

Universidad San Francisco de Quito USFQ

Colegio de Posgrados

**La vulneración del derecho a la propiedad privada en
contraste a la facultad estatal de expropiación, en
referencia al justo precio.**

Sonia Elizabeth Arregui Borrero

Director: Juan Pablo Aguilar

Trabajo de titulación como requisito para la obtención de título de Máster en Derecho
Administrativo

Quito, marzo de 2017

Universidad San Francisco de Quito USFQ

Colegio de Posgrados

HOJA DE APROBACIÓN DE TRABAJO DE TITULACIÓN

La vulneración del derecho a la propiedad privada en contraste a la facultad estatal de expropiación, en referencia al justo precio.

SONIA ELIZABTH ARREGUI BORRERO

Juan Pablo Aguilar

Director de Trabajo y Miembro del Comité de Grado

Jaime Vintimilla

Presidente y Miembro del Comité de Grado

Marco Morales

Miembro del Comité de Grado

Javier Robalino, M.A.

Director de la Maestría en Derecho Administrativo

Farith Simon, Ph. D.

Decano del Colegio de Jurisprudencia

Hugo Burgos, Ph. D.

Decano del Colegio de Postgrados

Quito, 27 de abril de 2017

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
EVALUACIÓN DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA**

TÍTULO: La vulneración del derecho a la propiedad privada en contraste a la facultad estatal de expropiación, en referencia al justo precio

ALUMNO: Sonia Arregui Borrero

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

La Ley de Contratación Pública ha limitado, a mi juicio inconstitucionalmente, la facultad de los jueces de establecer el justo precio de los bienes a ser expropiados por la Administración Pública. El análisis del problema que ello genera es, sin duda, importante, pues tiene que ver con instituciones fundamentales de nuestro derecho, como la propiedad, y con el principio básico del debido proceso.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis, relacionada con la forma en que las regulaciones de la Ley de Contratación Pública sobre expropiación afectan el derecho constitucional a la propiedad, es sin duda trascendente, pues tiene que ver con elementos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

Los documentos y materiales empleados son suficientes y pertinentes. Se recurre a un adecuado acervo doctrinario y se consulta jurisprudencia suficiente para enfocar adecuadamente los temas analizados.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

El desarrollo del trabajo es coherente y adecuado. Parte de los principios básicos sobre el tema y muestra la forma en que los mismos son afectados por las regulaciones de la Ley de Contratación Pública. Concluye haciendo las propuestas necesarias para superar los problemas identificados.

A mi juicio, el trabajo cumple los requisitos necesarios para continuar con el trámite correspondiente.

FIRMA DEL DIRECTOR:

A handwritten signature in blue ink, enclosed in a black rectangular box. The signature is stylized and appears to read 'J.P. Andrade'.

Juan Pablo Aguilar Andrade

Quito, 9 de marzo de 2017

© 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 a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma: -----

Nombre del estudiante: Sonia Elizabeth Arregui Borrero

Código 00125117

C. C. 1719108548

Fecha: Quito, 27 de abril de 2017

Agradezco a:

Un agradecimiento especial a Dios porque con sus bendiciones llegué a cumplir este sueño. A la Universidad San Francisco de Quito por darme la oportunidad de estudiar esta maestría y ser una mejor profesional. A mi madre por ser la persona que me ha acompañado en todo mi trayecto de vida. A mi padre quien con sus consejos y sabiduría ha sabido guiarme en mi carrera profesional. A mi familia y pareja que han sido un pilar en mi desarrollo personal y profesional.

INDICE

RESUMEN	9
ABSTRACT	10
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO UNO: DE LA EXPROPIACIÓN Y PROPIEDAD PRIVADA	13
1.- La facultad estatal de expropiación frente al derecho de propiedad privada.-	13
2.- La propiedad en el Ecuador y sus limitaciones	17
3.- La expropiación.-	19
3.1.- Elementos de la expropiación.-	20
3.1.1.-De la afectación al derecho de propiedad o dominio	21
3.1.2.-De la declaratoria de utilidad pública o interés social	21
3.1.3.- Justo Precio.-	25
CAPÍTULO DOS: LEGISLACION ECUATORIANA	28
2. Normativa Jurídica sobre la expropiación en el Ecuador	28
2.1.- Constitución de la República del Ecuador.-	28
2.2.- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.-	29
2.3. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.-	31
2.4. Código Orgánico General de Procesos y Código de Procedimiento Civil.-	34
2.5. Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional Contratación Pública	35
3.- Caso específico	37
3.- CAPÍTULO TRES: LA EXPROPIACIÓN	43
3.1.- El juicio civil para la discusión del precio de la expropiación.	43
3.1.1.- Del conflicto.-	43
3.1.2.- De la jurisdicción.-	43
3.1.3.- Del proceso.-	44
3.1.4.- Del juicio de expropiación.-	45
3.2.- Conflicto entre las normas del Código Orgánico General de Procesos y Código de Procedimiento Civil con la Ley Orgánica Sistema Nacional Contratación Pública.-	49

CONCLUSIONES.....	60
RECOMENDACIONES	63
BIBLIOGRAFIA:.....	64

RESUMEN

El derecho de dominio es, considerado por la doctrina como, el más completo de los derechos reales, pues otorga a su titular la posibilidad de uso, goce y disposición, además es un derecho que se encuentra reconocido constitucionalmente; sin embargo, la misma norma jurídica mencionada (Constitución) establece una limitación a dicho derecho de propiedad, tal limitación es la expropiación. Mediante esta figura el Estado encuentra la forma de ejecutar su obra pública de mejor manera, es decir, privilegiando el beneficio de la comunidad sobre el de una persona o grupo de personas; así, el estado tiene la posibilidad de –previo un pago correspondiente, justo precio- desposeer a un propietario de parte o la totalidad de un bien, sin embargo, éste debe ser considerado y declarado como un bien de utilidad pública.

Empero, se considera que las normas y reglamentos actuales vulneran el derecho a la propiedad privada al momento de no existir lineamientos específicos para calcular el justo precio en un procedimiento de expropiación, además que no existen medios de impugnación adecuados para el privado si no se encuentra conforme y de acuerdo con el monto indemnizatorio, por lo que es necesario generar estos parámetros para que esta facultad estatal de expropiación no vulnere el derecho a la propiedad privada de las personas.

Dado que el pago de la indemnización es uno de los requisitos esenciales para que se lleve a cabo una expropiación, se dedicará un amplio análisis a este tema, se estudiará en que consiste el derecho a la propiedad privada y la facultad estatal de expropiación, luego se analizarán las normas pertinentes en la legislación ecuatoriana, para luego enfocarnos en el juicio civil de expropiación y en el justo precio; así como se analizará la contradicción existente entre Código de Procedimiento Civil –actualmente el Código Orgánico General de Procesos- con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, pues se considera que contienen disposiciones que –aparentemente- generarían una contradicción o antinomia entre ellos.

ABSTRACT

The right of ownership is considered by the doctrine as the most complete of property rights, as grants its holder the possibility of use, enjoyment and disposition, is also a right that is constitutionally recognized; however, the same legal standard mentioned (Constitution) establishes a limitation of such right of property, such limitation is expropriation. Under this scheme, the state finds a way to execute his public work better, privileging the benefit of the community about a person or group of persons; so, the state has the possibility of -after a corresponding payment, fair price- dispossessing an owner of part or all of an asset, however, it must be considered and declared as a public utility well.

However, it's considered that norms and actual regulations violated the right to private property when there are no specific guidelines to calculate the fair price at the time of expropriation, plus there are no adequate means of challenging for the private if it is not under and in accordance with the amount of compensation, so it is necessary to generate these parameters so that this state power of eminent domain does not violate the right to private property of individuals.

Since the payment of compensation is one of the essential requirements to be carried out an expropriation, a comprehensive analysis of this issue will be dedicated, it will be studied that is the right to private property and state power of eminent domain, then the relevant rules will be analyzed in Ecuadorian legislation, then focus on the civil trial of expropriation and at the right price; as well as the contradiction between the Civil Procedure Code, currently the Organic Code of processes- General to the Organic Law of the National Public Procurement System and its Regulations, it is considered to contain provisions which, apparently generated a contradiction or antinomy will be discussed among them.

INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo se pretende identificar las contradicciones que se producen en torno a la facultad estatal para expropiar frente al derecho fundamental de propiedad privada de un individuo; por lo que, se estudiará el conflicto existente entre estas dos instituciones, esto es entre la potestad estatal para expropiar y el derecho a la propiedad privada de cada persona; pues a pesar de que en la Ley se establecen los parámetros para permitir al Estado expropiar un bien determinado, estos lineamientos quedan a discreción de la autoridad que los va a llevar a cabo; es decir la Ley no establece procedimientos claros en torno a lo que se entiende por utilidad pública o interés social, ni la manera de calcular un justo precio como pago indemnizatorio. Pudiendo dichos procesos afectar uno de los derechos fundamentales del ser humano, que es la propiedad privada, cuando los elementos principales de expropiación no están debidamente justificados y la declaratoria motivada.

Por lo tanto, se observará y analizará cómo esta potestad de la administración vulnera el derecho a la propiedad privada cuando no se sabe bajo qué parámetros o lineamientos el Estado ejerce este poder, que se le ha sido otorgado por la Constitución y la Ley, al momento de determinar el precio justo para indemnizar al particular por la expropiación de su bien inmueble.

Para lo cual, se realizarán tres capítulos dentro de los cuales, en el primer capítulo, se estudiará a varios autores y se establecerá de manera clara en qué consiste el derecho a la propiedad privada y la facultad estatal de expropiación; así como, el derecho de propiedad y sus limitaciones en el Ecuador, culminando con un amplio análisis de la institución llamada expropiación, estableciendo y explicando cada uno de sus elementos así como su afectación.

En el segundo capítulo, se analizarán las normas legales y constitucionales pertinentes con el objeto y tema de este trabajo, en lo concerniente a la expropiación; estas normas son: la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Código Orgánico General de Procesos, Código de Procedimiento Civil y

Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; de este análisis se observará como no existen parámetros claros y equitativos para ambas partes al momento de calcular el justo precio, así como algunas contradicciones existente entre una y otra norma; de igual forma, se establecerán los medios de impugnación que tiene una persona en el caso de que la administración quiera expropiar un inmueble de su propiedad.

Por último, en el tercer capítulo, nos enfocaremos en el juicio civil de expropiación y en el justo precio; así como se analizará la contradicción existente entre Código de Procedimiento Civil –actualmente el Código Orgánico General de Procesos- con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, pues se considera que contienen disposiciones que –aparentemente- generarían una antinomia entre ellos.

Con lo que se establecerá, analizando tanto la Ley como doctrina y jurisprudencia, que uno de los principales elementos para que no se afecte, con la expropiación, el derecho a la propiedad privada es que haya una indemnización previa, es decir un justo precio, con procedimientos adecuados para realizar una correcta valoración de como calcular este justo precio; pues, es menester considerar metodologías que permitan comprender el fenómeno de expropiación de manera que tanto el Estado como la los particulares no se vean afectados por las decisiones unilaterales provenientes de los organismos del Estado.

CAPÍTULO UNO: DE LA EXPROPIACIÓN Y PROPIEDAD PRIVADA

1.- La facultad estatal de expropiación frente al derecho de propiedad privada.- A manera de introducción del presente trabajo, se conceptualizarán los objetos centrales del mismo, para un mejor desarrollo del tema.

En primer lugar, la administración pública, se define a sí misma como la actividad racional, técnica, jurídica y permanente, ejecutada por el Estado, tiene por objeto planificar, organizar, dirigir, coordinar, controlar y evaluar el funcionamiento de los servicios públicos. El fin de la administración es prestar servicios eficientes y eficaces para satisfacer necesidades generales y lograr el desarrollo económico, social y cultural del País¹.

Contextualizando, las potestades administrativas son los poderes atribuidos a las Administraciones Públicas por el ordenamiento jurídico. La atribución de una potestad a la Administración debe hacerse en principio de manera expresa, pero también se entienden otorgadas aquellas potestades inherentes a una determinada potestad válidamente atribuida².

Una de estas potestades, es la expropiación, la cual se manifiesta como una forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos e intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, para amparar y cumplir el fin y función de la Administración, por lo que se la considera como uno de los medios para la realización del Estado³.

El artículo 323 de la Constitución de la República del Ecuador establece que con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés

¹Alfredo Jaramillo. *La Administración Pública*. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoadministrativo/2005/11/24/la-administracion-publica> (acceso 17/11/2015).

²Francisco de Ahumada. *Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo Económico*. Madrid: DYKINSON, 2001, p. 26.

³Francisco López, Juan Carrillo y Emilio Reina. *El Derecho Administrativo en la Jurisprudencia*. Valladolid: Lex Nova, 2006, p. 22.

social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación⁴.

Considerando lo anteriormente señalado podemos observar que el Estado posee la potestad para expropiar un bien privado, siempre que sea con un fin de interés social o utilidad pública y sobre todo si existe el pago de un justo precio a manera de indemnización.

Operando por situaciones socio económicas y políticas que amplían el ámbito de acción de la expropiación, tenemos al interés social, como en el caso de la reforma agraria, o en su defecto como un medio para solucionar problemas de vivienda, habitad y conservación ambiental⁵.

Por otro lado, tenemos a la utilidad pública, la cual hace que el bien inmueble expropiado sirva para la realización de una obra pública en beneficio de la colectividad o para prestar un servicio público a los usuarios, entrando de esta manera a formar parte de los bienes de dominio público⁶.

Para que no exista una vulneración a la propiedad privada con la expropiación, debe existir el pago de un justo precio, esto quiere decir, un precio real que efectivamente sea verdadero y justo⁷.

La expropiación tiene varios conceptos y acepciones, por un lado tenemos que la expropiación constituye un sistema ideado para adquirir, en beneficio de la comunidad, bienes de carácter privado de los ciudadanos que desean conservarlos, y que, para alejar la más mínima sospecha de abuso o confiscación, se han elaborado normas conducentes a averiguar y establecer el valor de aquellos, siempre tratando de aminorar en lo posible el detrimento de los propietarios privados del dominio, contra su voluntad. Por otro lado se señala que la expropiación es un medio por el que el Estado, en ejercicio de su autoridad, por razones de interés público o de utilidad social, priva de derechos a los particulares,

⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 323. Registro Oficial Suplemento 449 de 20 de octubre del 2008.

⁵<http://es.slideshare.net/videoconferencias/la-utilidad-publica-y-el-interes-social>. (acceso: 24/03/2016).

⁶*Ibíd.*

⁷María José Alonso. *La solución justa en las resoluciones administrativas*. Valencia: Universitat de Valencia, 1998, p. 16.

adjudicándolos al mismo Estado o a sus organismos. Y, por último hay quienes dicen que la expropiación no es otra cosa que la transformación en dinero del valor justo de la propiedad que se sustrae del patrimonio individual para llenar finalidades referentes al bien común⁸.

Por otro lado, la autora Magdalena Salomón Padrón establece que:

Es una Institución más de las previstas por el ordenamiento jurídico, tanto constitucional como legalmente, que produce la transferencia de la propiedad del particular al Estado y desapropia a aquel de su derecho. Su característica más resaltante es que no hay en ella acuerdo de voluntades, sino que su mismo fundamento jurídico -la potestad expropiatoria- le otorga la suficiente eficacia jurídica para que, cumplido el procedimiento legalmente previsto y el pago de una justa indemnización, produzca el efecto ablatorio en el patrimonio de los particulares...⁹.

Con lo antedicho se puede entender que la expropiación es la potestad estatal para privar al particular de un bien de su propiedad por causas de utilidad pública o interés social, previo el cálculo y pago de un justo precio a manera de indemnización.

Por otro lado, la propiedad privada es considerada como un derecho fundamental de cada individuo. El artículo 66 numeral 26 de la Constitución de la República, en su Capítulo Sexto de los Derechos de Libertad, se reconoce "el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas"¹⁰.

