



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

**TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN
DEL GRADO DE ABOGADO**

TITULO:

**“ESTUDIO JURÍDICO DEL ART. 239 DE LA LEY ORGÁNICA
DE RÉGIMEN MUNICIPAL Y ARTICULO 323 DE LA
CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR”**

AUTOR:

Ramiro Valdivieso Celi

DIRECTOR:

Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez

LOJA – ECUADOR

2011

CERTIFICACIÓN

Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez

DOCENTE DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA.

CARRERA DE DERECHO.

C E R T I F I C A:

Que una vez dirigido y revisado el trabajo de investigación intitulado:

“ESTUDIO JURIDICO DEL ART. 446 DEL CODIGO ÓRGANICO DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL, AUTONOMIA Y DESENTRALIZACIÓN Y ART. 323 DE LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR”, realizado por el señor Ramiro Valdivieso Celi, previo a la obtención del Grado de Abogado, cumple con todos los requisitos reglamentarios, por lo que autorizo su presentación ante el Tribunal de Sustentación que corresponda.

Loja, Julio del 2011

Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez

DIRECTOR DE TESIS

AUTORIA

Los conceptos, ideas y opiniones vertidos en el desarrollo del presente trabajo de investigación, son de absoluta responsabilidad de su autor.

RAMIRO VALDIVIESO CELI

AGRADECIMIENTO

Esta tesis de abogado, si bien ha requerido de esfuerzo y mucha dedicación por parte del autor y su director de tesis Dr. Felipe Neptali Solano Gutiérrez no hubiese sido posible su finalización en la Cooperación desinteresada de todas y cada una de las personas que me ayudaron.

Primero y antes de nada dar gracias a Dios por estar conmigo en cada paso que doy por fortalecer mi corazón, iluminar mi mente y por haber puesto en mi camino aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el período de estudio.

Agradecer hoy y siempre a mi familia, mi esposa e hijos, al Rector de la Universidad Nacional de Loja Dr. Gustavo Villacis, a los directivos y profesores, a mi gran amigo y compañero Pepe Rosas porque tanto ellos como yo sabemos que desde lo más profundo de mi corazón les agradezco haberme brindado todo el apoyo colaboración, animo y sobre todo cariño y amistad.

RAMIRO VALDIVIESO

DEDICATORIA

Dedico esta tesis de abogado de toda mi carrera universitaria a Dios por ser quien ha estado a mi lado, en todo momento dándome las fuerzas necesarias para continuar luchando día tras día, y seguir adelante rompiendo todas las barreras que se me presentaron, le agradezco a mi esposa Mary Celi a mis hijos Mary Gabriela, Ramiro Andrés y Daniel, a mis padres, suegros, hermanos, cuñados y cuñadas a mi buen amigo y compañero de Colegio Dr. Pepe Rosas, al Club Corre Caminos de la ciudad de Loja ya que gracias a ellos soy quien soy hoy, fueron los que me dieron ese cariño y calor humano necesario para lograr el éxito.

Ramiro

ESQUEMA DE CONTENIDOS

Contenidos

Portada

Certificación

Autoría

Agradecimiento

Dedicatoria

Esquema de tesis

1. Título

1. Resumen

2.1. Abstract

3. Introducción

4. Revisión Literaria

4.1. La Propiedad.- Nociones Generales.

4.2.- Caracteres del derecho de propiedad.

4.3. El derecho de propiedad en la Constitución ecuatoriana

4.4. Expropiación: Concepto

4.5. Expropiación forzada

4.5.1. Antecedentes

4.5.2. Expropiantes

4.5.3. Esbozo Legislativo

4.5.4. Expropiación Ilegal

4.5.5. Expropiación Judicial

4.5.6. Expropiación por Seguridad Nacional

4.6. Normativa jurídica sobre la expropiación en el Ecuador.

4.7. Expropiación según el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

4.7.1. Expropiación

4.7.1.1. Objeto de la expropiación

4.7.1.2. Los Sujetos de la Expropiación

4.7.1.3. El interés social.

4.7.2. Declaratoria de utilidad pública.

4.7.3. Notificaciones

4.7.4. Avalúo

4.7.4.2. Justa valoración, pago e indemnización.

4.7.4.3. Aspectos sobre la valoración de inmuebles.

4.7.5. Impugnación

4.7.6. Precio de afección.

4.7.7. Forma de pago.

4.7.8. Juicio de expropiación.

4.7.8.1. Procedimiento

4.7.9. Reversión.

4.7.10. Pago por compensación.

4.7.11. Tributos y derechos

4.7.11.1. Expropiación y tributos.

4.7.12. Expropiación de bienes de valor artístico, histórico o arqueológico.

4.8. Jurisprudencia

4.8.1. Caso de jurisprudencia: naturaleza jurídica.

4.8.2. Caso de indemnización.

4.9. Comentarios del autor.

5.- Materiales y métodos.

5.1.- Tipo de estudio.

5.2. Procedimiento.

5.3.- Lugar y tiempo.

5.4.- Muestra.

5.5.- Técnicas y procedimientos.

5.5.1. Encuestas

5.5.2. La Observación

5.6.- Métodos.

5.6.1. Fase de recopilación.-

5.6.2. Fase de Indagación.-

5.6.3. Fase de Análisis.-

5.6.4. Fase de Síntesis.-

6.- Resultados.

6.1.- Resultados de la aplicación de Encuestas.

7.- Discusión.

7.1.- Verificación de Objetivos.

7.1.1. Objetivo general:

7.1.2. Objetivos específicos:

7.2.- Contratación de Hipótesis.

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reformas

7.3.1. Jurisprudencia

7.3.1.1. Caso de jurisprudencia: naturaleza Jurídica .

7.3.2. Caso de indemnización.

8.- Conclusiones.

9.- *Recomendaciones.*

10.- *Proyecto de reformas a la sección séptima del capítulo octavo, del título sexto h del código orgánico de organización territorial, autonomía y descentralización.*

11.- Bibliografía.

12.- Anexos.

13. Proyecto de Investigación. Aprobado

14. Índice

1. TITULO:

“ESTUDIO JURÍDICO DEL ART. 239 DE LA LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN MUNICIPAL Y ARTICULO 323 DE LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR”

2. RESUMEN.

En el campo de las afectaciones de los derechos patrimoniales de los ciudadanos, la institución expropiatoria se sitúa como la más incisiva de las prerrogativas administrativas, y a su vez, como una de las más sensibles al sistema de garantías que consagra el Estado de Derecho.

El basto sentido conformador que ha adquirido la potestad expropiatoria, está en íntima conexión con la actual concepción del derecho de propiedad y con los principios que informan la regulación pública del orden económico, que son parámetros constitucionales que condicionan el ámbito de legitimidad, de intervención de potestades administrativas sobre el patrimonio de ciudadanos.

Es pues, que, la expropiación se erige dentro del contexto normativo como la más penetrante de esas potestades, al imponer imperativamente la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cuales quiera que fueran las entidades o personas a que pertenezcan.

La aplicación del Título Sexto H del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que determina las disposiciones comunes y especiales de los gobiernos autónomos descentralizados; Capítulo Octavo que trata del Régimen Patrimonial; Sección Séptima de las Expropiaciones; Parágrafo Único, Procedimiento; Art. 446, en relación con el Art. 323 de la Constitución de la República, relacionado con la declaratoria de expropiación, realizada por las municipalidades del país, violenta el principio de protección a la propiedad privada, consagrado en la Carta Fundamental del Estado.

El trabajo que realizo en la presente investigación, comprende los conceptos elementales sobre expropiación y sus finalidades. Se analiza los efectos de la declaratoria de utilidad pública; la justa valoración, pago e indemnización en la expropiación forzosa, su relación con el Derecho Tributario, y señalo algunos problemas que se presentan en la práctica dentro del juicio de expropiación, entre otros temas.

Este ensayo merece un especial análisis por la publicación en el Registro Oficial, de dos normas jurídicas que han variado la regulación de la expropiación en nuestro país, me refiero a la Constitución de la República del Ecuador y a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación

Pública y al Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización.

Por medio de esta investigación pretendo que el lector comprenda la importancia del estudio del trabajo propuesto, desde lo más elemental para poder llegar a la complejidad que encierra la acción expropiatoria en el Derecho Constitucional Ecuatoriano. Toda la riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, esta subordinada al interés general.

Este trabajo tiene por objetivo ahondar en la figura jurídica de la Expropiación, con el fin mediato de determinar toda la problemática que de ella se genera en el Derecho ecuatoriano y con la intención inmediata de presentar una provechosa recopilación de información, que matizadas con mis modestas valoraciones sea útil para el lector.

El proceso metodológico que seguí para lograr el desarrollo de toda la temática que propongo en la presente investigación, está estructurado en cuatro fases; en la Fase de recopilación, se procedió a la adquisición de la bibliografía pre-establecida, la que permite ir creando el marco teórico sobre el problema planteado, procediendo a la lectura comprensiva y al resumen teórico acerca de los contenidos del esquema presentado.

En la Fase de Indagación, se revisó sobre los principales indicadores de la hipótesis formulada, tanto en la bibliografía seleccionada como en la información de campo que se aplicó; en la fase de análisis, se revisan los resultados obtenidos, hasta obtener una idea clara de la importancia y necesidad de que se reforme las disposiciones legales contenidas en los Arts. 446 a 457 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización. Finalmente, en la fase de síntesis se concretan las conclusiones y recomendaciones, así como el proyecto de ley, el cual se sustenta en el marco teórico desarrollado y la investigación de campo aplicada.

2.1. ABSTRACT

In the field of the affectations of the patrimonial rights of the citizens, the institution expropiatoria is located as the most incisive in the administrative prerogatives, and in turn, like one of the most sensitive to the system of guarantees that consecrates the State of Right.

The coarse felt conformador that has acquired the imperium expropiatoria, is in he/she becomes intimate connection with the current conception of the right of property and with the principles that you/they inform the public regulation of the economic order that you/they are constitutional parameters

that condition the environment of genuineness, of intervention of administrative imperiums on the patrimony of citizens.

It is then that, the expropriation is erected inside the normative context as the most penetrating in those imperiums, when imposing the singular privation of the private property imperatively or of rights or legitimate patrimonial interests which he/she wants that the entities or people to that you/they belong were.

The application of the Title Sixth H of the Organic Code of Territorial Organization, Autonomy and Decentralization that it determines the common and special dispositions of the decentralized autonomous governments; Chapter Eighth that is about the Patrimonial Régime; Section Seventh of the Expropriations; Unique paragraph, Procedure; Art. 446, in connection with the Art. 323 of the Constitution of the Republic, related with the expropriation declaration, carried out by the municipalities of the country, violent the protection principle to the private property, consecrated in the Fundamental Letter of the State.

The work that I carry out in the present investigation, understands the elementary concepts about expropriation and its purposes. It is analyzed the effects of the declaration of public utility; the fair valuation, payment and compensation in the mandatory expropriation, their relationship with the

Tributary Right, and I point out some problems that are presented in the practice inside the expropriation trial, among other topics.

This rehearsal deserves a special analysis for the publication in the Official Registration, of two juridical norms that have varied the regulation of the expropriation in our country, I refer to the Constitution of the Republic of the Ecuador and the Organic Law of the National System of Public Recruiting and the Organic Code of Organization Territorial Autonomy and Decentralization.

By means of this investigation I seek the reader to understand the importance of the study of the proposed work, from the most elementary thing to be able to arrive to the complexity that locks the action expropriatoria in the Ecuadorian Constitutional Right. All the wealth of the country, in their different forms and be which fuere their ownership, this subordinate to the general interest.

This work has for objective to deepen in the artificial figure of the Expropriation, with the mediate end of determining the whole problem that is generated in the Ecuadorian Right of her and with the immediate intention of presenting a profitable summary of information that tinged with my modest valuations it is useful for the reader.

The methodological process that I continued to achieve the development of all the thematic one that I propose in the present investigation, is structured in four phases; in the summary Phase, you proceeded to the acquisition of the pre-established bibliography, the one that allows to go creating the theoretical mark on the outlined problem, proceeding to the understanding reading and the theoretical summary about the contents of the presented outline.

In the Phase of Inquiry, it was revised on the main indicators of the formulated hypothesis, so much in the bibliography selected as in the field information that was applied; in the analysis phase, the obtained results are revised, until obtaining a clear idea of the importance and necessity that the legal dispositions contained in the Arts is reformed. 446 to 457 of the Organic Code of Organization Territorial Autonomy and Decentralization Finally, in the synthesis phase the conclusions and recommendations are summed up, as well as the bill, which is sustained in the developed theoretical mark and the applied field investigation.

3.- INTRODUCCIÓN.

La Propiedad es uno de los temas que más controversia provoca en los círculos políticos y jurídicos. De la determinación de su carácter de derecho, de su alcance y limitaciones, depende en mucho, la definición de las ideologías y de los sistemas políticos y económicos que rigen a los Estados.

En el presente trabajo se busca exponer los lineamientos generales del régimen jurídico constitucional que rige tan delicada materia en nuestro país. En una primera parte, se analiza dicho derecho desde su perspectiva individual y social, en cuanto significa para el individuo un medio que se debe reconocer y garantizar para la satisfacción de sus necesidades esenciales, pero al mismo tiempo, como un derecho subordinado a una función social, que le depara obligaciones.

En una segunda parte, se hace relación a las innovaciones de la Constitución de la República, en cuanto a los bienes sobre los que se tiene un derecho de propiedad, pues se incorporan, a más de la clásica distinción entre propiedad privada y pública, nuevas figuras que significan un avance hacia formas solidarias y más democráticas.

Por último, se trata sobre la expropiación, la cual presenta una amplia gama de consideraciones jurídicas que no han sido tratadas suficiente y eficientemente por nuestra legislación.

Por medio de esta investigación se pretende que el lector comprenda la importancia del estudio del trabajo propuesto, desde lo más elemental para poder llegar a la complejidad que encierra la Expropiación en la legislación civil ecuatoriana.

Como se sabe, de acuerdo a la normativa legal vigente y a los principios doctrinarios del Derecho Universal la Expropiación es un acto procesal y su forma de trarlo reviste diversas modalidades.

La expropiación es el desposeimiento o privación de la propiedad, por causa de utilidad pública o interés social, a cambio de una indemnización previa. Es importante el estudio de la expropiación ya que constituye una de las potestades que utiliza el Estado para el cumplimiento de sus fines. La expropiación se diferencia de otras figuras jurídicas como la confiscación, como está contemplada en la Constitución de la República del Ecuador y en el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, lo que permite su efectiva aplicación, previo el cumplimiento de formalidades legales.

En el presente trabajo se realiza un análisis de la expropiación en las normas legales que considero con mayor importancia para la regularización de esta figura jurídica y se comentan algunos problemas que se pueden suscitar en la aplicación de dichas disposiciones.

Con la finalidad de poder justificar la necesidad de introducir algunas reformas legales al Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, se ha realizado la investigación doctrinaria y jurídica que ampara y permite la ejecución de esta forma especial de privar a una persona de su derecho a la propiedad; así mismo se aplicaron varias encuestas a diferentes jurisconsultos de la ciudad de Loja, con la finalidad de poder reforzar los conocimientos teóricos que se adquirieron al desarrollar el marco teórico de la investigación, resultados que luego de realizar un análisis jurídico y analítico, y luego de haber presentado las conclusiones y recomendaciones, permiten presentar al final de este modesto trabajo, un proyecto de reformas legales al Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización desde el Art 446 al Art. 457

REVISION

DE LA

LITERATURA

4.- REVISION DE LA LITERATURA.

4.1.- La Propiedad.-Nociones Generales.

“En Derecho, la propiedad es el poder directo e inmediato sobre un objeto o bien, por la que se atribuye a su titular la capacidad de disponer del mismo, sin más limitaciones que las que imponga la ley. Es el derecho real que implica el ejercicio de las facultades jurídicas más amplias que el ordenamiento jurídico concede sobre un bien”.¹

El objeto del derecho de propiedad está constituido por todos los bienes susceptibles de apropiación. Para que se cumpla tal condición, en general, se requieren tres condiciones: que el bien sea útil, ya que si no lo fuera, carecería de fin; la apropiación, que el bien exista en cantidad limitada; y, que sea susceptible de ocupación, porque de otro modo no podrá actuarse.

Para el jurista Guillermo Cabanellas, la propiedad no es más "que el dominio que un individuo tiene sobre una cosa determinada, con la que puede hacer lo que desee su voluntad".²

1 MORAN MARTIN, Remedios. «Los derechos sobre las cosas (I). El derecho de propiedad y derecho de posesión», Historia del Derecho Privado, Penal y Procesal. Tomo I. Parte teórica. Editorial Universitas. ISBN 84-7991-143-3. El artículo 544 del Código Civil francés establece que "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa de la manera más absoluta, siempre que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos".

2 CABANELLAS DE LA TORRE, Guillermo. "Diccionario de Derecho Usual". Tomo I, Ed. Heliasta S:R:L; pág 746.

Según la definición dada por el jurista venezolano Andrés Bello,³ en el artículo 582 del Código Civil de Chile, el derecho de propiedad sería, el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra el derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad.

Habitualmente se considera que el derecho de propiedad pleno comprende tres facultades principales: uso (*ius utendi*), disfrute (*ius fruendi*) y disposición (*ius abutendi*),⁴ distinción que proviene del Derecho Romano o de su recepción medieval. Tiene también origen romano la concepción de la propiedad en sentido subjetivo, como sinónimo de facultad o atribución correspondiente a un sujeto.

El derecho de propiedad es el más completo que se puede tener sobre una cosa: la cosa se halla sometida a la voluntad, exclusividad y a la acción de su propietario, sin más límites que los que marca la Ley o los provocados por "la concurrencia de varios derechos incompatibles en su ilimitado ejercicio"⁵ (limitaciones de carácter extrínseco). No obstante, el reconocimiento de que

3 Código Civil de Chile. Editorial Jurídica. Art. 582, pág. 123 Santiago de Chile. 2008.

4 HINESTROSA, Fernando, (2005). Apuntes de derecho romano: Bienes. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 23-24. «El concepto de dominio o propiedad como suma del *ius utendi*, el *ius fruendi* y el *ius abutendi* [...] no es romano sino medieval. Fueron los cultores y expositores por cuenta propia del derecho romano (glosadores y, en especial, los comentadores), quienes acuñaron esa idea, tan propia de su mentalidad como extraña al derecho romano en sí.»

5 LASRTE, Carlos (2002). Principios de Derecho civil. Tomo cuarto: Propiedad y derechos reales de goce. Madrid:

Marcial Pons, pp. 77. ISBN ISBN 84-7248-987-6.

la propiedad, como institución, está orientada a una función social,⁶ implica que en la actualidad existan limitaciones intrínsecas o inherentes al derecho; así como obligaciones que se derivan de la propiedad en sí.

En doctrina jurídica, especialmente aquellos ordenamientos con importante influencia latina, se considera que el dominio o propiedad está integrado por tres facultades o derechos:

El *ius utendi* es el derecho de uso sobre la cosa.- El propietario tiene el derecho a servirse de la cosa para sus intereses y de acuerdo con la función social del derecho, siempre y cuando esas conductas no violen preceptos legales ya establecidos o causen lesiones a los derechos de otros propietarios.

Por ejemplo, bajo el principio del *ius utendi* no podría un propietario de un bien inmueble justificar la tenencia de una plantación de marihuana, al estar prohibida por la mayoría de los ordenamientos jurídicos. De la misma forma, un empresario no puede justificar bajo este principio ruidos excesivos típicos

6 Este reconocimiento se produce a menudo con rango constitucional. Por ejemplo, el artículo 58, párrafo 2º, de la Constitución de Colombia de 1991 afirma que "la propiedad es una función social que implica obligaciones"; el artículo 33.2 de la Constitución española de 1978 establece que "la función social de estos derechos [propiedad y herencia] delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes"; finalmente, el artículo 24 de la Constitución de Chile declara que la propiedad estará sujeta a "las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social", función social que comprende "cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental".

de una actividad industrial en una zona residencial, que hagan intolerable la vivencia de los demás vecinos.

El *ius fruendi* es el derecho de goce sobre la cosa.- En su virtud, el propietario tiene el derecho de aprovechar y disponer los frutos o productos que genere el bien. La regla general es que el propietario de una cosa es también propietario de todo aquello que la cosa produzca, con o sin su intervención.

El *ius abutendi* es el derecho de disposición sobre la cosa.- El propietario, bajo la premisa de que la cosa está bajo su dominabilidad (poder de hecho y voluntad de posesión), puede hacer con ella lo que quiera, incluyendo dañarla o destruirla (disposición material), salvo que esto sea contrario a su función social: por ejemplo, el propietario de un bien integrante del patrimonio cultural no puede destruirlo y, de hecho, puede estar obligado a su conservación.⁷

Del mismo modo, puede el propietario disponer de su derecho real (disposición jurídica): así, puede enajenar la cosa, venderla, donarla y, en general, desligarse de su derecho de propiedad y dárselo a otra persona; o incluso renunciar al derecho o abandonar la cosa, que pasaría a ser *res nullius*. Son también actos de disposición aquellos en los que el propietario

⁷ Todos los conceptos han sido tomados de la Enciclopedia Virtual de Libre del Internet Wikipedia
es.wikipedia.org/wiki/Propiedad

constituye en favor de otra persona un derecho real limitado, como el usufructo, la servidumbre, la prenda o la hipoteca.⁸ En conclusión, tiene el derecho real de dominio quien tenga estos tres principios (Uso, Goce y Disposición)

4.2.- Caracteres del derecho de propiedad.

El derecho de propiedad es un poder moral, exclusivo y perfecto, pero con carácter de limitación y subordinación, así como también perpetuo.

Es un poder moral porque la apropiación que se hace del bien es reflexiva y no instintiva, es decir, la destinación al fin se hace previo el conocimiento del fin que se acepta libremente.

Es un derecho exclusivo, derivado de la limitación esencial de la utilidad en muchos objetos, que no puede aplicarse a remediar las necesidades de muchos individuos a la vez. Por esta razón, no son bienes apropiables los llamados de uso inagotable o bienes libres, que existen en cantidades sobrantes para todos, como el aire atmosférico, el mar o la luz solar.

Es un derecho perfecto. El derecho de propiedad puede recaer sobre la sustancia misma de la cosa sobre su utilidad o sobre sus frutos: de aquí

⁸ LASARTE, Carlos. Op. cit., pág. 69.

deriva el concepto de dominio imperfecto según que el dominio se ejerza sobre la sustancia (dominio radical) o sobre la utilidad (dominio de uso o sobre los frutos, dominio de usufructo). Estas tres clases de dominio, al hallarse en un solo sujeto, constituyen el dominio pleno o perfecto. El derecho de propiedad es un derecho perfecto, pues por él, todo propietario puede reclamar o defender la posesión de la cosa, incluso mediante un uso proporcionado de la fuerza, y disponer plenamente de su utilidad y aún de su substancia, con la posibilidad en determinados supuestos de destruir la cosa.

Es un derecho limitado o restringido por las exigencias del bien común, por la necesidad ajena y por la ley, y subordinado, en todo caso, al deber moral.

