

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**La indemnización por lucro cesante en el régimen
jurídico ecuatoriano de la expropiación**

Gabriela Juliette Romero Serrano

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogada

Quito, 20 de noviembre de 2022

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos:	Gabriela Juliette Romero Serrano
Código:	00207311
Cédula de identidad:	0705881852
Lugar y Fecha:	Quito, 20 de noviembre de 2022

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

LA INDEMNIZACIÓN POR LUCRO CESANTE EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ECUATORIANO DE LA EXPROPIACIÓN¹

COMPENSATION FOR LOSS OF PROFIT IN THE ECUADORIAN LEGAL REGIME OF EMINENT DOMAIN

Gabriela Juliette Romero Serrano²
gabyrose2012@gmail.com

RESUMEN

El 323 de la Constitución de la República del Ecuador otorga a la Administración Pública la facultad de expropiar, es decir, traspasar bienes de un patrimonio a otro, a fin de satisfacer un interés general. Sin embargo, establece como requisito de legitimidad una indemnización previa y plena para el afectado. La legislación ecuatoriana no garantiza una reparación integral, pues toma al justo precio del inmueble como único criterio determinante para la fijación del monto indemnizatorio. El no resarcir otros daños patrimoniales genera una vulneración al derecho de propiedad privada. Mediante un análisis de normativa, doctrina y casos, este trabajo determinó la imperante necesidad de reconocer e indemnizar el lucro cesante y la pérdida de chance, pues solo su compensación puede asegurar que patrimonio del administrado permanezca inalterado. Por ello, se propuso la reforma de los artículos 58.1, 58.2 y 58.4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

PALABRAS CLAVE

Expropiación, lucro cesante, pérdida de chance, daños, indemnización.

ABSTRACT

Article 323 of the Ecuadorian Constitution grants the Public Administration the power of eminent domain, that is, to transfer property from one patrimony to another, in order to satisfy a general interest. However, it establishes prior and full indemnification for the affected party as a requirement of legitimacy. The Ecuadorian legislation does not guarantee full compensation, since it takes the fair price of property as the only determining criterion for setting the amount. Failure to compensate other patrimonial damages generates a violation of the private property right. Through an analysis of regulations, doctrine and cases, this paper determined the imperative need to recognize and compensate for the loss of profits and loss of chance, since only their reimbursement can ensure that the assets of the affected party remain unaltered. Therefore, the reform of articles 58.1, 58.2 and 58.4 of the Organic Law of the National Public Procurement System was proposed.

KEY WORDS

Eminent domain, loss of profit, loss of chance, damages, compensation.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Marco Antonio Morales Andrade.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO NORMATIVO.- 4. MARCO TEÓRICO.- 5. LA EXPROPIACIÓN COMO LIMITACIÓN AL DERECHO DE PROPIEDAD.- 6. EL DAÑO PRODUCTO DE LA EXPROPIACIÓN.- 7. LA JUSTA INDEMNIZACIÓN.- 8. TUTELA JUDICIAL.- 9. CONCLUSIONES.

1. Introducción

La propiedad privada es una institución jurídica fundamental para la organización del ser humano en sociedad. El dominio que una persona ostenta sobre los bienes que integran su patrimonio no puede ser vulnerado arbitrariamente. Sin embargo, la expropiación se concibe como una limitación excepcional al derecho de propiedad, puesto que le otorga a la Administración Pública la facultad de trasladar bienes de un patrimonio a otro, en miras de satisfacer un interés colectivo. De acuerdo a Marienhoff, la expropiación es una medida de aplicación restrictiva. Las entidades públicas solo pueden recurrir a ella en última ratio³. Por lo tanto, el procedimiento expropiatorio debe cumplir rigurosamente dos condiciones para justificar su aplicación y garantizar su legitimidad: la declaratoria de utilidad pública y la justa indemnización.

Históricamente, ha existido un debate doctrinario alrededor de la pertinencia del lucro cesante en la cuantificación de los perjuicios generados por la expropiación. Según Santos Briz, el fundamento para reclamar *lucrum cessans* nace de la necesidad de llevar al afectado al estado en el que estaría en caso de que el hecho dañoso no hubiera ocurrido⁴. Se defiende su inclusión en el cálculo de la indemnización expropiatoria, pues su inobservancia impide que se repare integralmente al afectado. De acuerdo a Machado et al., la reparación integral cumple un papel crucial en las sociedades basadas en respeto a la dignidad, derechos y garantías de las personas⁵. El no indemnizar plenamente da lugar

³ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Abeledo-Pierrot, 1997), 13.

⁴ Jaime Santos Briz, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal* (Madrid: Montecorvo, 1991), 227.

⁵ Libertad Machado López et al, “Reparación integral en el sistema jurídico ecuatoriano; ¿derecho público o privado?”, *Revista Espacios*, (2017), 12.

a una vulneración de derechos, pues el administrado se vería obligado a soportar un desmedro patrimonial que excedería con creces la compensación recibida.

En Ecuador, en el caso de inmuebles, el criterio principal que se toma en cuenta es el avalúo predial. Esto quiere decir que tan solo se utiliza el valor de mercado del bien para fijar el monto indemnizatorio. Si bien este efectivamente forma parte del daño emergente provocado al administrado, no se ha considerado que existen otros supuestos que podrían incrementarlo, por ejemplo, la pérdida de chance. Marienhoff argumenta que el interés público no puede ser utilizado como título para que proceda el apoderamiento gratuito, en todo o en parte, de propiedad privada⁶. Entonces, para que la expropiación sea legítima, el resarcimiento no puede ser parcial, pues solo una compensación integral puede garantizar que coexistan pacíficamente los intereses públicos y privados. El ordenamiento ecuatoriano sí reconoce una indemnización adicional en el caso de los negocios en marcha, que bien podría asemejarse a un reconocimiento del lucro cesante. No obstante, no es claro acerca de la manera de indemnizarlo, los casos en los que aplica, ni las limitaciones que acarrea. Adicionalmente, no existe una vía judicial que permita impugnar valores distintos al justo precio del bien.

En atención a la anteriormente mencionada problemática, se busca resolver la siguiente pregunta de investigación: ¿Qué valores deben ser tomados en cuenta para alcanzar una verdadera indemnización integral que legitime el procedimiento expropiatorio? Para resolver la incógnita, se tomará en consideración la naturaleza de la expropiación, las posibles vulneraciones al derecho de propiedad privada, los componentes del daño, sistemas de cálculo de la indemnización, los distintos tipos de inmuebles expropiables y la tutela judicial que se ha dado a las controversias que han surgido en este tema, en casos nacionales e internacionales. Dicho análisis demostrará la necesidad de incluir el lucro cesante y la pérdida de chance como daños que deben ser indemnizados para resarcir integralmente a aquellas personas afectadas por la expropiación.

La metodología empleada en esta investigación será cualitativa, en vista de que se trata de un estudio teórico-jurídico de la doctrina aplicable al problema. Se discutirán las corrientes más influyentes de los últimos años, junto con textos clásicos y jurisprudencia relevante. El análisis será deductivo, ya que pretende descomponer los

⁶ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 134.

conceptos generales, a fin de establecer una serie de criterios que se podrán aplicar a una variedad de casos indeterminados. Se discutirá brevemente la evolución histórica de la institución expropiatoria, para luego dar paso al estudio de casos y doctrina comparada.

2. Estado del arte

Esta sección abarca las corrientes doctrinarias predominantes de los últimos cinco años, en relación a los conceptos fundamentales e instituciones que rodean al problema jurídico aquí explorado. Se coloca especial énfasis en el tratamiento de la expropiación como facultad exorbitante de la Administración, los vigentes criterios para la fijación de indemnizaciones y el desarrollo de la institución en países con ordenamientos jurídicos similares al ecuatoriano.