A la propiedad privada se la define como:

En el ámbito del derecho el concepto de propiedad privada hace referencia al poder jurídico completo de una persona sobre una cosa... Según la filosofía, la propiedad privada es un derecho que tienen los individuos y que surge del fundamento que determina que el ser humano es un ser que tiene por naturaleza; lo cual significa que es un individuo capaz de transformar la materia: no se limitan a usar, crean nuevos valores hasta entonces inexistentes. La filosofía afirma que la posibilidad de poseer una propiedad

⁸Francisco López-Nieto. *Manual de Expropiación Forzosa y otros supuestos indemnizatorios*. España: Muriel S.A., 2007, pp. 70-74.

⁹Magdalena Salomón. *Consideraciones generales sobre la expropiación por causa de utilidad pública o social, en El Derecho Administrativo venezolano en los umbrales del siglo XXI*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2006, p. 369.

¹⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial Suplemento 449 de 20 de octubre del 2008.

privada supone una protección de la persona ante el eventual avance del Estado y de sus dirigentes políticos”¹¹.

Con lo que se entiende que la propiedad privada es un derecho natural de las personas de poseer una cosa y tener el poder jurídico completo sobre la misma, para lo cual se han creado leyes para proteger este derecho. Se colige entonces que el derecho a la propiedad “es perpetuo en el sentido de que no se le asigna duración alguna: dura tanto como su objeto, no termina con el tiempo”¹².

En el origen de la familia, la propiedad privada y el Estado de Friedrich Engels se puede observar como la propiedad comunal derivó en propiedad privada, la misma que está concebida como el fruto del trabajo personal, según los jurisconsultos y economistas de la sociedad civil, a lo que el autor rechaza puesto que en la sociedad civil la propiedad fue un privilegio de las familias que lideraban la sociedad en el tiempo de transición entre las sociedades bárbaras a la civil¹³. Para Engels la propiedad privada tiene un origen compartido con el matrimonio monogámico los cuales pasaron hacer supuestos para la construcción de la familia individual o burguesa que caracteriza a la sociedad civil, lo cual destruyó la propiedad comunal y permitió la consolidación de la sociedad moderna hasta la actualidad¹⁴.

El tratadista Serrano Alberca realiza un importante aporte respecto de la evolución —a través de la historia— de esta institución jurídica, así:

El derecho de propiedad que todavía hoy, con las transformaciones que se quiera, nosotros debemos reconocer como tal, es el derecho de propiedad que proviene de las ideas liberales o individualistas de la revolución francesa cuyo objetivo fundamental era liberarse de las cargas de la propiedad feudal del antiguo régimen. Este derecho de propiedad, verdadero paradigma de lo que luego se llamaron derechos subjetivos, se

¹¹ Definición de Propiedad Privada. <http://definicion.de/propiedad-privada/#ixzz3GeGRSQxw> (acceso: 17/11/2015).

¹² A. Valencia. *La Expropiación*. Bogotá: Editorial Kelly, p. 42.

¹³ Federico Engels. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Madrid: Alianza Editorial S.A., 2008, p. 292.

¹⁴ *Id.*, p. 300.

definía por su contenido como el derecho de gozar y disponer de una cosa de la manera más absoluta sin más limitaciones que las establecidas en las Leyes.¹⁵

Es así que, Rousseau define a la propiedad privada como un hecho inherente a la sociedad y al hombre, pues considera que la propiedad privada es un derecho natural de las personas de poseer una cosa y tener el poder jurídico completo sobre la misma.¹⁶

La propiedad es el derecho real más completo, dado que es un derecho -reconocido por los ordenamientos jurídicos correspondientes- de las personas de poseer una cosa y tener el poder jurídico absoluto sobre ella, sin limitación de temporalidad, más bien perpetuo, pues como ya se dijo, dura tanto como su objeto.

Analizando lo expuesto, se puede observar que aunque la facultad estatal de expropiación y el derecho a la propiedad privada se encuentran consagrados en la Constitución y la ley, son diferentes pues, la propiedad privada es derecho fundamental protegido de las personas; mientras que la expropiación es una potestad estatal, la cual dentro de ciertos parámetros puede limitar este derecho a la propiedad privada, entre los cuales tenemos que se la debe realizar con un fin de interés social o utilidad pública y debe haber una indemnización económica.

2.- La propiedad en el Ecuador y sus limitaciones.- En el Ecuador, la propiedad es un derecho real reconocido tanto en la Constitución como en el segundo libro del Código Civil; y, –en el ámbito normativo- ha venido sufriendo transformaciones y evoluciones, sobre aquello, cabe –inicialmente- citar a la Constitución del Estado del Ecuador de 1930 que en su texto señala: “Nadie puede ser privado de su propiedad, ni ésta aplicada a ningún uso público sin su consentimiento y sin recibir justas compensaciones a juicio de buen varón”¹⁷.

Posteriormente, es imperativo invocar la Constitución Política del Ecuador, de 1967, que declaró: “El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada, mientras

¹⁵José Manuel Serrano. *El Derecho de propiedad, la Expropiación y la Valoración del Suelo*. Elcano (Navarra), España: Editorial Arazandi, 2003, p. 33.

¹⁶ Jean Rousseau. *El Contrato Social*. Medellín: Beou, 1964, p. 125.

¹⁷Constitución del Estado del Ecuador. Artículo 62. Diario de la Convención Nacional 1830 de 14 de junio de 1830. Actualmente derogada.

ésta cumpla la función social que le es inherente. La ley regulará su adquisición, uso, goce y disposición y facilitará el acceso de todos a la propiedad”¹⁸. De la revisión al texto citado se desprende que la Constitución de 1967 realizó una importante declaración respecto a la propiedad y además estableció un espíritu social que la regirá, tanto a la institución jurídica de la propiedad como a las actuaciones y gestiones estatales al respecto.

En la actualidad, la Constitución de la República del Ecuador (vigente a la fecha, la de 2008) en su Capítulo Sexto, establece que se reconoce y garantiza a las personas “El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas”¹⁹, con lo cual se evidencia claramente que se ha venido manteniendo históricamente el enfoque social del derecho de propiedad y se ha incorporado el enfoque ambiental como una evolución constitucional.

Si bien la doctrina diferencia a los términos, la legislación ecuatoriana considera al dominio y propiedad como sinónimos, los define a través del Código Civil, de la siguiente manera: “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”²⁰. Es así que, se considera que la propiedad otorga a su titular la posibilidad, el poder de gozar y disponer integral y exclusivamente de la cosa.

Si bien la propiedad es el pleno poder sobre la cosa (plena in re potestas), el Estado, como ya se explicó, a través de sus normas y actuaciones debe regular -en función del bien común- el ejercicio del derecho de propiedad. “El derecho de poseer bienes en privado no ha sido dado por la ley, sino por la naturaleza, y, por lo tanto, la autoridad pública no puede abolirlo, sino solamente moderar su uso y compaginarlo con el bien común”²¹.

¹⁸Constitución Política. Artículo 47. Registro Oficial 133 de 25 de mayo de 1967. Actualmente derogada.

¹⁹Numeral 26 del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66 numeral 26. Registro oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁰Código Civil. Artículo 599. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

²¹Carta Encíclica *Rerum Novarum* del Sumo Pontífice León XIII. *La Situación de los Obreros*. 1891. http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_sp.html (acceso: 21/05/2016).

El abogado ecuatoriano, doctor Alfredo Jaramillo Jaramillo, respecto de las limitaciones de la propiedad o dominio, dice:

Por más amplio y exclusivo que sea este derecho, debe reconocer ciertas limitaciones impuestas por la Ley o por el derecho ajeno. Las limitaciones impuestas por la Ley, constan en los textos legales, o sea en los códigos, decretos, ordenanzas, etc. Las limitaciones que surgen del derecho ajeno, no constan en la Ley, pero implican ciertas barreras y restricciones al derecho de dominio, impuestas por los usos y costumbres de la sociedad en que vivimos²².

Las limitaciones a la propiedad son las servidumbres y la expropiación.

3.- La expropiación.- La palabra expropiación se encuentra compuesto de dos vocablos latinos, el primero es *ex* que significa fuera de; y, *proprietas* que proviene de *proprius*, vocablo que a su vez se compone de *pro* y *privus* que puede ser traducido como a título particular, es decir privado. Entonces, cabe concluir que expropiar, etimológicamente hablando, es dejar sin el derecho de dominio o propiedad –privada- a una persona.

La expropiación ha mantenido dos posiciones fundamentales y diversas, consistente una de ellas, la doctrina italiana, en estimar que la expropiación no es más que una de las prestaciones obligatorias de los particulares a la Administración, mientras que la segunda tendencia, doctrina española, dice que la expropiación es una limitación de las facultades dominicales del propietario²³.

La expropiación es siempre una privación, un despojo, que reduce en todo o en parte el patrimonio de una persona, provocando al titular del derecho del bien o derecho un daño, un perjuicio o lesión económica, por lo que necesariamente se debe presentar la necesidad de que dicha afectación persiga una finalidad social o interés superior, colectivo, que sea la que motiva tal necesidad de afectación.

Dicho concepto expropiatorio –aparentemente- contravendría la premisa de que la propiedad constituye un poder absoluto sobre el bien, más aun si consideramos que la propiedad es un derecho que se encuentra previsto incluso en la Constitución, al respecto García de Enterría señala:

²²Alfredo Jaramillo. *Introducción al Derecho. Óp. cit.*, p. 136.

²³Francisco López-Nieto. *Manual de Expropiación Forzosa y otros supuestos indemnizatorios*. España: Muriel S.A., 2007, p. 66.

No será preciso ponderar demasiado la significación que toda ley de expropiación forzosa, por el hecho de su materia, presenta en el marco general de un ordenamiento positivo. Esta significación suele tener desde la Revolución Francesa un reconocimiento formal expreso: las leyes de expropiación forzosa son siempre leyes en desarrollo directo e inmediato de principios contenidas en las Constituciones. La expropiación forzosa, como institución, se legitima, se limita, se ordena in via recta sobre declaraciones constitucionales formales y solemnes.²⁴

El mismo autor señala que la potestad de expropiar es un poder concreto que se integra dentro del poder genérico y ordenador del Estado, y su justificación entra dentro de la justificación del poder del Estado en abstracto, afirmación que es rebatida por el autor Garrido Falla, el cual explica que el fundamento de esta institución se encuentra en la indudable necesidad de la Administración de satisfacer necesidades públicas con bienes concretos que se encuentran en manos de los particulares²⁵.

De forma complementaria, podemos señalar que expropiación es toda afectación de la propiedad que implique merma de los derechos, lo cual conlleva a un sacrificio especial o singular que produce un beneficio que favorece a una comunidad, para lo cual se hace necesaria una contraprestación que pueda balancear de mejor manera la transacción, tal contraprestación es de índole económica y se la conoce como indemnización, misma que deberá considerar varios temas al momento de determinar un valor adecuado, dado que solo así se viabiliza la posibilidad de -prevista constitucionalmente- de expropiar.

3.1.- Elementos de la expropiación.- Para el autor Faride Alfaro Ibagón en su libro *El Proceso de Expropiación* existen cinco elementos de la expropiación: el primero es la causa expropiante que es la declaratoria de utilidad pública o interés social; el segundo es el objeto de expropiación que son los bienes muebles e inmuebles; tercero es el sujeto expropiante que es el Estado; cuarto el sujeto expropiado que es el titular del bien objeto de la declaración pública o interés social; y, quinto la indemnización que es la que debe cubrir el valor del bien y los perjuicios ocasionados²⁶. Podemos evidenciar la forma en que el

²⁴Eduardo García de Enterría. *Los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Cizur Menor, Narra, España: Editorial Arazandi, 2006, p. 30.

²⁵ Francisco López-Nieto. *Manual de Expropiación Forzosa y otros supuestos indemnizatorios*. España: Muriel S.A., 2007, p. 69.

²⁶Faride Alfaro. *El Proceso de Expropiación*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas.

tratadista combina tantos los elementos como los sujetos que interactúan ante un trámite de expropiación, lo cual consideramos un error conceptual.

Así, disgrego los elementos y los analizo, a continuación:

3.1.1.-De la afectación al derecho de propiedad o dominio.- Iniciemos el análisis del primer elemento, es decir de la afectación o limitación que –necesariamente- sufrirá el derecho de dominio. Si bien anteriormente nos encargamos de dejar planteada la posibilidad legal de que el derecho de dominio o propiedad pueda ser afectado, también se planteó –de la misma manera- que la posible afectación o limitación deberá generarse siempre a partir de un enfoque social o que corresponda a un beneficio comunitario. La Constitución permite la expropiación ‘para fines de orden social’, aun cuando el espíritu de la Constitución pretende garantizar los Derechos Humanos y el de propiedad privada inclusive, lo cual evidencia el orden de prioridades que la Carta Magna plantea.

3.1.2.-De la declaratoria de utilidad pública o interés social.- El segundo elemento que conforma la expropiación es la declaratoria de utilidad pública o interés social, misma que es un acto administrativo a través del cual se expresa la necesidad de que un bien sea utilizado o dispuesto por la entidad estatal correspondiente; por ello, es necesario que se analice en qué consiste una declaratoria de utilidad pública o interés social. Inicialmente corresponde realizar un breve acercamiento al ámbito del derecho administrativo, para conocer –de mejor manera- lo que debemos entender –para la presente disertación- como acto administrativo.

La legislación ecuatoriana realiza varias definiciones de acto administrativo, tratando de seguir un orden conceptual, comenzaré por la definición establecida por el Estatuto de Régimen jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE)²⁷ que en su Art. 65 señala que acto administrativo es “toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”, luego, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización

²⁷ Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002.

(COOTAD) también presenta una definición y desarrolla el texto estableciendo diferencias entre los actos administrativos, los actos de simple administración, los contratos administrativos y los hechos administrativos.

Los actos administrativos son discrecionales, potestades del Estado²⁸, no sólo el gobierno central –a través de sus instancias y dependencias- sino que también los gobiernos autónomos descentralizados cuentan con suficiente competencia para la emisión de actos administrativos, en observancia y cumplimiento de los lineamientos jurídicos que establece la norma-régimen para dichas instancias territoriales descentralizadas, como es el COOTAD.

Dado que la declaratoria de utilidad pública o interés social es un acto administrativo a través del cual, la entidad estatal correspondiente, deja saber su necesidad de afectar la propiedad o dominio de un particular, sobre un bien determinado, es necesario que dicha determinación sea realizada en base a verdaderas consideraciones de utilidad pública o interés social.

Por utilidad pública se entienden las exigencias del funcionamiento de la administración (obras públicas, servicios públicos) o de sus concesionarios; y por interés social cualquier forma de interés prevalente al individual del propietario, distinto del supuesto anterior (por ejemplo, la construcción de viviendas de protección oficial o las expropiaciones motivadas por reformas agrarias)²⁹.

Así mismo, los abogados Elías y Muñoz, definen a la utilidad pública como la exigencia derivada de la actuación administrativa en el marco de obras públicas, servicios,

²⁸ Los tratadistas García de Enterría y Fernández en su obra *Curso de Derecho Administrativo* señalan que “la potestad no se genera en relación jurídica alguna, ni en pactos, negocios jurídicos o actos o hechos singulares, sino que procede directamente del ordenamiento”, atando la potestad al derecho positivo; complementariamente, el tratadista ecuatoriano Dr. José Suing, en su obra denominada *Gobiernos Autónomos Descentralizados*, busca ligar al concepto de facultad con el de competencia, señalando que facultad es la potestad para ejercer una competencia, además establece –taxativamente- las facultades que considera existen en el ámbito de la gestión pública, tales serían: la rectoría (potestad de emitir políticas públicas); la planificación (potestad de establecer estrategias, objetivos y acciones); la regulación (potestad de emitir normativa); la coordinación (potestad de armonizar, sincronizar acciones); la gestión entendida como la potestad de ejecutar; y, el control, como la necesidad estatal de verificar el cumplimiento de las normas vigentes.

