación es un procedimiento sencillo que tiene por objeto el determinar la cantidad que debe pagarse por concepto de precio de la cosa expropiada.
14. Por último, la Corte en síntesis determina que al haberse incumplido los plazos se ha violado uno de los pilares de la Institución Jurídica de la Expropiación, al no haberse pagado el justo precio en calidad de indemnización. El Estado a pesar de haber cancelado un pago provisional (que no guarda relación con el real precio del bien) no ha cumplido con los estándares y principios internacionales, por lo que por un tiempo demasiado prolongado no ha valorado en forma definitiva ni ha entregado ese valor a los hermanos Salvador Chiriboga.
15. Con estas consideraciones, ***la Corte concluye que el proceso expropiatorio si bien tuvo un interés general legítimo, al haber incumplido con los principios analizados, se convirtió en un proceso arbitrario y violatorio del derecho de propiedad consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos.*** Considera que el Estado es responsable de la violación del derecho consagrado en el artículo 21.2, en relación con los derechos establecidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención. Respecto a la forma de indemnización la Corte determina que se deberán hacer de común acuerdo entre las partes en un plazo de seis meses, y si no existe un acuerdo la Corte resolverá sobre ese particular, así como de las costas y gastos producidos durante este proceso.

Para los fines de este trabajo, resulta muy interesante todo el análisis y conclusión de la Corte Interamericana, ya que desmenuza los conceptos de los que hemos venido hablando a lo largo de este documento, así como realiza un proceso de derecho comparado con la forma en la que la Corte Europea también ha tratado este tema.

Al final, podemos concluir que en un mundo globalizado, en el que se han venido desarrollando por siglos los derechos humanos, si la legislación nacional o su burocracia no es capaz de garantizar dichos derechos y protegerlos y hacerlos valer, siempre existe una alternativa en el Derecho Internacional, a través de las Convenciones que ha suscrito la mayor parte de países de América.

Conclusiones.-

Luego de analizado el tema de esta investigación, podemos sacar varias conclusiones respecto a la reforma efectuada en la Legislación Nacional respecto a la expropiación, entre las principales diremos:

El derecho a la propiedad privada es inherente a los particulares, que en el momento de enfrentar al interés colectivo se entiende como una limitación ya que nunca estarán en igualdad de condiciones. En una sociedad democrática el interés general siempre debe prevalecer, cuidando que al afectar derechos estos sean resarcidos.

En el caso particular de la expropiación, el avalúo de los predios a ser declarados en utilidad pública es la pieza clave dentro del proceso administrativo y el juicio de expropiación, ya que ese resarcimiento que debe efectuarse al particular por haber limitado su derecho y haber sido expropiado, debe cuidar ese aspecto patrimonial, que puede derivar en el reconocimiento de otros derechos inherentes a la persona.

La falta de estructura y conocimiento dentro de las municipalidades de cantones pequeños y no desarrollados del país, afectan directamente al desenvolvimiento de los procesos administrativos de expropiación, ya que convierten en una debilidad a la reforma en relación con el reconocimiento del derecho de propiedad en el sentido analizado de limitación y resarcimiento a través de una indemnización justa y efectiva.

Mediante esta reforma, el Estado busca agilidad en el cumplimiento de metas y objetivos a favor de la colectividad, accediendo a los predios necesarios para la consecución de sus fines, sin embargo, esta reforma a la ley debe ser mejorada a fin de que no se interprete como una trasgresión del derecho de propiedad, para lo cual propondremos una nueva reforma, siguiendo el espíritu de la reforma actual pero aclarando el procedimiento y convirtiendo en efectiva la aplicación de la expropiación en el derecho ecuatoriano.

La reforma, además, tácitamente altera los artículos referentes a la expropiación contemplados en el código de procedimiento civil, dejándolos prácticamente como un procedimiento inocuo, salvo en lo que respecta a la disposición para que el Estado ocupe de manera inmediata el predio expropiado, sin embargo, ya no se discute el precio.

Con la reforma, se abren muchas dudas respecto a la forma en que se podría impugnar tanto la declaratoria como el valor fijado, rescatando que pueda siempre buscarse alternativas constitucionales o en los Convenios Internacionales.

Recomendaciones.-

En esta línea de pensamiento, pongo a consideración el siguiente proyecto de: *“Reforma al artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.”*

Art. 58.- Procedimiento.- Cuanto la máxima autoridad de una institución pública haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble, necesario para la satisfacción de las necesidades públicas, procederá con la declaratoria de utilidad pública o de interés social, misma que una vez inscrita en el o los Registros de la propiedad respectivos, será notificada dentro de un plazo no mayor a quince días a los afectados, quienes dentro de un plazo de diez días deberán consignar el número de cuenta y banco en el que se depositará el valor al que ascienda la indemnización.

Perfeccionada la declaratoria de utilidad pública o de interés social, tanto con la inscripción como con la notificación antes señalada, en quince días de que los afectados señalen la cuenta bancaria, se procederá a depositar el valor de la indemnización, hecho lo cual la máxima autoridad de la entidad decretará la ocupación inmediata del inmueble.