2.1. La expropiación como facultad soberana del Estado

Una de las principales características de la Administración Pública es que históricamente se le han atribuido ciertas potestades especiales y exclusivas a ella. Estas le permiten ejercer su soberanía, a fin de cumplir con su principal objetivo: garantizar el bien común por sobre los intereses de los particulares. Santofimio expone que, si bien en un Estado de Derecho existe la obligación de respetar el interés particular, cuando aquel entra en conflicto con el interés general, tendrá que ceder en favor del bienestar social⁷. La expropiación forzosa es una de las expresiones más extremas de este fenómeno. Al hacerla efectiva, la Administración afecta directamente el derecho a la propiedad privada del administrado, despojándole el dominio de un bien que se encontraba legítimamente en su patrimonio. Rayón califica a la expropiación como uno de los mecanismos con los que cuenta la Administración para salvaguardar la voluntad general, promoviendo la transferencia del derecho de dominio que recae sobre un bien, a cambio del pago de un precio que alcance a resarcir las afectaciones que el administrado se ve obligado a soportar⁸. Esto implica que la facultad expropiatoria se ubica por afuera de la esfera del derecho privado.

⁷ Jaime Orlando Santofimio Galindo, *Compendio de Derecho Administrativo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), 189-190.

⁸ María Concepción Rayón, Fernando García Rubio, Jorge Jiménez Leube y Wilson Ruiz Orejuela, *Actualidad de la expropiación en España y en Colombia* (Madrid: Dykinson, 2019), 49.

2.2. Necesidad del justo precio

Si bien la expropiación forzosa es efectuada en virtud de una facultad soberana, esto no quiere decir que el particular se encuentre obligado a soportarla sin recibir compensación alguna. Según Rodríguez Martín, la privación de derechos que sufre el particular debe ser aliviada con el pago de una indemnización o justiprecio, el cual se ha convertido en un elemento fundamental de instituto expropiatorio⁹. Esta postura reconoce la afectación patrimonial que sufre el administrado, por lo cual realza la necesidad de resarcir el daño.

En contraste, Zapata argumenta que la expropiación no da lugar a daño alguno, puesto que se encuentra inmediatamente atada a un justiprecio que impide la disminución del patrimonio del administrado¹⁰. Esto quiere decir que no se concibe una lesión patrimonial como producto de la facultad expropiatoria de la administración, puesto que el pago del precio que la acompaña impide que tome lugar una aminoración del patrimonio del afectado. El justo precio, bajo estos supuestos, se convierte en una especie de reparación integral *ex ante*.

3. Marco normativo

Este apartado tiene por objetivo analizar el régimen jurídico de la expropiación en Ecuador, para así aterrizar los conceptos doctrinarios explorados con anterioridad y comprender su influencia a nivel nacional.

3.1. Base constitucional

El principio de legalidad es tal vez el carácter más importante del derecho administrativo, pues cumple una doble función vital: disponer y delimitar el ámbito en el que puede actuar la Administración Pública. En un Estado de Derecho, la Administración puede ejercer una serie de potestades exorbitantes que hacen posible la consecución de sus fines máximos, pero solo en la medida en que dichas facultades estén previstas en el ordenamiento jurídico. Extralimitarse en ello constituiría una conducta antijurídica, la cual podría estar sujeta a responsabilidad administrativa y/o penal. Por lo tanto, resulta

⁹ Ana Rodríguez Martín, “La determinación del justiprecio”, en *La expropiación forzosa. Teoría y práctica de la institución* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 1-3.

¹⁰ Pedro Zapata García, *Fundamentos y límites de la responsabilidad del Estado* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), 266.

imperante encontrar el fundamento jurídico de la facultad expropiatoria en el ordenamiento ecuatoriano.

El artículo 323 de la Constitución de la República, CRE, permite a las instituciones del Estado declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago. A su vez, prohíbe toda forma de confiscación¹¹. Bajo esta luz, la expropiación se concibe como un fenómeno que permite la privación del dominio de un bien particular y su consecuente traspaso al patrimonio estatal, a fin de destinarlo a la satisfacción de una necesidad de orden social. Es vital resaltar la prohibición expresa que se coloca sobre la confiscación. Es por eso que, como contrapartida de esta facultad, nace la obligación de pago de justo precio e indemnización.

3.2. Base legal

En materia de expropiaciones, el artículo 447 del Código Orgánico de Organización Territorial, COOTAD, aborda la declaratoria de utilidad pública, acto administrativo necesario para que proceda la expropiación. Este debe ser debidamente motivado, contener la individualización de los bienes requeridos y detallar el fin al que serán destinados posteriormente¹². En cuanto a los demás aspectos del procedimiento expropiatorio, el último inciso del citado artículo determina la obligatoria aplicación de las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, relativas a la materia. Estas son las del Título II, Capítulo V, Sección III de dicho cuerpo normativo. El artículo 58.1 prescribe que, luego de perfeccionada la declaratoria de utilidad pública, se deben entablar negociaciones entre la Administración y el administrado relativas al precio del bien, que no podrán superar el plazo de treinta días¹³. El criterio fundamental para la fijación del monto a pagar es el avalúo predial del año anterior al anuncio del proyecto o la declaratoria de utilidad pública, el cual puede incrementarse hasta un diez por ciento.

El artículo 58.2 de la LOSNCP determina que la falta de acuerdo en el plazo previsto da lugar a la emisión del acto administrativo de expropiación, tomando como

¹¹ Artículo 323, Constitución de la República del Ecuador, [CRE]. R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

¹² Artículo 447, Código Orgánico de Organización Territorial, [COOTAD]. R.O. Suplemento 303, de 19 de diciembre de 2010, reformado por última vez R.O. Suplemento 602, de 21 de diciembre de 2021.

¹³ Artículo 58.1, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, [LOSNCP]. R.O. Edición Especial 231, 29 de enero de 2018, reformado por última vez R.O. Suplemento 393, de 17 de febrero de 2021.

precio el correspondiente al avalúo predial¹⁴. Si se busca una analogía con conceptos propios del derecho privado, esto quiere decir que únicamente se compensa al administrado por un tipo de daño emergente. Ahora bien, aquel acto solo es impugnabile en lo relativo al justo precio, lo cual impide que se reclame también una posible indemnización por daños distintos a ese valor.

Existe un precepto legal que permite plantear una suerte de indemnización por lucro cesante en caso de expropiación forzosa. El artículo 58.4 de la LOSNCP cubre el caso de la afectación a negocios en marcha, al ordenar el pago de una indemnización correspondiente al daño provocado a predios expropiados que albergaren instalaciones destinadas a actividades industriales o económicas¹⁵. Si bien esta disposición funciona teóricamente para garantizar la reparación integral, es evidente la problemática que surge debido a la falta de determinación de criterios de prueba y valoración para el cálculo de tal indemnización y la ausencia de una vía para reclamarla. Adicionalmente, no se han considerado supuestos que involucren predios cuyas actividades económicas estén en pausa, o próximas a iniciar.

4. Marco teórico

El debate doctrinario que gira en torno a la suficiencia del justiprecio como compensación en caso de expropiación forzosa se ve fuertemente influenciado por la aplicación de conceptos pertenecientes al Derecho Civil de daños. El siguiente apartado explora posturas que promueven la implementación de nociones del derecho privado en la esfera pública, en favor del reconocimiento del lucro cesante, entre otros daños adicionales, dentro del cálculo del monto indemnizatorio que debería recibir el particular afectado por la expropiación.

4.1. Huida del Derecho Administrativo

Como ya se ha repasado, existen corrientes doctrinarias que colocan a la expropiación como una facultad exorbitante de la administración que, en virtud del pago de un justiprecio, no genera daño alguno al patrimonio del administrado. Sin embargo, al analizar la problemática a través de la creciente tendencia jurídica que busca civilizar el derecho administrativo, es evidente que los perjuicios que sufre el individuo van más allá

¹⁴ Artículo 58.2, LOSNCP.