²⁹ José Moreno, Marcos Massó y Francisco Pleite. *Procedimiento y Proceso Administrativo Práctico*. España: La Ley, 2006, p. 624.

dotaciones y demás aspectos relacionados con el giro o tráfico administrativo, resultando beneficiaria de la expropiación, directa o indirectamente, la Administración. Y, al interés social, como un concepto añadido para dar cobertura a las expropiaciones en las que el beneficiario sea un particular, se entiende cualquier fin supraindividual que denota una necesidad colectiva prevalente a la del mantenimiento de la situación privada afectada³⁰.

No obstante, la distinción entre utilidad pública e interés social no es relevante, pues una vez declarada la utilidad pública o interés social de una determinada obra o servicio, no tiene consecuencias jurídicas, ya que la expropiación sigue el mismo cause procedimental; empero la finalidad que esta declaratoria persiga si es importante y así lo dice el Tribunal Constitucional al establecer que “la finalidad pública e interés social, implica que la privación de la propiedad de un bien a su legítimo dueño, genere beneficio social o público, y no que solamente sirva a un sujeto particular”³¹.

Finalmente, en base a lo expuesto y analizado, cabe concluir que la declaratoria de utilidad pública o interés social es el acto administrativo previo para hacer efectivo el ejercicio de la potestad expropiatoria, es la autorización para expropiar bienes o derechos para la realización de obras o el establecimiento de servicios que justifican tal expropiación, pues garantizan la concurrencias del interés general; por lo que esta declaratoria debe ser notificada al propietario o titular que el bien inmueble. Esta declaratoria se debe realizar en observancia de las normas referentes a los actos administrativos, y deberá contener la clara y taxativa individualización del bien o bienes que necesarios, así como el destino que dichos bienes tendrán.

Para que dicha declaratoria de utilidad pública o interés social (acto administrativo) cuente con plena validez, se deberá acompañar de -documentos habilitantes- el certificado del Registrador de la Propiedad.

El acto administrativo denominado declaratoria de utilidad pública o interés social será inscrito en el Registro de la Propiedad de la circunscripción territorial a la que corresponde el bien inmueble a afectarse, por tratarse de un acto administrativo, deberá ser notificado

³⁰ Elias y Muñoz. *Utilidad Pública o Interés Social*. <http://www.eliasymunozabogados.com/diccionario-juridico/utilidad-publica-o-interes-social> (acceso: 31/01/2017).

³¹ Tribunal Constitucional. Primera Sala. Causa No. 0168-2003-RA. Resolución No. 168. Registro Oficial No. 137 de 31 de julio del 2003.

para poder ser considerado como válido. El efecto que se busca a través de la inscripción del acto administrativo en el Registro de la Propiedad del cantón pertinente, es que cualquier posible conflicto o interés de alguna persona, tome en cuenta la situación específica del bien inmueble, es decir, que el interesado conozca de primera mano la intención de expropiar a dicho inmueble.

Dado que la declaratoria de utilidad pública o interés social es un acto administrativo, puede ser impugnada. Al respecto, el artículo 173 de la Constitución establece que: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”, así vemos como la Constitución defiende la posibilidad de impugnar los actos administrativos, y la presenta como un derecho, como una garantía.

Entonces, si se ha establecido que la declaratoria de utilidad pública o interés social es un acto administrativo, y la Constitución presenta la posibilidad de impugnar los actos administrativos, cabe revisar la doctrina y normativa pertinente. Las impugnaciones administrativas también son conocidas como:

recursos administrativos [que] son actos del administrado mediante los que este pide a la propia administración la revocación o reforma de un acto suyo o de una disposición de carácter general de rango inferior a la ley con fundamento en un título jurídico específico. La nota característica de los recursos es, por tanto, su finalidad impugnatoria de actos o disposiciones preexistentes que se estiman contrarias a derecho³².

Tanto la doctrina como la normativa pertinente (COOTAD y ERJAFE), coinciden en señalar los siguientes recursos administrativos: de alzada (apelación), de reposición y extraordinario de revisión.

Si bien la naturaleza y características de cada uno de dichos recursos son distintas, si podemos señalar que la posibilidad de interponerlos deberá estar dada a partir de la estricta observancia de fondo y forma, dado que al tratarse de una impugnación o recurso administrativo, la forma se reviste de total importancia, pues su inobservancia podría acarrear la inadmisión del recurso administrativo.

³² Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2008, pp. 511-512.

El recurso de alzada es el más insigne de las impugnaciones pues constituye solicitar que el inmediato superior jerárquicamente hablando, sea quien se encargue de conocer el recurso administrativo interpuesto. El recurso de reposición se da cuando a la misma institución que emitió el acto administrativo, se le solicita la reconsideración de la decisión tomada; y, el extraordinario de revisión es aquel que se interpone solo cuando hayan existido cambios significativos en la situación fáctica que motivó el acto administrativo, tal como puede ser la aparición de nueva documentación relativa al caso.

Así, si pese a las impugnaciones interpuestas, el administrado no considera que se han atendido sus peticiones de reconsideración de manera adecuada, si considera que sus argumentos no han sido debidamente valorados y por ende existe una afectación que se genera de una inobservancia del ordenamiento jurídico vigente, el administrado puede echar mano de la jurisdicción contencioso administrativa.

La jurisdicción contencioso administrativa se encuentra regulada por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, misma que se encarga de regular la forma en que podrán interponerse las dos clases de recursos contencioso administrativos.

3.1.3.- Justo Precio.- Finalmente, un elemento cuya presencia es esencial para que se pueda llevar a cabo la expropiación es el pago de la indemnización correspondiente, entonces, este requisito esencial, de observancia obligatoria, es uno de los pasos establecidos en el debido proceso del juicio expropiatorio. El monto de la indemnización debe responder a una determinación justa, que permitan considerarlo como un justo precio (*justum pretium*) que es el término que la ley utiliza para hacer referencia a la indemnización expropiatoria.

El concepto de justo precio tiene una raíz escolástica; el doctor Juan Larrea Holguín a través de su obra dice: “La cuestión del justo precio de la expropiación, ha sido ampliamente debatido en el plano doctrinal y existe una opinión absolutamente generalizada respecto de que este precio ha de indemnizar al propietario despojado, tanto del lucro cesante como del daño emergente”³³. El lucro cesante es una ganancia o beneficio

³³Juan Larrea Holguín. *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, p. 387.

que se ha dejado de obtener por obra de otro y el daño emergente dice el detrimento, menoscabo o destrucción material de los bienes, con independencia de los efectos patrimoniales o de otra índole que el mal origine.

Cabe citar el análisis introductorio que se encuentra contenido en el Curso de Derecho Administrativo de García de Enterría y Ramón Fernández, que dice:

El concepto general del justo precio, tiene, sin duda, una raíz romana, sobre la que opera luego, como ha indicado Villar Palasí, la escolástica medieval. El *justum pretium* es entonces un concepto que juega decisivamente en la valoración moral del orden económico, con aplicaciones generales que llegan hasta el propio mundo de los efectos jurídicos con una finalidad de protección del tráfico civil y un carácter estrictamente excepcional limitado en su eficacia a la evitación, por vía negativa, de los abusos más graves (usura, rescisión por lesión *ultra dimidium*, tasa de mercado, etc.), estadio este desde el que la idea no cesa de evolucionar hasta convertirse en una técnica conceptual de protección general que incorpora la noción del equilibrio económico y del sinalagma de las prestaciones. Naturalmente, no es a ese concepto escolástico, hoy puesto en crisis por la moderna ciencia económica, que ha abandonado el criterio del valor objetivo, al que la ley se refiere, sino, más bien, al segundo. Justo precio en el sentido de la ley es simplemente el valor económico, *hic et nunc*, del sacrificio en que la expropiación consiste. No está por ello justificada la diferencia que a jurisprudencia constitucional, parece haber querido ver entre el concepto de 'justo precio' y la expresión utilizada por el artículo 33.3 de la Constitución 'correspondiente indemnización', que es equivalente a aquella, supuesto que, como la propia sentencia constitucional citada reconoce, 'dicha indemnización debe corresponder con el valor económico del bien o derecho expropiado, siendo por ello preciso que entre este y la cuantía de la indemnización exista un proporcional equilibrio'. 'La garantía constitucional de la correspondiente indemnización –en palabras de la propia sentencia Rumasa II- concede el derecho a percibir la contraprestación económica que corresponda al valor real de los bienes y derechos expropiados, cualquiera que sea este, pues lo que garantiza la Constitución es el razonable equilibrio entre el daño expropiatorio y su reparación'³⁴.

Como se observa, la valoración del derecho de propiedad es un asunto un tanto polémico que, dependerá de la metodología que se utilice, misma que estará condicionada en base al enfoque social que se tenga, respecto del derecho de propiedad, en el lugar donde se encuentre ubicado el bien inmueble objeto de dicha valoración.

Con acierto ha dicho la ex Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema, en el fallo. No. 505-99, de 6 de octubre del 1999, publicado en el Registro Oficial No. 333 de 7 de diciembre del mismo año, que:

³⁴Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández. *Curso de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, 289.

La justa compensación es aquella que cubre o repara mediante el pago de una suma de dinero el perjuicio de la pérdida de la que significa para el expropiado, en la medida que tal resultado pueda alcanzarse. El monto de pago de dicha suma de dinero ha de fijarse, por ende, tomando en cuenta el daño económico que el expropiado sufre, al momento de iniciarse el proceso de expropiación, y nada más que este daño, es decir la compensación no puede servir para enriquecer al propietario. Esto supone que la apreciación del monto de la justa compensación ha de hacerse analizando todas las circunstancias de cada caso, tales como el avalúo catastral, el precio en que el dueño adquirió el predio, el destino que va a darse al predio expropiado, el valor venal; c) La fijación de la justa compensación es una potestad del juez o tribunal de instancia. Por tratarse de un asunto que requiere de operaciones de carácter técnico es necesario que se cuente con la colaboración de peritos en la materia, de allí que el artículo 799 del Código de Procedimiento Civil, dispone que el juez nombrará perito o peritos para el avalúo del fundo, y el último inciso del artículo 801 añade que el juez "podrá establecer el precio justo según el dictamen del perito o peritos". La decisión del juez, por consiguiente, no ha de basarse solo en el avalúo pericial sino también en los otros medios de prueba incorporados al proceso y en sus propios conocimientos y experiencia, que en conjunto le lleven a formar su convicción; convicción que por cierto no puede ser reformada o modificada por el Tribunal de Casación³⁵.

Es decir, que el concepto de justiprecio se encuentra ligado a una pericia; es el resultado de ella, dado que sólo un experto –debidamente acreditado y registrado– designado por el juez (o las partes) podrá poner en conocimiento un informe de avalúo del bien inmueble a expropiarse.

Entonces, podemos concluir que el justiprecio –conforme lo denomina la doctrina– es un elemento esencial para que exista la expropiación, pues caso contrario se configuraría alguna otra institución, tal vez quepa mencionar algunas tales como comisos, confiscaciones, socializaciones. Se considera, así, que el pago es el mecanismo a través del cual se convierten los derechos, el bien expropiado se transforma o materializa en el valor económico correspondiente, manteniéndose –numéricamente– en el patrimonio del expropiado.

³⁵ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Fallo. No. 505-99 de 6 de octubre del 1999. Registro Oficial No. 333 de 7 de diciembre de 1999.

CAPÍTULO DOS: LEGISLACION ECUATORIANA

2. Normativa Jurídica sobre la expropiación en el Ecuador

2.1.- Constitución de la República del Ecuador.- Una vez analizada y entendida la relación que existe entre las consideraciones constitucionales respecto de la propiedad o dominio y aquellos cuerpos normativos que dan camino, procedimiento, para las expropiaciones, es necesario realizar un análisis de la principal normativa que establezca regulaciones a temas relacionados a la expropiación, en el Ecuador.

La Constitución de la República del Ecuador realiza una importante aseveración respecto de la posibilidad de expropiar, de la siguiente manera:

Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación.³⁶

La citada norma constitucional establece importantes elementos a considerarse respecto de la expropiación, inicial y aparentemente reserva la posibilidad de expropiar exclusivamente para las instituciones estatales, luego condiciona la procedencia de la expropiación para temas que sean de bienestar colectivo, tales como la ejecución de planes de desarrollo social o temas de manejo sustentable del medio ambiente, siempre dentro de un enfoque de utilidad pública, de beneficio de la sociedad, en la que se privilegie el interés social y nacional, pero, así mismo, la norma constitucional se encarga de establecer la obligatoriedad de un mecanismo de compensación justo y adecuado para la persona, que en virtud de lo anteriormente analizado, que tendrá que renunciar en parte o en todo su derecho de propiedad o dominio, sobre un determinado bien.

En el artículo publicado en la Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, escrito por Danilo Icaza Ortiz encontramos una distinción entre utilidad pública e interés social; en palabras del autor "todo lo que

³⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 323. Registro Oficial Suplemento 449 de 20 de octubre de 2015.

resulta de interés o conveniencia para el interés colectivo, para la masa de individuos que componen el Estado; o, con mayor amplitud, para la humanidad en su conjunto"³⁷ esto es lo que se entiende por utilidad pública. El interés social por su parte se entiende como "todo lo que resulta de interés o conveniencia para una colectividad o un grupo de individuos determinados"³⁸.

Luego, la misma Constitución se encarga de desarrollar el concepto expropiatorio introducido, y en su artículo 376 señala que los municipios podrán contar con la competencia expropiatoria, siempre y cuando la misma esté encaminada a hacer efectivo el derecho a la vivienda y a la conservación del ambiente. Adicionalmente, establece una prohibición para erradicar la posibilidad de obtener beneficios a partir de prácticas especulativas sobre el uso del suelo.

Entonces, si bien la posibilidad estaría inicialmente reservada para las instituciones estatales³⁹, este nuevo artículo señala de manera más específica que podrán –inclusive- los gobiernos autónomos descentralizados expropiar extensiones territoriales que se consideren esenciales para dotar del derecho de vivienda a la ciudadanía, el hábitat o la conservación del medio ambiente, con lo cual se refuerzan las posibilidades expropiatorias derivadas del bienestar común, colectivo.

Así, se puede concluir que en el Ecuador existen dos tipos de expropiación: aquellas que realiza el gobierno central y las de los gobiernos autónomos descentralizados.

2.2.- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.- Mientras que el gobierno central y sus entidades adscritas realizan expropiaciones al amparo de lo previsto en la Constitución, Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Código de Procedimiento Civil, Ley Orgánica del Sistema Nacional de

³⁷Danilo Icaza. *Problemas Prácticos en el Procedimiento de Expropiación*. Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Guayaquil. http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=557&Itemid=116 (acceso: 17/11/2015).

³⁸*Ibíd.*

³⁹El Reglamento a la LOSNCP introduce un nuevo concepto ligado a esta aparente competencia exclusiva de personas jurídicas de derecho público.

Contratación Pública y su Reglamento; en el ámbito descentralizado, los gobiernos autónomos descentralizados, además de toda la normativa antes mencionada, deben considerar lo que dispone el COOTAD.

Entonces, dado que la norma constitucional introduce la posibilidad expropiatoria para los gobiernos autónomos descentralizados, es necesario revisar el cuerpo legal que establece el régimen jurídico para los gobiernos autónomos descentralizados, es decir el COOTAD.

El COOTAD a través de su artículo 10, presenta la posibilidad de que la coexistencia de varios niveles de organización territorial, inicialmente privilegia organización territorial de regiones, provincias, cantones y parroquias rurales; y, además señala que, por casos excepcionales, debida y taxativamente señalados, se podrán constituir regímenes especiales de gobierno, tales como son los distrito metropolitanos, circunscripciones territoriales de pueblos y nacionalidades, así como el consejo de gobierno para la provincia de Galápagos.

Para la presente investigación se evaluará la competencia expropiatoria que tiene el gobierno autónomo descentralizado denominado “Distrito Metropolitano de Quito”.