Es perpetuo, porque no existe un término establecido para dejar de ser propietario.

Según nuestra legislación civil, “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.”⁹

9 Cooperación de Estudios y Publicaciones. Código Civil ecuatoriano. Art. 599, pág. 105. Quito-Ecuador

Nuestra Constitución de la República, en su artículo 321, garantiza a la propiedad, mientras ésta cumpla una función social y ambiental.¹⁰

Como se puede ver, la propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. Esta garantía establecida en la Constitución, será efectiva, cuando no haya un interés superior al privado, caso contrario, por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por nuestros asambleístas, esa propiedad se revertirá al Estado, a través de la expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa.

Siendo la propiedad el derecho de gozar y de disponer de las cosas del modo más absoluto, tiene el defecto de indicar solamente a uno de los caracteres del derecho de propiedad y cuya exactitud misma puede ser discutida, ya que ni el derecho al goce o disfrute, ni el derecho de disponer que tiene el propietario son realmente absolutos, dejando en la oscuridad otros dos caracteres más esenciales: la exclusividad y la perpetuidad.

En el derecho moderno, se reconoce la propiedad como un derecho relativo y no absoluto, como resultado de la evolución de principios de orden filosófico y político que han influido en el proceso de su consolidación jurídica, los cuales han contribuido a limitar en buena medida los atributos o

10 COORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. Constitución de la República. 2010. Quito-Ecuador.

poderes exorbitantes reconocidos a los propietarios. El carácter relativo y no absoluto del derecho de propiedad, habilita al asambleísta, y excepcionalmente a las autoridades administrativas para establecer restricciones a dicho derecho, cuando medien razones de interés general que razonablemente las justifiquen, pero nunca al punto de que mediante una actuación administrativa de orden municipal se restrinjan o limiten en su núcleo esencial los atributos de la propiedad, como son el usar, el gozar o el disponer legal y patrimonialmente de los bienes privados.

Recordemos, que el contenido o núcleo esencial del derecho de propiedad, el cual se caracteriza, en cuanto derecho subjetivo, por la decisión unilateral que ejercen sus legítimos titulares sobre el destino económico de las cosas; es decir el núcleo esencial de este derecho, se encuentra en su contenido económico.

Si las restricciones a la propiedad son consustanciales al ejercicio de éste derecho, las limitaciones de carácter general establecidas por leyes o reglamentos en interés de la comunidad, no pueden dar lugar a indemnizaciones por parte del Estado, que al establecerlas hace uso de poderes constitucionales y atiende sus obligaciones de garantizar el derecho haciéndolo socialmente viable. La restricción administrativa en si misma no causa daño jurídico porque se asienta en principios de la igualdad del ciudadano ante las cargas públicas sin desconocer el derecho de

propiedad. Las restricciones están en interés general, encuentran su medida en la Constitución.

La propiedad privada, goza de los privilegios que le otorga el Estado, los cuales no pueden ser menoscabados; empero, esta propiedad tiene un límite cuando ella entra en conflicto, en razón de un ordenamiento legal, con el interés público, evento en el cual el interés particular deberá ceder en favor del interés de la colectividad.

Todo nuestro sistema jurídico, político y social es una democracia capitalista, donde se respeta como derecho cardinal la propiedad privada. Desde la reforma constitucional de 1936, es reconocido que el derecho de propiedad no es absoluto, con los atributos de uso, abuso y disfrute que le reconocían los romanos, sino que tiene una función social. La Corte Constitucional, en sentencia T-253 de 1994,¹¹ ha aceptado que el derecho de propiedad es un derecho fundamental y que puede ser objeto de tutela bajo ciertas circunstancias y al respecto expresó: *“El derecho de todas las personas a la propiedad privada, consagrado en el artículo 58 de la Constitución ha sido calificado como parte integrante de los llamados derechos fundamentales, siempre y cuando cumpla una serie de presupuestos esenciales que obligarían a las autoridades judiciales a acudir a su inmediato restablecimiento o protección. Los derechos fundamentales que son*

¹¹ <http://www.corte.constitucional.gov.co/relatoria/1994/T-253-94.htm>

aplicables de forma indirecta son aquellos derechos económicos, sociales y culturales, que se encuentran en estrecha relación de conexidad con los derechos fundamentales de aplicación directa. La propiedad es un derecho económico y social a la vez. En consecuencia, la posibilidad de considerarlo como derecho fundamental depende de las circunstancias específicas de su ejercicio. De aquí se concluye que tal carácter no puede ser definido en abstracto, sino en cada caso.”¹²

4.3.- El derecho de propiedad en la Constitución ecuatoriana.

La Constitución, sin duda, busca la tutela del derecho de los ciudadanos e instituye requisitos esenciales que se comportan como una garantía y que exigen imperiosamente la reforma y actualización de muchas leyes. El análisis, y la crítica correspondiente, ocuparían considerable espacio y precisarían un tratamiento separado y exclusivo, lo cual desbordaría los objetivos de este trabajo que se ciñen al examen de la normativa constitucional. Sin embargo, se hará un esfuerzo por exponer conceptos claros y precisos que podrán ayudar para un examen más detenido, y sobre todo, para identificar posibles inconstitucionalidades en normas legales en aras de lo que más importa: la presencia de los principios del Estado Social de Derecho y la defensa de los ciudadanos.

¹² Sentencia dictada por la Corte Constitucional, en el caso signado con el No. T-253 de febrero de 1994.

La Constitución de la República se refiere a la propiedad en varios lugares. En el artículo 321 reconoce el derecho a la propiedad, en los términos que señala la ley; manifestando que el estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental.¹³ El referido artículo concuerda con el artículo 275, inciso segundo, que dice: “El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución. La planificación propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación, y será participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente”.¹⁴

Este tratamiento constitucional de la propiedad no comporta una simple cuestión de orden, sino que de él puede deducirse la doctrina que presenta la Constitución de la República respecto de este derecho. En efecto, la Constitución de la República concibe a la propiedad como un "derecho civil", desde el plano del individuo, y en cuanto es un medio para lograr el pleno desenvolvimiento moral y material de la persona. Esta filosofía se deduce claramente del artículo 66, que establece el principio general de reconocimiento de derechos fundamentales por su derivación de la naturaleza de la persona y por su adecuación al bien de la misma. Desde

13 COORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. Constitución de la República del Ecuador. 2008. Quito-Ecuador. Art. 321.

14 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Inciso segundo Art. 275: Régimen de Desarrollo. Planificación.

este plano, la propiedad tiene vínculos con otros derechos fundamentales, en primer término, con el de una vida digna, al tenor del artículo 66, numeral 2 de la Constitución de la República, y de igual forma, con la libertad de trabajo y de empresa, pues la propiedad es expresión objetivada de la fuerza creadora del hombre, a través de su labor e ingenio.

Sin embargo, la Constitución vuelve a referirse a la propiedad con subordinación a una función social, y la reconoce y garantiza como un derecho en la perspectiva de la "organización de la economía", la cual se somete a los principios del artículo 275. La conjunción armónica de los postulados constitucionales traduce la simultánea y unívoca condición de la persona: ser individual a quien debe reconocérsele el derecho de aprovechar el fruto de su libertad y de su trabajo, y concomitantemente, el de contar con bienes que satisfagan sus necesidades en aras de una vida digna. Pero ser individual que, al mismo tiempo, tiene natural vocación social, que vive en sociedad como miembro, y que no puede abstraerse de las obligaciones que ella implica. Se trata de la justicia que reclama el individuo, conjugada con la justicia que reclama la sociedad en la que está inserto.

Hablar de una función social de la propiedad significa, en suma, reconocer en ella una fuente de deberes frente a la sociedad, lo cual incide definitivamente en el contenido esencial del derecho que nos ocupa. En efecto, la propiedad no se concibe, respeta y reconoce únicamente como

derecho individual, sino que también la Constitución le asigna la misión de procurar el incremento y la redistribución del ingreso, y de permitir el acceso de la población a los beneficios de la riqueza y el desarrollo, por lo cual se le asigna un papel trascendental en la organización de la economía. Este criterio, como se dijo, marca decisivamente el contenido esencial del derecho de propiedad, no debe concebirse solamente como el límite estático a su ejercicio, o incluso como pauta para decidir el sacrificio de la situación patrimonial del ciudadano, sino como elemento de la activa participación del propietario en la realización del bien común. De este modo, la propiedad se garantiza también desde el plano social, mientras sirva al bien común. Como manifiesta Javier Pérez Royo citando a un fallo del Tribunal Constitucional español, «[...] la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidas, de acuerdo con las leyes, en atención a los valores e intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir. Por ello la fijación del "contenido esencial" de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social

definen, por tanto, imprescindiblemente el contenido del derecho de propiedad»¹⁵.

Los principios del Estado Social de Derecho acogidos por la Constitución, reflejan su alejamiento de la visión individualista que de la propiedad, como derecho ilimitado y arbitrario, tuvo el ordenamiento jurídico ecuatoriano y el pensamiento liberal de épocas antiguas. Así por ejemplo, el artículo 62 de la Constitución de 1830 disponía: «Nadie puede ser privado de su propiedad, ni esta aplicada a ningún uso público sin su consentimiento y sin recibir justas compensaciones a juicio de buen varón. Nadie está obligado a prestar servicios personales que no estén prescritos por ley».

El artículo 571 del Código Civil vigente en 1889 decía: «El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley ó contra derecho ajeno».

La evolución de estas ideas, que responden a las doctrinas de esas épocas, las pone de manifiesto León Duguit: «El concepto de propiedad que se habían formado los autores de la Declaración de derechos (se refiere a la de 1789) y los del Código civil, no responde ya, ciertamente, al estado actual del derecho. Ya no es la propiedad, incontestablemente, aquel derecho

15 Perez Royo, Javier, Fallo del Tribunal Constitucional Español, Jurisprudencia

subjetivo del individuo que el Código civil definía "el derecho de disponer de las cosas de la manera más absoluta" (art. 544), derecho absoluto, manifestación por excelencia de la autonomía individual, derecho que implica para el propietario la facultad plena, omnímoda, de usar, gozar y disponer de la cosa, y, al mismo tiempo, el poder de no usar, de no gozar, de no disponer de la cosa misma, y, por consiguiente, de dejar sus tierras sin cultivo, sus casas sin ser habitadas ni entretenidas, sus solares urbanos sin construcciones, sus capitales mobiliarios improductivos.

Hoy, la propiedad deja de ser el derecho subjetivo del individuo, y tiende a convertirse en la función social del detentador de capitales inmobiliarios e inmobiliarios. La propiedad implica, para todo detentador de una riqueza, la obligación de emplearla para acrecer la riqueza social, y, merced a ella, la interdependencia social. Sólo él puede cumplir cierto menester social. Sólo él puede aumentar la riqueza general, haciendo valer la que él detenta. Se halla, pues, socialmente obligado a cumplir aquel menester, a realizar la tarea que le incumbe en relación a los bienes que detenta, y no puede ser socialmente protegido si no la cumple, y sólo en la medida en que la cumple. La función social de la propiedad también implica un rol activo del Estado en la regulación de la misma, a más de que le faculta para definir los intereses sociales a los que se subordina. En primer término, la propiedad que se reconoce y garantiza para la organización de la economía- debe guardar congruencia con los principios rectores de esta última, que se encuentran

precisados en el artículo 321 de la Constitución de la República en los siguientes términos: "El Estado reconoce y Garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, Comunitaria , estatal, Asociativa, Corporativa, Mixta y que deberá cumplir su función social y ambiental"¹⁶ A más de ello, los criterios de protección del medio ambiente y del desarrollo sustentable, de promoción de la agricultura y de la vivienda, de defensa del patrimonio cultural, entre otros, definen los intereses sociales que regulan el derecho de propiedad.

Las leyes también pueden establecer otros intereses sociales que regulan y limitan el derecho de propiedad, como es el caso del turismo, de la defensa nacional, de la electrificación, de la vialidad, y otros más que se encuentran establecidos en diversas disposiciones.

4.4. EXPROPIACION: CONCEPTOS

De conformidad con la fundamentación de Guillermo Cabanellas: "Desposesionamiento o privación de la propiedad, por causa de utilidad pública o interés preferente, y a cambio de una indemnización previa"¹⁷.

El Art. 10 de la Constitución Española de 1876 establecía: "No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y nadie podrá ser privado de su

¹⁶ Constitución de la República del Ecuador, Art. 321: formas de propiedad.

¹⁷. CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, T., III, p. 645

propiedad sino por la autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no procediere este requisito, los jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en su posesión al expropiado". En los casos de expropiación se exige:

- a) Declaración de utilidad pública de la obra.
- b) Declaración de que su ejecución exige indispensablemente el todo o parte del inmueble que se pretende expropiar;
- c) Justiprecio de lo que se haya de enajenar o ceder; y,
- d) Pago del precio que representa la indemnización.

Dromi define la expropiación como "...el instituto de derecho público mediante el cual el Estado, para el cumplimiento de un fin de utilidad pública, priva coactivamente de la propiedad de un bien a su titular, siguiendo determinado procedimiento y pagando una indemnización previa, en dinero, integralmente justa y única."¹⁸

García y Fernández califican la expropiación como "sacrificio de las situaciones patrimoniales de los administrados"¹⁹.

La expropiación se condiciona a "un sistema de garantías": "necesidad pública evidente...; constatación por la Ley de ese caso límite;

¹⁸ DROMI, ROBERTO. *Derecho Administrativo*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires-Madrid, 2004. p. 951.

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ G. *Curso de Derecho Administrativo*. Thompson-Civitas, Tomo II, p. 210.

indemnización, que además de ser justa en su cuantía, ha de ser hecha efectiva precisamente de manera previa, como condición misma del desapoderamiento”²⁰.

Se ha discutido si la expropiación, que es institución de derecho público, no tendría también algún elemento de derecho privado. En el Ecuador se podría sustentar tal criterio en el hecho que la discusión sobre el monto de la indemnización o del precio a pagar tiene determinado un trámite en el Código de Procedimiento Civil, en un “juicio de expropiación” ante el Juez de lo civil²¹.

En cambio, cuando las partes llegan a un acuerdo se produce “el caso del denominado avenimiento o cesión amistosa”, donde el “precio...por tener base convencional, resulta sometido al régimen aplicable a los contratos”²².

Por otra parte, la declaratoria misma de la expropiación es un acto administrativo resultante del cumplimiento de una serie de actos interlocutorios de la institución expropiante y, en su caso, de otros órganos públicos, lo que indudablemente pertenece al Derecho Público. El acto

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ G. *Ob. cit.* II. pp. 210-211.

²¹ Arts. 781 al 806, del Código de Procedimiento Civil. "Art. 782.- La tramitación del juicio de expropiación sólo 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."

²² CASSAGNE, JUAN CARLOS. *Derecho Administrativo*. Lexis-Nexis. Buenos Aires, 2004. T. II, p. 477.

administrativo de la expropiación es impugnabile, como la mayoría de los actos administrativos, en la jurisdicción contencioso-administrativa.

La institución expropiatoria se distingue de las limitaciones y delimitaciones de los derechos, que son de índole general, que afectan los derechos del conglomerado de los ciudadanos o de un grupo determinable de los mismos, régimen restrictivo que “comporta una delimitación abstracta del contorno del derecho, que grava por igual a todos los titulares concretos”²³, mientras que la expropiación es un “fenómeno singular y concreto”, al decir de GARCÍA DE ENTERRÍA²⁴. Pero hay que aceptar, como este autor, que “...la distinción singular – general... esa distinción falla como criterio técnico absoluto de aplicación...(refiriéndose a) lo que los autores alemanes llaman “expropiaciones de grupo”²⁵.

Asimismo, no toda delimitación y limitación de derechos debe afectar necesariamente a toda la población de un país, puesto que también se aplica a todos los ciudadanos que se encuentran en determinada situación o incluso en determinada área geográfica. El más fácil de los ejemplos es la prohibición de construir por encima de cierta altura dentro del llamado “cono de aproximación” de las aeronaves al aeropuerto. En el Derecho público francés se pueden citar las restricciones de todos los propietarios aledaños a

²³ CASSAGNE. *Ob. cit.* T. II, p. 464.

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ G. *Ob. cit.* T. II, p. 243.

²⁵ *Ibid.* p. 244

las zonas marítimas, playas y tierras adyacentes. En el Ecuador, se encuentran restricciones determinadas dentro de “la franja de seguridad alrededor de terminales y estaciones de bombeo y reductoras de presión”, prohibiendo que “se ejecute cualesquier tipo de acciones, obras, edificaciones, cultivos y demás actividades que afecten o pudiesen afectar la construcción y operación del oleoducto de crudos pesados”, lo que tiene características y efectos diferentes que las expropiaciones y servidumbres que se contemplan en esta misma obra de la construcción y operación del oleoducto de crudos pesados. No obstante, por tratarse de restricciones, limitaciones y delimitaciones de los derechos de los propietarios afectados, hubiera sido deseable que se determinen más específicamente en la legislación correspondiente, es decir la Ley de Hidrocarburos. Por supuesto que las municipalidades también tienen plenas potestades para determinar este tipo de restricciones, limitaciones y delimitaciones que, por su naturaleza, no son indemnizables.

4.5. EXPROPIACION FORZOSA.

Apoderamiento de la propiedad ajena que el Estado, u otra corporación o entidad pública, y a veces algunos particulares, llevan a cabo por motivos de utilidad general o interés social, y abonando justa y previa indemnización. De faltar la misma, se está lisa y llanamente ante la confiscación.

Desde el punto de vista del propietario o expropiado, esta institución configura la pérdida o privación inexcusable de sus bienes, o de parte de ellos, por requerirlo el bien público y a cambio de una compensación en dinero.

4.5.1. Antecedentes.

Retrocediendo a los antecedentes históricos, los investigadores encuentran indicios al menos entre los hebreos y los griegos, para adquirir fisonomía más definida en Roma, con la construcción de calzadas y acueductos; y con extensión expropiadora a los materiales y a la mano de obra..., a los esclavos.

La expropiación forzosa se ha conocido y practicado por todos los pueblos, apenas han adquirido cierta cohesión administrativa y se han decidido a las primeras obras públicas, que exigen este procedimiento al por mayor, al construir vías de comunicación, por rudimentarios que los caminos fueran en lejanos tiempos, aunque subsistan algunos de ellos; como las extraordinarias vías romanas, suponiéndose de Roma hasta lejanas fronteras, por abrirse a la par de las conquistas y que no determinarían indemnizaciones muy crecidas...

La expansión de este sistema se produce al surgir, en las postrimerías medioevales y en los dos primeros siglos de la Edad Moderna, los grandes Estados nacionales.

El jurista y político Alcalá-Zamora, en su fundamental monografía Los derroteros de la Expropiación forzosa, señala el texto concreto de la Partida II, Título I, Ley 2, que permitía al emperador tomar heredamiento o alguna otra cosa a algunos para sí o para darlos a "otri". Debía hacerlo según ley y "pro comunal" (por el bien público), y dándoles buen cambio por ello, por algo que valga tanto o más, en lo que se entiende el precio de afección.

En Francia, ya en 1303, Felipe el Hermoso afirmó el derecho expropiador del Estado. La Asamblea de 1789, en su Declaración de Derechos, expresó que, "siendo de la propiedad un derecho inviolable y sagrado, no pueda privarse de él a nadie; salvo cuando lo exija evidentemente la necesidad pública, justificada por los medios legales, y previa una indemnización equitativa"²⁶.

Al organizarse Poderes ejecutivos fuertes y emprendedores, las necesidades estatales y las de los servicios públicos que se iban implantando llevaban consigo la resolución imperiosa de lograr expeditivamente ciertas propiedades de los particulares para erigir o sepultar fortificaciones, para abrir y mejorar puertos, para instalar cuarteles y oficinas públicas, para iniciar grandes obras de regadío y de abastecimiento de agua para las poblaciones, entre muchísimos requerimientos más que exigían el creciente desarrollo de los países y el de la intensificada vida social.

26. Art. 17, de la Declaración de Derechos, Asamblea de 1789, Francia

Por entonces y hasta el siglo XX, la expropiación forzosa invocaba únicamente la utilidad pública. En el Derecho soviético están admitidas por la ley la requisa y la confiscación de bienes. Dejando a un lado el despojo general realizado en 1917 y años inmediatos, en la actualidad la expropiación debe ir acompañada de indemnización. Subsiste como pena la confiscación de bienes privados, pero luego del procedimiento y la condena pertinentes.

En nuestro tiempo, y quizá corresponda esta encomiable primacía en cuanto al tecnicismo a la Constitución española de 1931, la justificación suprema se condensa en la necesidad social y hasta en algo menos: la utilidad social.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en el Art. 17, se manda:

- "1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad".

La Convención Americana sobre Derechos humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos humanos, en el Art. 21, que trata de los Derechos a la Propiedad Privada, manda:

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

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

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

"Artículo 17. Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, a nadie puede privarse de ella, sino cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exige evidentemente, y bajo la condición de una justa y previa indemnización".

Esta norma de la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" de la Revolución Francesa, resulta una consecuencia de lo expresado en el artículo 2 de la misma Declaración, que enumera los derechos: "la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión".

Este artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, consagra un principio ya desarrollado en la normativa jurídica histórica. Según MORAND – DEVILLER en el Derecho Romano se manifestaba la necesidad de obligar a los particulares a la cesión forzada de sus bienes; que procedía cuando se revelaba imposible el arreglo amigable y lo exigía el

bien público común²⁷; aunque se remonta a Grecia en la historia de esta figura jurídica. Cita una ordenanza real francesa de 1338, sobre la expropiación y la indemnización correspondiente.

En el *Antiguo Régimen* francés se distingue entre el “dominio eminente” y el “dominio útil”. Mientras el dominio útil corresponde a los particulares, en cambio el dominio eminente se aplica a todos los bienes del Reino, concepto jurídico basado en la idea de una comunidad original de bienes que ejerce el soberano²⁸.

El enfoque anglo sajón conserva el marco de la doctrina generalizada del *dominium eminens* vigente en Europa antes de la revolución francesa. La Constitución estadounidense reconoce las garantías de la compensación y de la finalidad pública, pero en Inglaterra, “el Parlamento puede, cuando así lo desea, expropiar sin compensación y en violación de los derechos legales vigentes, de una manera que no se permite en otros países que disfrutaban de una Constitución escrita y de una declaratoria de derechos”²⁹.

La Expropiación consiste en la transferencia coactiva de la propiedad privada desde su titular al Estado, concretamente, a un ente de la

²⁷ MORAND-DEVILLER. JACQUELINE. *Cours de Droit Administratif de Biens*. Montchrestien. París, 2001. p. 369.

²⁸ MORAND-DEVILLER. *Ob. cit.* p. 373.

²⁹ WADE, H. W. R. Y C. F. FORSYTH. *Administrative Law*. Oxford University Press. Londres, 2000. pp. 786-787.

Administración Pública dotado de patrimonio propio. Puede expropiarse un bien para que éste sea explotado por el Estado o por un tercero.