¹⁵ Artículo 58.4, LOSNCP.

del daño emergente que se materializa en el precio del bien expropiado. Restrepo alega que la aplicación progresiva del derecho privado en la actividad estatal se justifica por la necesidad de salvaguardar la eficacia y legitimidad de la Administración Pública¹⁶. Aquel concepto se puede aplicar al problema jurídico aquí desarrollado, apartando la idílica noción del justiprecio como única solución efectiva, y dando paso al reconocimiento de perjuicios adicionales que deben ser resarcidos para alcanzar una reparación integral. Arregui concuerda, al plantear que tan solo una indemnización que cubra también el lucro cesante puede constituir una verdadera compensación¹⁷.

4.2. La proporcionalidad de la indemnización

En un Estado de Derecho, la Administración pública se encuentra sujeta al principio de legalidad. Según Santofimio, aquello implica la inexcusable sujeción al ordenamiento jurídico, lo cual establece un marco que limita la actuación estatal¹⁸. En materia de expropiaciones, tomando en cuenta la prohibición expresa a la confiscación estatal de propiedades, es obligatorio que se emita una debidamente fundamentada declaratoria de utilidad pública y se pague al administrado el justo precio del bien expropiado, junto con una adecuada indemnización. En cuanto a los criterios empleados para el cálculo de dicho monto, Gamero y Fernández manifiestan que debe existir un equilibrio entre el valor económico del bien expropiado y el monto indemnizatorio, lo cual se calcula en base a sistemas de valoración impuestos por el legislador, que deben tomar en cuenta y respetar razonablemente la naturaleza del bien y sus características¹⁹. En suma, no es posible inobservar las garantías constitucionales y derechos del administrado poniendo como excusa el interés general. Existen lineamientos que ni el exorbitante poder de la Administración puede traspasar.

El principio clave aquí desarrollado es la proporcionalidad entre el monto fijado y el detrimento que está obligado a soportar el particular. De acuerdo a Sánchez, Castro y Concepción, la falta de indemnización configura un acto de autoridad viciado, ilegal e

¹⁶ Manuel Alberto Restrepo Medina, “La adecuación del derecho administrativo al estado contemporáneo”, *Estudios Socio Jurídicos 4* (2002), 135-137.

¹⁷ Sonia Arregui, “La vulneración del derecho a la propiedad privada en contraste a la facultad estatal de expropiación, en referencia al justo precio” (Tesis de Maestría, Universidad San Francisco de Quito, 2017).

¹⁸ Jaime Orlando Santofimio Galindo, *Compendio de Derecho Administrativo*, 189.

¹⁹ Eduardo Gamero y Severiano Fernández, *Manual Básico de Derecho Administrativo* (Madrid: Editorial Tecnos, 2016), 880-881.

inconstitucional²⁰. Si bien la Administración cuenta con la facultad expropiatoria, no puede extralimitarse en ella hasta el punto de caer en un supuesto de confiscación, pues estaría violando el principio de legalidad. Es el legislador el encargado de determinar con exactitud las fórmulas particulares. Esto quiere decir que es también el responsable de que dichos procesos no den lugar a arbitrariedades y sean aplicables a la mayor cantidad de escenarios posibles.

5. La expropiación como limitación al derecho de propiedad

Por tratarse de una garantía constitucional, el derecho de propiedad tan solo puede ser limitado en ocasiones extremadamente excepcionales, así mismo, contempladas en la carta fundamental. Históricamente, los Estados de Derecho han respetado inexorablemente el principio de inviolabilidad de la propiedad. Aquello se remonta a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente Francesa tras la revolución. Su artículo 17 resalta el carácter sagrado e inviolable de la propiedad, y coloca como única salvedad la evidente necesidad pública, supuesto condicionado por el pago de una indemnización justa y previa²¹. Este precepto evidencia la importancia de la propiedad privada como institución jurídica y, a su vez, impone una restricción que permanece latente sobre el derecho de dominio, la cual solo se activará bajo la concurrencia de dos factores: la declaratoria de utilidad pública y la compensación. El ordenamiento jurídico ecuatoriano sigue esta misma línea.

Se reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en el artículo 66, número 26 de la CRE²². A su vez, el artículo 323 del texto constitucional es el que otorga al Estado la facultad expropiatoria, previa justa valoración, indemnización y pago²³. Estas dos normas establecen las reglas de juego que la Administración Pública debe respetar inexcusablemente en su persecución del bien común. De acuerdo a Marienhoff, la expropiación es la solución a un eventual conflicto entre el interés público y el interés privado, puesto que el individuo cede ante un requerimiento de la colectividad, mas no

²⁰ Alejandro Sánchez, Luis Castro y Luis Concepción, “La expropiación pública en Baja California, una violación al derecho fundamental de la propiedad privada en México”, *Revista de Direito da Cidade* (2018), 8.

²¹ Artículo 17, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Asamblea Nacional Constituyente Francesa, 26 de agosto de 1789.

²² Artículo 66, CRE.

²³ Artículo 323, CRE.

sufre una lesión jurídica como consecuencia de ello²⁴. Cabe resaltar que esta armonía tan solo es posible gracias a la indemnización, caso contrario, el acto se vuelve antijurídico. En caso de que no se reúnan los presupuestos que la Constitución establece para que se dé el procedimiento expropiatorio, la Administración podría incurrir en una vulneración de derechos o, incluso, en una suerte de confiscación.

5.1. La vulneración de derechos por expropiación ilegítima

En un Estado de Derecho, no es posible alterar arbitrariamente las garantías y atributos que protegen los intereses de sus ciudadanos. Marienhoff coloca a la calificación de necesidad pública y la indemnización previa como piezas fundamentales del procedimiento expropiatorio idóneo²⁵. Solo bajo estas condiciones se puede dar la cesión de la propiedad privada a favor del interés general. En el ordenamiento ecuatoriano, el artículo 447 del COOTAD establece las condiciones para que se perfeccione el acto administrativo de declaratoria de utilidad pública. Este primer momento del proceso no genera mayor controversia, pues mientras la Administración lo motive suficientemente aquel procederá. Ahora bien, la discusión que se genera alrededor del monto indemnizatorio y sus componentes resulta mucho más compleja.

Los artículos 58.1 y 58.2 de la LOSNCP hablan únicamente del pago del justo precio del bien por parte de la Administración, para así compensar al particular por el perjuicio que se ve obligado a soportar. Para ello, solo se toma en cuenta el avalúo predial del año anterior al anuncio del proyecto. Un sistema de valoración tan restrictivo pone en duda la habilidad del monto indemnizatorio para resarcir verdaderamente al perjudicado, puesto que se excluyen otras consideraciones que podrían incrementar considerablemente la magnitud del daño patrimonial.

Por otro lado, el artículo 323 de la Constitución marca una distinción clara entre lo que se considera el justo valor del bien y la indemnización propiamente dicha, la cual debería corresponder a todo tipo de perjuicios adicionales generados por la expropiación. La única norma vigente que reconoce una compensación semejante es la del artículo 58.4 de la LOSNCP, en cuanto obliga al Estado a indemnizar los perjuicios generados por la expropiación de predios que desarrollen actividades económicas, cuyas operaciones

²⁴ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 126.

²⁵ *Ibidem.*, 127.

deban cesar por motivo de aquel acto administrativo²⁶. Aquí se reconoce indudablemente un monto que va más allá del justiprecio del inmueble.