El Distrito Metropolitano de Quito fue creado a través de la Ley de Régimen del Distrito Metropolitano de Quito, publicada en el Registro oficial No. 345 de 27 de diciembre de 1993, dicha ley –evidentemente- entró en vigencia con anterioridad al COOTAD y con anterioridad a la actual Constitución de la República del Ecuador (2008); por ello, si revisamos el texto de dicho cuerpo legal, encontramos ciertas –aparentes- inconsistencias conceptuales con el actual régimen jurídico vigente; por ejemplo, en su artículo 1 señala que “El cantón al que pertenece la capital de la República se denomina Distrito Metropolitano de Quito”, lo cual nos lleva a presumir que en dicho texto se presentan y confunden dos distintos niveles de ordenamiento territorial, tales como son el nivel cantonal y el régimen especial denominado distrito metropolitano.

Sin embargo, es justo mencionar que el COOTAD respeta y da vigencia a la Ley de Régimen del Distrito Metropolitano de Quito y establece la obligatoriedad de que el gobierno autónomo del Distrito Metropolitano de Quito concluya con su proceso de constitución, al amparo del régimen jurídico vigente, mediante la elaboración y aprobación del Estatuto de Autonomía.

Entonces, dado que ambas normas (COOTAD y LRDMQ) coexisten armónicamente, es necesario analizar las competencias, facultades o posibilidades que dichos cuerpos legales ofrecen al Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, respecto de la facultad expropiatoria.

Para iniciar el análisis propuesto, se utilizará el criterio de temporalidad, por lo que procede analizar la norma más antigua, es decir la LRDMQ. Dicha norma establece las finalidades que tendrá el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito y dice que: “Regulará el uso y la adecuada ocupación del suelo y ejercerá control sobre el mismo con competencia exclusiva y privativa”⁴⁰; y, luego, se ratifica la exclusividad de dicha competencia, a través del Art. 26, señalando que la competencia sobre el destino del suelo y su forma de aprovechamiento será exclusiva de las autoridades del Distrito Metropolitano.

Luego, la misma LRDMQ –a través del Art. 8- establece las competencias que le corresponden al Concejo Metropolitano; y, así le otorga la facultad de realizar declaratorias de utilidad pública, condicionando la realización de aquellas con el pago del justiprecio, conforme dispone la normativa pertinente vigente.

Conforme lo anteriormente expuesto, el COOTAD es el cuerpo legal encargado de establecer el régimen para los gobiernos autónomos descentralizados; entonces, cabe mencionar el Art. 84 que determina de manera clara, cuáles con las funciones del gobierno autónomo metropolitano, señalando que le corresponderá establecer el marco normativo, regulatorio para el uso del suelo; posteriormente, la misma norma establece de manera taxativa las atribuciones del concejo metropolitano; y, determina que será competente para conocer las declaraciones de utilidad pública resueltos por la Alcaldía Metropolitana.

2.3. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.- Si bien la expropiación representa una afectación al derecho de dominio o propiedad que una persona tenga sobre un bien, tampoco es menos cierto que en virtud de la expropiación se genera una transferencia de dominio.

⁴⁰Ley del Régimen del Distrito Metropolitano de Quito. Registro Oficial 345 de 27 de diciembre de 1993.

Al respecto, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), a través de su artículo 58 establece el camino a seguir a partir de la declaratoria de utilidad pública, otorgando el plazo de 90 días para que la Administración (el Estado), a través de su institución correspondiente, propenda generar un acuerdo con la parte afectada, respecto del precio justo que se deberá pagar por la afectación/expropiación, sin perjuicio de la ocupación inmediata del inmueble. Luego, la misma norma establece los parámetros o límites para la negociación entre las partes, de la siguiente manera:

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

El precio que se convenga no podrá exceder del diez (10%) por ciento sobre dicho avalúo.

Se podrá impugnar el precio más no el acto administrativo, en vía administrativa.⁴¹

La indemnización no debería busca pagar solo el valor del bien expropiado, sino también reparar los perjuicios causados al individuo (daño emergente y lucro cesante), lo que constituiría una reparación integral⁴². En este sentido el autor Luis de Molina define una teoría del precio la cual ve en la utilidad de los bienes el origen de su valor económico.

El precio se considera justo o injusto no en base de la naturaleza de las cosas consideradas en sí mismas –lo que llevaría a valorarlas por su nobleza y perfección-, sino en cuanto se sirven a la utilidad humana... el precio justo de las cosas tampoco se fija atendiendo solo a las cosas mismas en cuanto son de utilidad al hombre, como si, caeterisparibus, fuera la naturaleza y la necesidad del empleo que se les da lo que, de forma absoluta, determinase la cuantía del precio, si no que esa cuantía depende, principalmente, de la mayor o menor estima en que los hombres desean tenerlas para su uso⁴³.

Con lo que se entiende que el precio justo no debe considerar solo en valor del bien a expropiar, sino también la utilidad que ese bien tiene para el sujeto pasivo de la expropiación y cuanto apego tiene este sujeto por éstas; es aquí donde se encuentra el

⁴¹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 58. Registro Oficial 395 de 4 de agosto de 2008.

⁴²Faride Alfaro. *El Proceso de Expropiación. Óp. cit.*

⁴³Luis de Molina. *La Teoría del justo precio*, Edición preparada por Francisco Gómez Camacho: MAXTOR, 2011.

problema, pues esta interpretación de si es justo o no el precio de determinado bien inmueble queda sujeta al criterio de la autoridad que emite la declaratoria, con lo cual el derecho a la propiedad privada del particular queda totalmente desprotegido, pues, en un primer plano el precio del inmueble lo establece la autoridad administrativa; y, en un segundo plano el individuo no tiene derecho de contradicción ya que a pesar de que exista un proceso judicial respecto al justo precio, el juez, al momento del fallo, está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad. Es decir se vulnera totalmente el derecho a la propiedad pues lo que puede ser un justo precio para la Administración puede no serlo para el administrado y éste no tiene derecho a impugnarlo, así lo establece el mentado artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En el caso de existir un acuerdo sobre el precio (o justiprecio, como lo denomina la doctrina), las partes (expropiante y expropiado) se ven en la necesidad de cumplir con las solemnidades correspondientes para que se pueda generar la transferencia de dominio en favor de la institución estatal correspondiente; al respecto, la LOSNCP establece el procedimiento a seguir en caso de un acuerdo entre las partes, pues deberá generarse la escritura pública correspondiente, para concluir y perfeccionar la transferencia de dominio pertinente.

Sin embargo, también existe la posibilidad de que no se logre un acuerdo entre las partes, que no se llegue a consensuar el justiprecio entre el expropiado y el expropiante; y, el mismo artículo 58 de la LOSNCP establece el camino a seguir, señalando que se procedería al juicio de expropiación conforme al trámite previsto en el Código Orgánico General de Procesos y Código de Procedimiento Civil. Dicha norma manda al Juez que conozca la causa, a sujetarse al monto del avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros del Municipio.

Entonces, se hace necesario revisar las disposiciones que respecto del juicio de expropiación tenga el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) y el Código de Procedimiento Civil (CPC).

2.4. Código Orgánico General de Procesos y Código de Procedimiento Civil.- Con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, el Código de Procedimiento Civil quedó derogado, empero la Disposición Transitoria Segunda del nuevo código establece:

“Los procedimientos coactivos y de expropiación seguirán sustanciándose de acuerdo con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil y el Código Orgánico Tributario, según el caso, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso previstas en la Constitución de la República.

Las normas antes aludidas se seguirán aplicando en lo que no contravenga las previstas en este Código, una vez que éste entre en vigencia y hasta que se expida la ley que regule la materia administrativa.”

Por lo tanto, las normas contenidas en el CPC relacionadas al procedimiento expropiatorio se deben seguir sustanciando acorde a este código. La sección 19a del CPC, denominada Del juicio de expropiación, que abarca los artículos desde el 781 hasta el 806, y los artículos 96, 143, 146 y 332 del COGEP, establecen el régimen para que se tramite el proceso judicial de expropiación, que es en procedimiento sumario, pues tiene por único objeto la determinación del monto que debe ser pagado al afectado por concepto de precio del bien expropiado.

No podemos dejar de observar la aparente contradicción normativa que existiría, pues si bien el procedimiento sumario de expropiación –de conformidad con lo dispuesto por los artículos 782 del CPC y 332 numeral 9 del COGEP- sólo tiene por objeto determinar la cantidad que debe pagarse por concepto de precio de la cosa expropiada, por otro lado, la LOSNCP –a través de su artículo 58- establece que el juez en su sentencia tendrá la obligación de ceñirse al avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros del Municipio.

Si bien el legislador ha tenido cuidado en no hacer ‘chocar’ las disposiciones de la LOSNCP con lo establecido en el COGEP y CPC, sí cabe observar que el artículo 58 de la LOSNCP establece un criterio de uso obligatorio para el juez al momento de resolver un juicio de expropiación, tal como es el monto de avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad correspondiente.

Entonces, cabe cuestionarse si el –tantas veces mencionado- artículo 58 de la LOSNCP limita o condiciona la sana crítica que un juez pueda tener para resolver, más aun cuando

dentro de los artículos que establecen el trámite que debe seguir el proceso judicial de expropiación, presentan la posibilidad de que el juez enriquezca su criterio a través de insumos periciales, tales como son los avalúos, adicionalmente, el segundo inciso del artículo 791 del CPC determina algo diametralmente contrario, pues libera al juez de la obligación de sujetarse al avalúo establecido por las municipalidades; problema que se lo analizará y dilucidará en el capítulo III de este trabajo.

2.5. Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional Contratación Pública.- El Reglamento a la LOSNCP a través de su Capítulo VI establece el régimen que regula los procedimientos especiales para las adquisiciones de bienes inmuebles, así genera una disposición que respecto de la declaratoria de utilidad pública, que dice:

Salvo disposición legal en contrario, la declaratoria de utilidad pública o de interés social sobre bienes de propiedad privada será resuelta por la máxima autoridad de la entidad pública, con facultad legal para hacerlo, mediante acto motivado en el que constará en forma obligatoria 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.

Las personas jurídicas de derecho privado sujetas a la Ley y a este Reglamento General como entes contratantes podrán negociar directamente la adquisición de inmuebles dentro de los parámetros establecidos en la ley. Si se requiriera una expropiación, deberán solicitarla a la autoridad pública del ramo correspondiente al que pertenezcan.

La resolución será inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón en el que se encuentre ubicado el bien y se notificará al propietario. La inscripción de la declaratoria traerá como consecuencia que el registrador de la propiedad se abstenga de inscribir cualquier acto traslativo de dominio o gravamen, salvo el que sea a favor de la entidad que declare la utilidad pública.⁴⁴

Es decir que el reglamento citado establece disposiciones de orden instructivas, que regulan un procedimiento, señalando con claridad que la declaratoria de utilidad pública, conforme analizado anteriormente, debe ser adecuadamente motivada, cumpliendo además con la disposición constitucional que obliga a las instituciones públicas a motivar todas sus resoluciones; además, el reglamento en análisis se permite otorgar una facultad a las personas jurídicas de derecho privado reguladas por la LOSNCP, indicando que también

⁴⁴ Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional Contratación Pública. Artículo 62. Registro Oficial Suplemento 588 de 12 de mayo de 2009.

ellas podrán negociar directamente bienes inmuebles en base a los parámetros y les faculta a solicitar a la entidad competente de su ámbito, la realización de alguna expropiación que fuere necesaria, entendiendo que las entidades empoderadas serían aquellas que cuenten con recursos de orden público.

Finalmente, el tercer inciso del artículo citado, establece el procedimiento que corresponde -respecto de las expropiaciones- ejecutar al Registro de la Propiedad del cantón que corresponda, lo cual es lógico, dada la territorialidad esencial que es inherente al proceso expropiatorio.

A continuación, el artículo 63 del mismo reglamento señala que el valor del inmueble se determinará en relación a aquel monto que conste registrado en la respectiva unidad de avalúos y catastros del municipio, y, aquellos municipios que no cuenten con una unidad de avalúos y catastros, podrán apoyarse en la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, entidad que deberá realizar el avalúo, a pedido del municipio.

Si en la resolución judicial correspondiente se estableciera un valor mayor al del avalúo catastral, deberán reliquidarse los impuestos municipales de los últimos cinco años, conforme dispone el COOTAD.

Así vemos como la norma pretende regular varios ámbitos, inicialmente se permite regular el accionar de los gobiernos autónomos descentralizados, obligándolos a una actualización catastral, la cual es muy sana y necesaria, sin embargo, lo que es digno de analizar, es si procede o no vincular –desde una óptica de mercado justo- al monto del avalúo municipal con el monto comercial real de un inmueble, para que dicho monto sea considerado al momento de una expropiación.

El artículo analizado va más allá y también trata regular el ámbito judicial cuando trata de condicionar la sana crítica de los jueces –competentes para conocer procesos expropiatorios-, así como el trabajo de peritos evaluadores calificados y certificados, intentando blindar el valor que determinaren los avalúos municipales, haciéndolo casi inapelable.

Finalmente, el mismo artículo señala que si en caso de que algún juez establezca un justiprecio mayor al que consta en el registro catastral municipal, se deberán reajustar los valores que por impuestos prediales se hayan pagado, reliquidándolos.

Es propio del gobierno de turno realizar reformas legales cuya procedencia y legalidad sean discutibles, entonces las reformas legales y reglamentarias encaminadas a “actualizar” el régimen de las expropiaciones no han podido escapar a dicho sesgo y son objeto de observaciones y comentarios permanentes por parte de compañeros profesionales del derecho que consideramos que el contrapeso político es el mejor método de garantizar filtros y candados para la discrecionalidad en el ejercicio y gestión estatal. Sin embargo, al contar con una Asamblea que no cumple con su papel de fiscalizar y legislar conforme manda el soberano, nos encontramos con proyectos legislativos que reforman varios cuerpos legales, varios ámbitos, varios accionares, en distintos ámbitos, a través de uno o dos párrafos donde se hace evidente la voluntad política que se evidencia completamente divorciada de la técnica.

3.- Caso específico

Como caso específico se analizará la forma en que se tramitan los distintos casos referentes a las expropiaciones tramitados por el Gobierno Autónomo Descentralizado Metropolitano de Quito, por ello, el análisis parte de la siguiente premisa: el Distrito Metropolitano de Quito cuenta con competencia exclusiva para regular el uso del suelo, es entendible que el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito (MDMQ) haga uso de su facultad normativa para regular el uso del suelo y viabilizar las expropiaciones que, en observancia del marco jurídico vigente, puede gestionar.

Así, el Concejo Metropolitano de Quito, en ejercicio de sus competencias -como ente legislativo del gobierno autónomo descentralizado metropolitano- emitió la ordenanza metropolitana de expropiación especial, adjudicación de precios y regularización de asentamientos humanos de hecho de interés social, con el afán de generar un marco normativo moderno y ágil que permita al Municipio responder ante las necesidades urbanísticas y sociales de una ciudad que crece de forma acelerada y hasta sin planificación, acatando el mandato constante en la Ley Reformatoria del COOTAD que en el artículo 60, segundo inciso señala:

Cada gobierno autónomo descentralizado municipal o metropolitano establecerá mediante ordenanza los criterios para considerar un asentamiento humano como consolidado o cualquier otra definición que requiera a fin de viabilizar la legalización de

los asentamientos humanos de interés social en sus circunscripciones territoriales, en atención a sus propias realidades.

El procedimiento especial que siguen estos trámites es el siguiente:

Expropiaciones para Vivienda de Interés Social y Regularización de Asentamientos Urbanos.- En el caso de que los gobiernos municipales o metropolitanos podrán expropiar predios con capacidad técnica para desarrollar proyectos de vivienda de interés social, que se encuentren incursos en las siguientes causales:

a) Predios ubicados en zonas urbanas, en los cuales los propietarios puedan y deban construir, y que hayan permanecido sin edificar y en poder de una misma persona, sea ésta natural o jurídica, por un período de cinco años o más, y cuyo propietario no proceda a construir, en un plazo de tres años después de ser notificado;

b) Predios dentro de los límites urbanos o de las áreas de expansión, de diez mil metros cuadrados o más de superficie, cuyos propietarios no lo hubieran urbanizado durante un perspectiva, para proceder a su urbanización, lotización y venta; y,

c) Las edificaciones deterioradas, que no estén calificadas como patrimonio cultural, si no fueren reconstruidas o nuevamente construidas, dentro de un plazo de seis años, a partir de la fecha de la notificación respectiva.