El término jurídico expropiación, fue utilizado primordialmente en [Estados Unidos](#), el mismo que se derivó a mediados del [siglo XIX](#) de un tratado legal escrito por el jurista holandés [Hugo Grotius](#) en 1625. Este término también fue utilizado a mediados del siglo XIX, principalmente en [Inglaterra](#) y [Gales](#), y otras jurisdicciones que siguen los principios de la [Ley Inglesa](#).³⁰

Originalmente, el poder del dominio eminente se asumía que surgía de la [ley natural](#) como un poder inherente de la [soberanía](#).

Los gobiernos más comúnmente usan el poder del dominio eminente cuando la adquisición de [bienes inmuebles](#) necesarios para completar un proyecto público como por ejemplo una [carretera](#), y el propietario de la propiedad requerida es reticente a negociar el precio de su venta. En muchas jurisdicciones el poder del dominio eminente está rebajado con el derecho a una [compensación justa](#) con respecto a la apropiación.

Algunos acuñaron el término *expropiación* para referirse a la "apropiación"³¹ bajo la ley del dominio eminente, y puede ser usada especialmente con respecto a casos donde no se realiza compensación al confiscar la

³⁰ PASQUEL Enrique. Las Expropiaciones. Una visión Económica Alternativa.

<http://es.wikipedia.org/wiki/Expropiaci%C3%B3n>.

³¹ <http://es.wikipedia.org/wiki/Expropiaci%C3%B3n> f. Acción y resultado de tomar para sí alguna cosa haciéndose dueño de ella:

propiedad. Entre los ejemplos se incluyen la expropiación cubana de 1960 de propiedades a ciudadanos Estadounidenses, siguiendo la ruptura de la relaciones públicas y diplomáticas entre la administración de Eisenhower y el Gobierno Cubano de Fidel Castro. Los ciudadanos estadounidenses y corporaciones mantenían vastas cantidades de propiedad inmobiliaria cubana. Las autoridades cubanas ofrecieron una compensación justa para las propiedades de Estados Unidos, como habían hecho exitosamente para las propiedades españolas, británicas y francesas cuando nacionalizaron la propiedad privada en Cuba, por el bien común.³²

4.5.2. Regulación.

La trascendencia adquirida por la expropiación forzosa, propensa a la amplitud de las facultades estatales, ha determinado que se mencionen sus principios en todos los textos constitucionales modernos, con la expresa reserva, para garantía de la propiedad privada, donde se reconoce, de basarse en necesidad o interés público e ir acompañada, o precedida mejor dicho, de la indemnización pertinente.

Alguna Constitución, como la española de 1931, llega más lejos en la potestad expropiatoria no sólo por permitirla casi ilimitadamente, sino por autorizarla sin

³² <http://es.wikipedia.org/wiki/Expropiaci%C3%B3n>

resarcimiento, basándose para ello, aun no constando en la Carta constitucional, en situaciones abusivas precedentes. Tal precepto declaraba:

"La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social³³ mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley probada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes. Con los mismos requisitos, la propiedad podrá ser socializada"³⁴.

Complementariamente, porque en esto, como en casi todo, las normas constitucionales precisan para su vigencia real de ciertos andadores, la expropiación forzosa adquiere efectivamente mediante leyes y reglamentos especiales.

4.5.2. Expropiantes.

En un principio, pero no tan remoto como el del mundo, el expropiador único era el Estado o su sinónimo: el príncipe o soberano. Al robustecerse el poder administrativo de otras corporaciones públicas, la facultad expropiadora se extendió a provincias, e incluso a los municipios; y casi con mayor frecuencia a éstos, por la constante necesidad de afectar a la propiedad inmobiliaria por

33. Adviértase la locución, que en dos voces suelda el pretérito fundamento de la utilidad pública y el moderno criterio de interés social

34. Art. 44, Constitución española de 1931

cuestiones de urbanismo, ensanche de poblaciones, entre tantas otras necesidades que el crecimiento de pueblos y ciudades origina, sobre todo desde la expansión urbana del siglo XIX.

Otra ampliación de los titulares de la expropiación forzosa, aunque con autorización del Poder público, se produjo de los concesionarios de obras públicas, como ferrocarriles, de modo especial, y aun sin posterior explotación por los particulares: puertos, aeródromos, embalses, carreteras, entre tantas otras.

Por último, la expropiación encontró como titulares, a las personas jurídicas privadas y en su interés exclusivo, pero valorado como más importante para el bien general. Como muestra, el de la construcción de canales de riego y obras hidráulicas menores para mejora agrícola de determinadas zonas.

4.5.3. Esbozo legislativo.

La expropiación forzosa se rige, pues, en todos sus aspectos por las leyes, aunque cabe convenio o avenencia entre el Estado y el particular, en cuyo supuesto se está ya ante una expropiación contractual. Más aún, casi cabría hablar de una enajenación común ante propuesta del adquirente.

Pese a ser tildado de individualista, como todos los textos similares de la época, el Código Civil español, ya en el segundo artículo sobre el dominio, dice

que: "Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no procediere este requisito, los jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la posesión al expropiado"³⁵.

Permite la expropiación de la propiedad y del uso de las aguas³⁶. En caso de expropiación de cosa usufructuada, el propietario está obligado a subrogarla con otra de igual valor y análogas condiciones o a abonar al usufructuario el interés legal de la indemnización, mientras dure el usufructo³⁷. La compraventa por enajenación forzosa la remite el Art. 1456 del Código Civil español a lo que disponga la legislación especial sobre la mencionada materia.

La ley especial concreta que el dominio no es un Estado dentro de otro Estado, y más al arraigar progresivamente la teoría y el concepto de la función social de la propiedad. Las dos clases de institución se encuentran en el concepto de utilidad pública o el más o menos renovador, y en algún caso llevado a los linderos de lo demagógico, del interés social. El otro consiste en el justo precio o indemnización, que se entiende que ha de superar siempre el valor de venta; y esto porque la enajenación es forzosa y porque con frecuencia, siempre que se trate de bienes de abolengo y de la morada de expropiado, lo afectivo impone un adicional en el resarcimiento.

35. Art. 349 del Código Civil español de 1958

36. Art. 423 del Código Civil español ya citado

37. Art. 519 del Código Civil español

El límite de la expropiación forzosa, que, en lacónica y expresiva definición de Falcón, es la privación del dominio privado, decidida por el Poder público en nombre de un interés colectivo, se alcanza en el despojo total o caprichoso, y siempre sin indemnización, que el sistema comunista se atribuye en teoría y pone en práctica donde arraiga.

4.5.4. EXPROPIACION ILEGAL.

El Art. 196 del antiguo Código Penal español, sancionado como delito al "funcionario público que expropiare de sus bienes a un nacional o extranjero, fuera de los casos permitidos y sin cumplir los requisitos legales"³⁸.

Los antecedentes históricos del delito de expropiación ilegal los encuentra el penalista español Domingo Teruel Carralero en el hecho de que triunfante la Revolución Francesa, "como reacción contra la arbitrariedad característica del régimen que derrocó, se apresuró a proclamar como garantía contra ella, en la afirmación programática de sus principios, que es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, como uno de los cuatro grandes derechos naturales e imprescindibles del hombre, que sólo al de libertad cede en importancia el de la propiedad, considerado como derecho inviolable y sagrado del que nadie puede ser privado sino por causas

38. CODIGO Penal español, Art. 196

legítimamente acreditadas, de evidente utilidad pública y previa la correspondiente información³⁹.

4.5.5. EXPROPIACION JUDICIAL.

Un enfoque jurídico moderno denomina así la privación de la propiedad individual por efecto de una resolución judicial. Se señala como característica el embargo ejecutivo, seguido de la subasta pública. En verdad cabe desdoblarse, en lo patrimonial, ese proceso: el embargo priva de la posesión; la subasta, de la propiedad, ya que la transmite al mejor postor, al servicio de hacer efectiva la justicia mediante la ejecución forzosa.

Existe un fundamento de presunta adhesión del deudor ejecutado⁹ⁱ, que prefiero esto a pagar con otros bienes suyos. Además, con esa rebeldía agrava su situación; porque tiene que hacer frente a costas superiores con respecto al cumplimiento voluntario de la obligación o a la ejecución inmediata de la sentencia condenatoria.

Cuando se satisface una acción reivindicatoria, aunque se proceda a una expropiación aparente, es de la posesión de lo que se priva; ya que la propiedad no pertenecía al demandado, que la usurpaba de una u otra

39. CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III, p. 646

manera, en perjuicio de la reintegración forzosa que de la propiedad se consuma⁴⁰.

4.5.6. EXPROPIACION POR SEGURIDAD NACIONAL.

Todos los bienes, valores y créditos de cualesquiera clases, situados en territorio nacional y perteneciente a personas físicas, morales o abstractas de nacionalidad extranjera, no exceptuadas legalmente (como los diplomáticos en ciertos aspectos), pueden ser objeto de expropiación por causa de seguridad nacional. Lo mismo se extiende a los bienes de toda clase pertenecientes a personas abstractas domiciliadas en el país, cualquiera sea su nacionalidad.

4.6. NORMATIVA JURÍDICA SOBRE LA EXPROPIACIÓN EN EL ECUADOR.

Todas las legislaciones cuentan con un cuerpo normativo o normas específicas para los diferentes casos que contemplan la potestad del Estado de expropiar bienes de los particulares, previo el pago de la indemnización y pago. El artículo 62 de la primera Constitución ecuatoriana disponía que “nadie puede ser privado de su propiedad... sin su consentimiento i sin recibir justas compensaciones a juicio de buen varón”⁴¹.

40. Ibidem, p. 647

41 PRIMER REGISTRO AUTÉNTICO NACIONAL (AÑO DE 1830). Imprenta de Gobierno, por Juan Campuzano. Quito, 1840). p. 30.

La Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008, en su Art. 323 establece: *“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.”*⁴²

Esta disposición permite realizar la expropiación por razones de utilidad pública o interés social y nacional, de conformidad con la ley. El asambleísta constituyente ha agregado el interés nacional como una de las razones por las cuales se permite expropiar. Luego se produce la interrogante: ¿Qué se entiende por utilidad pública o interés social y nacional?

Las expresiones utilidad pública o interés social no son sinónimas. La utilidad pública se entiende como *“Todo lo que resulta de interés o conveniencia para el bien colectivo, para la masa de individuos que componen el Estado; o, con mayor amplitud, para la humanidad en su conjunto”*. El interés social para efectos de expropiación en cambio es todo lo que resulta de interés o conveniencia para una colectividad o un grupo de individuos determinados. Por ejemplo si se quiere expropiar un inmueble para construir en él un parque o ampliar una avenida, entonces estamos

⁴² Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008, Constitución de la República. Art. 323. Quito 2009.

ante el caso de fines de utilidad pública. En cambio si un grupo de ciudadanos que viven en una cooperativa determinada solicitan a la Municipalidad que se expropie un bien para proyectos de vivienda estamos ante fines de interés social. El nuevo término empleado por el asambleísta constituyente de Montecristi de interés nacional, se encajaría en el interés social pero con una repercusión de todo el país en su conjunto.

Como podemos observar esta disposición en principio considera a los términos utilidad pública o interés social como sinónimos, pero no debe entenderse así, por las razones ya expuestas.

No obstante en el caso de las municipalidades la gran mayoría de las expropiaciones se las realiza con la siguiente denominación: “Declarar de utilidad pública de carácter urgente y de ocupación inmediata con fines de expropiación.”⁴³

- 1. La declaratoria positiva de que un inmueble debe sufrir determinadas transformaciones o ser utilizado de manera específica;*
- 2. Que dicha declaración se derive de una ordenanza o de la ley, o de la aprobación de los planes reguladores de desarrollo urbano y de la determinación de las zonas urbanas de promoción inmediata:*

⁴³ COORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. Ley Orgánica de Régimen Municipal. Art. 66. Nral. 11. Quito 2009.

3. *Que los programas con que se han de llevar a cabo los planes, las ordenanzas o la ley, contengan inequívocamente la estimación de expropiación forzosa, frente al cumplimiento del primer requisito; y,*

4. *Que para la realización de la función específica señalada, se haya fijado un plazo y a su vencimiento aquella función resultare total o substancialmente incumplida por el propietario.”*

No obstante estos requisitos, la figura del interés social es muy poco usada a nivel municipal.

Otras disposiciones legales referentes a la expropiación la encontramos en el Código Civil de Bello, en cuanto regula la extinción del contrato de arriendo en el caso de expropiación de por causa de utilidad pública” (Art. 1960 –actual 1901 del Código Civil ecuatoriano).

El Código Civil ecuatoriano añade reglas determinadas para el caso de expropiación del “patrimonio familiar”⁴⁴.

La principal normativa legal vigente sobre la expropiación en el Ecuador se encuentra en el Código de Procedimiento Civil y en la Ley de Contratación Pública. Las más amplias y sistemáticas expropiaciones en el Ecuador se

⁴⁴ COORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. Código Civil. Art. 852.

llevaron a cabo en aplicación de la derogada Ley de Reforma Agraria. La vigente Ley de Desarrollo Agrario todavía contempla las expropiaciones de tierras agrarias pero bajo un régimen más acorde a los criterios universales del pago previo de la justa indemnización.

Para determinados recursos naturales y para servicios públicos diversos se contempla la figura de la expropiación en: la Ley de Aguas, la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, la Ley de Caminos, la Ley de Patrimonio Cultural, la Ley de Hidrocarburos y la Ley de Régimen del Sector Eléctrico.

No existe una habilitación genérica de las instituciones públicas para expropiar, potestad que necesariamente debe constar asignada en forma expresa a la institución respectiva en una ley, sin que el órgano público pueda proceder a una expropiación sin esa atribución expresa, que no puede suplirse con una normativa reglamentaria.

Esta norma nos remita a las disposiciones de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, que en el Art. 797 dispone: *“Cuando se trate de expropiación urgente, considerada como tal por la entidad que la demanda, se procederá a ocupar inmediatamente el inmueble. Esta ocupación será decretada por el juez en la primera providencia del juicio, siempre que, a la demanda, se acompañe el precio que, a juicio del demandante, deba*

*pagarse por lo expropiado. El juicio continuará por los trámites señalados en los artículos anteriores, para la fijación definitiva de dicho precio. La orden de ocupación urgente es inapelable y se cumplirá sin demora.*⁴⁵

Este artículo explica la “denominación” que se usa en las “declaratorias de utilidad pública, de carácter urgente y de expropiación inmediata con fines de expropiación”. Y la justificación es lógica. El trabajo de las municipalidades a través de la obra pública es urgente, y obliga a culminar las obras adjudicadas a un determinado contratista, en un tiempo determinado. Dicho contratista en algunas ocasiones necesita que las expropiaciones se encuentren concluidas para poder culminar la prestación a la cual se ha obligado. Esto lleva a que las instituciones públicas expropien con el carácter de urgente y de ocupación inmediata, para en el caso de plantear una demanda por expropiación, luego de haberse consignado el precio, obtener en primera providencia la ocupación inmediata del predio, la cual es inapelable y se cumplirá sin demora.

Esta norma utilizada sabiamente por las instituciones del sector público, para poder ejecutar obras urgentes y en beneficio de la colectividad, contradice definitivamente en la práctica con la disposición constitucional establecida en el Art. 323 de la Constitución de la República, en la parte que establece: “... *podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración,*

⁴⁵ COORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. Código de Procedimiento Civil. Art. 797. Quito-Ecuador 2009

indemnización y pago de conformidad con la ley". El tema es claramente perjudicial para el expropiado ya que en caso de expropiación de carácter urgente y de ocupación inmediata (como ya hemos dicho, se utiliza esa terminología en la mayoría de los casos a nivel municipal), el juez dicta en su primera providencia la ocupación inmediata del predio, es decir que la institución pública, puede ordenar al Departamento de Obras Públicas a su cargo, previa notificación al demandado del auto de calificación de la demanda, la ocupación inmediata de su predio, mientras que el dinero se encuentra "depositado" en el respectivo Juzgado de lo Civil.

¿Se ha cumplido la justa valoración, pago e indemnización?. Definitivamente que no. Para eso está justamente el juicio de expropiación para determinar el precio. Se ha consignado el valor en el juicio de expropiación de acuerdo al avalúo realizado por la Municipalidad, sin embargo el dinero permanecerá depositado en el juzgado hasta que se dicte sentencia, por lo que, la indemnización sólo se hará efectiva al momento de que el juez ordene que se entregue la cantidad señalada en sentencia al final del juicio.

Por lo tanto en la práctica el sujeto expropiado siente como el Derecho se contrapone a la Justicia, ya que se considera emitentemente perjudicado por la ocupación inmediata del bien de su propiedad, no obstante que dicha medida sea estrictamente legal. Este fenómeno de conflicto de normas entre la disposición constitucional de expropiar previa justa valoración, pago e

indemnización con la de ocupación inmediata establecida en la ley adjetiva civil, se produce, ya que las normas del Código de Procedimiento Civil son preconstitucionales y por lo tanto no tenían que adaptarse necesariamente a la Constitución que tiene vigencia desde el 10 de agosto de 1998, menos aún a la actual del 20 de octubre del 2008.

En conclusión, respecto al análisis de la disposición legal analizada, puedo concluir que en la Ley, en forma genérica se alude en la expropiación, a las causales “de utilidad pública” o de “interés social”. La noción original de la expropiación se vincula con la obra pública y, posteriormente, con el funcionamiento del servicio público; de ahí la denominación “de utilidad pública”. Pero debe recordarse que la noción de servicio público se vincula originalmente de una manera inseparable del dominio público. Así, la utilidad pública se encuentra estrechamente vinculada con estos tres conceptos jurídicos de “obra pública”, “servicio público” y “dominio público” y, en consecuencia, también a la prestación de tales servicios y la ejecución de tales obras por delegación a particulares, concesionarios de obras o de servicios. En todos estos casos, como lo señala GARCÍA DE ENTERRÍA esto limitaba la expropiación a los bienes inmuebles, mientras que “los muebles, ordinariamente genéricos, si no fungibles, podían adquirirse por los medios ordinarios de la contratación”⁴⁶. El Art. 323 de la Constitución de la República del Ecuador señala la expropiación de bienes: "Con el objeto de ejecutar

⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Ob. cit.* II, 235,

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 ley⁴⁷.

El mandato antes transcrito tiene concordancia con el Art. 783 del Código de Procedimiento Civil que dispone: "La declaratoria de utilidad pública, para fines de expropiación, sólo puede ser hecha por el Estado y las demás instituciones del sector público, de acuerdo con las funciones que le son propias y siempre que tal declaración sea aprobada, cuando fuere del caso, por el ministerio respectivo.- La declaración de utilidad pública o social hecha por las entidades ya indicadas, para proceder a la expropiación de inmuebles, no podrá ser materia de discusión judicial, pero sí en la vía administrativa"⁴⁸.

Por tanto, el Juez está limitado a fijar mediante sentencia, el precio de la cosa expropiada y no tiene facultad para declarar o no la expropiación ya que ésta fue determinada mediante un procedimiento administrativo previo, como tampoco es factible discutir la declaración de utilidad pública ya que para eso existe la respectiva vía administrativa; en suma, el juicio de expropiación no tiene por objeto la declaratoria de derecho alguno por lo cual no tendría la calidad de juicio de conocimiento⁴⁹.

⁴⁷. CONSTITUCION de la República del Ecuador, Art. 323: **Expropiación de bienes**

⁴⁸. CODIGO de Procedimiento Civil, Art. 783: **Declaración de utilidad pública**

⁴⁹.Fallo del 14 de marzo del 2002, en Resolución N° 64-2002,, Publicada en el Registro Oficial N° 570 del 7 de mayo del 2002

El mandato constitucional también tiene concordancia con el Art. 446 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que trata de la expropiación.

4.7. EXPROPIACIÓN SEGÚN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL, AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN.

4.7.1. Expropiación

"Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, propiciar programas de urbanización y de vivienda de interés social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, los gobiernos regionales, provinciales, metropolitanos y municipales, por razones de utilidad pública o interés social, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y el pago de conformidad con la ley. Se prohíbe todo tipo de confiscación.

"En el caso que la expropiación tenga por objeto programas de urbanización y vivienda de interés social, el precio de venta de los terrenos comprenderá únicamente el valor de las expropiaciones y de las obras básicas de mejoramiento realizadas. El gobierno autónomo descentralizado establecerá las condiciones y forma de pago"⁵⁰.

⁵⁰. CODIGO Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Art.446: **Expropiación**

En doctrina ya se manifestó el desposeimiento o privación de la propiedad, por causa de utilidad pública o interés preferente, y a cambio de una indemnización previa.

4.7.1.1. Objeto de la expropiación.

Las opciones mencionadas de expropiación con fines de utilidad pública limitan la expropiación a bienes inmuebles, pero hoy se consideran expropiables toda clase de bienes y derechos, con excepción de aquellos de índole personal⁵¹. Así, no son expropiables los derechos fundamentales – aparte de la propiedad— contemplados en la Constitución, y en general los derechos personales considerados como intransferibles. García de Enterría y Fernández, citan la Ley de Expropiación Forzosa española que “especifica que pueden ser objeto de la potestad expropiatoria ‘la propiedad privada... derechos e intereses patrimoniales legítimos’⁵².”

La Ley de Patrimonio Cultural del Ecuador autoriza “[l]a expropiación de bienes muebles o inmuebles de valor artístico, histórico o arqueológico”⁵³.

Todavía hoy la obra pública se considera pertenecer al dominio público del Estado⁵⁴. En cambio, el servicio público se manifiesta principalmente como

⁵¹ GARCIA de Enterría y Fernández. *Ob. cit.* II. p. 231

⁵² *Ibid.*

⁵³ L. 2004-027. Codificación de la Ley de Patrimonio Cultural. SRO 465, 19 de Noviembre del 2004. Art. 258.

“actividad” antes que como una utilización dominical, como se concibió originalmente. No obstante, buena parte de los servicios públicos y las concesiones actuales todavía tienen un sustento material y operativo en el dominio público, como por ejemplo, el espectro electro-magnético, las aguas, los minerales, “los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo”; aunque el aprovechamiento de los hidrocarburos en el Ecuador contempla en la actualidad una variedad de figuras contractuales que no encajan precisamente en la figura de la concesión, sin embargo de encontrarse fuertemente regulados.

Quedarían fuera de la posibilidad de expropiación derechos como “de la personalidad, a la vida, al honor, a profesar un culto, a la libertad y al nombre de las persona”, dice CASSAGNE; porque su expropiación, es decir su privación violaría “el principio de la dignidad de la persona humana”, “cuya cobertura constitucional se configura con la regla de no negar los derechos y garantías no enumerados”⁵⁵.

También se discute la posibilidad de expropiación de bienes del dominio público. En principio, por calificarse tales bienes como “inalienables”, se podría descartar la expropiación de este tipo de bienes. GARCIA FERAUD, por

⁵⁴ En España, el “dominio público viario” (JOSÉ BERMEJO VERA [Dirección y Coordinación]. *Derecho Administrativo. Parte Especial*. Civitas. Madrid, 1994. p. 435 y ss.) y en Francia el “domaine public routier” o la «*domanialité publique de voies terrestres*» (JACQUELINE MORAND-DEVILLER. *Droit Administratif de Biens*. Montchrestien. Paris, 2001. p. 55 y ss; y, JEAN-MARIE AUBY Y PIERRE BON. *Droit Administratif des Biens*.)