Villegas expone que indemnizaciones de carácter parcial o tardío no pueden obligar al propietario a ceder su derecho de propiedad²⁷. Esto se debe a que, en tal caso, el desapropio se vuelve ilegítimo y antijurídico. La Administración estaría actuando por fuera de las competencias que la Constitución y la Ley le atribuyen, en virtud de la inobservancia de una de las condiciones que le facultan para iniciar el procedimiento expropiatorio: una indemnización plena y previa. Al explorar las condiciones del accionar legítimo estatal, Comadira alega que el derecho de propiedad es vulnerado en cuanto el administrado se ve forzado a soportar un daño que debió ser compensado²⁸. La ausencia de este elemento configura una transgresión directa al dominio, no una simple limitación. En el contexto ecuatoriano, esto quiere decir que una indemnización que no comprenda tanto el justo precio del inmueble, como la compensación por los perjuicios adicionales que la expropiación genere al administrado, dará lugar a un acto ilegítimo.

5.2. Contraste con la confiscación

El artículo 323 de la CRE establece una prohibición expresa a la confiscación, en tanto esta pretenda emplear la expropiación como cubierta para despojar a alguien de su derecho de dominio sobre un bien, obviando el pago de su debido precio y el resarcimiento de otros perjuicios que ello le genere. Marienhoff define la confiscación como el apoderamiento de los bienes de una persona, cuya propiedad se transfiere al patrimonio estatal, sin que se pague compensación alguna por ello²⁹. En la misma línea, Santofimio llama confiscación a cualquier procedimiento expropiatorio en el cual no se indemnice al afectado³⁰. Es así como la desnaturalización de la institución jurídica de la expropiación da lugar a un tipo de confiscación, pues la ausencia de uno de sus elementos esenciales genera una absoluta vulneración al derecho de propiedad.

Se debe recordar que la persecución del interés general no es fundamento para la arbitraria y gratuita afectación al interés particular. Marienhoff también argumenta que

²⁶ Artículo 58.4, LOSNCP.

²⁷ Walter Villegas, *Régimen jurídico de la expropiación*, (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973), 119.

²⁸ Julio Rodolfo Comadira, "Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación", en *Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Abeledo-Pierrot, 1998), 466.

²⁹ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 508.

³⁰ Jaime Orlando Santofimio Galindo, *Compendio de Derecho Administrativo*, 28.

la ausencia de la indemnización en caso de expropiación produce irremediamente una confiscación, es decir, una conducta antijurídica³¹. Solo el resarcimiento completo de los perjuicios que soporta el administrado por motivo de la expropiación evita esta circunstancia, pues es la única vía que permite armonizar los intereses discordantes.

6. El daño producto de la expropiación

Corral Talciani define al daño como un detrimento que una persona experimenta en sí misma, en sus bienes o derechos, a mano y por culpa de otra³². Después de haber explorado el funcionamiento de la institución expropiatoria, es evidente que el traspaso, a favor de la Administración, de un bien que anteriormente se encontraba en el patrimonio del administrado va a generar una afectación a este. En esta línea, Villegas identifica a los daños como una de las consecuencias que la expropiación puede ocasionar a un propietario, entendidos como los perjuicios que aquel sufre por la desposesión de un bien³³. Es la producción del daño lo que hace necesaria la indemnización que antecede la expropiación.

Por encontrar su fundamento en la Constitución, se puede alegar que la obligación de indemnizar al expropiado surge en virtud de una suerte de responsabilidad extracontractual del Estado. En el supuesto, aún más desafortunado, de que la Administración no indemnice integralmente al afectado, podría incluso configurarse un caso de enriquecimiento indebido. Según Ponce Martínez, el enriquecimiento sin causa puede considerarse como una fuente de obligaciones, a partir de lo cual el indebidamente beneficiado debe resarcir al perjudicado por el desplazamiento de bienes³⁴. En suma, independientemente de la fuente obligacional que dé fundamento al resarcimiento, el factor común será la necesidad de identificar, cuantificar e indemnizar los daños que efectivamente se generen.

Pretender aplicar nociones del derecho de daños en casos de expropiación podría parecer un tanto inusual, puesto que implica la coexistencia de instituciones del derecho público y del derecho privado en un solo proceso. Sin embargo, existen varias corrientes doctrinarias que permiten fundamentar esta postura. Pérez Camacho suscribe la idea, al

³¹ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 243.

³² Hernán Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil*, 2.

³³ Walter Villegas, *Régimen jurídico de la expropiación*, 119.

³⁴ Alejandro Ponce Martínez, "Responsabilidad Civil Extracontractual", *Revista de la sección académica de ciencias jurídicas de la Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión* (2015), 9.

proponer la implementación de elementos del derecho privado en la expropiación, que es todavía una institución de derecho público³⁵. Esta propuesta, además, tiene una importante utilidad práctica, pues permite identificar con más claridad los componentes del daño producto de la expropiación. Esto podría facilitar el cálculo de la indemnización, cuya suficiencia y plenitud resultan indispensables para legitimar el acto expropiatorio.

6.1. Aplicación del Derecho Civil de Daños

Como se discutió en apartados anteriores, la expropiación está concebida como una facultad estatal exorbitante. Por lo tanto, es lógico asumir que su regulación tendría que trascender la esfera del derecho privado. Sin embargo, la demarcación entre los dos componentes fundamentales del proceso expropiatorio permite plantear la aplicación de un sistema compuesto, que respeta tanto las potestades de la Administración, como los derechos del administrado. Aquello está contemplado por la teoría del acto mixto. Marienhoff explica que esta visión dual permite limitar a la esfera de derecho público todo lo correspondiente al primer momento del proceso expropiatorio: la declaratoria de utilidad pública³⁶. En contraste, lo atinente a la segunda etapa del proceso se encuadraría en el derecho privado, esto es el cálculo del daño y el pago de la indemnización.

Hay que recordar que la expropiación genera inevitablemente una limitación al derecho de dominio. Marienhoff alega que toda afectación al principio de inviolabilidad de la propiedad deberá interpretarse en favor del expropiado, para garantizar de mejor manera su reparación³⁷. En vista de que la aplicación del derecho de daños se adecua más a este fin, se plantea su utilización en materia de cuantificación de los perjuicios generados por el concerniente acto administrativo.

6.2. Tipos de daño

En la Ley ecuatoriana, el perjuicio que se reconoce primordialmente en la expropiación es el daño emergente que deviene directamente del despojo del bien. Es por esto que el artículo 58.1 de la LOSNCP toma como justo precio el avalúo predial del inmueble sujeto de la expropiación. Es necesario recordar que existe una relación directa entre la magnitud del daño y el monto de la indemnización que por él corresponde, lo cual significa que el ordenamiento jurídico ecuatoriano únicamente considera resarcible el

³⁵ Efraín Pérez Camacho, *Derecho administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 373.

³⁶ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 162.

³⁷ *Ibidem*, 134.

valor material del bien expropiado. Esto genera un problema, en la medida en que existen otros tipos de daño emergente que no son debidamente reconocidos.

Como excepción a la regla general, el artículo 58.4 de la LOSNCP permite reconocer un monto indemnizatorio adicional al justo precio en caso de que la expropiación produzca daños a un predio en donde se desarrollaren actividades económicas. Si bien esta norma resulta muy ambigua, en tanto no establece procesos de cuantificación, ni define claramente la calificación del daño, aquel se podría interpretar como un lucro cesante.

Es claro que este sistema de valoración de los daños provocados por la expropiación es extremadamente restrictivo, lo cual deja expuesto al administrado al peligro de soportar perjuicios que la Administración pública no resarcirá. Marienhoff alega que la validez de las disposiciones legales sobre expropiación depende de que estas sean razonables y no incurran en arbitrariedades³⁸. No es posible plantear una completa inobservancia de las normas vigentes, pero es evidente la necesidad de readecuarlas para que se adapten a la esencia del proceso expropiatorio, en miras de alcanzar una verdadera compensación. En relación a ello, Comadira manifiesta que una vez se da el agravio del derecho de dominio por obra de la actividad estatal, el único camino que garantiza el respeto a la inviolabilidad de la propiedad es la reparación integral, lo cual implica una amplia indemnización³⁹. Para lograr establecer un sistema de valoración justo, es indispensable dilucidar los diferentes tipos de daño que pueden acontecer.