Expropiación especial para regularización de asentamientos urbanos.- Los gobiernos metropolitanos o municipales, mediante resolución del órgano legislativo, podrán declarar esos predios de utilidad pública con el propósito de dotar de los servicios básicos a los predios ocupados por los asentamientos y definir la situación jurídica de los poseedores, adjudicándoles los lotes correspondientes. Cada gobierno autónomo metropolitano o municipal establecerá mediante ordenanza los criterios para considerar un asentamiento humano como consolidado. De manera general, en esta modalidad de expropiación se seguirá el mismo procedimiento expropiatorio con las siguientes variaciones:

a) El financiamiento del pago del justo precio a quien se pretenda titular del dominio del inmueble a ser expropiado se realizará mediante el cobro en condiciones adecuadas a los adjudicatarios de los lotes de terreno. El certificado de disponibilidad presupuestaria se sustituirá con el informe de financiamiento emitido por el órgano competente del gobierno descentralizado autónomo;

b) En la valoración del inmueble, a efectos de determinar el justo precio, se deberán deducir los créditos a favor de la municipalidad por conceptos tributarios;

c) El pago del justo precio del inmueble se efectuará mediante títulos de crédito con vencimiento semestrales a un plazo no mayor a veinticinco años o conforme los respectivos adjudicatarios vayan cancelando el valor de los inmuebles adjudicados. El órgano legislativo decidirá el mecanismo y forma de pago. Si se cancela con títulos de crédito, éstos serán negociables y podrán ser compensables con las acreencias a favor del respectivo gobierno autónomo descentralizado.

d) Los títulos de crédito así emitidos, serán entregados al titular del inmueble si fuere conocido según los registros públicos o consignados ante un juez civil, en caso de oposición del titular o en el caso de que el dominio estuviere en disputa o no fueren conocidos los titulares del bien expropiado.⁴⁵

Y, por otro lado, se debe invocar al presente análisis a la Ordenanza Metropolitana 181, misma que es la encargada de establecer el régimen -de cumplimiento obligatorio- y procedimientos para los trámites administrativos derivados de las expropiaciones realizadas por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito (MDMQ).

Dicha ordenanza establece la competencia de la Administración Central (a través de procuraduría Metropolitana), Administraciones Zonales (a través de sus Subprocuradurías, instancias que hoy no existen, de conformidad con el orgánico funcional del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito), Empresas Metropolitana, Corporaciones y Fundaciones creadas por el MDMQ, para tramitar expedientes expropiatorios que fueren necesarios para brindar servicios, ejecutar obras públicas, construcción de vivienda de interés social o programas de reasentamiento.

Posteriormente, la Ordenanza Metropolitana 181 establece una importante condición para que se verifique la procedencia de un procedimiento expropiatorio, tal como es la existencia de un proyecto debidamente aprobado por el Concejo Metropolitano, lo cual derivará en que dicho proyecto –además- tenga debidamente considerado su financiamiento, es decir, que se deberán haber tomado los recaudos presupuestarios correspondientes.

A continuación, la ordenanza en mención establece el procedimiento administrativo que se debe seguir para obtener –del Concejo Metropolitano- la resolución de declaratoria de utilidad pública, de la siguiente manera:

A) La entidad interesada en la expropiación deberá generar la documentación correspondiente (resolución y documentos habilitantes) en estricta observancia de lo dispuesto por la misma ordenanza, así como los lineamientos y estipulaciones del derecho administrativo, inclusive respecto de la procedencia del proyecto desde la perspectiva de la

⁴⁵Daniel Veintimilla. *La expropiación en materia procesal en el Ecuador*. <http://www.industriaimperial.com/derechoanalisis/la-expropiacion-en-materia-procesal-en-el-ecuador/> (acceso: 18/01/2016)

planificación metropolitana, así como del informe de la Dirección de Avalúos y Catastros que deberá contener en detalle todas las características propias del proyecto, así como de la expropiación.

B) Con esta documentación, el MDMQ a través de su instancia competente en el ámbito de la tecnología, deberá registrar la afectación que se propone a través de la documentación antes mencionada.

C) Entonces, la Dirección de Metropolitana de Planificación Territorial, una vez que tenga todo el expediente, emitirá informe respecto al uso y ocupación del suelo, lo cual remitirá a la entidad interesada o motivante del procedimiento expropiatorio.

D) La entidad requirente deberá emitir su informe final, conjuntamente con la documentación que certifique la existencia de rubro presupuestario para el proyecto y expropiación en ciernes, lo cual remitirá a la Procuraduría Metropolitana.

E) Procuraduría Metropolitana verificará que la documentación se encuentre dentro de los parámetros jurídicos establecidos y –junto con su informe legal- despachará para que el expediente íntegro sea conocido por la instancia que cumple con asesora al Concejo Metropolitano, tal es la comisión permanente. Si bien la Ordenanza Metropolitana 181 menciona la comisión de “Expropiaciones, Remates y Avalúos, es necesario mencionar que dicha Comisión actualmente tiene una nueva denominación, tal es la de “Propiedad y Espacio Público”, sin embargo, también se debe dejar expresamente dicho que el MDMQ ya no sigue el trámite que prevé la Ordenanza Metropolitana 181, por lo que este procedimiento que deriva en conocimiento del expediente por parte de una comisión permanente del Concejo Metropolitano, está en desuso.

F) Siguiendo el procedimiento que plantea la Ordenanza Metropolitana 181, la Comisión deberá conocer el expediente expropiatorio y emitir su dictamen favorable para que el expediente sea remitido para conocimiento de Concejo Metropolitano.

G) El Concejo Metropolitano, en ejercicio de sus competencias legales, deberá resolver declarar de utilidad pública el inmueble o inmuebles debidamente singularizados en el expediente, donde además constará el destino o uso que recibirán dichos bienes en trámite de expropiación; dicha declaratoria deberá ser notificada a las personas que se verán

afectadas por la expropiación, para cumplir con la validez que tienen los actos administrativos a partir de su notificación.

H) Las personas notificadas con la declaratoria de utilidad pública negociarán con los representantes de la entidad a cargo del procedimiento expropiatorio, sobre el justiprecio del inmueble en proceso de expropiación, para lo cual contarán con 90 días.

I) En caso de que se llegue a un acuerdo, se notificará el mismo al Concejo Metropolitano para que se concluya con la legalización del acuerdo, lo cual viabilizará el trámite ulterior.

J) Sin embargo, también existe la posibilidad de que no se logre llegar a un acuerdo entre las partes, y es ahí cuando el trámite deberá ser conocido por un juez de lo civil, con competencia en el cantón en el que se encuentre ubicado el inmueble en trámite de expropiación, conforme anteriormente analizado.

K) Por otro lado, una vez que se haya emitido la declaratoria de utilidad pública, los (entonces) Comisarios Municipales de las Administraciones Zonales tenían la obligación de ejecutar cuanto acto fuere necesario para la ocupación del inmueble.

Adicionalmente, la Ordenanza Metropolitana 181 establece el régimen para la imposición de servidumbres legales y forzosas sobre predios particulares, en los casos en que sea indispensable para la ejecución de las obras, lo cual será competencia del Concejo Metropolitano.

Finalmente, la ordenanza en mención a través de sus disposiciones generales ratifica las competencias que a través de su articulado propuso; y, las disposiciones transitorias prevén casos excepcionales que se presentan en virtud de la transición que se genera dada la entrada en vigencia de la ordenanza en mención.

Conforme anteriormente expuesto, la aplicación del principio jerárquico y del principio de temporalidad obligan a que el MDMQ tome en cuenta y observe de manera estricta lo que determina y manda el COOTAD respecto de las expropiaciones, dado que se trata de una ley que cuenta con el carácter de orgánica, además que entró en vigencia en el año 2010, mientras que la Ordenanza Metropolitana 181 lo hizo a partir de 29 de mayo de 2006.

La Ordenanza Metropolitana 181 debe actualizarse a los parámetros que establece el ordenamiento jurídico vigente (antes existía la Ley de Régimen Municipal que fuera

derogada con la entrada en vigencia del COOTAD), caso contrario se verá en desuso lo que genera que nuevamente las entidades del ámbito metropolitano se encuentren ante la posibilidad de ejecutar los procedimientos expropiatorios con cierta discrecionalidad, lo cual representa un retroceso histórico para el MDMQ, considerando que esa misma discrecionalidad fue la que obligó a que Contraloría General del Estado recomiende al MDMQ –en su momento- la elaboración de una normativa que regule adecuadamente los procedimientos expropiatorios.

3.- CAPÍTULO TRES: LA EXPROPIACIÓN

3.1.- El juicio civil para la discusión del precio de la expropiación.

3.1.1.- Del conflicto.- El conflicto “constituye el presupuesto básico del derecho procesal, disciplina que estudia la organización judicial y los procedimientos que deben seguirse para resolverlos por medio del proceso jurisdiccional con efecto de cosa juzgada... el conflicto de intereses de relevancia jurídica se produce cuando un sujeto con su acción u omisión produce como resultado una infracción al ordenamiento jurídico... se produce cuando una persona siente una necesidad y no puede satisfacerla plenamente. En otros términos cuando se produce una confrontación de intereses”⁴⁶; es decir, que se trataría del encuentro irreconciliable de posiciones distintas, incluso hasta antagonistas, en el que las partes implicadas no encuentran la posibilidad de armonizar sus intereses. Entonces, a sabiendas de que el conflicto contrapone a dos personas, es necesario que dichas personas generen o busquen una salida, una solución; históricamente hablando, el uso de la fuerza ha sido una de las opciones recurridas por el ser humano, tratando de imponer su voluntad, su punto de vista; sin embargo, la sociedad ha sabido ir evolucionando y encontrando diversas posibilidades para solucionar los conflictos, y es así que

En alguna etapa primitiva —o de desarrollo muy retardado— se llega a la propia regulación de la fuerza como forma sancionadora: por ejemplo, cuando se establece la ley del talión (ojo por ojo, diente por diente, pero no dos ojos por un ojo...) o se regula el armamento que puede usarse en la guerra (proscripción de armas nucleares, etc.). Son sistemas reveladores del atraso de la humanidad, aunque existan.

(...)

En la evolución del derecho vamos a ver que la última etapa es la moderna, en la cual el Estado se apodera de la facultad sancionadora. O sea, que prohíbe la justicia por la propia mano, llegando a tipificar como delito esa conducta, en el Código Penal. Tal es la importancia que en nuestra época se reconoce a este fin esencial del Estado (el de brindar tutela jurídica), que si no lo realiza prácticamente se considera que no existe⁴⁷.

3.1.2.- De la jurisdicción.- El autor Hans Kelsen dice que la jurisdicción es “la capacidad de ejecutar actos que el orden jurídico considera como de un órgano determinado

⁴⁶Juan Colombo. *La Jurisdicción en el Derecho Chileno*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 3.

⁴⁷Enrique Véscovi. *Teoría General del Proceso*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2006, p. 2.

y no de otro”⁴⁸. Otros tratadistas señalan que jurisdicción es la potestad de juzgar y hacer cumplir lo resuelto/juzgado, al respecto el Código Civil (aún vigente a la presente fecha), en su artículo 1 señala que: “La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes”; adicionalmente, es menester señalar que el COGEP no realiza una definición de jurisdicción, pero sí la considera dentro del listado taxativo de solemnidades sustanciales que establece a través de su artículo 107 numeral 1.

El Dr. Véscovi claramente concluye que

La jurisdicción, según ya hemos visto, es la función estatal que tiene el cometido de dirimir los conflictos entre los individuos para imponer el derecho. Como su etimología lo expresa, significa ‘decir el derecho’ (juris dictio) aunque, en la concepción más modernas, no solo es eso (juzgar) sino también ejecutar lo juzgado. (...) la función jurisdiccional que es una sola, no se limita a juzgar los conflictos entre particulares solamente: también en lo penal se manifiesta a través de la potestad de imponer la sanción al imputado, y en lo contencioso administrativo se juzgan las relaciones y conflictos entre los particulares y la propia administración⁴⁹.

3.1.3.- Del proceso.- La palabra proceso proviene del vocablo processus, que a su vez se compone de pro que significa hacia adelante y cedere que significa caminar; entonces, proceso es un conflicto o controversia que ha sido sometido a conocimiento y resolución de un tribunal, siguiendo un trámite establecido. Implica un desenvolvimiento, una sucesión, una continuidad dinámica. Es, como todos los procesos (inclusive el fisiológico, fisicoquímico), una sucesión de actos que se dirigen a un punto. En este caso, que persiguen un fin. Está constituido por un conjunto de actos mediante los cuales se realiza la función jurisdiccional, y, por consiguiente, persigue el fin de esta.

Por lo tanto, el proceso es el medio adecuado que tiene el Estado para resolver el conflicto reglado por el derecho procesal, que establece el orden de los actos (procedimiento), para una correcta (legal) prestación de la actividad jurisdiccional. Que,

⁴⁸Hans Kelsen. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 107.

⁴⁹Enrique Véscovi. *Teoría General del Proceso*. *Óp. cit.*, pp. 5-6.

recordemos, se pone en marcha, normalmente, cuando una de las partes ejerce su derecho (poder) de acción⁵⁰.

3.1.4.- Del juicio de expropiación.- La sección 19ª. del CPC así como los artículos 96, 143, 146 y 332 del COGEP -además de invocar el derecho de propiedad y señalar a la expropiación como una limitación al mismo- establecen las disposiciones correspondientes a la tramitación del juicio de expropiación, mismo que “tiene por objeto determinar la cantidad que debe pagarse por concepto de precio de la cosa expropiada, siempre que conste que se trata de expropiación por causa de utilidad pública”⁵¹.

Es menester destacar, que se trata de un juicio (proceso) que sigue un procedimiento sumario, que deberá ser conocido por los jueces de las unidades civiles competentes en razón de la circunscripción territorial a la que corresponda el inmueble objeto de la expropiación.

El proceso de expropiación persigue un único objeto, específico, como es el de determinar el valor que sepa agrupar tanto al precio de mercado, así como al valor restitutorio, de naturaleza indemnizatorio, este valor, como lo ha dicho la Corte Nacional en algunos fallos, debe ser "una justa valoración, esto es en equidad, un valor que no signifique una excesiva erogación para la entidad expropiante y un beneficio desmesurado para el expropiado, pero que tampoco pueda significar un pago irrisorio en perjuicio del expropiado”⁵².

Para lograr dicho objetivo, el CPC faculta al juez a designar peritos que serán los encargados de realizar el avalúo del inmueble a expropiarse. Luego, el artículo 791 del CPC señala que el juez dictará sentencia “dentro de ocho días de presentado el informe pericial, y en ella se resolverá únicamente lo que diga relación al precio que deba pagarse y a los reclamos que hayan presentado los interesados.

⁵⁰ Enrique Véscovi. *Teoría General del Proceso*. *Óp. cit.*, p. 88.

⁵¹ Código de Procedimiento Civil. Artículo 782. Registro Oficial Suplemento 303 de 19 de octubre del 2010.

⁵² Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Caso Municipio de Quito vs. Jorge Enrique Mera Marín y Enma María Angélica Pinto Yáñez. Causa No. 173-2010. Expediente de Casación No. 173. Registro Oficial, Edición Especial, No. 23 de 16 de julio del 2013.

Para fijar el precio el juez no está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, ni por las municipalidades”. Es decir, se limita la decisión del juez a los insumos periciales que son puestos en su conocimiento, dentro del proceso expropiatorio⁵³.