⁵⁵ CASSAGNE, JUAN CARLOS. *Derecho Administrativo* T. II. p. 474.

ejemplo, recuerda que, en el Ecuador, “el Art. 33 de la Constitución solo admite la posibilidad de expropiación de ‘los bienes que pertenezcan al sector privado’⁵⁶ –donde antes el texto constitucional dijo: “...el sector público, podrá expropiar los bienes que pertenezcan a los otros sectores”.

En la legislación ecuatoriana “la transferencia de dominio de bienes inmuebles entre entidades del sector público no se requerirá de declaratoria de utilidad pública o interés social ni, en el caso de donación, de insinuación judicial. Se la podrá realizar por compraventa, permuta, donación, compensación de cuentas, traslado de partidas presupuestarias o de activos”⁵⁷ y su trámite está determinado en el Reglamento de la Ley de Contratación Pública.

Sin embargo, se suscita en doctrina la cuestión de la expropiación por parte de la municipalidad de bienes del dominio público del Estado o, al contrario, de la expropiación por parte del Estado de bienes del dominio público municipal. En países federales, como en Argentina, o en el Estado de las Autonomías, como España, se discute la expropiación posible por parte del Gobierno Federal o de la Administración Central, del dominio público estadual o autonómico, y viceversa. CASSAGNE se refiere a la posibilidad de la expropiación por parte del Estado de “...(bienes) pertenecientes a las

⁵⁶ GARCIA FERAUD. GALO. *Cuestiones Jurídicas*. Edino. Guayaquil, 2005. p. 331.

⁵⁷ Art. 36.- Procedimiento. Título IV, De los Procedimientos Especiales; Capítulo I, De la Adquisición de Bienes Inmuebles. *Ley de Contratación Pública*.

provincias o municipios habida cuenta que el Estado nacional jamás podría expropiar sus propios bienes dominiales”. *Ob. cit.* T. II, p. 476.

También se ha sostenido que el dominio público, por su característica de inalienabilidad no sería expropiable, sin embargo de lo cual, una vez “desafectado” por el órgano competente y declarado como perteneciente al dominio privado del Estado, procedería la expropiación⁵⁸. Habría una interpretación en el sentido que la expropiación de bienes privados del Estado, las entidades públicas o las entidades del régimen seccional autónomo, según el caso, sería factible también en el Ecuador, aunque el texto constitucional alude a “bienes del sector privado” y no a “bienes del dominio privado”.

De todas maneras, la noción de que el Estado o sus instituciones no pueden expropiar bienes del mismo Estado o de otras instituciones públicas no es tan obvio como parece a primera vista.

En efecto, en la actualidad, la doctrina jurídica de la expropiación, mantiene precisamente la posición contraria, es decir que: es posible que el Estado o sus instituciones pueda expropiar otros bienes del sector público. Así, Rodríguez manifiesta: “...Desde luego, hoy todos admiten que los bienes patrimoniales de los entes públicos, incluso el Estado, deben estar sujetos a

⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ. *Ob. cit.* T. II, p. 232.

la expropiación forzosa.- Cada día se acentúan más las diferencias entre expropiante y beneficiario de la expropiación.-... Consigna la Ley de 17 de julio de 1945 que las fundaciones, patronatos, asociaciones y entidades en general, que, conforme a sus constituciones o reglamentos, cumplan fines de carácter benéfico, docente o cultural, podrán obtener la declaración de utilidad pública a favor de las obras que realicen con cargo a sus fondos para la instalación, ampliación o mejora de los servicios propios de su finalidad, a los efectos de la expropiación forzosa de los inmuebles para ello necesario y sujetándose a lo dispuesto en la presente Ley, siempre que con las obras proyectadas no se persiga la obtención de lucro y queden a salvo los planos de ordenación urbana del municipio afectado”⁵⁹.

Por su parte, Dromi es igualmente categórico sobre este punto cuando comenta la legislación argentina sobre expropiación: “... En ese sentido el art. 4º de la L. E. (*Ley de Expropiación*) dice: "pueden ser objeto de expropiación todos los bienes convenientes o necesarios para la satisfacción de la utilidad pública, cualquiera sea su naturaleza jurídica, pertenezcan al dominio público o privado, sean cosas o no.- La L. E. establece que la acción expropiatoria podrá promoverse contra cualquier clases de personas de carácter público o privado (Art. 3º).- No existe impedimento para que el sujeto expropiado pueda ser también una persona pública estatal.- Pero puede ocurrir que el Estado o alguno de sus entes jurídicos menores

⁵⁹ RODRÍGUEZ, NEMESIO. Artículo “Expropiación forzosa”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Seix. Barcelona, 1982. T. IX. pp. 335-336, 356.

(entidades autárquicas, empresas del Estado, etc.) no acudan a la expropiación con la finalidad de retener el bien en sus patrimonios, sino a fin de transferirlo a otra persona. En este caso, el sujeto activo no expropia para sí, sino para terceros, generalmente particulares”⁶⁰.

4.7.1.2. Los Sujetos de la Expropiación.

Sujeto activo.- El Estado tiene la potestad expropiatoria, para sí o para otra entidad de derecho público o incluso a favor de una entidad de derecho privado, aunque el texto constitucional no lo disponga expresamente. En todo caso, deben ser asignados expresamente en una ley: 1) el carácter de “utilidad pública” o de “interés social” (declaratoria genérica); 2) la atribución de expropiar; 3) la competencia para la declaratoria. La declaratoria para el caso concreto (declaratoria específica), la expide el órgano competente mediante acto administrativo.

En la Ley de Hidrocarburos, por ejemplo, “se declara de utilidad pública la industria de hidrocarburos en todas sus fases” (declaratoria genérica). En consecuencia, se expresa: “procede la expropiación de terrenos, edificios, instalaciones y otros bienes, y la constitución de servidumbres generales o

⁶⁰ DROMI, ROBERTO. *Derecho Administrativo*. Ciudad Argentina. Buenos Aires-Madrid, 2004. pp. 955, 957-958.

especiales de acuerdo con la ley, que fueren necesarias para el desarrollo de esta industria⁶¹.”

La misma Ley de Hidrocarburos autoriza al Ministerio del ramo para expedir la declaratoria de expropiación a favor de PETROECUADOR de “terrenos u otros bienes inmuebles” (declaratoria específica). La petición para que el Ministerio proceda a la expropiación puede venir de “una empresa contratista” o de PETROECUADOR. La finalidad es “que ...(PETROECUADOR) ceda su uso a la empresa interesada ... para el desarrollo de cualquier aspecto de la industria petrolera⁶².”

En las municipalidades, la atribución para declarar la utilidad pública o el interés social corresponde al Concejo Cantonal⁶³, a petición de la administración municipal⁶⁴. Estas expropiaciones requieren “de previa declaratoria de utilidad pública o interés social”, pero no se requiere de “de declaratoria de utilidad pública en cada caso para adquirir o expropiar inmuebles que se hallen ubicados dentro de las zonas urbanas de promoción inmediata⁶⁵.” Expresamente contempla la Ley que la utilidad pública se puede declarar “genérica o específicamente”⁶⁶.

⁶¹ Art. 4, *Ley de Hidrocarburos*.

⁶² *Ley de Hidrocarburos*. Art. 91.

⁶³ Art. 22, *Ley Orgánica Régimen Municipal*.

⁶⁴ Art. 162, d), *Ley Orgánica de Régimen Municipal*.

⁶⁵ Art. 251, *Ley Orgánica de Régimen Municipal*.

⁶⁶ Art. 252, *Ley Orgánica de Régimen Municipal*.

La ex Corte Suprema de Justicia ha reconocido que una Asamblea Constituyente “organismo dotado de poderes extraordinarios” puede declarar una expropiación, lo mismo que un “gobierno de facto” a través de “un decreto supremo expedido con fuerza de ley”⁶⁷.

Sujeto pasivo.- Los sujetos pasivos de la expropiación son los titulares del dominio del objeto de la expropiación. Pero no solo ellos sino también los llamados “titulares secundarios”, se deben considerar expropiados en los derechos que les corresponden. Se cita a los arrendatarios rústicos o urbanos e, incluso, “la jurisprudencia ha precisado que, a través de la mención legal de ‘titulares de intereses’ y no solo derechos, deben incluirse también a los meros precaristas”⁶⁸. GARCÍA DE ENTERRÍA también cita los casos de “pluralidad de expropiados en relación con un mismo objeto, por concurso de titularidades distinto de la simple comunidad”. Sobre esto manifiesta que “la totalidad de las titularidades debe ser expropiada, en virtud del principio de que la cosa expropiada se adquirirá libre de cargas”. Pero también cita ejemplo de expropiaciones parciales de facultades limitadas de dominio; ejemplos de estas serían las “expropiaciones de fachadas”⁶⁹, en el derecho urbanístico. Pero el hecho de que no aparezca inmediatamente un sujeto pasivo de la expropiación o “la certidumbre, duda o ignorancia acerca de la existencia de título hábil sobre el bien”, no impiden

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia. Juicio ordinario No. 228-2003. Resolución de contrato de compra venta. María Ortiz - Gilberto Bustamante y otros. RO N° 416, 8 de Septiembre de 2004.

⁶⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ. *Ob. cit.* T. II, p. 229.

⁶⁹ *Ibid.*

la iniciación y continuación del proceso expropiatorio, donde se deben dilucidar tales cuestiones, dice VILLEGAS⁷⁰. En todo caso, la legislación ecuatoriana aplicable dispone que en caso de desconocerse el propietario del inmueble o su paradero, el juicio de expropiación se planteará en el territorio donde se encuentra el bien y la citación se hará por los periódicos⁷¹, lo que tal vez era innecesario de explicitar porque aplica las reglas generales procesales para tales casos.

Pero, por otra parte, VILLEGAS cita jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, que considera que “el hecho de que el demandado no hubiere justificado su derecho de propiedad ... no puede irrogarle perjuicio desde que no era a él a quien incumbía el *onus probandi*, ni lo inhabilitaba para poder disponer del importe de las indemnizaciones”⁷².

4.7.1.3. El interés social.

Posterior al fin de “*Utilidad Pública*”, se conciben finalidades adicionales para la expropiación, incluyendo aspectos socio-económicos y políticos, que amplían su ámbito también al “interés social”, como son las expropiaciones

⁷⁰ VILLEGAS, A. WALTER. *Régimen Jurídico de la Expropiación*. Depalma. Buenos Aires, 1973, p. 103.

⁷¹ *Código de Procedimiento Civil*. Art. 784.- ... Si el dueño, o el poseedor del inmueble, a falta de aquél, residiere fuera de la República, o se ignorare su paradero, la demanda de expropiación será presentada ante el juez del territorio donde estuviere el inmueble, y la citación al dueño o poseedor y a quienes tuvieren derechos reales sobre la cosa, se entenderá hecha por publicaciones realizadas de conformidad con el artículo 82 de esta Ley y en el Registro Oficial.

⁷² VILLEGAS. *Ob. cit.* p. 103.

de la reforma agraria, las soluciones de vivienda, el desarrollo urbano e incluso la conservación del medio ambiente y el desarrollo sustentable.

En todo caso, las distinciones entre “utilidad pública” e “interés social” se refieren a la finalidad de la expropiación, que resulta de superlativa importancia en esta institución, para efectos del control de su cumplimiento y del consiguiente derecho del expropiado para solicitar la “retrocesión” en caso de que la finalidad expresada no se cumpla por parte del Estado dentro de un plazo prudencial.

Así también, la declaratoria de utilidad pública o de utilidad social debe expresar el fin de la expropiación. En las expropiaciones municipales, además de la declaratoria se deberá expresar el “fin a que haya de aplicarse el objeto expropiado”⁷³.

Pero, en cambio, los procedimientos expropiatorios no son distintos para uno u otro caso, sea de “utilidad pública”, sea de “interés social”, aplicándose en todas las situaciones los mismos procedimientos.

La Ley de Régimen del Sector Eléctrico del Ecuador atribuye al CONELEC potestades expropiatorias, para “declarar de utilidad pública o de interés social” la expropiación de *inmuebles* “para los fines del desarrollo del sector

⁷³ Art. 251, *Ley Orgánica de Régimen Municipal*.

eléctrico, en los casos estrictamente necesarios y para la ejecución de obras directamente vinculadas con la prestación de servicios”.⁷⁴

o) Constituir servidumbres necesarias para la construcción y operación de obras en el sector eléctrico;

p) Declarar de utilidad pública o de interés social de acuerdo con la Ley y proceder a la expropiación de los inmuebles que se requiera para los fines del desarrollo del sector eléctrico, en los casos estrictamente necesarios y para la ejecución de obras directamente vinculadas con la prestación de servicios.

En todos los casos, determinará para estos efectos las medidas necesaria para el reasentamiento de los propietarios de los predios afectados o compensaciones, según lo determine el Código Civil ecuatoriano;”

Asimismo en Ecuador, la Ley de Hidrocarburos “declara de utilidad pública la industria de hidrocarburos en todas sus fases”, por lo cual “procede la expropiación de terrenos, edificios, instalaciones y otros bienes, y la constitución de servidumbres generales o especiales de acuerdo con la ley, que fueren necesarias para el desarrollo de esta industria.”⁷⁵ La normativa municipal ecuatoriana delimitaba la causa de interés social a unos pocos supuestos adicionales a la legislación expresa, que abarcan requerimientos

⁷⁴ Art. 13 de la *Ley de Régimen del Sector Eléctrico*.

⁷⁵ Art. 4 de la *Ley de Hidrocarburos*.

urbanísticos, incluyendo transformaciones de edificaciones, basándose en una norma legal o de “los planes reguladores de desarrollo urbano y determinación de las zonas urbanas de promoción inmediata” e incumplimientos del propietario, entre otras⁷⁶.

4.7.2. Declaratoria de utilidad pública.

De conformidad con el Art. 447 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que trata de la declaratoria de utilidad pública, dispone: "Para realizar expropiaciones, las máximas autoridades administrativas de los gobiernos regional, provincial, metropolitano, o municipal, resolverá la declaratoria de utilidad pública, mediante acto debidamente motivado en el que constará en forma obligatoria la individualización del bien o bienes requeridos y los fines a los que se destinará. A la declaratoria se adjuntará el informe de la autoridad correspondiente de que no existe oposición con la planificación del ordenamiento territorial establecido, el certificado del registrador de la propiedad, el informe de valoración del bien; y la certificación presupuestaria acerca de la existencia y disponibilidad de los recursos necesarios para proceder con la expropiación. "Las empresas públicas o mixtas de los gobiernos autónomos descentralizados que requieran la expropiación de

⁷⁶ *Ley Orgánica de Régimen Municipal*. Art. 257.

bienes inmuebles, la solicitarán a la máxima autoridad ejecutiva correspondiente, con los justificativos necesarios.

"Si el gobierno parroquial requiere la expropiación de bienes inmuebles, solicitará documentadamente la declaratoria de utilidad pública al alcalde o alcaldesa del respectivo cantón. Dichos inmuebles, una vez expropiados, pasarán a ser de propiedad del gobierno parroquial.

"Si se expropiare una parte de un inmueble, de tal manera que resulte de poca o ninguna utilidad económica al propietario, la conservación de la parte no afectada, éste podrá exigir que la expropiación incluya a la totalidad del predio.

"En caso de necesidades emergentes, el gobierno autónomo descentralizado declarará la expropiación para ocupación inmediata, previo el depósito del diez por ciento (10%) del valor del bien ante la autoridad competente"⁷⁷.

Entendida la utilidad pública como todo lo que resulta de interés o conveniencia para el bien colectivo, para la masa de individuos que componen el Estado; o, con mayor amplitud, para la humanidad en su conjunto.

⁷⁷. CODIGO ORGANICO DE ORGANIZACION TERRITORIAL, AUTONOMIA Y DESCENTRALIZACION, Art. 447:
Declaratoria de utilidad pública

4.7.3. Notificaciones

El Art. 448 del Código Orgánico de Organización territorial, Autonomía y Descentralización, exige las notificaciones:

"La resolución de la máxima autoridad con la declaración de utilidad pública se notificará, dentro de tres días de haberse expedido, a los propietarios de los bienes expropiados, a los acreedores hipotecarios si los hubiere y al registrador de la propiedad.

"La inscripción de la declaratoria de utilidad pública traerá como consecuencia que el registrador de la propiedad se abstenga de inscribir cualquier acto traslativo de dominio o gravamen, salvo que sea a favor del gobierno autónomo descentralizado que requiere la declaración de utilidad pública"⁷⁸.

Entiéndase por notificación el acto de dar a conocer a los interesados la resolución recaída en el trámite de expropiación o en el asunto judicial respectivo. El dominio del bien lo adquiere el Estado o la pertinente entidad del sector público cuando queda perfecto como tal ese acto de imperio, es decir, cuando se aprueba por el respectivo Ministerio, mediante el correspondiente Acuerdo, la declaración de utilidad pública para proceder a la expropiación inmobiliaria de que se trate, salvo que se hubieren intentado reclamación en la vía administrativa.

⁷⁸. CODIGO Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Art.448: **Notificaciones**

NOTA: El Art. 79 del Código de Procedimiento Civil obliga a que las partes designen única y exclusivamente como lugar para ser notificados, un casillero judicial, y amenaza con no notificar a quien no cumpla con este requisito. Pero, sin embargo, la realidad de infraestructura en que se encuentran la mayoría de los Juzgados del país que no son de cabecera de provincia, no les permiten contar con los casilleros judiciales y, por lo tanto, lamentablemente, no se puede siempre dar cumplimiento a dicha norma por la realidad anotada.

Por otro lado, para las expropiaciones vale tener en cuenta también las disposiciones contenidas en los Arts. 71 y 72 del Código de Procedimiento Civil, así como los Arts. 251 a 260 de la Ley de Régimen Municipal; y literal p) del Art. 28 de la Ley de Régimen Provincial⁷⁹.

4.7.4. Avalúo.

"Mediante el avalúo del inmueble se determinará el valor a pagar y que servirá de base para buscar un acuerdo sobre edl precio del mismo. El órgano competente del gobierno autónomo descentralizado, para que el justo valor del bien a ser expropiado, procederá del siguiente moto:

a) Actualizará el avalúo comercial que conste en el catastro a la fecha en que le sea requerido el informe de valoración del bien a ser expropiado. De diferir el

⁷⁹.AGUIRRE, Marco Boris, **Manual de Práctica de Derecho Administrativo**, UTPL, CC.JJ. 2000, pp. 165-166

valor, deberá efectuarse una reliquidación de impuestos por los últimos cinco años. En caso de que ésta sea favorable a los gobiernos autónomos descentralizados, se podrá descontar esta diferencia del valor a pagar.

b) A este avalúo comercial actualizado se descontarán las plusvalías que se hayan derivado de las intervenciones públicas efectuadas en los últimos cinco años; y,

c) Al valor resultante se agregará el porcentaje previsto como precio de afectación. Si el gobierno autónomo descentralizado no puede efectuar esta valoración por sí mismo, podrá contar con los servicios de terceros especialistas e independientes, contratados de conformidad con la ley de la materia⁸⁰.

La expresión "previa justa valoración" se refiere el justo precio, el conveniente valor de las cosas, teniendo en cuenta los gastos de producción y los intereses generales de los consumidores.

Se entiende por avalúo la estimación del valor o importe de una cosa en dólares.

4.7.4.2. Justa valoración, pago e indemnización.

Guillermo Cabanellas, en su obra citada en el presente trabajo define a la justa valoración como: *"Estimación o fijación del valor de las cosas. Justiprecio"*

⁸⁰. COGIDO Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Art. 449: **Avalúo**

Actualmente cada municipalidad tiene un departamento encargado de los avalúos para los procesos de expropiación, así por ejemplo en el caso de la M. I. Municipalidad de Zapotillo, en la que me desenvuelvo como su alcalde, los avalúos están a cargo del Departamento de Avalúos y Registro, a través de la Jefatura de Avalúos y Registro.

Este artículo hace relación con el avalúo de los bienes a expropiarse, este avalúo se lo realiza luego de que el Primer Personero autoriza mediante orden administrativa que se inicie el proceso de expropiación de los predios necesarios para la ejecución de determinado proyecto, solicitándose a la Dirección de Urbanismo, Avalúos y Registro que realice dicho avalúo, sin tomarse en cuenta el beneficio para el inmueble que va a reportar por la construcción de la obra, ni las mejoras realizadas luego de la iniciación del trámite de expropiación. Por lo tanto la fecha que establece el límite para realizar mejoras que se puedan incluir en la valoración del predio a expropiarse será la fecha de la orden administrativa del Alcalde disponiendo el inicio del proceso.

Esta disposición busca evitar un enriquecimiento ilícito del propietario del predio expropiado. Por ello no es procedente o conveniente que el sujeto expropiado haga ampliaciones o reparaciones en su inmueble, cuando este va a incluirse dentro de un proceso de expropiación. Esta disposición puede tener problemas prácticos, ya que en algunos casos los propietarios de

bienes inmuebles que se van a expropiar, tienen en arrendamiento sus inmuebles, y muchas veces es el inquilino quien realiza mejoras o reparaciones, con contratos de arrendamiento que muchas veces no se encuentran formalizados bajo escritura pública o no se encuentran inscritos en el Registrador de la Propiedad o en la oficina de Inquilinato, por lo que luego de la expropiación, se dificultará ejercer los derechos que confieren el Art. 1901 de la Codificación del Código Civil.

Otra pretensión que es completamente equivocada, y que erróneamente se solicita por parte del demandado en los juicios de expropiación, es por ejemplo cuando el predio fue expropiado en el 2004 y en ese mismo año se presentó la demanda de expropiación. El demandado recién comparece en el año 2007 y solicita que se haga un nuevo avalúo del predio con las consideraciones actuales del predio. Esta pretensión no es válida por la norma señalada, además porque no se pueden considerar la plusvalía producida por la ejecución de la obra, ni los arreglos hechos con posterioridad al inicio del expediente de expropiación

Este artículo dispone imperativamente abonar al propietario además del precio establecido convencional o judicialmente un 5% como precio de afección. Sin embargo, conozco que esta norma se aplica muy poco en el caso de llegar a un acuerdo extrajudicial, ya que muchas veces se prefiere

pagar un 10% más del predio de conformidad con el Art. 58 párrafo cuarto de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Luego de este primer análisis surge la pregunta: ¿Se puede pedir las 2 pretensiones al precio final del predio materia de la presente expropiación? Es decir un 15% sobre el avalúo inicial. De la lectura del Art. 58 de la citada norma se establece que el precio que se convenga no podrá exceder del diez por ciento sobre dicho avalúo, por lo que esta opción estaría descartada.

Volviendo a la disposición del artículo 244, se podría concluir que la Municipalidad no está obligada a pagar el 10% determinado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sin embargo por un acuerdo entre el propietario y los representantes judiciales y extrajudiciales de la Municipalidad, el Alcalde y el Procurador Síndico en su caso, se puede llegar a un precio conveniente que produzca la aceptación por parte del propietario para suscribir la respectiva escritura pública de compraventa por expropiación, precio final al cual se le deberá abonar el 5% por afección.