Villegas opina que existen dos componentes principales que deben tomarse en cuenta al momento de indemnizar: el valor del bien expropiado y las consecuencias que sufre el propietario desposeído⁴⁰. Si se busca la analogía de dichas nociones en la tradicional clasificación del Derecho de Daños, aparecen los conceptos de daño emergente y lucro cesante, respectivamente. Fischer concuerda, al llamar *damnum emergens* al menoscabo que sufre el patrimonio al momento del hecho dañoso, en este caso la expropiación, y *lucrum cessans* al impedimento de aumentos patrimoniales que hubieran acontecido naturalmente⁴¹. Similarmente, García Huayama determina que el daño patrimonial se descompone en la disminución efectivamente sufrida y la ganancia

³⁸ Miguel S. Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, 131.

³⁹ Julio Rodolfo Comadira, "Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación", 462.

⁴⁰ Walter Villegas, *Régimen jurídico de la expropiación*, 118.

⁴¹ Hans Fischer, *Los daños civiles y su reparación* (Santiago: Ediciones Olejnik, 2018), 45

que el afectado habría percibido en caso de no configurarse el daño⁴². Ahora bien, en lo relativo a la expropiación, es importante recalcar que el daño emergente no se limita conceptualmente al solo precio del inmueble, y existen valores relativos a las condiciones y potencial del predio que no se encuadran necesariamente el lucro cesante. Por lo tanto, resulta necesario explorar ambas categorías con más profundidad para elaborar una propuesta de reforma a las normas del procedimiento expropiatorio.

6.2.1. El justo precio como daño emergente

Si bien el ordenamiento ecuatoriano no hace mención expresa del daño emergente como aquel indemnizable tras una expropiación, es evidente que el justo precio del que habla el artículo 58.2 de la LOSNCP se encuadra en dicho concepto. De acuerdo a Peñailillo Arévalo, el daño emergente consiste en la pérdida inmediata que sufre el patrimonio de la víctima⁴³. En lo relativo a la expropiación, Villegas lo define como aquel resultado dañoso que es producto directo de la privación del dominio⁴⁴. Esto quiere decir que se debe otorgar esta calificación a los perjuicios que recaigan sobre los bienes o derechos que ya se encontraban incorporados en el patrimonio de la persona afectada.

El daño emergente más fácil de apreciar es aquel que deviene del despojo material y jurídico del predio, en cuanto su valor se resta del patrimonio afectado. Villegas comenta que el justo precio se trata de la apreciación que el bien tendría en el mercado⁴⁵. Es vital recalcar que, cuando la Administración expropia el inmueble, el patrimonio del propietario desposeído se verá damnificado por la ausencia súbita del bien. La fórmula más sencilla para resarcir esta afectación es reemplazar aquel vacío con una suma monetaria equivalente, de ahí nace la necesidad del pago del justiprecio.

6.2.2. La duda sobre el reconocimiento del lucro cesante

Si bien no lo menciona directamente, el artículo 58.4 de la LOSNCP hace alusión a un posible reconocimiento de lucro cesante, en cuanto ordena una indemnización de los perjuicios que pueden sufrir predios expropiados que hayan albergado negocios en marcha. Tomar dicha compensación como una mera adición al justiprecio no resulta lógico. Lo que la norma pretende es resarcir las afectaciones que genera el cese de las

⁴² Juan Carlos García Huayama, “Configuración, prueba y cuantificación del lucro cesante”, *Derecho y Cambio Social* (2015), 190.

⁴³ Daniel Peñailillo Arévalo, “Sobre el lucro cesante”, *Revista de Derecho Concepción* (2018), 10.

⁴⁴ Walter Villegas, *Régimen jurídico de la expropiación*, 224.

⁴⁵ *Ibidem*, 118.

actividades económicas, es decir, la reparación va más allá de aquello que ya se encontraba en el patrimonio del expropiado. Esta es la esencia del lucro cesante. Peñailillo Arévalo lo define como una ganancia esperada, que no se logró obtener por causa del hecho dañino⁴⁶. El problema del artículo 58.4 está en que no se establece sistema de valoración alguno y existe ambigüedad en los supuestos a los que es aplicable.

La importancia de atribuirle la calidad de lucro cesante a aquel daño, que esencialmente lo es, radica en los estándares probatorios y la manera de indemnizarlo. De acuerdo a Comadira, el argumento más importante que permite sostener la necesidad de incluir este valor es la prevalencia del principio general que consagra la indemnización integral⁴⁷. Hay que recordar, además, que la indemnización justa y plena es un requisito de legitimidad de la expropiación. Osterling y González llaman la atención al hecho de que la función del lucro cesante es indemnizar el impedimento de obtención de lucros que se hubieran incorporado en el patrimonio damnificado⁴⁸. Es decir, lo que se compensa no es una mera expectativa de beneficios económicos, sino aquellas ganancias que, con considerable certeza, se habrían obtenido.

Ahora bien, cabe analizar la posibilidad de indemnizar a negocios cuyas actividades se encuentren en pausa, próximas a iniciar, o incluso un supuesto en donde las condiciones particulares del predio lo podían volver sujeto de explotación económica sin la necesidad de habilitar instalaciones especializadas. La redacción del artículo 58.4 de la LOSNCP es clara en ese aspecto, la indemnización que reconoce tan solo es aplicable a negocios que estén activos a la fecha en la que se realiza la expropiación. Es imperante recordar que el lucro cesante tan solo puede ser compensando en la medida de su certidumbre. Si el negocio no se encuentra en marcha, no se puede afirmar que existe una ganancia frustrada. No obstante, en los casos detallados, podría plantearse una compensación en virtud de la pérdida de la oportunidad. De Cupis alega que este daño no se puede indemnizar como lucro cesante, pues forma parte del daño emergente que soporta el particular cuando se le despoja del dominio del bien⁴⁹. Esto se debe a que la

⁴⁶ Daniel Peñailillo Arévalo, “Sobre el lucro cesante”, 10.

⁴⁷ Julio Rodolfo Comadira, “Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación”, 478.

⁴⁸ Felipe Osterling Parodi y Alfonso Rebaza González, “Indemnizando la probabilidad: acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad”, 12.

⁴⁹ Adriano De Cupis, *Teoría general de la responsabilidad civil* (Barcelona: Bosch, 1975), 318-319.

oportunidad no es un lucro que ordinariamente se hubiera verificado, sino una probabilidad que se encontraba directamente vinculada a la propiedad del bien.

6.2.3. Las particularidades de la pérdida de chance

Por ser diferente la pérdida de chance u oportunidad del lucro cesante, su fundamento, prueba e indemnización varían también. Es importante repasar sus características para determinar si se trata de un daño resarcible en el contexto de un proceso expropiatorio. Osterling y Rebaza la califican como un daño emergente actual, puesto que la víctima se ve privada de una expectativa que ya estaba incorporada en su patrimonio⁵⁰. Es decir, lo que se compensa no es la ganancia futura, sino la posibilidad misma de obtenerla. De acuerdo a Corral Talciani, la indemnización nace del impedimento de aprovechar una oportunidad o ejercer un derecho que probablemente generaría un beneficio⁵¹. Lo que se analiza no es la certeza de lucrar, sino la probabilidad que existía de hacerlo.