Por su parte, el artículo 96 del COGEP establece los requisitos de la sentencia de expropiación, los cuales son una recopilación de algunos artículos de la sección 19ª. del CPC, los cuales son:

1. La fijación de los linderos de lo expropiado y el precio.
2. La determinación de la parte del precio que debe entregarse al acreedor si existe algún gravamen, mediante la relación del precio total y el volumen de la deuda. Si se trata de la expropiación total del predio y el precio es inferior al monto de lo adeudado, se ordenará pagar todo el precio al acreedor, dejando a salvo su derecho para el cobro del saldo pendiente.
También se descontarán, el plusvalor que tenga el inmueble en caso de expropiación parcial, los impuestos municipales y, en particular, el impuesto a las utilidades obtenidas por el expropiado al momento del pago de la compensación por parte de la entidad expropiante.
3. La determinación de la indemnización que se debe pagar al arrendatario por concepto de terminación del arrendamiento, conforme con las reglas del Código Civil.
4. La cancelación del embargo una vez que se ordene poner el precio a disposición de la o del juzgador que lo haya ordenado. Asimismo, se dispondrá la cancelación de las medidas cautelares, prohibiciones de gravar y enajenar y se darán por terminados los contratos y gravámenes que se hayan constituido sobre el inmueble, de manera que se transfiera a la entidad expropiante libre de cargas.
5. La orden de expropiación total, en el caso de que quede para el dueño una parte inferior al 15% de la propiedad, por extensión o precio.
En todos los casos se ordenará la cancelación de gravámenes.
Depositado el precio la sentencia se protocolizará y se inscribirá para que sirva de título de propiedad.⁵⁴

Con lo que se perfecciona la transferencia de dominio que se deriva de la expropiación. Para mejor entendimiento, es pertinente citar la jurisprudencia contenida en la Resolución de la Corte Constitucional publicada en el Registro Oficial Suplemento 159 de 26 de marzo 2010, que dice: “En este juicio no se discute el hecho de la decisión tomada por la autoridad

⁵³ En un capítulo anterior del presente trabajo investigativo se mencionó la aparente antinomia existente entre las disposiciones del Código Orgánico General de Procesos y Código de Procedimiento Civil con las de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento respecto de la obligatoriedad o no que tendrían los jueces de lo civil para –a través de sentencia- acoger el monto de avalúo registrado en las dependencias competentes de los gobiernos autónomos descentralizados.

⁵⁴ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 96. Registro Oficial Suplmento 506 de 22 de mayo del 2015.

pública, pues eso es materia de otra instancia judicial (contencioso administrativa), sino el valor que debe ser cancelado al propietario del bien que sufre esta afectación”⁵⁵.

Fijada así las cosas, la justa valoración sería una estimación o fijación del valor de las cosas, es decir darles un Justiprecio; el Art. 788 del Código de Procedimiento Civil establece lo siguiente: “Presentada la demanda y siempre que se hayan llenado los requisitos determinados en los artículos anteriores, el juez nombrará perito o peritos, de conformidad con lo establecido en este Código, para el avalúo del fundo. (...)”.

Los peritos juegan un papel muy importante dentro del juicio de expropiación, ya que van a orientar al juez en apreciar el valor que puede tener la cosa materia de la expropiación; pero esta disposición, Art. 788 CPC, dice que el juez nombrará perito o peritos, por lo que en los juicios de expropiación se puede llegar a tener 2 o más, en la medida en que las partes procesales lo soliciten. No obstante es el juez quien determinará este valor a pagarse por el bien materia de la expropiación, guiándose por los criterios que rigen la sana crítica basados en el conocimiento, la lógica y la experiencia.

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema Esa misma Sala, en fallo No. 09- 2003, dictado el 26 de mayo de 2003, dentro del juicio especial de expropiación seguido por el I. Municipio Metropolitano de Quito en contra de Angel Almeida Guzmán y otra, publicado en el Registro Oficial No. 131 de 23 julio del 2003, ha expresado el siguiente criterio:

Ya que el juicio de expropiación tiene como objeto fijar la cantidad que, por concepto de justa valoración ha de recibir el titular del dominio del bien expropiado, al juez le corresponde realizar la "justa valoración" para ordenar el "pago e indemnización" imperativamente ordenado por la Constitución Política del Estado, en su artículo 33 antes transcrito. El considerar únicamente los documentos aparejados a la demanda por la entidad expropiante constituiría una transgresión a este mandato (bien sabido es que los avalúos catastrales municipales son ajenos a la realidad del mercado); y si bien hay que velar por el interés del Estado -que constituye el de los ciudadanos- la expropiación no puede constituirse en un mecanismo de oculta confiscación, en el que se cancele por concepto de indemnización un precio tan bajo que no le permita al expropiado reponer esa propiedad con otra de iguales características⁵⁶.

⁵⁵Corte Constitucional del Ecuador. Registro Oficial, Suplemento No. 159 de 26 de marzo 2010.

⁵⁶Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. *Caso I. Municipio Metropolitano de Quito vs Angel Almeida Guzmán y otra*. Fallo No. 09- 2003 de 26 de mayo de 2003. Registro Oficial No. 131 de 23 julio del 2003.

El establecimiento del justo precio constituye en elemento esencial en la expropiación cuya determinación se halla previamente establecida en la normativa adjetiva civil dejando al Juzgador conforme a la sana crítica la fijación de la misma, atribución que nace para este funcionario del precepto constitucional.

Cancelado el justo precio, se evita el abuso de parte del Estado o sus organismos, o que, se proceda a una confiscación, pues al cancelar el valor se está reconociendo la propiedad y el derecho que sobre el bien ha tendido la persona sobre quien se ha incidido con la acción de expropiación, por ello no puede hablarse de confiscación cuando se ha cancelado o consignado el valor por la expropiación.

Para fijar un justo precio existen algunos criterios y herramientas que se pueden utilizar, entre las cuales tenemos al avalúo y la indemnización:

El avalúo es uno de los posibles peritajes en los que, un experto -a través del uso de metodologías y criterios técnicos- establece un precio respecto de un bien, observando para ello el valor de adquisición, estado actual, uso, demanda, situación, aplicaciones e incluso afección para las partes, en algunos casos. El informe pericial de avalúo deberá considerar todas las características propias del bien tasado, lo cual no sólo se ceñirá a la situación fáctica, sino además se deberán considerar otras variables.

La indemnización no es otra cosa que “la compensación que se le entrega a una persona como consecuencia de un daño que haya recibido”⁵⁷. Antiguamente se consideraba a la indemnización como un efecto del uso de la facultad expropiatoria; es decir que, a partir de la afectación que sufría el derecho de dominio de una persona, procedía la compensación que, a manera de reparación, buscaba resarcir la incidencia de la acción administrativa sobre el patrimonio de una persona⁵⁸.

⁵⁷ Definición de indemnización. <http://www.definicionabc.com/derecho/indemnizacion.php>. (acceso: 31/01/2017).

⁵⁸ José Manuel Serrano. *El Derecho de propiedad, la Expropiación y la Valoración del Suelo*. Óp. cit., p. 554.

3.2.- Conflicto entre las normas del Código Orgánico General de Procesos y Código de Procedimiento Civil con la Ley Orgánica Sistema Nacional Contratación Pública.-

Con lo analizado en el presente trabajo, hemos establecido que el pago de un precio justo es la vía para no conculcar ni vulnerar el derecho a la propiedad privada, por lo que el cálculo de este importe debe ser realmente justo y valorar no solamente el precio real del bien inmueble a expropiar sino que también se debe añadir una indemnización por los perjuicios causados al dueño del bien.

Si analizamos solo las normas comprendidas dentro del COGEP y el CPC no se tendría problema al momento de calcular el justo precio del bien a expropiar pues con la ayuda de informes periciales se entendería que en realidad se va a pagar, a manera de indemnización, un valor justo, equitativo, valorando tanto al bien inmueble como la afectación sufrida por causa de ese acto administrativo.

Empero, es aquí donde se produce el problema pues tenemos a dos leyes, dos cuerpos legales que se contraponen y generan conflicto, pues si bien el procedimiento sumario de expropiación –de conformidad con lo dispuesto por los artículos 782 del CPC y 332 numeral 9 del COGEP- sólo tiene por objeto determinar la cantidad que debe pagarse por concepto de precio de la cosa expropiada; y el artículo 791 del CPC, en su parte pertinente dispone que para fijar el precio el juez no está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, ni por las municipalidades; por otro lado, en el artículo 58 de la LOSNCP establece que el juez en su sentencia tendrá la obligación de ceñirse al avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros del Municipio, la cual es una Dirección que forma parte de la Administración General de los Municipios, por lo que es un órgano administrativo que está representado por el Director (a) de Avalúos, Catastros y Estadística; Dirección, que como vemos no forma parte de la función judicial, sino, nuevamente repetimos, es un ente administrativo.

En este sentido, tenemos que aclarar que esta obligación del juez de ceñirse al avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros, no es aplicable en el caso de las municipalidades, pues estas se rigen por una ley especial, en virtud de que la Constitución las proclama autónomas en los ámbitos funcional, administrativo y económico; así mismo,

el mentado artículo 58 de la LONSCP así lo dispone al establecer que en el caso de las municipalidades el procedimiento expropiatorio se regulará por las disposiciones de su propia Ley, que es el COOTAD, y éste tiene como ley supletoria al Código de Procedimiento Civil, actual Código Orgánico General de Procesos. Por lo que, en los procesos expropiatorios en los que habría conflicto son los que realizan otras instituciones del Estado.

Como se vio en líneas anteriores, existe un choque entre estas disposiciones de la LOSNCP con lo establecido en el COGEP y CPC, pues por un lado el artículo 58 de la LOSNCP establece un criterio de uso obligatorio para el juez al momento de resolver un juicio de expropiación, tal como es el monto de avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad correspondiente; por otro lado el COGEP y CPC dispone que para fijar el precio el juez no está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, ni por las municipalidades, además que da a los Jueces y a las partes la facultad de requerir peritos y fijar un justo precio.

Con respecto a la valoración del justo precio la Corte Nacional de Justicia en resolución N. 566-2010, dentro del juicio N. 1030-2009 se ha pronunciado “La justa valoración a la que se refiere estas normas constitucionales, obligan al Juez a determinar una fórmula que permita un equilibrio entre una compensación equitativa para el expropiado y la necesidad y beneficio colectivo que conlleva la ejecución de la obra pública. Es necesario aclarar que a más de la ayuda que proporcionan al juez los documentos que se acompañan a la demanda y los estudios periciales, este tiene que acudir a la sana crítica, a su buen saber y entender para determinar el valor por concepto de indemnización, considerando factores como: el área a expropiarse, la calidad del suelo...”⁵⁹, situación que se estaría conculcando con la disposición del Art.58 de la LOSNCP, ya que esta norma limita y condiciona la sana crítica del juez al momento de resolver en un juicio de expropiación, pues el juez que conozca un proceso judicial expropiatorio tiene la obligación de observar –de manera estricta- todas las normas que contengan disposiciones relativas al tema en ciernes, procurando armonizar lo dispuesto por el régimen jurídico y –

⁵⁹ Corte Nacional de Justicia. Causa No. 1030-2009. Resolución No. 566-2010.

de ser necesario- realizar el análisis correspondiente para subsanar cualquier posible antinomia.

Conforme lo trata el doctrinario Riccardo Guastini, en su publicación denominada *Antinomias y Lagunas*, en un sistema jurídico existe una antinomia siempre que un determinado comportamiento esté deónticamente calificado en dos modos incompatibles por dos diversas normas pertenecientes al mismo sistema, o siempre que para una misma situación fáctica estén previstas dos tipologías jurídicas que fueren contradictorias, o incompatibles; es decir, que nos encontraríamos en el segundo supuesto que plantea Guastini, dado que tanto la LOSNCP como el COGEP y CPC se contradicen expresamente respecto de los parámetros del juez para establecer el precio en un juicio de expropiación.

Para resolver una antinomia jurídica existen varias reglas o principios como son el principio jerárquico, cronológico, de especialidad y de prevalencia.

Al aplicar el principio de jerarquía, que es el que se da cuando existe un conflicto de normas provenientes de fuentes jerárquicamente ordenadas, la norma jerárquicamente inferior debe considerarse inválida, entonces en el este caso prevalece la LOSNCP, dada su condición de ley orgánica.

El principio cronológico es aquel en virtud del cual en caso de conflicto entre normas provenientes de fuentes jerárquicamente igualitarias y provistas de la misma esfera de competencia, la norma proveniente de fuente anterior en el tiempo debe considerarse abrogada y por lo tanto no debe ser aplicada⁶⁰, así, correspondería la aplicación de la LOSNCP.

Si aplicamos el principio de especialidad, prevalecería el COGEP y CPC, dada su naturaleza específica para regular los procedimientos y trámites propios de los procesos expropiatorios.

Luego, de estas sencillas aplicaciones de las herramientas jurídicas que existen para dilucidar cualquier posible antinomia jurídica, podemos decir que no existe una directriz o corriente clara respecto de que norma aplicar, empero las técnicas aptas para resolver las antinomias son reducibles a dos principios o criterios que son el jerárquico y el

⁶⁰ Riccardo Guastini. *Antinomias y Lagunas*. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/29/cnt/cnt22.pdf> (acceso: 01/10/2016).

cronológico; pues el principio de especialidad no desarrolla otra función más que limitar la operatividad del principio de cronología y del jerárquico⁶¹.

Con lo explicado podemos concluir que la norma a la que se sujetarán los jueces al momento de resolver –el justiprecio- en un proceso expropiatorio es la LOSNCP; esto supone que la apreciación del monto de la justa compensación no se lo realizará analizando todas las circunstancias de cada caso, tales como el avalúo catastral, el precio en que el dueño adquirió el predio, el destino que va a darse al predio expropiado, el valor venal, etc. La fijación de la justa compensación ha dejado de ser una potestad del juez o tribunal de instancia y la colaboración de peritos ya no sería necesaria.

El derecho a la propiedad privada debe ser entendido, dentro del contexto de una sociedad democrática, en donde para 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 supuestos contenidos en las normas. El derecho a la propiedad no es un derecho absoluto, como ya lo hemos visto en capítulos anteriores, pues se establece que para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social y sujetarse al pago de una justa indemnización; por lo que, para que el Estado pueda satisfacer legítimamente un interés social y encontrar un justo equilibrio con el interés del particular, debe utilizar los medios proporcionales a fin de vulnerar en la menor medida el derecho a la propiedad de la persona objeto de la restricción, situación que se estaría vulnerando y afectando con el mandato del artículo 58 de la LOSNCP.

En este sentido, en el caso de una expropiación, dicha restricción demanda el cumplimiento y fiel ejercicio de requerimientos o exigencias que se encuentran consagrados en la Constitución y las leyes, por lo que no se debería afectar el sentido del juicio de expropiación, el cual como ya se ha establecido, tiene como objeto fijar la cantidad que, por concepto de justa valoración ha de recibir el titular del dominio del bien

⁶¹ *Ibíd.*

expropiado, y al juez le corresponde, o al menos así debería ser, realizar la "justa valoración" para ordenar el "pago e indemnización" imperativamente ordenado por la Constitución Política del Estado; sin embargo esto ya no sería así pues el juez está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, constituyendo una transgresión al mandato constitucional y afectando el derecho a la propiedad privada pues bien sabido es que los avalúos catastrales municipales no responden al valor comercial del bien, es decir al valor que el bien tiene dentro del mercado, y esto sucede por dos factores principalmente: el primero es que los municipios no desean mantener un avalúo catastral a la par con el comercial puesto que justamente para este tipo de procesos es más rentable para el Estado negociar sobre un precio más bajo y el segundo motivo, el cual es más grave, es que los mismos dueños de los bienes inmuebles hacen trámites engorrosos para que dichos avalúos sean más bajos y por lo tanto los impuestos que los bienes generen, sean menores.