Un aspecto importante a tener en cuenta en esta reflexión sobre el porcentaje que se puede pagar por sobre el avalúo establecido inicialmente, es que rige la actividad administrativa de las municipalidades, por lo tanto en materia de expropiación, rigen las normas establecidas, por dicha norma.

Este criterio es compartido por el Dr. Nelson López Jácome quien acertadamente expone: “Las Municipalidades por tener su ley especial no es aplicable la Ley de Contratación Pública en cuanto al avalúo de la propiedad de la zona urbana, correspondiéndole al Jefe o Director de Avalúos y Catastros efectuar dicho avalúo, de conformidad con el artículo 316 (313 actual) de la Ley de Régimen Municipal. La Ley de Contratación Pública es especial respecto de las otras instituciones de la administración pública, criterio que es compartido por la Procuraduría General del Estado”

Para el caso del resto de instituciones públicas que no están bajo la Ley Orgánica de Régimen Municipal, no quedaría ninguna duda, por lo que podrían acordar hasta un 10% sobre el avalúo inicial del predio, sin necesidad de pagar nada por afección.

En el caso de que el precio sea determinado en juicio, el juez deberá ordenar que se pague el 5% por afección, en el caso de que la entidad expropiante sea una municipalidad, sea cual fuere el precio estipulado al final del juicio, salvo en el caso de que el demandado se allane al precio establecido por la corporación edilicia, y que esta ya halla abonado el 5% de afección.

Precio por expropiación se lo puede abonar en dinero en efectivo o a plazos, de mutuo acuerdo con el expropiado. En el caso de pagarse a plazos se

pagará el interés legal. Cabe señalar que tanto el pago del precio de forma judicial o extrajudicial se lo está realizando a través del Reglamento Sustitutivo para el pago de las remuneraciones a los servidores públicos y de todas las obligaciones adquiridas y anticipos legalmente comprometidos que deban realizar las instituciones del sector público, a través del Sistema de Pagos Interbancarios del Banco Central del Ecuador expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 1553, publicado en el Registro Oficial No. 300 del 27 de junio del 2006. Es decir que ya no se lo realiza directamente a través de entrega de cheques, sino a través de acreditación en cuenta del beneficiario.

4.7.4.3. Aspectos sobre la valoración de inmuebles.

Este valor constituye el valor intrínseco, propio o natural del inmueble y servirá de base para la determinación de impuestos y para otros efectos no tributarios como los de expropiación. Para establecer el valor de la propiedad se considerará, en forma obligatoria, los siguientes elementos:

- a) El valor del suelo, que es el precio unitario de suelo, urbano o rural, determinado por un proceso de comparación con precios de venta de parcelas o solares de condiciones similares u homogéneas del mismo sector, multiplicado por la superficie de la parcela o solar;
- b) El valor de las edificaciones, que es el precio de las construcciones que se hayan desarrollado con carácter permanente sobre un solar, calculado

sobre el método de reposición; y, c) El valor de reposición, que se determina aplicando un proceso que permite la simulación de construcción de la obra que va a ser evaluada, a costos actualizados de construcción, depreciada de forma proporcional al tiempo de vida útil.

c) Las municipalidades mediante ordenanza establecerán los parámetros específicos que se requieran para aplicar los elementos indicados en el inciso anterior, considerando las particularidades de cada localidad.”

La Ordenanza que rige actualmente la elaboración de los avalúos por expropiación es la Ordenanza que establece el avalúo de los predios urbanos y de las cabeceras Parroquiales de las Parroquias Rurales.

En la práctica un predio puede tener un mayor o menor avalúo, dependiendo su ubicación, las características del predio, su longitud, etc. Los rubros a considerarse en el avalúo de un predio son básicamente tres: terreno, edificaciones y obras complementarias. El terreno incluye el suelo, y en determinados casos algún tipo de relleno que pueda tener el mismo. Las edificaciones comprenden la construcción principal y sus respectivos anexos. Las obras complementarias son los cerramientos, las plantas, etc.

4.7.5. Impugnación

El Art. 450 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, prevé la impugnación: "Los propietarios de los bienes

declarados de utilidad pública podrán impugnar la resolución administrativa de expropiación, dentro de quince días hábiles siguientes; de no existir respuesta a la impugnación la declaratoria de utilidad pública quedará sin efecto. De la resolución sobre la impugnación, no habrá recurso alguno en la vía administrativa"⁸¹.

La impugnación implica la objeción, refutación. Se refiere tanto a los actos y escritos de la parte contraria, cuando pueden ser objeto de discusión ante los tribunales.

4.7.6. Precio de afección.

"En todos los casos de expropiación se podrá abonar al propietario, además del precio establecido, hasta un cinco por ciento adicional como precio de afección"⁸².

La afectación es la adscripción o destino de ciertos medios al fin de la expropiación.

¿Cómo fijamos la cuantía en la expropiación?. Si bien la Ley no nos ha dado una fórmula para fijar la cuantía en el juicio de expropiación, como lo ha hecho en los casos de demandas que versen sobre alimentos o arrendamiento, en

⁸¹. CODIGO Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Art. 450: **Impugnación**

⁸². CODIGO Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Art. 451: **Precio de afección**

cambio atendiendo al significado del término jurídico "cuantía", que es el cuanto, el monto o la cantidad que se considera cuesta la cosa reclamada, en mi criterio, debemos fijar la cuantía de la demanda de expropiación atendiendo el avalúo fijado por la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros (DINAC).

4.7.7. Forma de pago.

El Art. 452 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, determina la forma de pago: "La forma de pago ordinaria será en dinero. De existir acuerdo entre las partes podrá realizarse el pago mediante la permuta con bienes o mediante títulos de crédito negociables, con vencimientos semestrales con un plazo no mayor a veinticinco años.

"Del valor a pagar, se descontarán los impuestos, tasas y contribuciones que el titular esté adeudando por el inmueble expropiado.

En los casos de expropiación que afecten a urbanizaciones de interés social o asentamientos populares se podrán crear programas de reasentamiento en condiciones que compensen los posibles prejuicios, en acuerdo con las personas afectadas"⁸³.

4.7.8. Juicio de expropiación.

⁸³. CODIGO Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Art. 452: **Forma de pago**

El Art. 453 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, propone el juicio de expropiación: "Si no fuere posible llegar a un acuerdo sobre el precio de los bienes expropiados, la administración podrá proponer juicio de expropiación ante la justicia ordinaria, de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Civil, juicio que tendrá como único objetivo la determinación del valor del inmueble"⁸⁴.

El juicio de expropiación, reglado en la Sección 19ª, del Título II, del Código de Procedimiento Civil, sólo tiene por objeto determinar la cantidad que debe pagarse por concepto del precio de la cosa expropiada por causa de utilidad pública, cuando expropiante y expropiado no han llegado a un avenimiento extrajudicial al respecto.

4.7.8.1. Procedimiento

El procedimiento en caso de no llegarse a un acuerdo entre la administración y los propietarios respecto del precio del inmueble declarado de utilidad pública.

En el caso, se deberá proceder a instaurar el juicio de expropiación, cuyo único objetivo es el fijar la cantidad que debe pagarse en concepto de precio por el bien expropiado. Es necesario formular ciertas interrogantes, que al resolverlas nos permitirán tener mayor posibilidad de éxito en la batalla legal, así:

⁸⁴. CODIGO Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Art. 453: **Juicio de expropiación**

- ¿Ante qué Juez se plantea el juicio de expropiación?. La regla de oro en materia civil es que toda persona tiene derecho a no ser demandada sino ante el Juez de su domicilio.

Pero esta regla tiene sus excepciones, que precisamente en el juicio de expropiación deben ser aplicadas y es así que el mismo Código de Procedimiento Civil, en su Art. 30, numeral 4, nos señala que además del Juez del domicilio, es también competente el Juez del lugar en que estuviere la cosa raíz materia del pleito, y esta excepción a la regla general es también respaldada por el Art. 32 del mismo cuerpo de ley, en donde ya de manera imperativa se señala que si el juicio versa sobre asuntos para cuya resolución se requiere conocimientos locales o inspección judicial, que es el caso de la expropiación, el Juez competente es el del lugar donde estuviere la cosa a que se refiere la demanda.

Y para ratificar esta aseveración, de tal manera que quede absolutamente despejada la duda sobre qué Juez es el competente para conocer los juicios de expropiación, el mismo Código de Procedimiento antes señalado en el Art. 795 nos señala, en forma categórica y expresa, que este juicio "se tramitará ante los jueces de lo civil, competentes por razón del territorio".

Por lo tanto el Juez competente al que tiene que acudir la administración para plantear la demanda de expropiación, siempre será un Juez de lo Civil del

lugar en donde se encuentre ubicado el bien materia de la declaratoria de utilidad pública.

Puede ocurrir que el bien a expropiarse se encuentre ubicado en dos o más cantones o provincias; si ello ocurriese, la salida jurídica para saber en estos casos cual es el Juez competente, nos la da el ordinal 4º del Art. 30 del Código de Procedimiento Civil, en forma precisa y clara.

Asimismo, vale indicar que si en el lugar en que se encuentre el bien, existen varios jueces de lo civil (generalmente esto ocurre en las capitales de provincia), la demanda se presentará ante la Oficina o Sala de Sorteos, para que se designe el Juez al que le tocará conocer y resolver del asunto.

Valga por último decir que los jueces civiles por mandato de la Ley de la Función Judicial, sólo tienen jurisdicción cantonal y no provincial, como ocurría en antaño.

- En el juicio de expropiación, cuando no se conoce el domicilio de la parte demandada, ¿se procederá conforme lo establece el Art. 86 del Código de Procedimiento Civil?. Por regla, cuando no se conoce el domicilio de una persona que está demandada, se la cita conforme señala el Art. 86 del Código de Procedimiento Civil. Pero en el juicio de expropiación existe un procedimiento diverso, sui géneris, que manda que en el evento de

desconocerse el domicilio del propietario o persona que tenga derechos reales sobre el bien a expropiarse, para que sea legal su citación, se deberá citarlo publicando en uno de los diarios de Quito o Guayaquil y en el Registro Oficial el extracto de la demanda y la providencia recaída en ella (ver Art. 795 del Código de Procedimiento Civil).

- ¿Qué tipo de trámite se sigue para expropiar?. Los trámites que dispone nuestro sistema procesal civil, se clasifican en forma general en dos: los ordinarios y los especiales.

El Código de Procedimiento Civil no señala que todo litigio judicial al cual no se le ha determinado un procedimiento especial se tramitará en juicio o trámite ordinario.

En consecuencia y razonando a contrario sensu, debemos concluir que todos aquellos litigios a los cuales la ley les ha especificado un procedimiento exclusivo y bien definido a seguir serán ventilados en juicio o trámite especial.

En el caso que nos ocupa, en el Libro Segundo, Título II, Sección 19ª, el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano ha determinado un procedimiento especial a seguirse cuando se pretenda expropiar un inmueble por parte del Estado. Por lo tanto concluiremos que el trámite en que se ventilará la causa de expropiación siempre será el trámite especial.

4.7.9. Reversión.

El Art. 454 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dispone la reversión: "En cualquier caso en que el gobierno autónomo descentralizado no destinare el bien expropiado a los fines expresados en la declaratoria de utilidad pública, dentro del plazo de un año, contado desde la fecha de la notificación de tal declaratoria, el propietario podrá pedir su reversión en la forma establecida en la ley.

"De igual manera, podrá solicitar la reversión en el caso que el gobierno autónomo descentralizado no hubiere, dentro del mismo plazo, cancelado el valor del bien siempre que no hay sentencia de por medio"⁸⁵.

Entiéndase por reversión al estado anterior. Reintegro a la propiedad del dueño primitivo.

4.7.10. Pago por compensación.

El Art. 455 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, manda el pago por compensación: "Si la declaratoria de utilidad pública se hubiere realizado por el ensanche de vías o espacios públicos, o para la construcción de acueductos, alcantarillas u otras obras

⁸⁵. CODIGO Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Art. 454: **Reversión**

similares y no comprendiese sino hasta el cinco por ciento de la superficie de un predio, el valor del bien expropiado podrá compensarse, en todo o en parte, con el de la contribución especial de mejoras correspondiente a la obra pública. Si fuere necesario un espacio mayor o si debieran demolerse construcciones, se procederá conforme a las normas generales"⁸⁶.

El precio en una compra es un elemento producido en el mercado y también producto del acuerdo; en la expropiación la indemnización responde a pautas impuestas por el legislador y por mandato de la Constitución".

4.7.11. Tributos y derechos

El Art. 456 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, prohíbe tributos y derechos: "En los procedimientos de expropiación, a partir de la notificación de la declaratoria, no se generarán sobre el bien, impuestos, tasas, derechos o cualquier otra prestación patrimonial de registro, inscripción o protocolización de los documentos que produzcan o de los actos jurídicos que se produzcan"⁸⁷.

No hay tributo sin ley previa que lo establezca, lo cual significa un límite formal a la coacción, así como la capacidad contributiva es un límite sustancial de razonabilidad y justicia. El hecho de estar contenido el tributo en ley significa

⁸⁶. CODIGO Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Art. 455: **Pago por compensación**

⁸⁷. CODIGO Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Art. 456: **tributos y derechos**

someterlo al principio de legalidad enunciado en el aforismo latino nullum tributum sine lege (Comf. Jarach, El Hecho..., p. 19).

4.7.11.1. Expropiación y tributos.

En lo concerniente a tributos, está claro que el pago del precio está exento de toda clase de impuestos. Sin embargo en la práctica puede haber algunos problemas. Por ejemplo que se quiera liquidar alcabalas o impuesto a la plusvalía cuando se realiza la compraventa. Los notarios que realizan las escrituras públicas de compraventa están obligados a aplicar esta disposición por lo que no tendrán que liquidar ningún impuesto. Lo que si recomiendo por experiencia profesional, es poner como nombre del contrato: “Compraventa por expropiación”, para evitar cualquier tipo de inconvenientes tributarios. Aconsejo también insertar esta disposición legal en la minuta de compraventa por expropiación.

Otro aspecto importante en materia de impuestos es la obligación o no de pagar impuesto predial de un predio expropiado. Esta duda la ha resuelto la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su Art. 58 párrafo octavo que dispone:

“Para la transferencia de inmuebles adquiridos por declaratoria de utilidad pública, los dueños deberán tener cancelados todos los impuestos

correspondientes a dicha propiedad, excepto el pago de la plusvalía y los que correspondan a la transferencia de dominio, que no se generarán en este tipo de adquisiciones. Si los tributos se mantuvieran impagos, del precio de la venta, se los deducirá.”

Cabe diferenciar si la expropiación se realiza a través de un juicio de expropiación o de una compraventa. En el segundo caso, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ha normado este tema. Si la expropiación se la realiza a través de un juicio de expropiación, es aplicable la disposición del Art. 326 letra f) de la LORM que establece:

Se diferencia aquí dos momentos, los impuestos adeudados antes de la citación al demandado, los cuales se deben sin ninguna alteración; y los impuestos después de la citación, los cuales de conformidad con esta disposición se encuentran exentos del pago.

Surge la inquietud si del precio a pagarse por la expropiación, la municipalidad puede solicitar que se deduzcan los impuestos adeudados hasta la fecha de la citación al demandado. Siguiendo el espíritu de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su Art. 58, considero plenamente viable esta pretensión.

4.7.12. Expropiación de bienes de valor artístico, histórico o arqueológico.

El Art. 457 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, prevé la Expropiación de bienes de valor artístico, histórico o arqueológico: "La expropiación de bienes muebles o inmuebles de valor artístico, histórico o arqueológico, se llevará a cabo de acuerdo con las disposiciones pertinentes de esta sección y de la ley que regule a los bienes patrimoniales en lo que sea aplicables, en razón de la naturaleza del bien a expropiarse"⁸⁸.

4.8. JURISPRUDENCIA

4.8.1. Caso de jurisprudencia: naturaleza jurídica⁸⁹.

La expropiación es una institución de derecho público, distinta o diversa de la compraventa de derecho privado. Por lo mismo, no es científicamente aceptable aplicar libremente o intercambiar arbitrariamente los regímenes legales que regulan al Instituto expropiatorio y al Instituto de la Compraventa.

⁸⁸. CODIGO Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Art. 457: **Expropiación de bienes de valor artístico, histórico o arqueológico**

⁸⁹. Casación 46: del 16 de abril de 1996, Publicada en el Registro Civil N° 1005 del 7 de agosto de 1996, Sala de lo Civil y Mercantil, en Repertorio Jurídico, Tomo XLII, p. 93

La compraventa es un negocio jurídico bilateral y voluntario, mientras que la expropiación por declaración de utilidad pública es un acto unilateral de poder, juri imperti, por el cual el Estado, o las entidades del sector público, actuando y obrando como poder público, adquiere el dominio de la cosa expropiada sin necesitar del consentimiento del propietario.

Como lo expresa Salvat -Tratado de Derecho Civil Argentino- Derecho Reales, Título II, p. 69- con apoyo en la jurisprudencia de su país, en la expropiación "no hay transmisión del dominio al expropiador, sino transferencia del bien de que éste se incauta en el ejercicio de su poder soberano".

Bartolomé Florini, en su Manual de Derecho Administrativo, T., p. 870, va más lejos, al sostener que "...no es el Código Civil la fuente del instituto expropiatorio creado en la Constitución, que otorga al Estado la prerrogativa de dejar sin efecto algo que declaró con carácter inviolable perpetuo.

El codificador fue consecuente con su posición, porque en ningún capítulo regló el instituto expropiatorio.

4.8.2. Caso de indemnización⁹⁰.

El cumplimiento en el pago de la indemnización en un proceso de expropiación no excluye los efectos propios de una obligación bilateral, como son el derecho

⁹⁰. Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Proceso: 579-95, Sentencia del 13 de abril de 1998, Publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 15 del 31 de agosto de 1998, en Repertorio Jurídico, Tomo XLV, p. 32. Referencia: Ver contratos, incumplimiento, pp. 27-29 y, obligaciones, p. 76-79

alternativo que corresponde al acreedor de exigir el cumplimiento y la indemnización de perjuicios.

4.9. COMENTARIOS DEL AUTOR.

La Expropiación constituye una de las medidas interventoras administrativas más enérgicas por su contenido el sacrificio de las situaciones patrimoniales de los administrados- y también, quizá por ello, como una de las que se expresa en un sistema institucional más objetivado y, asimismo, más delicado. En la expropiación, se presenta una doble faz: Por una parte, supone un poder de la Administración de abatir y hacer cesar la propiedad y las situaciones patrimoniales de los administrados; por otro lado, su regulación se articula en muy buena medida como un sistema de garantías ofrecido a estos administrados que sufren sobre su patrimonio la violenta inmisión administrativa.

El artículo 323 de la Constitución de la República es expresivo de dicha doble faz, cuando dispone lo siguiente: “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”.

La expropiación recae sobre cualquier tipo de bienes que pertenezcan al sector privado, y no sólo los inmuebles o corporales. Esto resulta del contexto normativo de la Constitución. Los bienes pueden ser corporales o incorporeales, y la Constitución reconoce el derecho de propiedad "en cualquiera de sus formas", al tiempo que trata sobre diversas manifestaciones de propiedad sobre los mismos, como es el caso de la propiedad intelectual. Habiendo un tratamiento normativo de diversas clases de bienes, si el artículo 323 de la Constitución incorpora únicamente el término genérico "de bienes", el intérprete no puede restringir el sentido de las palabras si el constituyente no lo ha hecho. Los bienes muebles y los incorporeales pueden ser objeto de expropiación, lo cual representa cierta novedad en nuestra legislación.

En el artículo 323 de la Constitución de la República, podemos observar que la expropiación, para ser legítima, debe reunir los siguientes requisitos esenciales, que al encontrarse previstos en la Constitución prevalecen sobre cualquier ley:

- 1) Que exista un fin social (causa expropriandi);
- 2) Que ese fin social sea determinado por un instrumento normativo con rango de ley;
- 3) Que se efectúe mediante el procedimiento y en los plazos que señalen las normas procesales; y,

4) Que previamente exista una justa valoración, pago e indemnización.

La previsión constitucional de estos requisitos esenciales de legitimidad permite afirmar que en la expropiación se encuentran articulados el reconocimiento del derecho de propiedad y la función social de la misma, en cuanto esta expresa la primacía del interés general y de las necesidades colectivas.

En efecto, la exigencia de un "fin social" determina que la expropiación tiene un fundamento preciso (causa expropiandi), y mientras dicho fundamento no se constate o no exista, el derecho real del ciudadano permanecerá incólume, sin que sea legítimo intervenir en él o menoscabar su ejercicio.

La causa expropiandi expresada en los términos "fin social" que emplea la Constitución debe ser precisada por un instrumento normativo con rango de ley.

Esto no deriva de la sola interpretación gramatical del artículo 323 de la Constitución vigente (por el solo hecho del empleo de la palabra "ley" en el texto constitucional) sino que resulta del espíritu mismo que inspira a la Norma Suprema para reconocer y garantizar a los derechos fundamentales, y de la consideración de las características de la ley frente a otros

instrumentos normativos. Siendo el más alto deber del Estado el respetar y hacer respetar los derechos humanos.

La causa expropiandi, como expresa la Constitución, se expresa en un "fin social". Interesa destacar al respecto, que el sustantivo "fin" se acompaña del adjetivo "social", y esto último es determinante en materia de expropiación. En efecto, la causa expropiandi no puede ser concebida como cualquier fin que se pretenda dar al bien expropiado, de modo que llegue a convertirse a la expropiación en el sistema de enriquecimiento de la entidades públicas. Por ejemplo, si la Ley de Turismo precisa un fin social que justifica las expropiaciones previstas en dicha Ley, no puede concebirse que se prive al ciudadano de un bien suyo, a pretexto de "fin social" turístico, para destinar tal bien a la distracción de los funcionarios de la entidad expropiante.

Al hablar de "fin social", como su nombre lo indica, se alude al beneficio colectivo, comunitario, o a la satisfacción de una necesidad pública, a los cuales debe servir el bien expropiado por configurarse la causa de la expropiación. De lo contrario, esta resultará ilegítima, ya que el fundamento de la institución y la lógica que la explica está en el bien común. La ausencia de un beneficio colectivo o necesidad pública, o la falta de relación o debida congruencia entre el fin declarado como justificativo de la expropiación y el destino efectivo del bien expropiado, viola el derecho de propiedad, al tiempo

que configura vicio de desviación de poder, con la consecuencia de nulidad absoluta de los actos administrativos que se hayan dictado como resultado del procedimiento de expropiación.

La justificación de la expropiación en un "fin social" no sólo obliga a la Administración pública, sino que también presenta una concreta exigencia al legislador. La facultad de definir el "fin social", caracterizado como el beneficio de la colectividad o la satisfacción de una necesidad pública, tiene límites para el legislador en ese mismo contenido, de modo que no cualquier fin es social, y si no lo es, la ley que lo incorpore al ordenamiento será inconstitucional.

MATERIALES Y MÉTODOS

5.- MATERIALES Y METODOS.