Solamente para el caso de que el inmueble expropiado sea utilizado como vivienda de él o los afectados, se concederá un plazo de noventa días, a efectos de que desocupen el inmueble, transcurrido el cual se procederá con la ocupación inmediata y, de ser necesario, se desalojará con ayuda de la fuerza pública, sin más trámite.

El valor de la indemnización será el fijado por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad respectiva, que deberá ser actualizado al año de la declaratoria de utilidad pública o interés social. Para el caso de que el municipio respectivo no haya actualizado o realizado el avalúo, se solicitará a la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros que realice el avalúo.

Ni en sede judicial, constitucional, ni en sede administrativa se podrá impugnar el acto administrativo de declaratoria de utilidad pública o interés social; más si podrán reclamarse cualquier derecho relativo al valor de la indemnización en la vía civil, en juicio ordinario.

Los impuestos pendientes de pago por parte de los afectados, serán cubiertos por la entidad pública, que será deducido de la indemnización al momento del depósito.

La adquisición de bienes en el extranjero, se regirá por el Reglamento que dicte el Presidente de la República.

Las transferencias de bienes inmuebles entre entidad públicas, se las realizará mediante convenio de donación, que no requerirá de insinuación judicial.

Los proyectos de carácter nacional tendrán supremacía sobre los de carácter regional, provincial o cantonal, por lo que a ningún título los gobiernos locales podrán oponerse a la declaratoria de utilidad pública o interés social y a la ocupación inmediata del inmueble. En estos casos el Estado no pagará indemnización alguna a los gobiernos locales, por ningún concepto.

Por otra parte, al existir dudas sobre la constitucionalidad de la reforma, los jueces tienen una alternativa de carácter constitucional, aplicando el mecanismo de jerarquía de las normas constitucionales y su supremacía, así como de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, prevalecen frente a cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. De igual manera, el juez de oficio o a petición de parte, puede suspender el proceso judicial y elevar el expediente a la Corte Constitucional para que se pronuncie si es que la norma contenida en el artículo 58 contraviene la Constitución o a los instrumentos internacionales. En caso de que la Corte considere que hay contradicción

entre la reforma del artículo 58, tantas veces citada, y la Constitución, nuevamente la reforma a dicho artículo se convierte en la alternativa viable.

De igual manera, tal como aconteció con los hermanos Salvador Chiriboga, queda abierta la alternativa de acudir al sistema interamericano de derechos humanos, tanto a la Comisión como, si es del caso, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Fuentes doctrinarias:

Diego Guerra, El Proceso Expropiatorio en el Derecho Municipal Ecuatoriano. Quito: Edición Trama, 1995.

Diego Guerra, El Proceso Expropiatorio en el Derecho Municipal Ecuatoriano. Vol.7. Quito: Municipio del Distrito Metropolitano de Quito. Procuraduría del Distrito, 1995.

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. Edición 22, 2007.

Eduardo Carrión, Curso de Derecho Civil de los Bienes. Quito: Ediciones de la Universidad Católica, 1982.

Eduardo García de Enterría, Los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa. Madrid: Aranzadi S.A, 2006

Eduardo Novoa, El Derecho de Propiedad Privada. México: Temis Librería, 1979.

Enciclopedia Jurídica OMEBA (1974). Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina. Volumen XI.

Guillermo Borda, Tratado de Derecho Civil. Buenos Aires: Editorial Perrot. Segunda Edición, 1978.

Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Volumen II. Buenos Aires: Editorial Heliasra. Edición 16, 1981.

Genaro Eguiguren, Nuevas Instituciones de la Contratación Pública. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2001.

Rudolf Huber, Hacia Sistemas Jurídicos Plurales: Reflexiones y Experiencias de Coordinación entre el Derecho Estatal y el Derecho Indígena. Bogotá: Ediciones Antropos Ltda, 2008.

Juan Carrillo, Francisco López y Emilio Guichot, La Expropiación Forzosa. Colección El Derecho Administrativo en la Jurisprudencia. Madrid: Editorial Lex Nova, 1ra. Edición, 2006.

Roberto Dromi, Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Ediciones ciudad Argentina, 1998.

Víctor Hernández, Aportes para un Estado Eficiente. Lima: Palestra Editores, 2012.

Legislación:

Constitución de la República del Ecuador, R.O. No.449, 20 de octubre 2008.

Convención Americana De Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica, 19 de julio de 1978.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva - ERJAFE, Decreto Ejecutivo 2428, R.O. 536, de 18 de marzo del 2002.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395, de 04 de agosto de 2008.

Reforma a la Ley Orgánica, Sistema Nacional de Contratación Pública, Segundo Suplemento. R.O. 100, 14 de octubre de 2013.

Jurisprudencia:

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso No.12 054, Salvador Chiriboga contra la República del Ecuador.

ANEXO 1

**Corte Interamericana de Derechos Humanos,
Sentencia Caso No.12 054, Salvador Chiriboga
contra la República del Ecuador.**