Si bien hay que velar por el interés del Estado -que constituye el de los ciudadanos- la expropiación no puede constituirse en un mecanismo de oculta confiscación, en el que se cancele por concepto de indemnización un precio tan bajo que no le permita al expropiado reponer esa propiedad con otra de iguales características; así por ejemplo, tenemos el caso en el Director Ejecutivo del IERAC, en un proceso expropiatorio, mediante resolución de 29 de enero de 1990, dispuso que se pague ciento cincuenta y siete mil seiscientos veinticinco sucres a los herederos del señor Angel Tobías Gutiérrez Garcés, esto es, treinta y un mil quinientos veinticinco sucres en efectivo y los restantes ciento veintiséis mil cien sucres en bonos de reforma agraria de clase "C"; por lo que los herederos pidieron la revisión del avalúo del predio denominado Yambo, ubicado en la parroquia de Izamba del cantón Ambato, provincia de Tungurahua, el cual fue negado por el Director Ejecutivo del INDA contenido en el oficio No. DE-DJ-03721 de 2 de mayo de 2001; el avalúo cuya revisión solicitaron los herederos fue realizado por la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, el que lo fijó en la suma de ciento cincuenta y siete mil seiscientos veinticinco sucres, luego de que el Comité Regional de Apelación No. 3 resolviera, el 20 de febrero de 1989, declarar la expropiación de tres lotes de terreno que componían el predio Yambo, en

la cabida de cuarenta y dos hectáreas sesenta y nueve centiáreas. Por lo que propusieron un amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional, el cual constató que:

No sólo que no consta que el accionante haya sido indemnizado, esto es, que se le haya pagado el justo precio por el bien expropiado, sino que la autoridad administrativa pretende hacer valer un avalúo de la DINAC realizado en el año de 1990, que a la fecha resulta en algo más de seis dólares, atenta tanto contra el artículo 47 de la primera codificación de la Constitución, como el vigente artículo 33 del Código Político... Que, la privación del dominio de bienes como el que se ha realizado en la especie, vulnera el derecho de propiedad del accionante, el mismo que consiste, según el artículo 618 del Código Civil, en "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", pues no sólo que para el ejercicio de la potestad expropiatoria se debe motivar la expropiación en la función social y la finalidad de dicha expropiación en su orden social, es decir, en la destinación del bien a ser expropiado, sino a su previa y justa valoración, pago e indemnización, tal como se señala en el actual artículo 33 de la Constitución y en el artículo 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vigente a la fecha de dictarse tanto la expropiación del bien como la aceptación del avalúo de la DINAC, como en la actualidad... Que, respecto de la inminencia de daño grave, esta Sala hace presente que este amparo no se ha dirigido contra los actos de expropiación del bien, sino contra la pretensión de pagar en la actualidad un precio correspondiente al avalúo realizado en el año de 1990, lo que no responde ni a las vigentes normas constitucionales y de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que se han reseñado, ni a las que regían al momento de declarar la expropiación del predio...⁶²

Por lo que, decidieron conceder la acción de amparo interpuesta por el señor Marco Polo Gutiérrez Urbina y disponer que el Director Ejecutivo del INDA, de forma inmediata, pague a los herederos de Angel Tobías Gutiérrez el valor real correspondiente a la indemnización por la expropiación del predio Yambo, previo un nuevo avalúo realizado.

Otro ejemplo de que los avalúos realizados por las Direcciones de Avalúos Catastros vulneran el derecho a la propiedad, pues no realizan un avalúo pertinente y real del bien inmueble expropiar, por lo tanto no existe un justo precio a manera de indemnización, es el constante en acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia del 10 de octubre de 2011, acción de protección No. 120-2011/0342-2011, dictada por la Sala

⁶² Tribunal Constitucional. Tercera Sala. Causa No. 0188-2003-RA. Resolución No. 188. Registro Oficial No. 136 de 30 de julio del 2003.

Especializada de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos cuya parte pertinente es la siguiente:

En el presente caso el accionante ha demostrado que no ha recibido una justa valoración e indemnización y pago de conformidad con la ley al expropiársele un lote de terreno compuesto de 65 hectáreas con sembrío de palma africana... lo que ocasiona una evidente vulneración a sus derechos previstos en la norma constitucional contenida en el Art. 323 que guarda armonía con el Art. 449 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización en donde se advierte claramente el mecanismo legal para determinar el avalúo del inmueble y el valor a pagar, lo que debió haber ocurrido en el presente caso como consta en autos que se obtuvo un avalúo para efectos de la expropiación elaborado por el ciudadano Johnny Quiroga P. en su calidad de Jefe de Avalúos y Catastros de la Municipalidad de Valencia notándose claramente que se ha actuado sin ajustarse a las normas sobre avalúo previstos en el COOTAD, puesto que era obligación del Gobierno Autónomo Descentralizado de Valencia el contar con un perito especializado para realizar dicho avalúo como lo establece el cuerpo legal antes invocado y de esta manera no lesionar los derechos del accionante y cumplir con el justo precio que determina nuestra Carta Magna al realizarse la expropiación. Por las consideraciones expuestas al existir vulneración de un derecho constitucional que perjudica al accionante, esta Sala Especializada de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, ACEPTA la apelación interpuesta por el accionante Angel Collantes Romero, REVOCA la sentencia venida en grado y, en consecuencia, deja sin efecto el avalúo constante en el oficio ACR-No. 11-0043 del 19 de julio de 2011, debiendo el Gobierno Autónomo Descentralizado de Valencia realizar un nuevo avalúo del bien en mención, incluyendo sembríos, plantaciones, mejoras e infraestructura que se encuentren dentro del mismo.⁶³

Con fundamento en la argumentación precitada, los jueces de la Sala Especializada de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos consideran que en el caso puesto en su conocimiento, el avalúo contenido en el oficio ACR-No. 11-0043 del 19 de julio de 2011, "para efectos de la expropiación" ha sido elaborado sin observar el procedimiento establecido para el efecto en el artículo 449 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, concluyendo que el avalúo no corresponde al justo precio del inmueble de propiedad del accionante, lo cual, a criterio de los jueces, vulneraría lo establecido en el artículo 323 de la Constitución de la República.

⁶³ Corte Provincial de Justicia de Los Ríos. Sala Especializada de lo Penal, Colusorio y Tránsito. Acción Extraordinaria de Protección No. 120-2011/0342-2011.

Como se observa, los avalúos realizados por la Dirección de Avalúos y Catastros no constituían el valor real del bien expropiado, no se ajustaban al valor comercial y no cubrían una indemnización justa para los expropiados, no había justo precio. Por lo que obligar al Juez a ceñirse a estos avalúos es una violación al contenido esencial del derecho a la propiedad privada pues no existiría el pago de una justa indemnización, lo que lo torna en inconstitucional pues contraría el mandato del artículo 323 de la Constitución de la República, pues para que se realice una justa indemnización al expropiado, por su naturaleza y finalidad, esta justa valoración debe provenir de los órganos encargados de administrar justicia y no de un funcionario administrativo, que en este caso sería la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad, Dirección que no forma parte de la función judicial, por lo tanto carece imparcialidad, pericia y objetividad, características que son propias de los órganos jurisdiccionales; con lo que se desnaturaliza la finalidad y de la expropiación pues se está convirtiendo al juzgador en un mero aplicador del criterio de un funcionario administrativo de turno y se suprime la razón de ser del juicio de expropiación.

En este sentido, en la actualidad se encuentra planteada una demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, presentada por los abogados Felipe Andrés Cabezas-Klaere y Luis Alberto Cabezas-Klaere, en la cual demandan la inconstitucionalidad del segundo enunciado del inciso séptimo del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho al debido proceso que incluye la garantía a la defensa, el principio de separación de funciones y el derecho a la propiedad privada, reconocidos en los artículos 66, 75, 76 numeral 7, 168 y 323 de la Constitución de la República del Ecuador. Demanda que fue presentada el 24 de enero del 2011; calificada y aceptada a trámite en providencia de 2 de mayo del 2011, signándola con el No. 002-2011-IN; empero aún se encuentra en trámite pues no se ha dictado sentencia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia de 6 de mayo de 2008, en el caso *Salvador Chiriboga vs Ecuador*, determina la importancia del pago de una indemnización y de realizar una justa valoración al bien inmueble expropiado, justo precio, pues sin estos requisitos si se estaría violentando el derecho a la propiedad privada y el interés individual, del propietario del bien a expropiar:

La Comisión manifestó que el Estado ha violado el derecho a la propiedad privada, ya que a pesar de las impugnaciones y acciones judiciales presentadas por la presunta víctima, la conducta estatal ha tenido como consecuencia despojarle del terreno de su propiedad por más de una década. Durante dicho período no se ha pagado la correspondiente indemnización. Por su parte, los representantes manifestaron que no hay controversia sobre la potestad del Estado de expropiar, sino sobre las consecuencias de la limitación con la privación del derecho a la propiedad y la ausencia de una justa indemnización.

La Comisión en la demanda señaló que para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad privada consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana, debe practicarse según las formas establecidas por la ley. En lo referente al artículo 8 de la Convención, la Comisión alegó que en los procesos interpuestos por María Salvador Chiriboga se han evidenciado dilaciones de las autoridades estatales que han impedido que se llegue a una decisión de fondo respecto a su propiedad, por lo que se ha excedido en el plazo razonable y el Estado no ha probado lo contrario...

Los representantes coincidieron con la mayoría de los alegatos presentados por la Comisión acerca de la presunta violación de los artículos 8 y 25 de la Convención. A su vez, los representantes alegaron que la ausencia de indemnización previa, así como los defectos procesales viciaron la legitimidad de la declaratoria de utilidad pública y transformaron la expropiación en una confiscación, lo cual impuso una carga excesiva en la señora Salvador Chiriboga.

.....El artículo 21.2 de la Convención Americana expresamente señala como requisito para poder llevar a cabo una privación de la propiedad el pago de una justa indemnización.

Al respecto, el Tribunal estima que en casos de expropiación el pago de una indemnización constituye un principio general del 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 su artículo 21, al referirse al pago de una “justa indemnización”. Esta Corte considera que para alcanzar el pago de una justa indemnización ésta debe ser adecuada, pronta y efectiva.

En este sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha interpretado la norma contenida en el artículo 1º del Protocolo No. 1, considerando que existe un derecho intrínseco a recibir una indemnización por la privación de la propiedad. Asimismo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución No. 1803 señaló que dentro del marco de la soberanía de un Estado para la expropiación por causas de utilidad pública se encuentra el deber de éste de pagar al dueño la compensación apropiada. Más aún, el principio según el cual es exigible la indemnización en caso de expropiación ha sido reafirmado por la jurisprudencia internacional.

La Corte estima que, en casos de expropiación, para que la justa indemnización sea adecuada se debe tomar como referencia el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública de éste, y atendiendo el justo

equilibrio entre el interés general y el interés particular a que se ha hecho referencia en la presente Sentencia...⁶⁴.

Así mismo, jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en su sentencia C-059/01 de fecha 24/01/2001, expediente D-3210, Magistrado Ponente: Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez, ratifica lo anteriormente dicho al establecer:

...La protección de la propiedad privada en el marco de una Constitución democrática como la expedida por el Constituyente de 1991, presenta diversos matices, por cuanto a la vez que se le reconoce como un derecho de carácter subjetivo, también se le asigna una función social y ecológica que debe hacer realizable su titular, con el fin de satisfacer tanto sus intereses como el interés general. En este sentido y en la medida en que la propiedad cumpla dichas funciones, el Estado está obligado a prodigar a su titular, las garantías necesarias para su protección. Sin embargo, en desarrollo y con fundamento en el principio según el cual el interés particular debe ceder ante el interés general (artículo 1 de la Constitución), en la intervención que corresponde ejercer al Estado en un sin número de actividades desarrolladas por los particulares para lograr el mejoramiento de la calidad de vida, (artículo 334 de la Constitución) y para cumplir uno de los fines esenciales a él impuesto, como lo es el de velar por la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, se reconoce al Estado entre otras, la facultad de suprimir en su favor, el dominio que sobre un bien o bienes determinados ejerza un particular. Extinción que, en aras de la protección del derecho a la propiedad privada y a los derechos subjetivos que de ella se desprenden, que ha de cumplir con los siguientes requisitos:

1. La existencia de una ley en la que el legislador defina cuáles son los motivos de utilidad pública o de interés general que pueden dar lugar a la expropiación, como una forma de garantizar el principio de legalidad.

2. La intervención de la jurisdicción, que a través de sus jueces y por medio de una sentencia judicial, debe determinar la procedencia de la expropiación en un caso concreto, intervención ésta que garantiza los derechos al debido proceso y a la defensa del particular que verá afectado el dominio que legítima y legalmente viene ejerciendo.

3. El pago de una indemnización previa a la expropiación que resarza los perjuicios que se le causen al particular con la orden de extinción de dominio en favor del Estado. Indemnización que, en los términos del Pacto de San José de Costa Rica, artículo 21.2 y la jurisprudencia de esta Corporación (sentencia C-379/96) ha de ser justa, lo que significa que el valor que se fije como indemnización debe ser omnicompreensivo de todos aquellos aspectos que permitan al particular no recibir lesión alguna en su patrimonio por la decisión de expropiación. La justicia de la indemnización, en este contexto, estará garantizada entonces, por la intervención del juez, quien determinará no sólo la procedencia de la expropiación sino la objetividad del valor fijado a modo de pago por la decisión expropiatoria. Significa lo anterior, que el instituto de la expropiación descansa sobre tres pilares fundamentales: i) el principio de legalidad fundamento de todo Estado de Derecho, i) la efectividad

⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Salvador Chiriboga vs Ecuador. Sentencia de 6 de mayo de 2008.

del derecho de defensa y del debido proceso del particular que va a ser expropiado y ii) el pago de una indemnización que no haga de la decisión de la administración un acto confiscatorio, expresamente prohibido en el artículo 34 de la Constitución...⁶⁵.

Para finalizar el presente trabajo, cabe recalcar la importancia de establecer un precio justo al momento de la expropiación pues sin este elemento de vital importancia se estaría violentando el derecho de propiedad de las personas; pues, como ya se indicó el justo precio en la expropiación no se puede dejar a discrecionalidad de la autoridad administrativa, Dirección de Avalúos y Catastros, el establecer un valor por dicho bien, sino que deben haber leyes claras sobre este punto, que no se contradigan unas con otras, y se debe dejar al juez de instancia en libertad para poder establecer verdaderamente un valor equitativo y razonable del bien a expropiar, con la ayuda de peritos expertos en el tema, sin limitación o barrera de ninguna clases: pues, como se ha analizado, tanto en la Ley como en la doctrina y jurisprudencia, uno de los principales elementos para que no se afecte, con la expropiación, el derecho a la propiedad privada, es que haya una indemnización previa, es decir un justo precio; empero hemos visto que no existe un procedimiento adecuado para realizar una correcta valoración de como calcular el justo precio de un determinado bien inmueble, pues a pesar de que se pueden realizar, dentro de un proceso judicial, informes periciales para una justa valoración del bien inmueble, el juez debe ceñirse a lo establecido en el artículo 58 de la LOSNCP, que es el monto de avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad correspondiente, por lo que la valoración imparcial, objetiva y justa que le corresponde realizar a los órganos de la Función Judicial desaparece pues se ata de manos al juzgador al tener que acatar obligatoriamente, sin excepción alguna, una valoración efectuada por el mismo aparato estatal, Dirección de Avalúos y Catastros; por lo que, es necesario se derogue esta disposición y se promulguen normas en las cuales se incluyan criterios de valoración precisos y adecuados para facilitar la debida aplicación de este elemento (justo precio), y no dejando a criterio y discreción de la Dirección de Avalúos y Catastros que es una Dirección que forma parte del mismo

⁶⁵Expediente D-3210. Sentencia C-059/01, de 24 de enero del 2001. Magistrado Ponente: Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez. <http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/ArchivosCIJ/0001.pdf> (acceso: 17/11/2015).

órgano administrativo que va a realizar el proceso expropiatorio, sobre todo cuando el administrado no posee los mecanismos adecuado para impugnar esta declaratoria⁶⁶.

CONCLUSIONES

El derecho de dominio es, considerado por la doctrina como, el más completo de los derechos reales, pues otorga a su titular la posibilidad de uso, goce y disposición; es un derecho que se encuentra reconocido constitucionalmente, sin embargo, la misma norma jurídica mencionada (Constitución) establece una limitación a dicho derecho de propiedad, tal limitación es la expropiación.