Para desarrollar el presente trabajo investigativo, se utilizó la siguiente metodología: Los materiales utilizados y que permitieron el desarrollo y realización del esquema y texto de la presente investigación, estuvieron conformados por libros, hojas, esferos, computadora, grabadoras, cassetes y demás afines.

5.1.- TIPO DE ESTUDIO.

El desarrollo de la presente investigación se constituyó en un trabajo descriptivo y explicativo como base para determinar la improcedencia en la aplicación de la Sección Séptima del Capítulo Octavo, del Título Sexto H del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización en relación con el Art. 323 de la Constitución de la República, relacionado con la declaratoria de expropiación realizada por las municipalidades del país, toda vez que con su aplicación, se violenta el principio de protección a la propiedad privada, consagrado en la Carta Fundamental del Estado.

5.2. PROCEDIMIENTO.

Para la obtención de la información se utilizó como instrumento básico una encuesta pre-elaborada, la misma que sirvió como fundamento para poder realizar un diagnóstico jurídico sobre el tema de estudio.

5.3.- LUGAR Y TIEMPO.

Se realizó la investigación en la ciudad de Loja, durante los meses de enero a mayo del 2011.

5.4.- MUESTRA.

La muestra fue recogida a través de 30 encuestas aplicadas a los distintos abogados y jueces de la ciudad de Loja.

5.5.- TECNICAS Y PROCEDIMIENTOS.

Para poder realizar el desarrollo del trabajo de investigación, se recurrió a la aplicación de las siguientes técnicas:

5.5.1. Encuestas

Las encuestas se aplicaron a toda la muestra en estudio; las mismas que permitieron realizar un estudio jurídico sobre la problemática planteada, así como determinar la necesidad de incrementar la reforma de ley, que se presenta al final de este estudio.

5.5.2. La Observación

Mediante la observación se corroboró la necesidad de demostrar que la aplicación del Título Sexto H del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Capítulo Octavo Sección Séptima artículo 446 a Art. 459, en relación con relación del Art. 323 de la Constitución de la República, relacionado con la declaratoria de expropiación realizada por las municipalidades del país, violenta el principio de protección a la propiedad privada, consagrado en la Carta Fundamental del Estado.

5.6.- METODOS.

El proceso metodológico que se siguió para lograr el desarrollo de toda la temática que se propuso en la presente investigación, estuvo estructurado en cuatro fases bien definidas, siendo éstas las siguientes:

5.6.1. Fase de recopilación.-

En esta fase se procedió a la adquisición de la bibliografía pre establecida, a la selección de literatura jurídica pertinente al caso, lo cual permitió ir creando el marco teórico sobre el problema planteado, procediendo a la lectura comprensiva y al resumen teórico acerca de los contenidos del esquema presentado. En esta fase se utilizó la técnica del fichaje, particularmente de fichas bibliográficas y nemotécnicas y el procesamiento de datos en computadora.

5.6.2. Fase de Indagación.- Se revisó sobre los principales indicadores de la hipótesis formulada, tanto en la bibliografía seleccionada como en la información de campo que se aplicó, a través de treinta encuestas dirigidas a jurisconsultos de la localidad, tanto abogados, como jueces.

5.6.3. Fase de Análisis.- Consistió en un proceso de revisión y análisis de los resultados obtenidos en las fases anteriores, hasta obtener una idea clara de la importancia y necesidad de que se reforme el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, la Sección Séptima del Capítulo Octavo del Título Sexto H .

5.6.4. Fase de Síntesis.- En esta fase se concretaron las conclusiones y recomendaciones, así como el proyecto de Ley Reformativa, el cual se sustentó en el marco teórico desarrollado y la investigación de campo aplicada. Para poder cumplir este proceso, se recurrió al método científico, así como al deductivo, que permitieron partir de lo general a lo particular a fin de llegar a las propias conclusiones. Asimismo, se utilizó el procedimiento de análisis y síntesis que permitió en forma clara, coherente y resumida, a presentar las propias ideas y conclusiones.

RESULTADOS

6.- RESULTADOS.

6.1.- Resultados de la aplicación de Encuestas.

Una vez que se procedió a realizar la aplicación de treinta encuestas, las mismas que estuvieron dirigidas a diferentes jurisperitos de la ciudad de Loja, éstos han sido los resultados obtenidos de las mismas.

PRIMERA PREGUNTA:

¿Qué es para usted la Expropiación?

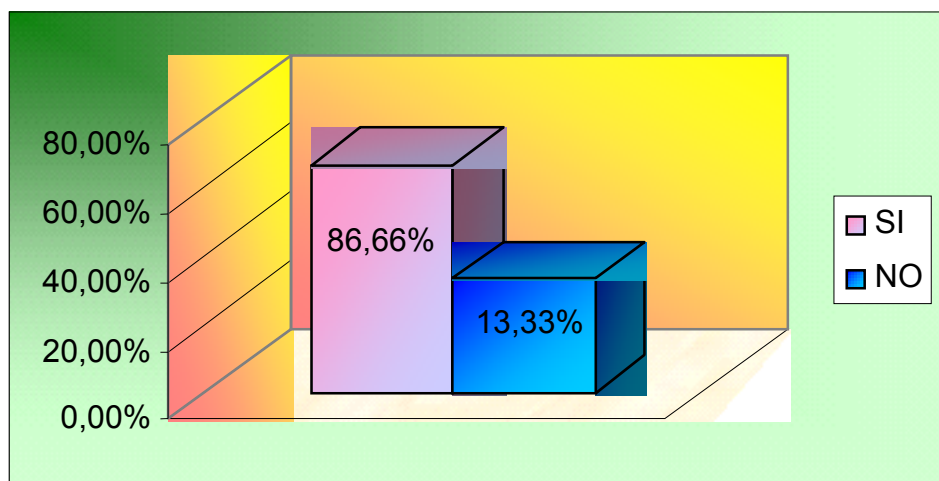
TABLA 1

INDICADORES	F	%
La Expropiación reversión de la propiedad al Estado	26	86.66%
La Expropiación atenta derecho de propiedad	4	13.33%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta directa.

Elaboración: Ramiro Valdivieso Celi

Gráfico Nro. 1



Interpretación: De las treinta personas encuestadas, veinte y seis de ellas, que representan el 86.66% sostienen que la expropiación, es el modo por medio del cual, el Estado, a través de sus instituciones, o los municipios y demás organismos autorizados por la ley, proceden a revertir el dominio de un bien inmueble particular a favor de éstos, para la realización de alguna obra, con beneficio social, previo el pago justo de lo que representa esa propiedad. Por el contrario las cuatro personas restantes, que representan el 13.33%, sostienen que la expropiación es un medio ilegal del cual se vale el Estado, para quitar el dominio a los más necesitados, mediante un pago injusto e inequitativo.

Análisis: De los resultados obtenidos en esta primera pregunta, nos podemos dar cuenta, que el concepto de la mayoría de las personas han sido encuestadas, respecto a la Expropiación, es el correcto, toda vez que, que esta institución lo que persigue, es el de revertir la propiedad particular,

para que cumpla fines sociales, previo el pago de una indemnización justa, toda vez, que siempre debe primar el interés colectivo frente al particular, por, que así lo exige la ley, al señalar que la expropiación se dará por causa de utilidad pública, o interés social.

SEGUNDA PREGUNTA:

¿Considera usted que nuestra Constitución de la República, garantiza el derecho a la propiedad privada?

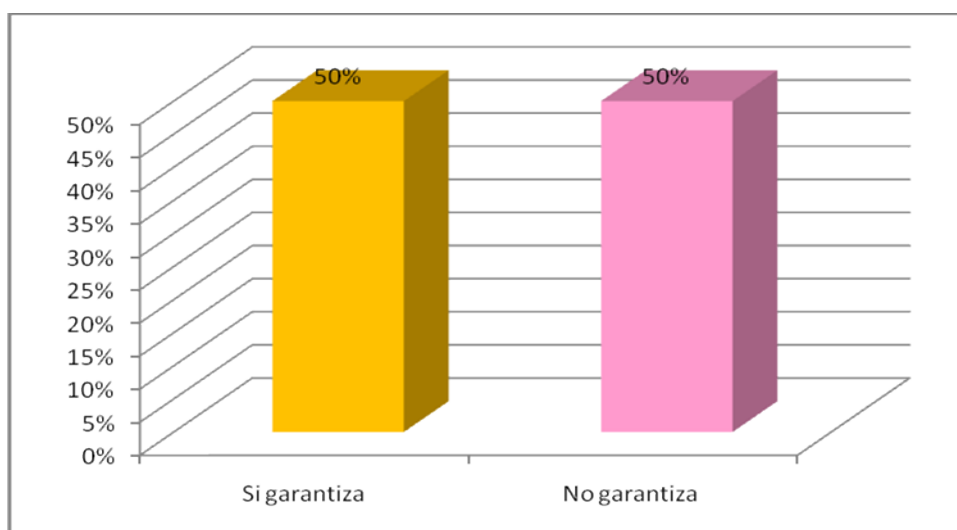
TABLA 2

INDICADORES	FRECUENCIA	%
Si garantiza	15	50%
No garantiza	15	50%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta directa.

Elaboración: Ramiro Valdivieso Celi

Gráfico Nro. 2



Interpretación: De las treinta personas que se encuestaron, 15 de ellas, que representan el 50%, sostienen que si bien la Constitución establece que garantizará a la propiedad mientras ésta cumpla una función social, el procedimiento para la expropiación sí implica una violación a este derecho, toda vez, que no se procede a realizar el pago justo y previo, del valor que representa la propiedad, mientras que las quince personas restantes, señalan que el solo hecho de permitir la expropiación, constituye ya un atentado contra el derecho de propiedad, por lo que consideran que la Constitución no lo garantiza.

Las otras quince personas que representan el 50% restante, sostienen que de ninguna manera se puede hablar de garantía a la propiedad, cuando el Estado, a través del actual gobierno, está implementando un sinnúmero de expropiaciones, sin una causa justa, por lo que la garantía solo ha quedado en el texto de la Constitución y no en la práctica.

Análisis: De los resultados obtenidos en esta pregunta, se puede apreciar que casi en su mayoría, los encuestados coinciden de que no se está cumpliendo con el principio declarativo de la Constitución de garantizar a la propiedad privada en cualquiera de sus formas, mientras ésta cumpla una función social, ya que al permitirse la expropiación, justa o injusta, se atenta contra el derecho de toda una familia, a tener una vivienda digna en la que pueda habitar, sin importar que se les haya retribuido el valor económico que

represente dicha propiedad, porque más allá de ese aspecto, hay situaciones de vecindad, que hacen el convivir diario, de la persona cuyo bien se expropia.

TERCERA PREGUNTA:

¿Conoce usted, cuáles son los requisitos para que se pueda dar la expropiación?

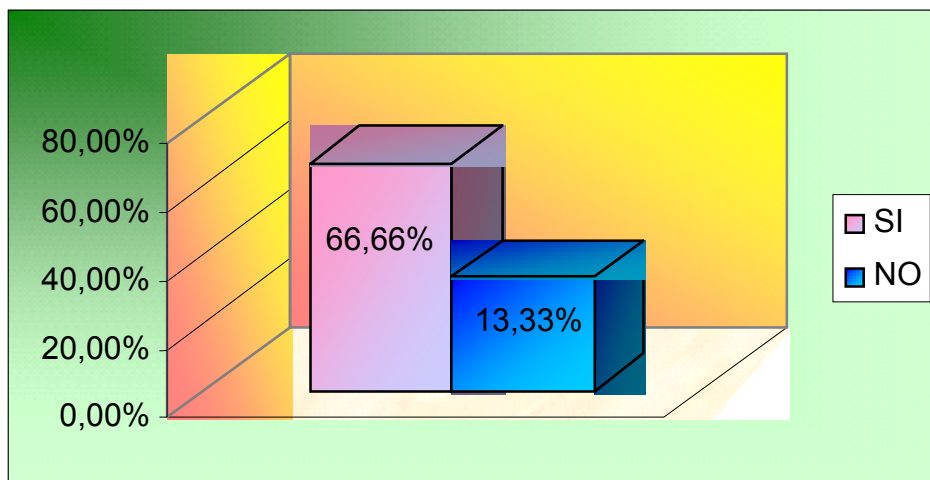
TABLA 3

INDICADORES	FRECUENCIA	%
Si conocen	20	66.33%
No conocen	10	33.33%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta directa.

Elaboración: Ramiro Valdivieso Celi

Gráfico Nro. 3



Interpretación: De las treinta personas que fueron encuestadas, veinte de ellas, que representan el 66.6%, sostienen que para que el Estado, a través de sus instituciones pueda realizar la expropiación, debe previamente, decretarse la utilidad pública y el fin social que va a cumplir dicha propiedad, para posteriormente, previo el pago del valor del inmueble, se proceda a la expropiación.

Los diez encuestados restantes, que representan el 33.33%, sostienen que para que se dé la expropiación, primero debería estudiarse la factibilidad de permutar con el propietario del bien inmueble, toda vez que existen casos, en que no tiene a donde irse y por más que el Estado los indemnice con los valores de sus bienes, esos valores no se los entregan inmediatamente, ni que se les pague lo que realmente valen sus propiedades; y que en muchas de las ocasiones, no les dan a los bienes expropiados, el uso para el cual se decretó la expropiación.

Análisis: Las personas encuestadas son coincidentes en señalar que los requisitos para que se dé la expropiación deben ser, la utilidad pública, ocupación inmediata, interés social, pago de la indemnización justa; pero también son coincidentes en que en toda expropiación, no se respetan estos requisitos, toda vez, que muchas de las expropiaciones, no cumplen con la finalidad para la cual se las decreto; no se realiza el pago acorde al valor real y comercial del bien expropiado; el pago no se lo realiza a tiempo, y siempre

se lo hace en consideración al valor catastral, cuando bien conocemos, que éstos avalúos son irrisorios, por lo que hay la necesidad de implementar la reforma legal que se sugiere al final de este modesto trabajo investigativo.

CUARTA PREGUNTA:

¿Considera usted, que en toda declaratoria de expropiación, se debe proceder a la ocupación inmediata del bien inmueble?

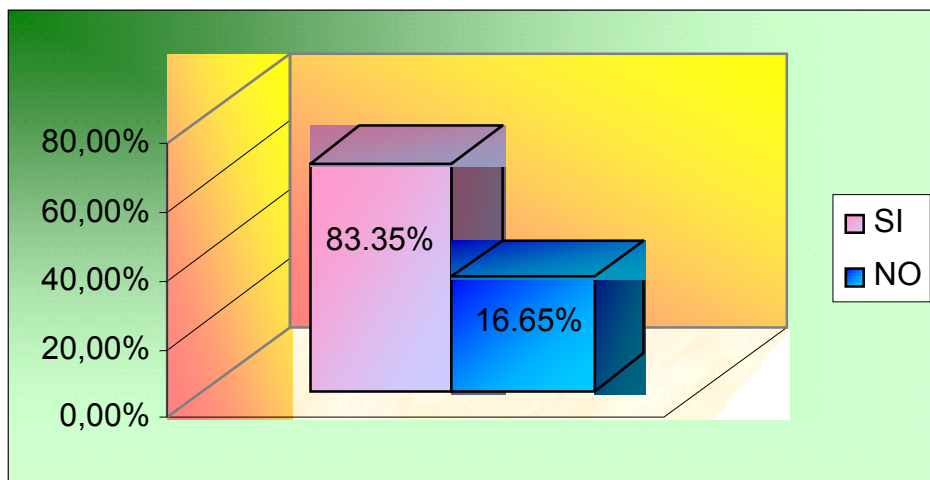
TABLA 4

INDICADORES	FRECUENCIA	%
Si	25	83.35%
No	5	16.65%
Total	30	100%

Fuente: Encuesta directa.

Elaboración: Ramiro Valdivieso Celi

Gráfico Nro. 4



Interpretación: 25 de las personas encuestadas, que representan el 83.25%, sostienen que en ningún caso, se debería proceder a la ocupación inmediata, toda vez que debe dársele la oportunidad al propietario, para que busque otro lugar en el que pueda habitar con su familia, y que además se realice todo el trámite necesario a fin de que se le entreguen los valores justos que le corresponderían por la propiedad expropiada.

Las otra cinco personas, que representan el 16.65%, sostienen que cuando la entidad que va a expropiar, requiere del bien para realizar una obra de interés social, la ocupación debe ser inmediata.

Análisis: Se coincide con la mayoría de las respuestas dadas en el sentido de que, no siempre debe ser la ocupación inmediata, ya que las distintas obras que se van a realizar, en los bienes a expropiarse, no se las planifica de la noche a la mañana, sino que se sujetan a todo un proceso, proceso en el que, desde sus inicios debe ser considerado el propietario, a fin de que haga el también sus gestiones, tendientes a buscar una nueva propiedad, y no se afecte sus intereses familiares; esto, en consideración, como se dijo, la expropiación no se da, de la noche a la mañana.

QUINTA PREGUNTA.

Cree usted que es necesario, que se reforme el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, en el Título Sexto H

Capítulo Octavo Sección Séptima, a fin de que esté en armonía con el principio previsto en el Art. 323 de la Constitución de la República?

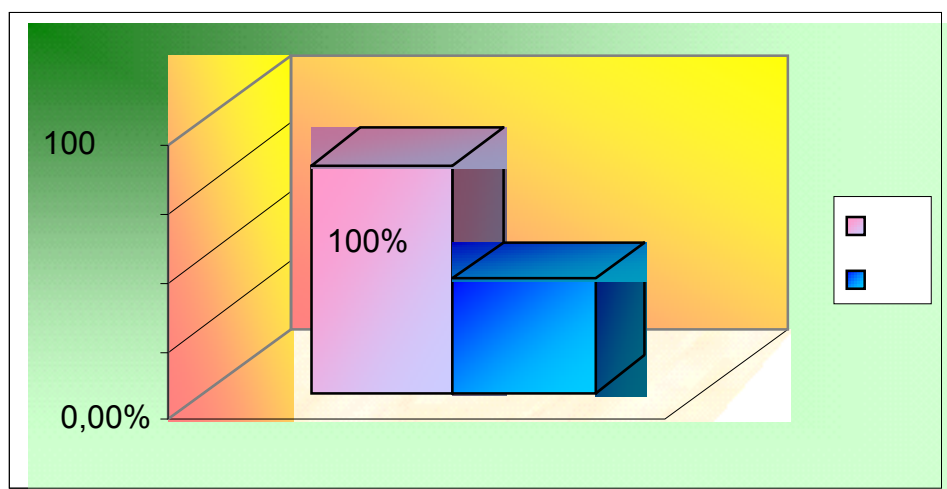
TABLA 5

INDICADORES	FRECUENCIA	%
Es improcedente	30	100%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta directa.

Elaboración: Ramiro Valdivieso Celi

Gráfico Nro. 5



Interpretación: Las treinta personas que fueron encuestadas, sostienen que si es necesario se implemente dicha reforma legal, toda vez que sí, casi en todos los casos prácticos, se ha evidenciado de que no se cumple con el pago justo de los bienes expropiados, por lo que consideran que se los perjudica económicamente.

Análisis: Como se dijo en líneas anteriores, la ley determina que los avalúos se efectuarán con arreglo al valor que tengan los bienes o derechos expropiados, al tiempo de iniciarse el expediente de ocupación, lo cual, desde ya, implica una pérdida económica del propietario, en vista de que el trámite para la expropiación y por consiguiente para el pago, no se lo realiza en el mismo momento de la ocupación, sino que puede tardar muchos meses, e inclusive años, por lo que, es necesario se implemente una reforma en este sentido, a fin de que garanticen efectivamente los derechos del propietario del bien inmueble a expropiarse.

DISCUSIÓN

7.- DISCUSIÓN.

7.1.- Verificación de Objetivos.

Al inicio del proyecto de la investigación jurídica, se propuso la realización de un objetivo general y dos objetivos específicos, siendo éstos, los siguientes:

7.1.1. OBJETIVO GENERAL:

Realizar un estudio histórico, doctrinario, legal y jurisprudencial de la normatividad legal que regula la acción expropiatoria en el Derecho Constitucional ecuatoriano.

Este objetivo se cumplió a cabalidad, por cuanto con el desarrollo de la primera parte de esta investigación, se ha realizado un estudio crítico de las diferentes disposiciones legales que regulan la institución de la Expropiación, señalando cuáles son sus fines y los requisitos necesarios para su procedencia, así como los efectos que ésta produce.

7.1.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS:

El primer objetivo específico, fue el de determinar los problemas del justo precio relacionados con la expropiación.

Al igual que con el objetivo general, este objetivo específico fue verificado, a través del marco doctrinario y análisis de las disposiciones contenidas en la Sección Séptima del Capítulo Octavo, del Título Sexto H del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización así como de la investigación de campo que aplique, concretamente con los resultados obtenidos con la pregunta quinta, del cuestionario de encuestas.

El segundo Objetivo específico, fue el de determinar la necesidad de realizar una reforma legal a la Sección Séptima del Capítulo Octavo, del Título Sexto H del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, el mismo que se ha cumplido, toda vez, que al final de este trabajo, pongo a consideración, un proyecto de reformas a las referidas disposiciones de los Artículos 446 a 459.

7.2.- Contrastación de Hipótesis.

La Hipótesis que se formulo fue, la siguiente: La aplicación de la Sección Séptima del Capítulo Octavo, del Título Sexto H del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, vulnera el derecho a la propiedad privada, garantizado por la Constitución de la República, por lo que es necesario se proceda a su reforma legal.

Luego de haber realizado la investigación de campo y posteriormente analizado los resultados de las encuestas aplicadas, se llegó a determinar que efectivamente, a través de la expropiación, se afecta la garantía constitucional de protección a la propiedad privada, por lo que se hace necesaria una reforma de orden legal.

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROPUESTA DE REFORMAS

El Art. 323 de la Constitución de la República del Ecuador señala la expropiación de bienes: "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"⁹¹.

El mandato antes transcrito tiene concordancia con el Art. 783 del Código de Procedimiento Civil que dispone: "La declaratoria de utilidad pública, para fines de expropiación, sólo puede ser hecha por el Estado y las demás instituciones del sector público, de acuerdo con las funciones que le son propias y siempre que tal declaración sea aprobada, cuando fuere del caso, por el ministerio respectivo.- La declaración de utilidad pública o social hecha por las entidades

⁹¹. CONSTITUCION de la República del Ecuador, Art. 323: **Expropiación de bienes**

ya indicadas, para proceder a la expropiación de inmuebles, no podrá ser materia de discusión judicial, pero sí en la vía administrativa⁹².

Por tanto, el Juez está limitado a fijar mediante sentencia, el precio de la cosa expropiada y no tiene facultad para declarar o no la expropiación ya que ésta fue determinada mediante un procedimiento administrativo previo, como tampoco es factible discutir la declaración de utilidad pública ya que para eso existe la respectiva vía administrativa; en suma, el juicio de expropiación no tiene por objeto la declaratoria de derecho alguno por lo cual no tendría la calidad de juicio de conocimiento⁹³.

El mandato constitucional también tiene concordancia con el Art. 446 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que trata de la expropiación.