La incertidumbre que viene sujeta a este concepto es lo que podría poner en cuestión su pertinencia en la reparación integral que va de la mano con la expropiación forzosa. Sin embargo, lo volátil de la ganancia no puede opacar el hecho de que la oportunidad no se habría perdido de no mediar el hecho dañoso. Esto demuestra que, dependiendo de las circunstancias del caso, puede existir un desmedro verificable y cuantificable. En relación a ello, Osterling y Rebaza manifiestan que la chance de acceder a un beneficio monetario se considera un activo del patrimonio del sujeto. Por ello, su destrucción de la mano de un tercero genera la obligación de resarcir⁵². La existencia de una chance de generar beneficios a futuro va de la mano con el goce de los frutos del bien, atributo indispensable del derecho de dominio. Si resulta evidente que, de no acontecer la expropiación, el propietario habría podido aprovechar una oportunidad con considerable probabilidad, la compensación por dicho perjuicio deberá necesariamente incluirse para garantizar la suficiencia del monto indemnizatorio. Si bien no existe certeza acerca de las ganancias futuras, la hay en relación del daño patrimonial que ya aconteció.

⁵⁰ Felipe Osterling Parodi y Alfonso Rebaza González, “Indemnizando la probabilidad: acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad”, 4.

⁵¹ Hernán Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil*, 6.

⁵² Felipe Osterling Parodi y Alfonso Rebaza González, “Indemnizando la probabilidad: acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad”, 8-9.

7. La justa indemnización

Como ya se ha anticipado, la indemnización justa y previa es uno de los requisitos fundamentales de legitimidad de la expropiación. El artículo 323 de la CRE es la norma que simultáneamente faculta a la Administración Pública para expropiar y establece los lineamientos generales que deben mantenerse. Es verdad que el texto constitucional se remite a la ley en lo relativo a los detalles del proceso, por lo cual no es posible defender la inobservancia absoluta de las normas jurídicas de menor jerarquía que regulan el tema. Sin embargo, es argumentable su insuficiencia e incoherencia, en la medida en la que se desvíen de aquellos lineamientos establecidos por la carta fundamental. En esta línea, Marienhoff expone que los componentes esenciales de la expropiación no dependen de la ley formal, sino de la Constitución. Su validez depende de la adecuación a los principios que recoge⁵³. Esto significa que, en concordancia con la letra constitucional, la expropiación en Ecuador solo puede proceder en tanto se realice la previa justa valoración del bien, indemnización y pago.

Se ha discutido con anterioridad el problema que genera el querer identificar al justiprecio como el solo componente de la compensación. El monto indemnizatorio debe ir más allá del simple valor objetivo del bien, pues tiene que comprender también los perjuicios directos que le genera a la víctima. Comadira argumenta que el fundamento del deber indemnizatorio del Estado reposa en el sacrificio que se impone al administrado. Aquel está obligado a soportar la actividad estatal, mas no los daños que ella le provoque⁵⁴. Lo que se reniega no es la facultad expropiatoria como tal, pues el particular no puede desconocer las facultades exorbitantes del Estado soberano. El problema surge cuando la Administración pretende despojar a los propietarios de sus bienes, a cambio de un pago que resulta ínfimo en comparación a los perjuicios verdaderamente generados. Después de todo, es la reparación integral, comprendida como una indemnización plena y justa, lo que diferencia a la expropiación de una arbitraria confiscación.

7.1. La reparación integral

Del análisis del principio de reparación integral se desprenden los principales argumentos para defender la expansión de la indemnización expropiatoria. Según

⁵³ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 242.

⁵⁴ Julio Rodolfo Comadira, “Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación”, 478.

Machado et al., la reparación solo podrá llamarse integral en la medida en la que corresponda con la entidad del perjuicio causado. Esta acepción establece un doble límite: se indemniza todo el perjuicio, pero no más que el perjuicio⁵⁵. Es decir, quién cometió el hecho no puede dejar daños sin compensar, pero la víctima tampoco puede recibir un exceso de lo que verdaderamente le corresponde. Todo esto en son de evitar un enriquecimiento ilícito en ambos costados.

El plantear la adopción este principio en el proceso expropiatorio ecuatoriano contrasta con las interpretaciones que defienden la suficiencia del justiprecio. No obstante, la obligatoriedad de la compensación integral ha sido parte de la esencia de la expropiación históricamente. Marienhoff entiende la indemnización en la expropiación como el resarcimiento de todo lo necesario para que el patrimonio del administrado regrese a la condición en la que estaba antes del despojo del bien⁵⁶. Entonces, la reparación integral no puede agotarse con el pago del valor comercial del bien, puesto que hay un abanico de posibles de daños adicionales que el administrado podría sufrir en virtud del acto.

Materialmente, es imposible llevar al patrimonio afectado al estado exacto en el que se encontraba previo a la expropiación, pero en la vida jurídica es suficiente que se realice una conversión de valores. De acuerdo a Machado et al., cuando el desmedro ya ha sido consumado, lo único que queda es aminorar sus efectos en la mayor medida posible⁵⁷. Lo que se pretende es aliviar la vulneración de un interés jurídico a través de una vía pecuniaria. El infortunio se transfiere, del que lo sufre al que lo provocó. Es verdad que la Administración, en principio, no comete un hecho antijurídico, por ello se plantea que a la primera parte del proceso expropiatorio se aplique únicamente derecho público. Sin embargo, una vez verificado el daño al particular, entra en juego la esfera del derecho privado y se vuelve necesaria la reparación. Marienhoff considera que la indemnización es verdaderamente integral cuando el patrimonio del expropiado permanece inalterado⁵⁸. Si no se toman en cuenta todos los daños que ciertamente

⁵⁵ Libertad Machado López et al, “Reparación integral en el sistema jurídico ecuatoriano; ¿derecho público o privado?”, 6.

⁵⁶ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 243-244.

⁵⁷ Libertad Machado López et al, “Reparación integral en el sistema jurídico ecuatoriano; ¿derecho público o privado?”, 8.

⁵⁸ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 281.

devienen de la expropiación, la Administración se estaría extralimitando en sus competencias, lo cual entra ya en el campo de lo ilegítimo y antijurídico.

7.2. Prueba y valoración del daño

El llegar a una reparación integral implica cuantificar todos los daños pertinentes y entregar aquel monto al administrado, para aliviar así los perjuicios que la expropiación le generó. Según Machado et al., la aplicación de este principio depende de la evaluación del daño, la cual debería ser competencia exclusiva de los jueces⁵⁹. Aquello presenta una incógnita alrededor de cómo deberían probarse y evaluarse los diferentes tipos de daño en el marco de un proceso judicial. Por la naturaleza pecuniaria de la indemnización expropiatoria, serán los daños de carácter patrimonial los relevantes al momento de realizar el cálculo. Corral Talciani expone que el daño resarcible en la expropiación es cierto, real y efectivo. El daño futuro solo se toma en consideración cuando existe certeza, al menos moral, de que necesariamente sobrevendrá⁶⁰. Esto implica que, para establecer si un daño determinado es resarcible, se realiza un análisis de certidumbre.

Ahora bien, cabe preguntar si la legislación puede suprimir ciertos valores del resarcimiento. En relación a ello, Marienhoff argumenta que la exclusión solo será admisible jurídicamente si no se extiende a valores que integran la esencia del derecho de propiedad⁶¹. Bajo este criterio, es nuevamente razonable que se descarten valores relativos a hipotéticos daños extrapatrimoniales. No obstante, si los perjuicios se desprenden directamente de la privación de las facultades de uso, goce y disposición del bien expropiado, su inclusión debería ser obligatoria en el cálculo del monto indemnizatorio.

7.2.1. Cuantificación del daño emergente

Probar y cuantificar el daño emergente en lo que respecta al valor comercial de un inmueble expropiado no es un asunto que genere mayor controversia. El avalúo predial se ha establecido como criterio referencial para la determinación del justiprecio en las negociaciones que se entablan entre Administración y administrado. Sin embargo, el reconocimiento daños emergentes que van más allá de ese monto requiere un análisis

⁵⁹ Libertad Machado López et al, “Reparación integral en el sistema jurídico ecuatoriano; ¿derecho público o privado?”, 6.