La expropiación, como se dijo, es una limitación al derecho de dominio, a través del cual el Estado encuentra la forma de ejecutar su obra pública de mejor manera, es decir, privilegiando el beneficio de la comunidad sobre el de una persona o grupo de personas; así, el estado tiene la posibilidad de –previo un pago correspondiente- privar a un propietario de parte o la totalidad de un bien, sin embargo, éste debe ser considerado y declarado como un bien de utilidad pública.

La declaratoria de utilidad pública es un acto administrativo a través del cual el Estado, en sus distintas instancias y/o dependencias, expresa la necesidad de que un bien sea utilizado o dispuesto por la entidad estatal correspondiente, dejando saber su necesidad de afectar la propiedad o dominio de un particular, sobre un bien determinado, por razones de exigencia del funcionamiento de la administración (obras públicas, servicios públicos) o por cualquier forma de interés prevalente al individual del propietario, previo a la realización de valoraciones técnicas, jurídicas y financieras que permitan evidenciar la vialidad de la mentada declaratoria.

Es necesario señalar que nuestra Constitución prohíbe toda forma de confiscación, lo cual obliga a que la expropiación tenga como requisito esencial el pago de una indemnización o justiprecio conforme lo determina la doctrina, para la persona cuyo

⁶⁶Francisco López. *El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión)*. Real Centro Universitario, Escorial María Cristina, San Lorenzo de Escorial. <http://www.rcumariacristina.com/wp-content/uploads/2010/12/9-FRANCISCA-LOPEZ-QUETGLAS.pdf> (acceso: 17/11/2015).

derecho de dominio se vería afectado. A falta de dicho pago, ya no se podría considerar expropiación.

Dado que el pago de la indemnización es uno de los requisitos esenciales para que se lleve a cabo una expropiación, se ha dedicado suficiente análisis a dicho tema, puesto que la determinación del justo precio es el tema de discusión, pues si bien históricamente el Código de Procedimiento Civil –actualmente el Código Orgánico General de Procesos también- ha sido el cuerpo normativo encargado de regular el trámite que siguen los juicios de expropiación, es justo señalar que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública contiene disposiciones que –aparentemente- generarían una contradicción o antinomia entre ellos, como es el Art. 58 de esta ley; esta disposición contenida en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública busca limitar la sana crítica de los jueces, señalando que pese a que pueden (y deben) designar peritos evaluadores dentro del proceso judicial, deberían hacer caso omiso de dichos informes periciales y deberían resolver basados en los montos de avalúo catastral que se encuentren registrados en las instancias o dependencias competentes de los distintos gobiernos autónomos descentralizados. Esta es la problemática jurídica que deriva en la violación al derecho de propiedad de las personas.

Si los Jueces, en un juicio de expropiación, solo utilizarían las normas comprendidas dentro del COGEP y el CPC no se tendría problema al momento de calcular el justo precio del bien a expropiar pues con la ayuda de informes periciales se entendería que en realidad se va a pagar, a manera de indemnización, un monto justo, equitativo, valorando tanto al bien inmueble como la afectación sufrida por causa de ésta. Empero, es aquí donde se produce el problema pues el segundo enunciado del inciso séptimo del artículo 58 de la LOSNCP establece que el juez en su sentencia tendrá la obligación de ceñirse al avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros del Municipio, la cual no forma parte de la función judicial, sino, es un ente administrativo.

La mentada disposición del artículo 58 de la LOSNCP limita y condiciona la sana crítica del juez al momento de resolver un juicio de expropiación, pues el juez que conozca un proceso judicial expropiatorio tiene la obligación de observar –de manera estricta- todas las normas que contengan disposiciones relativas al tema en ciernes; esto supone que la

apreciación del monto de la justa compensación no se lo realizará analizando todas las circunstancias de cada caso, tales como el avalúo catastral, el precio en que el dueño adquirió el predio, el destino que va a darse al predio expropiado, el valor venal, etc., sino que ya existe un precio pre determinado por la Dirección de Avalúos y Catastros del Municipio. La fijación de la justa compensación ha dejado de ser una potestad del juez o tribunal de instancia y la colaboración de peritos ya no sería necesaria.

Con la realización del presente trabajo hemos establecido que el juez está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, lo cual constituye una transgresión a mandatos constitucionales y afecta el derecho a la propiedad privada; si bien hay que velar por el interés del Estado -que constituye el de los ciudadanos- la expropiación no puede constituirse en un mecanismo de oculta confiscación, en el que se cancele por concepto de indemnización un precio tan bajo que no le permita al expropiado reponer esa propiedad con otra de iguales características, pues los avalúos realizados por la Dirección de Avalúos y Catastros del Municipio no constituyen el valor real del bien expropiado, no se ajustan al valor comercial y no cubren una indemnización justa para los expropiados, no habría justo precio.

Los jueces cuentan con la capacidad suficiente para aplicar –de primera mano- la Constitución, los derechos y garantías en ella contenida; sin embargo, también es justo señalar que si un juez se aparta del derecho positivo para resolver, se expone a ser sujeto de denuncias ante el Consejo de la Judicatura, el cual puede imponer sanciones e incluso destituir al Juez, puesto que fallar inobservando disposiciones legales vigentes puede ser considerado como un error susceptible de ser revisado y sancionado. Por lo que obligar al Juez, en esta ley, a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros del Municipio es una violación al contenido esencial del derecho a la propiedad privada pues no existiría el pago de una justa indemnización, lo que lo torna en inconstitucional pues contraría el mandato del artículo 323 de la Constitución de la República, ya que, para que se realice una justa indemnización a la persona expropiada, por su naturaleza y finalidad, esta justa valoración debe provenir de los órganos encargados de administrar justicia y no de un funcionario administrativo, que en este caso sería la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad, Dirección que no forma parte de la función

judicial, por lo tanto carece imparcialidad, pericia y objetividad, características que son propias de los órganos jurisdiccionales; se está convirtiendo al juzgador en un mero aplicador del criterio de un funcionario administrativo y se suprime la razón de ser del juicio de expropiación.

La determinación de un justo precio en la expropiación no se puede dejar a discrecionalidad de la autoridad administrativa, Dirección de Avalúos y Catastros del Municipio, se debe dejar al juez de instancia en libertad para poder establecer verdaderamente un valor equitativo y razonable del bien a expropiar, con la ayuda de peritos expertos en el tema, sin limitación o barrera de ninguna clase.

RECOMENDACIONES

A partir del análisis realizado en el presente trabajo, en el que se ha establecido que el segundo enunciado del inciso séptimo del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP) es inconstitucional pues limita la facultad de los jueces de calcular el justo precio en un juicio de expropiación, y aunque el deber de los jueces sería el no aplicar esta disposición legal ya que contraría el mandato del artículo 323 de la Constitución de la República, se contrapone con las disposiciones establecidas en el Código Orgánico General de Procesos y el Código de Procedimiento Civil, y vulnera el derecho a la propiedad privada, se recomienda una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP), para eliminar el segundo enunciado del inciso séptimo del artículo 58 que establece: “El Juez en su resolución está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad”; y así no afectar el derecho de propiedad de las personas y poder establecer en realidad un justo precio en el juicio de expropiación.

BIBLIOGRAFIA:

- Albán, Humberto. *El Peritaje en el Derecho*. Quito, Ecuador: Editorial Pedro Jorge Vera, 2005.
- Alfaro, Faride. *El Proceso de Expropiación*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas.
- Alessandri, Arturo. *Derecho Civil, Teoría de las Obligaciones*. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional, 1983.
- Alonso, María José. *La solución justa en las resoluciones administrativas*. Valencia: Universitat de Valencia, 1998.
- Arguello, Luis. *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires, Argentina: Astrea, 1979.
- Azcargorta, Mario. *Derecho de Propiedad*. Piura, Perú: Editorial UNP, 2000.
- Blanquer, David. *Curso de Derecho Administrativo I, Los sujetos y la actividad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- Brewer, Allan. *La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2396/12.pdf> (acceso: 17/11/2015).
- Carta Encíclica Rerum Novarum del Sumo Pontífice León XIII. *La Situación de los Obreros*. 1891. http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_sp.html (acceso: 21/05/2016).
- Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Caso Municipio de Quito vs. Jorge Enrique Mera Marín y Enma María Angélica Pinto Yánez. Causa No. 173-2010. Expediente de Casación No. 173. Registro Oficial, Edición Especial, No. 23 de 16 de julio del 2013.
- Definición de indemnización. <http://www.definicionabc.com/derecho/indemnizacion.php>. (acceso: 31/01/2017).
- Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio del 2005.
- Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio del 2005.
- Código Orgánico de Organización Territorial. Registro Oficial Suplemento 303 de 19 de octubre del 2010.

- Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo del 2015.
- Colombo Juan. *La Jurisdicción en el Derecho Chileno*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- Constitución del Estado del Ecuador. Diario de la Convención Nacional 1830 de 14 de junio de 1830.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 449 de 20 de octubre del 2008.
- Constitución Política. Artículo 47. Registro Oficial 133 de 25 de mayo de 1967.
- Corte Constitucional del Ecuador. Caso No. 002-2014-IN.
- Corte Constitucional del Ecuador. Registro Oficial, Suplemento No. 159 de 26 de marzo 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Salvador Chiriboga vs Ecuador. Sentencia de 6 de mayo de 2008.
- Corte Nacional de Justicia. Causa No. 1030-2009. Resolución No. 566-2010.
- Corte Provincial de Justicia de Los Ríos. Sala Especializada de lo Penal, Colusorio y Tránsito. Acción Extraordinaria de Protección No. 120-2011/0342-2011.
- Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Fallo. No. 505-99 de 6 de octubre del 1999. Registro Oficial No. 333 de 7 de diciembre de 1999.
- Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. *Caso I. Municipio Metropolitano de Quito vs Angel Almeida Guzmán y otra*. Fallo No. 09- 2003 de 26 de mayo de 2003. Registro Oficial No. 131 de 23 julio del 2003.
- De Ahumada, Francisco. *Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo Económico*. Madrid: DYKINSON, 2001.
- Definición de Propiedad Privada. <http://definicion.de/propiedad-privada/#ixzz3GeGRSQxw> (acceso: 17/11/2015)
- De Molina, Luis. *La Teoría del justo precio*. Edición preparada por Francisco Gómez Camacho: MAXTOR, 2011.
- Di Pietro, Alfredo. *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 2005.
- Ecured. http://www.ecured.cu/index.php/Propiedad_privada (acceso: 17/11/2015).

- Elias y Muñoz. *Utilidad Pública o Interés Social*.
<http://www.eliasymunozabogados.com/diccionario-juridico/utilidad-publica-o-interes-social> (acceso: 31/01/2017).
- Engels, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Madrid: Alianza Editorial S.A., 2008.
- Enríquez de Salamanca, Luis. *Naturaleza y Alcance de la Expropiación por razones de Urbanismo*. Madrid, 1973.
- Expediente D-3210. Sentencia C-059/01, de 24 de enero del 2001. Magistrado Ponente: Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez.
<http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/ArchivosCIJ/0001.pdf>. (acceso: 17/11/2015).
- García de Enterría, Eduardo: *Los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Cizur Menor, Navarra, España: Editorial Arazand, 2006.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2008.
- Guerra, Diego. *El Proceso Expropiatorio en el Derecho Municipal Ecuatoriano*. Quito, Ecuador: Tesis Doctoral. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1995.
- Hoyos, Arturo. *El Debido Proceso*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Temis, 1996.
- Icaza, Danilo. *Problemas Prácticos en el Procedimiento de Expropiación*. Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Guayaquil.
http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=557&Itemid=116 (acceso: 17/11/2015).
- Jaramillo, Hernán. *La Administración Pública*.
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoadministrativo/2005/11/24/la-administracion-publica> (acceso: 17/11/2015).
- Jaramillo, Alfredo. *Introducción al Derecho*. Quito, Ecuador: Pudeleco Editores S. A., 1996.
- Játiva, M. *La Expropiación Fallida en el Ecuador*. Tesis Doctoral. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, Ecuador, 1997.

- Kelsen Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.
- Larrea, Juan. *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.
- Ley de Régimen del Distrito Metropolitano de Quito. Registro Oficial Suplemento 345 de 27 de diciembre de 1993.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento 395 de 04 de agosto del 2008.
- López, Francisco. *El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión)*. Real Centro Universitario, Escorial María Cristina, San Lorenzo de Escorial. <http://www.rcumariacristina.com/wp-content/uploads/2010/12/9-FRANCISCA-LOPEZ-QUETGLAS.pdf> (acceso: 17/11/2015).
- López Francisco, Carrillo Juan y Guichot Emilio. *El Derecho Administrativo en la Jurisprudencia*. Valladolid: Lex Nova, 2006.
- López-Nieto Francisco. *Manual de Expropiación Forzosa y otros supuestos indemnizatorios*. España: Muriel S.A., 2007.
- Moreno José, Massó Marcos y Pleite Francisco. *Procedimiento y Proceso Administrativo Práctico*. España: La Ley, 2006.
- Ocaña, N. *La Expropiación de Bienes Inmuebles*. Tesis Doctoral. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, Ecuador, 1986.
- Ordenanza Metropolitana No. 0181. Consejo Metropolitano de Quito. http://www7.quito.gob.ec/mdmq_ordenanzas/Ordenanzas/ORDENANZAS%20A%C3%91OS%20ANTERIORES/ORDM-181%20-%20SERVIDUMBRES%20-%20PROCEDIMIENTO%20EXPROPIATORIO.pdf (acceso: 21/02/2016).
- Ramón, Rodrigo. *Derecho Natural, Lecciones elementales*. Serie Derecho, vol. 56. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento 588 de 12 de mayo del 2009.
- Rousseau, Jean. *El Contrato Social*. Medellín: Bedou, 1964.

- Salomón, Magdalena. *Consideraciones generales sobre la expropiación por causa de utilidad pública o social en El Derecho Administrativo venezolano en los umbrales del siglo XXI*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2006.
- Salustiano, Javier. *Historia de la Propiedad, La Expropiación*. Salamanca, 2012.
- Serrano, José Manuel. *El Derecho de propiedad, la Expropiación y la Valoración del Suelo*. Elcano (Navarra), España: Editorial Arazandi, 2003.
- Suing, José. *Gobiernos Autónomos Descentralizados*. Primera Edición. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.
- Petit, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad, 2006.
- Texto extraído de la página electrónica. <http://es.slideshare.net/videoconferencias/la-utilidad-publica-y-el-interes-social> (acceso: 24/03/2016).
- Texto extraído de la página electrónica del Gobierno de la Provincia de Salta, Argentina. http://www.boletinoficialsalta.gov.ar/NewDetalleDecreto.php?nro_decreto=1435/06 (acceso: 24/01/2016).
- Tribunal Constitucional. Primera Sala. Causa No. 0168-2003-RA. Resolución No. 168. Registro Oficial No. 137 de 31 de julio del 2003.
- Tribunal Constitucional. Tercera Sala. Causa No. 0188-2003-RA. Resolución No. 188. Registro Oficial No. 136 de 30 de julio del 2003.
- Valencia, A. *La Expropiación*. Bogotá: Editorial Kelly.
- Veintimilla, Daniel. *La expropiación en materia procesal en el Ecuador*. <http://www.industriaimperial.com/derechoanalis/la-expropiacion-en-materia-procesal-en-el-ecuador/> (acceso: 18/01/2016).
- Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2006.
- Zamora, Vanessa. *Conceptos Jurídicos indeterminados: Justiprecio o precio justo*. Revista electrónica de la Facultad de Derecho, ULACIT. Costa Rica, 2013. [:http://www.ulacit.ac.cr/files/revista/articulos/esp/resumen/78_art.vanessazamoralistoe nmachote.pdf](http://www.ulacit.ac.cr/files/revista/articulos/esp/resumen/78_art.vanessazamoralistoe nmachote.pdf). (acceso: 15/05/2016).