7.3.1. JURISPRUDENCIA

Según el aforismo “La Ley reina; pero la Jurisprudencia gobierna” por qué es un conjunto de sentencias uniformes explicativas supletorias y renovadoras, dictadas por los órganos de administración de Justicia, para solucionar

⁹². CODIGO de Procedimiento Civil, Art. 783: **Declaración de utilidad pública**

⁹³.Fallo del 14 de marzo del 2002, en Resolución N° 64-2002,, Publicada en el Registro Oficial N° 570 del 7 de mayo del 2002

conflictos de intereses sociales, generales e individuales, públicos privados y que sirvan para aplicarlos en casos análogos.

7.3.1.1. CASO DE JURISPRUDENCIA: NATURALEZA JURIDICA⁹⁴.

La expropiación es una institución de derecho público, distinta o diversa de la compraventa de derecho privado. Por lo mismo, no es científicamente aceptable aplicar libremente o intercambiar arbitrariamente los regímenes legales que regulan al Instituto expropiatorio y al Instituto de la Compraventa.

La compraventa es un negocio jurídico bilateral y voluntario, mientras que la expropiación por declaración de utilidad pública es un acto unilateral de poder, juri imperti, por el cual el Estado, o las entidades del sector público, actuando y obrando como poder público, adquiere el dominio de la cosa expropiada sin necesitar del consentimiento del propietario.

Como lo expresa Salvat -Tratado de Derecho Civil Argentino- Derecho Reales, Título II, p. 69- con apoyo en la jurisprudencia de su país, en la expropiación "no hay transmisión del dominio al expropiador, sino transferencia del bien de que éste se incauta en el ejercicio de su poder soberano".

Bartolomé Florini, en su Manual de Derecho Administrativo, T., p. 870, va más lejos, al sostener que "...no es el Código Civil la fuente del instituto

⁹⁴. Casación 46: del 16 de abril de 1996, Publicada en el Registro Civil N° 1005 del 7 de agosto de 1996, Sala de lo Civil y Mercantil, en Repertorio Jurídico, Tomo XLII, p. 93

expropiatorio creado en la Constitución, que otorga al Estado la prerrogativa de dejar sin efecto algo que declaró con carácter inviolable perpetuo.

El codificador fue consecuente con su posición, porque en ningún capítulo regló el instituto expropiatorio.

7.3.2. CASO DE INDEMNIZACION⁹⁵.

El cumplimiento en el pago de la indemnización en un proceso de expropiación no excluye los efectos propios de una obligación bilateral, como son el derecho alternativo que corresponde al acreedor de exigir el cumplimiento y la indemnización de perjuicios.

⁹⁵. Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Proceso: 579-95, Sentencia del 13 de abril de 1998, Publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 15 del 31 de agosto de 1998, en Repertorio Jurídico, Tomo XLV, p. 32. Referencia: Ver contratos, incumplimiento, pp. 27-29 y, obligaciones, p. 76-79

CONCLUSIONES

8.- CONCLUSIONES.

Después de haber desarrollado el marco teórico y aplicado la investigación de campo, me permito presentare las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- El Estudio Jurídico de los artículos 446 a 459 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL, AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN, TIENE CONCORDANCIA CON LOS PRINCIPIOS DEL ART. 323 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR”

SEGUNDA.- Que el estudio de la expropiación es importante, ya que constituye una de las potestades que utiliza el Estado para el cumplimiento de sus fines, la misma que se diferencia de otras figuras jurídicas como la confiscación, institución jurídica que permite revertir el dominio de los bienes inmuebles, de particulares al Estado, para la realización de obras de interés social.

TERCERA.- Que la expropiación debe dársele única y exclusivamente, para atender un interés social, superior al interés particular, previo el cumplimiento de los requisitos determinados en los artículos 446 al 459 de la Sección Séptima, del Capítulo Octavo del Título sexto H del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización; y

dentro de los plazos establecidos en el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano.

CUARTA.- Que en lo relacionado al justo precio que se debe pagar por los bienes inmuebles expropiados, el propietario del mismo, en la práctica se considera emitentemente perjudicado, por la ocupación inmediata del bien de su propiedad, no obstante que dicha medida sea estrictamente legal, todo esto, en razón de que el trámite para proceder a la cancelación del justo precio, es demasiado engorroso, lo cual le puede llevar meses o años, y cuando el pago se efectúa, resulta irrisorio frente a la plusvalía que día a día adquieren los bienes inmuebles, lo cual le torna en imposible, poder adquirir una propiedad de las mismas características, a la fecha de realización del referido pago.

QUINTA.- Que los problemas señalados en la conclusión cuarta, se deben al conflicto de normas entre la disposición constitucional de expropiar previa justa valoración, pago e indemnización, con la de ocupación inmediata establecida en la ley adjetiva civil, ya que las normas del Código de Procedimiento Civil son preconstitucionales y por lo tanto no tienen que adaptarse necesariamente a la Constitución que tiene vigencia desde el 10 de agosto de 1998, menos aún a la actual y vigente del 20 de octubre del 2008.

SEXTA.- Que la disposición legal contenida en el Art. 449 de la Sección Séptima, del Capítulo Octavo del Título Sexto H del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización; al señalar que los avalúos se efectuarán con arreglo al valor que tengan los bienes o derechos expropiados al tiempo de iniciarse el expediente de ocupación, sin tener en cuenta la plusvalía que resulte como consecuencia directa del proyecto que motive la expropiación y sus futuras ampliaciones, resulta ilegal e inconstitucional, toda vez, que el pago por dichas expropiaciones no se lo realiza en forma inmediata, lo cual debe ser reformado por la Asamblea nacional.

SEPTIMA.- Que en todos los casos de expropiación, se permita, a las autoridades del organismo o institución que procede a la expropiación, convenga el precio del bien inmueble afectado, atendiendo al valor comercial, ubicación, estado del bien, plusvalía de la zona en que éste se ubica, etc, a fin de que se eviten los problemas judiciales que de su aplicación se pueden derivar.

OCTAVA.- Que en vista de existir un sinnúmero de problemas, no solamente de orden económico, sino, familiar, psicológico y legal, se reforme íntegramente la institución de la Expropiación, a fin de que se garanticen los derechos establecidos en la Constitución de la República, en cuanto tienden a proteger la propiedad privada en cualquiera de sus formas.

RECOMENDACIONES

9.- RECOMENDACIONES.

Con vista de las conclusiones que se dejan señaladas, me permito presentar las siguientes recomendaciones:

PRIMERA.- Que todas las instituciones públicas, a través de sus representantes legales, con la finalidad de hacer respetar el derecho que nuestra Constitución de la República garantiza a los particulares, relacionados con su propiedad, antes de proceder a la expropiación de sus bienes, proceden a realizarles el pago justo, que representa su propiedad, con la finalidad de no causarles problemas, de orden económico.

SEGUNDA.- Que las autoridades que vayan a realizar las diferentes expropiaciones de los bienes inmuebles de los particulares, antes de iniciar el proceso de expropiación, el cual demanda de mucho tiempo, hagan conocer de este particular a los dueños de los bienes inmuebles a expropiarse, a fin de que ellos puedan buscar otro lugar en donde vivan, a fin de evitarles problemas de índole familiar y social.

TERCERA.- Que antes de darse la expropiación de los bienes de los particulares, las instituciones públicas, determinen si realmente hay la necesidad de realizar la obra social, y si cuentan con los recursos económicos necesarios, porque la mayoría de las veces, luego de

decretarse la expropiación, se han visto casos, que no se cumplen con las obras y por lo tanto, la expropiación puede ser revertida, causando graves perjuicios para el Estado.

CUARTA.- Que en lo relacionado al justo precio que se debe pagar por los bienes inmuebles expropiados, las instituciones lo realicen de acuerdo al valor comercial de los mismos, atendiendo a diferentes factores, tales como el de vecindad, plusvalía, daño psicológico que causa a las personas propietarias de los bienes expropiados, etc.

QUINTA.- Que los valores correspondientes a la indemnización por la expropiación que se realizan de los bienes inmuebles de los particulares, sean pagados inmediatamente, desde el momento en que se decreta la ocupación inmediata, toda vez que, la mayoría de los propietarios, no cuentan con recursos económicos, como para adquirir otras propiedad; esto con la finalidad de evitar un daño mayor.

SEXTA.- Que la Asamblea Nacional, proceda a realizar las reformas legales pertinentes, en toda la normativa legal, a fin de que se haga efectivo el derecho que la Constitución de la República, garantiza sobre la propiedad, toda vez, que el procedimiento para su concesión, contradice al principio señalado en la Carta Fundamental.

SEPTIMA.- Que las diferentes instituciones del Estado, eviten realizar la expropiación de los bienes inmuebles de los particulares y que más bien, procedan a negociar directamente con ellos, en caso de considerar imprescindible la ocupación de dichos bienes; y sólo en caso de oposición del propietario, se proceda a su expropiación, pero previo el pago inmediato y justo del precio que corresponda por dicho bien.

**10.- PROYECTO DE REFORMAS A LA SECCIÓN SÉPTIMA DEL
CAPÍTULO OCTAVO, DEL TÍTULO SEXTO H DEL CÓDIGO
ORGÁNICO DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL, AUTONOMÍA Y
DESCENTRALIZACIÓN.**

ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO:

Que el CODIGO ORGANICO DE ORGANIZACION TERRITORIAL, AUTONOMIA Y DESCENTRALIZACION, es inconstitucional desde el título porque en la Carta Magna vigente, ya no se habla de Códigos Orgánicos, sino de leyes orgánicas, según el inciso segundo del Art. 425, por lo tanto es carente de aval constitucional.

Que al organizarse un Poder Ejecutivo fuerte y emprendedor, las necesidades estatales y las de los servicios públicos se van implementando, llevan consigo

la resolución imperiosa de lograr expeditamente ciertas propiedades de los particulares;

Que la trascendencia adquirida por la apropiación forzosa, propensa a la amplitud de las facultad estatal a determinado que se mencionen por principios en el Art. 323 de la Constitución, con la expresa reserva para garantía de la propiedad privada, donde se reconoce de basarse en reconocido interés público;

Que el Art. 323 de la Constitución de la República del Ecuador manda la expropiación de bienes: "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".

Que el mandato antes transcrito tiene concordancia con el Art. 783 del Código de Procedimiento Civil que dispone: "La declaratoria de utilidad pública, para fines de expropiación, sólo puede ser hecha por el Estado y las demás instituciones del sector público, de acuerdo con las funciones que le son propias y siempre que tal declaración sea aprobada, cuando fuere del caso, por el ministerio respectivo.- La declaración de utilidad pública o social hecha

por las entidades ya indicadas, para proceder a la expropiación de inmuebles, no podrá ser materia de discusión judicial, pero sí en la vía administrativa".

Que en las disposiciones de los artículos 446 a 459 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización se observan desordenadas, con vacíos, contradicciones e incongruencias jurídicas;

Con las atribuciones dadas en el numeral 6, del Art. 120 de la Constitución de la República del Ecuador,

EXPIDE y ACUERDA:

Aprobar el presente Proyecto de Ley de reformas a la Institución de la Expropiación, de conformidad con la Sección Séptima del Capítulo Octavo, del Título Sexto H del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que trata de la Institución de la Expropiación, créase el DERECHO DE EXPROPIACION DEL ESTADO ECUATORIANO Y DE LOS GOBIERNOS SECCIONALES Y AUTONOMOS.

Art. 1. Concepto de Expropiación. Desposesionamiento o privación de la propiedad, por causa de la utilidad pública o interés preferente y a cambio de una indemnización previa.

Art. 2. Naturaleza jurídica. La Expropiación es una Institución de derecho público, distinta o diversa de la compraventa de derecho privado, por lo mismo, no es científicamente aceptable aplicar libremente o intercambiar arbitrariamente los regímenes legales que regulan el Instituto Expropiatorio y al instituto de compraventa.

Art. 3. Objeto de la Expropiación. Para erigir o sepultar, para abrir y mejorar puertos, para instalar cuarteles de la Fuerza pública y oficinas públicas, para iniciar grandes obras de regadío de abastecimiento de agua para las poblaciones, entre muchísimos requerimientos que exigen el creciente desarrollo del País y de la intensificada vida social.

Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, propiciar programas de urbanización y de vivienda de interés social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, los gobiernos regionales, provinciales, metropolitanos y municipales, por razones de utilidad pública o interés social, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y el pago de conformidad con la ley. Se prohíbe todo tipo de confiscación.

En el caso que la expropiación tenga por objeto programas de urbanización y vivienda de interés social, el precio de venta de los terrenos comprenderá únicamente el valor de las expropiaciones y de las obras básicas de

mejoramiento realizadas. El gobierno autónomo descentralizado establecerá las condiciones y forma de pago".

Hay expropiación cuando lo exija evidentemente la necesidad pública, justificada por los medios legales; y previa una indemnización equitativa.

Art. 4. Tipos de Expropiación.

a) Expropiación Artística e Histórica. Con absoluta discrecionalidad para apreciar el Estado las circunstancias determinantes del valor artístico e histórico de lo que se trate de expropiar, se establece la garantía, cuando de muebles e inmuebles se trate, y a efectos de no perturbar las cosechas y de facilitar la nueva instalación de los moradores desalojados, de que mediará una antelación mínima de un año entre la declaración oficial y la iniciación del expediente expropiatorio.

b) Expropiación de bienes de valor artístico, histórico o arqueológico. La expropiación de bienes muebles o inmuebles de valor artístico, histórico o arqueológico, se llevará a cabo de acuerdo con las disposiciones pertinentes de esta Ley reformada y de la Ley que regule a los bienes patrimoniales en lo que sea aplicable en razón de la naturaleza del bien a expropiarse.

c) Expropiación de aeronaves. La apropiación de aviones particulares, e incluso de empresas privadas, es facultad del Gobierno Central, por necesidades de la defensa nacional, para dedicarlas a servicios auxiliares; como enlace, transporte y sanitarios.

d) Expropiación de inventos y proyectos. Con criterio de poseer secretos y modelos mejores, se autoriza la expropiación de inventos y proyectos, para impedir la divulgación y perder tal ventaja sobre otros Ejércitos.

e) Expropiación que tiende a la difusión. En ocasiones, por el contrario, la expropiación tiende a la difusión, como en ciertos dispositivos de seguridad para los tripulantes.

f) Urbanizaciones de interés social. En los casos de expropiación que afecten a urbanizaciones de interés social o asentamientos populares se podrán crear programas de reasentamiento en condiciones que compensen los posibles prejuicios, en acuerdo con las personas afectadas.

Art. 5. Expropiación forzosa. Apoderamiento de la propiedad ajena que el Estado, los Gobiernos Seccionales y autónomos, llevan a cabo por motivos de utilidad general e interés social, y abonando justa y previa indemnización.

Art. 6. Expropiación de Bienes muebles e inmuebles. La propiedad de toda clase de bienes muebles podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social, mediante adecuada indemnización. Con los mismos requisitos, la propiedad podrá ser socializada.

Art. 7. Al servicio de la cultura. Al servicio de la cultura, en lo que al arte concierne y por motivos patrióticos evidentes, en cuando a lo conexo con la historia nacional, las legislaciones modernas han ampliado el campo de expropiación forzosa.

Art. 8. Desde el punto de vista del propietario. O expropiado, esta Institución configura la pérdida o privación inexcusable de sus bienes, o de parte de ellos, por requerirlo el bien público y a cambio de una compensación en dinero.

Si se expropiare una parte de un mueble o inmueble, de tal manera que resulte de poca o ninguna utilidad económica al propietario, la conservación de la parte no afectada, éste podrá exigir que la expropiación incluya a la totalidad del predio.

Art. 9. Declaratoria de utilidad pública. La expropiación por declaración de utilidad pública es un acto unilateral de poder, Jure imperii, por el cual el Estado o las entidades del Sector público, actuando y obrando como Poder

público, adquiere el dominio de la cosa expropiada sin necesitar del consentimiento del propietario.

Para realizar expropiaciones, las máximas autoridades administrativas de los gobiernos regional, provincial, metropolitano, municipal o parroquial, resolverán la declaratoria de utilidad pública, mediante acto debidamente motivado en el que constará en forma obligatoria la individualización del bien o bienes requeridos y los fines a los que se destinará.

A la declaratoria se adjuntará el informe de la autoridad correspondiente de que no existe oposición con la planificación del ordenamiento territorial establecido, el certificado del registrador de la propiedad, el informe de valoración del bien; y la certificación presupuestaria acerca de la existencia y disponibilidad de los recursos necesarios para proceder con la expropiación.

Art. 10. Expropiantes. El expropiador único es el Estado, por medio de los gobiernos seccionales y coordinaciones de las juntas parroquiales, municipios, por la constante necesidad de afectar a la propiedad inmobiliaria y mobiliaria por cuestión de urbanismo, ensanche de poblaciones, instalación de mercados, mataderos, cementerios, entre tantas otras necesidades que el crecimiento de pueblos y ciudades origina, sobre todo desde la expansión del crecimiento urbano.

Art. 11. Solicitud. Las empresas públicas o mixtas de los gobiernos autónomos descentralizados que requieran la expropiación de bienes muebles e inmuebles, la solicitarán a la máxima autoridad ejecutiva correspondiente, con los justificativos necesarios.

Si el gobierno parroquial requiere la expropiación de bienes inmuebles, solicitará documentadamente la declaratoria de utilidad pública al alcalde o alcaldesa del respectivo cantón. Dichos inmuebles, una vez expropiados, pasarán a ser de propiedad del gobierno parroquial.

En caso de necesidades emergentes, el gobierno autónomo descentralizado declarará la expropiación para ocupación inmediata, previo el depósito del diez por ciento (10%) del valor del bien ante la autoridad competente.

Art. 12. Notificaciones. La resolución de la máxima autoridad con la declaración de utilidad pública se notificará, dentro de tres días de haberse expedido, a los propietarios de los bienes muebles e inmuebles expropiados, a los acreedores hipotecarios si los hubiere y al registrador de la propiedad.

Art. 13. Inscripción de la declaratoria. La inscripción de la declaratoria de utilidad pública traerá como consecuencia que el registrador de la propiedad se abstenga de inscribir cualquier acto traslativo de dominio o gravamen, salvo

que sea a favor del gobierno autónomo descentralizador que requiere la declaración de utilidad pública.

Art. 14. Procedimiento del Avalúo. Se entiende por avalúo la estimación del valor o importe de una cosa en dólares o la moneda de circulación nacional. Mediante el avalúo del mueble o inmueble se determinará el valor a pagar y que servirá de base para buscar un acuerdo sobre el precio del mismo. El órgano competente del gobierno autónomo descentralizado, para que el justo valor del bien a ser expropiado, procederá del siguiente modo:

- a) Actualizará el avalúo comercial que conste en el catastro a la fecha en que le sea requerido el informe de valoración del bien mueble o inmueble a ser expropiado. De diferir el valor, deberá efectuarse una reliquidación de impuestos por los últimos cinco años. En caso de que ésta sea favorable a los gobiernos autónomos descentralizados, se podrá descontar esta diferencia del valor a pagar.
- b) A este avalúo comercial actualizado se descontarán las plusvalías que se hayan derivado de las intervenciones públicas efectuadas en los últimos cinco años; y,
- c) Al valor resultante se agregará el porcentaje previsto como precio de afectación. Si el gobierno autónomo descentralizado no puede efectuar

esta valoración por sí mismo, podrá contar con los servicios de terceros especialistas e independientes, contratados de conformidad con la ley de la materia.

Art. 15. Precio del bien mueble o inmueble a expropiar. El Juez de lo civil, está limitado a fijar mediante sentencia, el precio de la cosa expropiada y no tiene facultad para declarar o no la expropiación ya que ésta fue determinada mediante un procedimiento administrativo previo, como tampoco es factible discutir la declaración de utilidad pública ya que para eso existe la respectiva vía administrativa.

La expresión "previa justa valoración" se refiere el justo precio, el conveniente valor de las cosas, teniendo en cuenta los gastos de producción y los intereses generales de los consumidores.

Art. 16. El justo precio. Incluso por peritación, será determinado por la Comisión de los Gobiernos Seccionales y Autónomos. Cuando el propietario no lo acepte, cabe la impugnación contenciosa administrativa.

Art. 17. Impugnación. Los propietarios de los bienes muebles o inmuebles declarados de utilidad pública podrán impugnar la resolución administrativa de expropiación, dentro de quince días hábiles siguientes; de no existir respuesta a la impugnación la declaratoria de utilidad pública quedará sin efecto. De la

resolución sobre la impugnación, no habrá recurso alguno en la vía administrativa.

La impugnación implica la objeción y refutación. Se refiere tanto a los actos y escritos de la parte contraria, cuando pueden ser objeto de discusión ante los tribunales.

Art. 18. Precio de afección. La afectación es la adscripción o destino de ciertos medios al fin de la expropiación. En todos los casos de expropiación se podrá abonar al propietario, además del precio establecido, hasta un cinco por ciento adicional como precio de afección.

Art. 19. El valor podrá compensarse. Si la declaratoria de utilidad pública se hubiere realizado por el ensanche de vías o espacios públicos, o para la construcción de acueductos, alcantarillas u otras obras similares y no comprendiese sino hasta el cinco por ciento de la superficie de un predio, el valor del bien expropiado podrá compensarse, en todo o en parte, con el de la contribución especial de mejoras correspondiente a la obra pública. Si fuere necesario un espacio mayor o si debieran demolerse construcciones, se procederá conforme a las normas generales.

Art. 20. Forma de pago. La forma de pago ordinaria será en dinero. De existir acuerdo entre las partes podrá realizarse el pago mediante la permuta con

bienes muebles o inmuebles o mediante títulos de crédito negociables, con vencimientos semestrales con un plazo no mayor a veinticinco años.

Del valor a pagar, se descontarán los impuestos, tasas y contribuciones que el titular esté adeudando por el mueble o inmueble expropiado.

Art. 21. Pago por compensación. El precio en la expropiación es la indemnización responde a pautas impuestas por el legislador y por mandato de la Constitución.

Art. 22. Juicio de expropiación. Si no fuere posible llegar a un acuerdo sobre el precio de los bienes expropiados, la administración de los gobiernos seccionales y autónomos podrá proponer juicio de expropiación ante la justicia ordinaria, de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Civil, juicio que tendrá como único objetivo la determinación del valor del inmueble.

El juicio de expropiación, reglado en la Sección 19ª, del Título II, del Código de Procedimiento Civil, sólo tiene por objeto determinar la cantidad que debe pagarse por concepto del precio de la cosa expropiada por causa de utilidad pública, cuando expropiante y expropiado no han llegado a un avenimiento extrajudicial al respecto. El juicio de expropiación no tiene por objeto la declaratoria de derecho alguno por lo cual no tendría la calidad de juicio de conocimiento.

Art. 23. Reversión. Entiéndase por reversión al estado anterior. Reintegro a la propiedad del dueño primitivo. En cualquier caso en que el gobierno autónomo descentralizado no destinare el bien expropiado a los fines expresados en la declaratoria de utilidad pública, dentro del plazo de un año, contado desde la fecha de la notificación de tal declaratoria, el propietario podrá pedir su reversión en la forma establecida en la ley.