⁶⁰ Hernán Corral Talciani, Lecciones de responsabilidad civil, 6.

⁶¹ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 244.

detallado. García Huayama considera que para acreditar el daño emergente es necesario probar que ciertamente existe un perjuicio patrimonial, provocado directamente por la sustracción del bien⁶². Lo resarcible en tal caso no es un valor hipotético, sino un desmedro verificable.

En temas de pérdida de chance es indispensable evaluar las condiciones del predio. Cuando una propiedad no está produciendo ingresos en el momento en que se da la expropiación, la dificultad probatoria aumenta. De acuerdo a Burkhart, si el expropiado pretende reclamar daños que surgen del potencial del predio para generar ganancias futuras, es indispensable que proporcione la mayor cantidad de evidencia posible en cuanto a la proyección de ingresos⁶³. Es decir, para que sea resarcible la pérdida de la oportunidad, el interesado debe probar que las características del inmueble expropiado le hubieran permitido, con considerable probabilidad, lucrar a futuro.

No es razonable exigir que administrado demuestre con certeza que los valores planteados se iban a incorporar en su patrimonio si no se hubiera dado la expropiación, puesto que los daños de esas características se reconocen bajo el concepto de lucro cesante. Según Osterling y Rebaza, lo que la pérdida de la chance indemniza no son los beneficios mismos, sino la oportunidad de obtenerlos. Ello implica una reducción substancial del monto⁶⁴. Pretender reclamar la totalidad de unos valores que no estaban ya incorporados en el patrimonio, sin que si quiera exista la certeza de que lo harían en un futuro, entra en el territorio del daño hipotético. Este, como ya se ha mencionado, no es resarcible bajo ningún motivo. Corral Talciani concuerda, al decir que la pérdida de una facultad lícita será resarcible, más no puede identificarse con el valor total planteado⁶⁵. Así, lo que se compensa es un daño cierto, con la particularidad de que debe surgir en virtud de la frustración de la oportunidad para intentar obtener un beneficio.

En cuanto a los puntuales criterios de valoración para fijar el monto indemnizatorio, se debe realizar un análisis de probabilidad. Osterling y Rebaza consideran que la cuantía del resarcimiento depende de una comparación entre las

⁶² Juan Carlos García Huayama, “Configuración, prueba y cuantificación del lucro cesante”, 205.

⁶³ Rachel Burkhart, “Three Considerations When Seeking Compensation for Lost Income Due to a Government Taking”, Faegre Drinker, Enero 4, 2018, disponible en: <https://www.faegredrinker.com/en/insights/publications/2018/1/three-considerations-when-seeking-compensation-for-lost-income-due-to-a-government-taking>, (ultimo acceso: 06/10/2022).

⁶⁴ Felipe Osterling Parodi y Alfonso Rebaza González, “Indemnizando la probabilidad: acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad”, 11-12.

⁶⁵ Hernán Corral Talciani, Lecciones de responsabilidad civil, 6-7.

probabilidades de aprovechar la chance y el peligro de que esta no se presente. Se realiza un análisis matemático para determinar un coeficiente que se debe aplicarse a la eventual ganancia⁶⁶. En suma, la indemnización que corresponde por la pérdida de la chance se calcula multiplicando el monto potencial de la ganancia frustrada por el coeficiente de probabilidad que había de obtenerla.

7.2.2. Cálculo del lucro cesante

Para comprender las razones por las que el lucro cesante debería ser un daño resarcible en la expropiación, el caso de los predios en los que se desarrollan actividades económicas es el supuesto de mayor relevancia. Según Burkhart, la expropiación de un inmueble que alberga un negocio en marcha, tomando en cuenta los perjuicios que trae su relocalización, debe ser indemnizada⁶⁷. Hay que considerar que existen negocios que dependen en gran medida de las características del lugar dónde se encuentran, por lo cual la expropiación les impediría cumplir con obligaciones, previamente contraídas, que les generarían beneficios económicos. Incluso si el entorno fuera irrelevante, es evidente que el cese temporal de las actividades generará perjuicios en virtud de las ganancias que se dejen de percibir. Ese daño configura un lucro cesante que debe ser debidamente compensado por la Administración.

La futuridad del lucro cesante genera una discusión en lo relativo al estándar probatorio aplicable. De acuerdo a García Huayama, la doctrina moderna se inclina por la suficiencia de un juicio de probabilidad que atiende a consideraciones fundadas y razonables, es decir, lo que habría sucedido en el orden normal de los acontecimientos⁶⁸. Si bien no es posible indemnizar daños hipotéticos, las ganancias que se habrían incorporado normalmente en el patrimonio del afectado de no mediar la expropiación sí deben ser resarcidas. Fischer afirma que el Derecho no puede ser severo al punto de exigir prueba matemática irrefutable de que la ganancia no se hubiera frustrado por otra razón⁶⁹. Esto significa que lo que se necesita demostrar es una probabilidad objetiva de que los ingresos se habrían generado si el predio no hubiera sido expropiado.

⁶⁶ Felipe Osterling Parodi y Alfonso Rebaza González, “Indemnizando la probabilidad: acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad”, 14-15.

⁶⁷ Rachel Burkhart, “Three Considerations When Seeking Compensation for Lost Income Due to a Government Taking.”

⁶⁸ Juan Carlos García Huayama, “Configuración, prueba y cuantificación del lucro cesante”, 203.

⁶⁹ Hans Fischer, *Los daños civiles y su reparación*, 46-47.

La cuantificación del lucro cesante depende de una proyección económica que toma en cuenta el estado de las cosas previo al daño. García Huayama considera que los ingresos que la víctima percibía con anterioridad al hecho dañoso se deben tomar como medida para el cálculo de ganancias frustradas⁷⁰. Corral Talciani añade que a la renta líquida se debe descontar los recursos que hubieran debido invertirse para producir esas ganancias⁷¹. Entonces, se debe determinar las cantidades que normalmente el predio podría generar, descontando los gastos de producción, para así obtener la ganancia neta indemnizable.

En cuanto al límite temporal de la indemnización, se toma en cuenta la duración de la incapacidad para producir. García Huayama defiende esta postura, alegando que el periodo indemnizable equivale al tiempo en el cual la víctima sea incapaz de generar los ingresos que dejó de percibir⁷². En el contexto de la expropiación de negocios en marcha en Ecuador, el artículo 58.4 de la LOSNCP reconoce el pago una indemnización que cubra el traslado de las instalaciones a otro inmueble. En tal caso, la entidad expropiante tendría que responder por el lucro cesante que se genere durante la inactividad que cause la relocalización.

8. Tutela judicial

Si se pretende aplicar Derecho de Daños para el cálculo del monto indemnizatorio en la expropiación, es necesario que se entable un proceso judicial, con todas las garantías que ello implica. Marienhoff opina que la indemnización no puede ser fijada por la entidad expropiante, sino por un tercero imparcial. Si no fuere así, se violaría el principio de separación de poderes, pues una función judicial se estaría ejerciendo por la rama ejecutiva del gobierno⁷³. Existe un grave problema en Ecuador en relación a la tutela judicial para los afectados por la expropiación, puesto que no hay vías para impugnar valores que vayan más allá del justiprecio. Por otro lado, existe jurisprudencia internacional que reconoce la inclusión del lucro cesante y otros daños en la indemnización expropiatoria. El contraste de ambas situaciones va a evidenciar la necesidad de reforma legislativa, para adecuar el ordenamiento jurídico ecuatoriano a un modelo de reparación integral como garantía de legitimidad de la expropiación.

⁷⁰ Juan Carlos García Huayama, “Configuración, prueba y cuantificación del lucro cesante”, 209.

⁷¹ Hernán Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil*, 13.