De igual manera, podrá solicitar la reversión en el caso que el gobierno autónomo descentralizado no hubiere, dentro del mismo plazo, cancelado el valor del bien siempre que no hay sentencia de por medio.

Art. 24. Tributos y derechos. En los procedimientos de expropiación, a partir de la notificación de la declaratoria, no se generarán sobre el bien mueble o inmueble, impuestos, tasas, derechos o cualquier otra prestación patrimonial de registro, inscripción o protocolización de los documentos que produzcan o de los actos jurídicos que se produzcan.

Art. 25. Control de invasiones y asentamientos ilegales. Los gobiernos autónomos descentralizados tomarán todas las medidas administrativas y legales necesarias para evitar invasiones o asentamientos ilegales, para lo cual deberán ser obligatoriamente auxiliados por la fuerza pública; seguirán las acciones legales que correspondan para que se sancione a los responsables.

Art. 26. Normas supletorias. En lo no previsto en esta Ley reformativa, se aplicarán las normas de la Ley de Sistema Nacional de Contratación Pública y del Código de Procedimiento Civil y del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

Art. 27. Derogatoria. Derogase las disposiciones de los Arts. 446 a 459 de la Sección Séptima, del Capítulo Octavo del Título Sexto H del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

Es dada en el Distrito Metropolitano de Quito, a los 18 días del mes de julio del 2011. Publíquese en el Registro Oficial.

Arq. Fernando Cordero

PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL

BIBLIOGRAFÍA

11.- BIBLIOGRAFÍA.

ARGUELLO Luis Rodolfo. "Manual de Derecho Romano". Historia e Instituciones. Editorial Taur. Buenos Aires Argentina. 1990.

CABANELLAS DE LA TORRE Guillermo. "Diccionario de Derecho Usual". Libro de Edición Argentina. Buenos Aires. 1968.

CLARO Solar, Luis. Explicaciones del Derecho Civil Chileno y Comparado.

COORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES:

Código Civil. Quito 2009

Código de Procedimiento Civil. Quito 2009

Constitución de la República. 2009.

Ley Orgánica de Régimen Municipal. Quito. 2009

Ley de Hidrocarburos. Quito. 2008.

Ley de Régimen del Sector Eléctrico. Quito. 2009.

Ley de patrimonio Cultural. Quito. 2009

Corte Suprema de Justicia. Juicio ordinario No. 228-2003. Resolución de contrato de compra venta. María Ortiz - Gilberto Bustamante y otros. RO N° 416, 8 de Septiembre de 2004.

DOPORTO Luis. Dr. "Diccionario Enciclopédico UTEHA". Editorial Hispanoamericana. México. 1964.

DROMI, ROBERTO. *Derecho Administrativo*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires-Madrid, 2004. p. 951.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Editorial Jurídica Ancalo S.A. Buenos Aires Argentina. 1974.

ESCRICHE, Joaquín. “Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia”. Editorial Temis. Bogotá. 1977.

ESPINOSA M. Galo. “Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”. Editorial Don Bosco. Quito. 1987.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ G. *Curso de Derecho Administrativo*. Thompson-Civitas, Tomo II, p. 210.

GARCÍA FERAUD. GALO. *Cuestiones Jurídicas*. Edino. Guayaquil, 2005. p. 331.

GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ. *Ob. cit.* T. II, p. 232.

HINESTROSA, Fernando, (2005). *Apuntes de derecho romano: Bienes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 23-24.

JOSSERAND. “Curso de Derecho Positivo Francés”. Tomo I. Editorial La Luz. París. 1938.

MASCAREÑAS Carlos. “Nueva Enciclopedia Jurídica”. Francisco Seix. Editor. Barcelona. 1953.

MORAND-DEVILLER. JACQUELINE. *Droit de l’Urbanisme*. Dalloz. Paris, 2003. p. 63.

MORAN MARTIN, Remedios. «Los derechos sobre las cosas (I). El derecho de propiedad y derecho de posesión», *Historia del Derecho Privado, Penal y Procesal. Tomo I. Parte teórica*. Editorial Universitas.

LASRTE, Carlos (2002). *Principios de Derecho civil. Tomo cuarto: Propiedad y derechos reales de goce*. Madrid: Marcial Pons, pp. 77.

PASQUEL Enrique. Las Expropiaciones. Una visión Económica Alternativa.

Planiol y Ripert. "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". Tomo I. Traducción castellana. La Habana Cuba, 1927.

RAMIREZ GRANDA Juan Dr. "Diccionario Jurídico". Editorial Occidente S.A., Valencia. Buenos Aires. 1968.

RODRÍGUEZ, NEMESIO. Artículo "Expropiación forzosa", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Seix. Barcelona, 1982. T. IX. pp. 335-336, 356.

VILLEGAS, A. WALTER. *Régimen Jurídico de la Expropiación*. Depalma. Buenos Aires, 1973, p. 103.

WADE, H. W. R. Y C. F. FORSYTH. *Administrative Law*. Oxford University Press. Londres, 2000. pp. 786-787.

ANEXOS

12.- ANEXOS.

Proyecto de Investigación.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

AREA JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

1.- TITULO

“ESTUDIO JURÍDICO DEL ART. 239 DE LA LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN MUNICIPAL Y ARTICULO 323 DE LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR”

Proyecto de tesis previa a la obtención del Título de Licenciado en
Jurisprudencia.

Autor: Ramiro Valdivieso

LOJA-ECUADOR

2009

1.- TÍTULO.

“ESTUDIO JURÍDICO DEL ART. 239 DE LA LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN MUNICIPAL Y ARTICULO 323 DE LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR”

2.- PROBLEMÁTICA.

La aplicación del artículo 239 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en relación con el Art. 323 de la Constitución de la República, relacionado con la declaratoria de expropiación realizada por las municipalidades del país, violenta el principio de protección a la propiedad privada, consagrado en la Carta Fundamental del Estado.

Actualmente, en el Derecho del Urbanismo “la expropiación se percibe como uno de los medios más favorables de adquirir terrenos a pesar de la resistencia de los propietarios, para su equipamiento y desarrollo”⁹⁶. En esta nueva rama del Derecho, las causales de la expropiación han continuado su ampliación, hasta el punto que la jurisprudencia francesa de hoy, solo retiene tres causales de *ilegalidad* de la expropiación, siendo ellas: un interés

⁹⁶ Morand-Deville. Jacqueline. Droit de l'Urbanisme. Dalloz. Paris, 2003. p. 63.

financiero exclusivo, un interés privado exclusivo o la voluntad de contravenir la cosa juzgada⁹⁷.

Una reserva para “desarrollo futuro” como causal de la expropiación municipal, debe contemplarse en la Constitución de la República, a fin de permitir que los diferentes gobiernos municipales, puedan realizar la expropiación para desarrollo futuro de bienes inmuebles, sin perjuicio de reservar y controlar áreas, siempre con la finalidad de hacer efectivo el derecho a la vivienda y a la conservación del medio ambiente, y sin la necesidad de justificar una ocupación inmediata, toda vez, que pueden tener la proyección de una planificación a largo plazo, por lo que tornaría en imposible la aplicación del Art. 804 del Código de Procedimiento Civil— so pena de franquear al expropiado la vía judicial para demandar la “retrocesión”.

3.- JUSTIFICACION.

El trabajo a realizar comprende los conceptos elementales sobre expropiación y sus finalidades. Se analizará los efectos de la declaratoria de utilidad pública; la justa valoración, pago e indemnización en la expropiación forzosa, su relación con el Derecho Tributario, algunos problemas que se presentan en la práctica dentro del juicio de expropiación, entre otros temas.

97 Ibid. p. 64.

Este ensayo merece un especial análisis por la publicación en el Registro Oficial de dos normas jurídicas que han variado la regulación de la expropiación en nuestro país, me refiero a la Constitución de la República del Ecuador y a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Por medio de esta investigación se pretende que el lector comprenda la importancia del estudio del trabajo propuesto, desde lo más elemental para poder llegar a la complejidad que encierra la acción expropiatoria en el Derecho Constitucional Ecuatoriano.

Toda la riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, esta subordinada al interés general.

Este trabajo tiene por objetivo ahondar en la figura jurídica de la Expropiación, con el fin mediato de determinar toda la problemática que de ella se genera en el Derecho ecuatoriano y con la intención inmediata de presentar una provechosa recopilación de información, que matizadas con mis modestas valoraciones sea útil para el lector.

Visto esto, advierto que el presente trabajo, más que poner rumbo por las enrevesadas polémicas teóricas sobre la expropiación, ha preferido las soluciones prácticas por considerarlas más valiosa; así como, con la magna

tarea de atrapar en los estrechos marcos de este trabajo una buena cantidad de información, he preferido sintetizar, asumiéndolo lo que a mi criterio es más conveniente.

4.- OBJETIVOS:

4.1.- OBJETIVO GENERAL:

Realizar un estudio histórico, doctrinario, legal y jurisprudencial de la normatividad legal que regula la acción expropiatoria en el Derecho Constitucional ecuatoriano.

4.2.- OBJETIVOS ESPECIFICOS:

- Determinar los problemas del justo precio relacionados con la expropiación.
- Determinar la necesidad de realizar una reforma legal a los Art. 446 al 459 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización

5.- HIPOTESIS:

La aplicación de los Arts. 446 al 459 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, vulneran el derecho a la propiedad privada, garantizado por la Constitución de la República, por lo que es necesario se proceda a su reforma legal.

6.- MARCO TEÓRICO.

La expropiación es el desposeimiento o privación de la propiedad, por causa de utilidad pública o interés social, a cambio de una indemnización previa.

En el presente trabajo se realizará un análisis de la expropiación en las normas legales que considero con mayor importancia para la regularización de esta importante figura jurídica.

La Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008, en su Art. 323 establece: “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.”⁹⁸

Esta disposición permite expropiar por razones de utilidad pública o interés social y nacional, de conformidad con la ley.

Las expresiones utilidad pública o interés social no son sinónimas. La utilidad pública se entiende como “Todo lo que resulta de interés o

⁹⁸ COORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. Constitución de la República del Ecuador. Art. 323. Quito-Ecuador. 2008.

conveniencia para el bien colectivo”. El interés social para efectos de expropiación en cambio es todo lo que resulta de interés o conveniencia para una colectividad o un grupo de individuos determinados. Por ejemplo si se quiere expropiar un inmueble para construir en él un parque o ampliar una avenida, estamos ante el caso de fines de utilidad pública. En cambio si un grupo de ciudadanos que viven en una cooperativa determinada solicitan a la Municipalidad que se expropie un bien para proyectos de vivienda estamos ante fines de interés social.

Esta norma nos remita a las disposiciones de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, que en el Art. 797 dispone: “Cuando se trate de expropiación urgente, considerada como tal por la entidad que la demanda, se procederá a ocupar inmediatamente el inmueble. Esta ocupación será decretada por el juez en la primera providencia del juicio, siempre que, a la demanda, se acompañe el precio que, a juicio del demandante, deba pagarse por lo expropiado. El juicio continuará por los trámites señalados en los artículos anteriores, para la fijación definitiva de dicho precio. La orden de ocupación urgente es inapelable y se cumplirá sin demora.”

Este artículo explica la “denominación” que se usa en las “declaratorias de utilidad pública, de carácter urgente y de expropiación inmediata con fines de expropiación”. Y la justificación es lógica, ya que el trabajo de las municipalidades a través de la obra pública es urgente.

Estas disposiciones contradicen definitivamente en la práctica con la disposición constitucional establecida en el Art. 323 de la Constitución de la República, en la parte que establece: "... podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley". El tema es claramente perjudicial para el expropiado ya que en caso de expropiación de carácter urgente y de ocupación inmediata, el juez dicta en su primera providencia la ocupación inmediata del predio, es decir que la institución pública puede ordenar al departamento de obras públicas a su cargo, previa notificación al demandado del auto de calificación de la demanda, la ocupación inmediata de su predio, mientras que el dinero se encuentra "depositado" en el respectivo juzgado de lo civil. ¿Se ha cumplido la justa valoración, pago e indemnización? Definitivamente que no. Para eso está justamente el juicio de expropiación para determinar el precio. Se ha consignado el valor en el juicio de expropiación de acuerdo al avalúo realizado por la Municipalidad, sin embargo el dinero permanecerá depositado en el juzgado hasta que se dicte sentencia, por lo que la indemnización sólo se hará efectiva al momento de que el juez ordene que se entregue la cantidad señalada en sentencia al final del juicio.

Por lo tanto en la práctica el sujeto expropiado siente como el Derecho se contrapone a la Justicia, ya que se considera emitentemente perjudicado por la ocupación inmediata del bien de su propiedad, no obstante que dicha medida sea estrictamente legal.

7.- METODOLOGÍA.

Para poder llegar a feliz término, la presente investigación será desarrollada bajo el siguiente esquema:

7.1.- Fase de recopilación.-

En esta fase procederé a la adquisición de la bibliografía básica, a la selección de literatura jurídica, lo cual me permitirá ir creando el marco teórico sobre el problema planteado, procediendo a la lectura comprensiva y al resumen teórico acerca de los contenidos del esquema presentado. En esta fase me serviré de la técnica del fichaje, particularmente de fichas bibliográficas y mnemotécnicas.

7.2.- Fase de Indagación.-

Revisaré sobre los principales indicadores de la hipótesis formulada, tanto en la bibliografía seleccionada como en la información de campo que aplicaré, a través de veinte encuestas dirigidas a jurisconsultos de la localidad, tanto abogados, como jueces. Formularé diez entrevistas a jueces, magistrados y abogados en libre ejercicio profesional. Complementaré la investigación empírica con estudio de casos presentados en los diferentes Juzgados de la República.

7.3.- Fase de Análisis.-

Consistirá en un proceso de revisión y análisis de los resultados obtenidos en las fases anteriores, hasta obtener una idea clara de la importancia y necesidad de que se reforme el Título IX, del libro Primero del Código Civil.

7.4.- Fase de Síntesis.-

En esta fase concretaré las conclusiones y recomendaciones, así como el proyecto de ley, el cual se sustentará en el marco teórico desarrollado y la investigación de campo aplicada.

Para poder cumplir este proceso, recurriré al método científico, así como al deductivo, que me permitirá partir de lo general a lo particular a fin de llegar a mis propias conclusiones. Asimismo, utilizaré procedimiento de análisis y síntesis que me posibilitará en forma clara, coherente y resumida, presentar mis propias ideas y conclusiones.

8.- CRONOGRAMA:

CRONOGRAMA					
ACTIVIDADES	Noviem	Diciem	Enero	Febrero	Marzo
Recolección de Bibliografía	xxxx				
Levantamiento de Tesis		Xxxx	Xx		
Investigación de Campo Entrevistas y Encuestas			xx xx		
Depuración				Xx	
Corrección				x	
Presentación del Borrador					xx
Defensa y Sustentación					xx

9.- PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

9.1.- Recursos económicos:

- Adquisición de Bibliografía U.S	80.00
- Adquisición materiales oficina	60.00
- Levantamiento de tesis	40.00
- Obtención de copias	80.00
- Encuadernado y empastado de tesis	60.00
- Derechos y timbres	60.00
TOTAL U.S.	380.00

Los gastos serán sufragados directamente por la aspirante y con recursos propios.

10.- BIBLIOGRAFÍA.

ARGUELLO Luis Rodolfo. "Manual de Derecho Romano". Historia e Instituciones. Editorial Tahir. Buenos Aires Argentina. 1990.

CABANELLAS DE LA TORRE Guillermo. "Diccionario de Derecho Usual". Libro de Edición Argentina. Buenos Aires. 1968.

CLARO Solar, Luis. Explicaciones del Derecho Civil Chileno y Comparado.

COORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES:

Código Civil. Quito 2009

Código de Procedimiento Civil. Quito 2009

Constitución de la República. 2009.

Ley Orgánica de Régimen Municipal. Quito. 2009

Ley de Hidrocarburos. Quito. 2008.

Ley de Régimen del Sector Eléctrico. Quito. 2009.

Ley de patrimonio Cultural. Quito. 2009

Corte Suprema de Justicia. Juicio ordinario No. 228-2003. Resolución de contrato de compra venta. María Ortiz - Gilberto Bustamante y otros. RO N° 416, 8 de Septiembre de 2004.

DOPORTO Luis. Dr. "Diccionario Enciclopédico UTEHA". Editorial Hispanoamericana. México. 1964.

DROMI, ROBERTO. *Derecho Administrativo*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires-Madrid, 2004. p. 951.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Editorial Jurídica Ancalo S.A. Buenos Aires Argentina. 1974.

ESCRICHE, Joaquín. “Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia”. Editorial Temis. Bogotá. 1977.

ESPINOSA M. Galo. “Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”. Editorial Don Bosco. Quito. 1987.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ G. *Curso de Derecho Administrativo*. Thompson-Civitas, Tomo II, p. 210.

GARCÍA FERAUD. GALO. *Cuestiones Jurídicas*. Edino. Guayaquil, 2005. p. 331.

GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ. *Ob. cit.* T. II, p. 232.

HINESTROSA, Fernando, (2005). *Apuntes de derecho romano: Bienes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 23-24.

JOSSERAND. “Curso de Derecho Positivo Francés”. Tomo I. Editorial La Luz. París. 1938.

MASCAREÑAS Carlos. “Nueva Enciclopedia Jurídica”. Francisco Seix. Editor. Barcelona. 1953.

MORAND-DEVILLER. JACQUELINE. *Droit de l’Urbanisme*. Dalloz. Paris, 2003. p. 63.

MORAN MARTIN, Remedios. «Los derechos sobre las cosas (I). El derecho de propiedad y derecho de posesión», *Historia del Derecho Privado, Penal y Procesal. Tomo I. Parte teórica*. Editorial Universitas.

LASRTE, Carlos (2002). *Principios de Derecho civil. Tomo cuarto: Propiedad y derechos reales de goce*. Madrid: Marcial Pons, pp. 77.

PASQUEL Enrique. Las Expropiaciones. Una visión Económica Alternativa.

Planiol y Ripert. "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". Tomo I. Traducción castellana. La Habana Cuba, 1927.

RAMIREZ GRANDA Juan Dr. "Diccionario Jurídico". Editorial Occidente S.A., Valencia. Buenos Aires. 1968.

RODRÍGUEZ, NEMESIO. Artículo "Expropiación forzosa", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Seix. Barcelona, 1982. T. IX. pp. 335-336, 356.

VILLEGAS, A. WALTER. *Régimen Jurídico de la Expropiación*. Depalma. Buenos Aires, 1973, p. 103.

WADE, H. W. R. Y C. F. FORSYTH. *Administrative Law*. Oxford University Press. Londres, 2000. pp. 786-787.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÁREA JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO
ENCUESTA

Señores abogados, mucho agradeceré se sirva contestar la siguiente encuesta, emitiendo su valioso criterio, la cual permitirá obtener información para realizar la Tesis de Abogado en Jurisprudencia, sobre el tema:
“ESTUDIO JURÍDICO DEL ART. 239 DE LA LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN MUNICIPAL Y ARTICULO 323 DE LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR”

1. ¿Qué es para usted la Expropiación?

2. ¿Considera usted que nuestra Constitución de la República, garantiza el derecho a la propiedad privada?

Si [] No [] porque?

3. ¿Conoce usted, cuáles son los requisitos para que se pueda dar la expropiación?

Si [] No [] porque?

4. ¿Considera usted, que en toda declaratoria de expropiación, se debe proceder a la ocupación inmediata del bien inmueble?

Si [] No [] porque?

5. Cree usted que es necesario, que se reforme el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, en el Título Sexto H Capítulo Octavo Sección Séptima, a fin de que esté en armonía con el principio previsto en el Art. 323 de la Constitución de la República?

Si [] No [] porque?

ÍNDICE DE LA TESIS

Contenidos	Pags
Portada	i
Certificación	ii
Autoría	iii
Agradecimiento	iv
Dedicatoria	v
Esquema de tesis	vi
1. Título	1
1. Resumen	1
2.1. Abstract	4
3. Introducción	8
4. Revisión Literaria	11
4.1. La Propiedad.- Nociones Generales.	11
4.2.- Caracteres del derecho de propiedad.	15
4.3. El derecho de propiedad en la Constitución ecuatoriana	20
4.4. Expropiación: Concepto	26
4.5. Expropiación forzada	30
4.5.1. Antecedentes	31
4.5.2. Expropiantes	38
4.5.3. Esbozo Legislativo	39
4.5.4. Expropiación Ilegal	41
4.5.5. Expropiación Judicial	42

4.5.6. Expropiación por Seguridad Nacional	43
4.6. Normativa jurídica sobre la expropiación en el Ecuador.	43
4.7. Expropiación según el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.	52
4.7.1. Expropiación	52
4.7.1.1. Objeto de la expropiación	53
4.7.1.2. Los Sujetos de la Expropiación	58
4.7.1.3. El interés social.	61
4.7.2. Declaratoria de utilidad pública.	64
4.7.3. Notificaciones	66
4.7.4. Avalúo	67
4.7.4.2. Justa valoración, pago e indemnización.	68
4.7.4.3. Aspectos sobre la valoración de inmuebles.	73
4.7.5. Impugnación	74
4.7.6. Precio de afección.	75
4.7.7. Forma de pago.	76
4.7.8. Juicio de expropiación.	76
4.7.8.1. Procedimiento	77
4.7.9. Reversión.	81
4.7.10. Pago por compensación.	81
4.7.11. Tributos y derechos	82
4.7.11.1. Expropiación y tributos.	83
4.7.12. Expropiación de bienes de valor artístico, histórico o arqueológico.	85

4.8. Jurisprudencia	85
4.8.1. Caso de jurisprudencia: naturaleza jurídica.	85
4.8.2. Caso de indemnización.	86
4.9. Comentarios del autor.	87
5.- Materiales y métodos.	92
5.1.- Tipo de estudio.	92
5.2. Procedimiento.	92
5.3.- Lugar y tiempo.	93
5.4.- Muestra.	93
5.5.- Técnicas y procedimientos.	93
5.5.1. Encuestas	93
5.5.2. La Observación	93
5.6.- Métodos.	94
5.6.1. Fase de recopilación.-	94
5.6.2. Fase de Indagación.-	95
5.6.3. Fase de Análisis.-	95
5.6.4. Fase de Síntesis.-	95
6.- Resultados.	96
6.1.- Resultados de la aplicación de Encuestas.	96
7.- Discusión.	106
7.1.- Verificación de Objetivos.	106
7.1.1. Objetivo general:	106
7.1.2. Objetivos específicos:	106

7.2.- Contratación de Hipótesis.	107
7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reformas	108
7.3.1. Jurisprudencia	109
7.3.1.1. Caso de jurisprudencia: naturaleza Jurídica	110
7.3.2. Caso de indemnización.	111
8.- Conclusiones.	112
9.- Recomendaciones.	115
10.- Proyecto de reformas a la sección séptima del capítulo octavo, del título sexto h del código orgánico de organización territorial, autonomía y descentralización.	117
11.- Bibliografía.	132
12.- Anexos.	135
13. Proyecto de Investigación. Aprobado	135
14. Índice	153