⁷² Juan Carlos García Huayama, “Configuración, prueba y cuantificación del lucro cesante”, 211.

⁷³ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 247.

8.1. Ausencia de vías judiciales en Ecuador

La disposición transitoria segunda del Código Orgánico General de Procesos, COGEP, establece que serán las normas del Código de Procedimiento Civil, CPC, las vigentes al momento de sustanciar procedimientos de expropiación⁷⁴. El artículo 782 del CPC prescribe que el juicio de expropiación solo tiene por objeto determinar la cantidad que debe pagarse por concepto de precio de la cosa expropiada⁷⁵. Adicionalmente, como ya se discutió, el artículo 58.2 de la LOSNCP solo permite al propietario impugnar el acto administrativo de expropiación en lo relativo al justo precio. Esto quiere decir que no existe una instancia judicial en la que administrado pueda plantear el reconocimiento de perjuicios adicionales. A su vez, si se toma en cuenta que el artículo 58.4 de la LOSNCP no establece parámetros para calcular la indemnización excepcional para los negocios en marcha y no existen precedentes, ni tendencias jurisprudenciales que aclaren el tema, resulta evidente que existe una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva del expropiado.

La Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en sentencia No. 17711-2013-0746, manifestó que el juicio de expropiación solo busca la determinación del precio de la cosa expropiada, por lo tanto, no se trata de un proceso de conocimiento susceptible de recurso de casación⁷⁶. Esto quiere decir que la justicia ordinaria ecuatoriana se ha negado a si quiera discutir el reconocimiento de perjuicios adicionales. Pretender que los valores que van más allá del justo precio se reclamen a través de una eventual demanda de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual del Estado tampoco es una opción. Si las afectaciones patrimoniales no son indemnizadas previa y justamente, el acto administrativo de expropiación carecerá de legitimidad. La solución es reformar la legislación procesal, a fin de permitir que se discutan daños distintos al precio del bien en el transcurso del juicio de expropiación.

8.2. Jurisprudencia internacional

Se ha discutido que en Ecuador no existe normativa ni precedentes jurisprudenciales que soporten claramente el reconocimiento del lucro cesante y otros

⁷⁴ Disposición Transitoria Segunda, Código Orgánico General de Procesos, [COGEP]. R.O. Suplemento 506, 22 de mayo de 2015.

⁷⁵ Artículo 782, Código de Procedimiento Civil, [CPC]. R.O. Suplemento 58, 12 de julio de 2005.

⁷⁶ Sentencia No. 17711-2013-0746, Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala de lo Civil y Mercantil, 11 de noviembre de 2014, pág. 2.

perjuicios en el marco de un proceso de expropiación. No obstante, existe jurisprudencia comparada de defiende la ampliación del monto indemnizatorio. En Estados Unidos las constituciones de algunos estados permiten el resarcimiento de la pérdida de ganancias para negocios expropiados. *Luber v. Milwaukee County* es un excelente ejemplo de ello. La Corte Suprema de Milwaukee determinó que el propietario debe recibir compensación por las rentas perdidas en virtud de la expropiación de su predio⁷⁷. Este caso toma como medida para determinar el monto indemnizatorio lo que el particular verdaderamente pierde, no solo lo que el Estado obtuvo. De esta manera, se evidencia que el justo precio del bien nunca será compensación suficiente si permanecen otros perjuicios no resarcidos.

Otro de los países cuya jurisprudencia y leyes se han inclinado expresamente a favor del reconocimiento del lucro cesante y otros daños es Colombia. En la sentencia C-750/15, la Corte Constitucional de Colombia declaró que, pese al margen de configuración legislativa que tiene el legislador, en materia expropiatoria el juez debe tener un marco de acción que le permita fijar una indemnización apropiada, en relación a las características del caso. En cuanto al lucro cesante, este deberá cuantificarse según los rendimientos reales del inmueble al momento de la expropiación⁷⁸. Esta sentencia permite comprender que no es posible crear un estándar legal aplicable a todos los casos. Aquí se determina que la indemnización expropiatoria cumple una función reparatoria, por lo cual debe incluir necesariamente el precio del inmueble, el daño emergente y el lucro cesante. Al fin y al cabo, es la reparación integral que va implícita en la indemnización previa y justa lo único que diferencia la expropiación de la confiscación.

8. Conclusiones

En Ecuador, la Administración está facultada para expropiar bienes por razones de utilidad pública. No obstante, la normativa vigente en lo relativo a la indemnización que por ello corresponde es en extremo restrictiva, lo cual impide que se realice una verdadera reparación integral. Tomar el justo precio del inmueble como único valor referencial para la fijación del monto a pagar genera una transgresión al derecho de propiedad, consagrado constitucionalmente, ya que el administrado se ve obligado a soportar daños que no serán resarcidos. El ordenamiento ecuatoriano no reconoce expresamente una indemnización por concepto de lucro cesante en predios que

⁷⁷ *Luber c. Condado de Milwaukee*, Corte Suprema de Milwaukee, 5 de junio de 1970, párr. 279.

⁷⁸ Sentencia C-750, Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, 10 de diciembre de 2015.

desarrollen actividades económicas. Tampoco abre la posibilidad al cobro de daños emergentes distintos al justo precio del bien, como podría ser la pérdida de chance en predios cuyas condiciones se presten para la explotación pecuniaria. La falta de consideración de este tipo de valores elimina uno de los requisitos de legitimidad de la expropiación, pues otorgar compensaciones parciales hace que ella degenera en un tipo de confiscación.

El monto indemnizatorio tiene que resarcir plenamente el desmedro patrimonial. Es decir, la compensación debe llevar al patrimonio del administrado al estado en el que se encontraba antes del suceso, además de suplir los valores que ciertamente se hubieran incorporado en él de no mediar el hecho dañoso. Así, el reconocimiento del lucro cesante llega a ser un requisito para la legitimidad del acto administrativo. No es posible calificarlo como daño hipotético, pues la considerable certidumbre de las ganancias frustradas es parte de su esencia. La prueba va a depender de un análisis de probabilidad, y su cuantificación va ligada a una proyección económica. La indemnización de la pérdida de chance conlleva una valoración distinta, pues lo que se compensa es una oportunidad que él afectado ya tenía incorporada en su patrimonio. Debería existir la posibilidad de reclamar ambos daños, en la medida en la que se desprenden de la privación de facultades propias del derecho de dominio.

El artículo 323 de la CRE otorga la facultad expropiatoria a la Administración, bajo la condición de que se pague una previa y justa indemnización, además de prohibir expresamente la confiscación. En miras de adecuar el ordenamiento jurídico a las disposiciones constitucionales, es necesaria la reforma de tres artículos de la LOSNCP. El artículo 58.1 debería permitir que en las negociaciones entre la Administración y el administrado se discuta y se convenga una indemnización que cubra todos los daños patrimoniales que sean producto directo de la expropiación, no solo el precio del bien basado en avalúo predial. En concordancia con ello, corresponde suprimir la disposición del artículo 58.2 que limita la impugnación del acto al justo precio, a fin de habilitar una vía judicial para reclamar otros perjuicios no resarcidos. Finalmente, el artículo 58.4 debería reconocer que la indemnización a predios que alberguen negocios en marcha se paga en virtud del lucro cesante que deviene del cese de actividades. La redacción actual, si bien podría interpretarse en favor de la compensación de este daño, es deficiente en tanto su enfoque resarcitorio prioritario está en la afectación a las instalaciones, más que en el negocio en sí o en su capacidad productiva.

Solo con estas modificaciones la legislación ecuatoriana estaría garantizando una verdadera reparación integral. De esta manera, el interés privado y la necesidad pública podrían coexistir armoniosamente. Asimismo, la expropiación por fin podría cumplir el propósito para el cual fue creada, siendo fiel a los elementos de su esencia y actuando dentro del marco de la legalidad.