



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

AREA SOCIOHUMANISTICA

TITULACION DE MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**Innovaciones Jurídicas a la expropiación dentro del Distrito
Metropolitano de Quito, a partir de la vigencia de la Constitución de la
República del Ecuador 2008 y el Código Orgánico de Organización
Territorial Autonomía y Descentralización (COOTAD)**

TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

AUTOR: García Cifuentes, Oswal Betohowen, Dr.

DIRECTOR: Jiménez Larriva, Paúl Esteban, Dr.

CENTRO UNIVERSITARIO QUITO

2015

APROBACION DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

Doctor

Paúl Esteban Jiménez Larriva

DIRECTOR DE TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

De mi consideración:

El presente trabajo de fin de maestría, denominado: “Innovaciones Jurídicas a la expropiación dentro del Distrito Metropolitano de Quito, a partir de la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador 2008 y el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización (COOTAD)” realizado por García Cifuentes Oswal Betohowen, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja,

f)

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, García Cifuentes Oswal Betohowen declaro ser autor del presente trabajo de fin de Maestría: “Innovaciones Jurídicas a la expropiación dentro del Distrito Metropolitano de Quito, a partir de la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador 2008 y el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización (COOTAD)”, de la Titulación Maestría en Derecho Administrativo, siendo Paúl Jiménez Larriva, director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, conceptos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente, declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja, que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

f).....

García Cifuentes Oswal Betohowen

C.de C. 1600197964

DEDICATORIA:

Me llena de satisfacción dedicar el presente trabajo investigativo
a mi amada familia,
ejemplo de entrega, sacrificio y lucha
sin ellos nada sería posible.

Gracias...

AGRADECIMIENTO:

Mi eterna gratitud
al Sr. Dr. Paúl Esteban Jiménez Larriva
distinguido maestro, Director de mi tesis,
quien con capacidad y entrega
dirigió este modesto trabajo de investigación,
compartiendo conmigo a raudales sus vastos conocimientos jurídicos,
acompañándome con su sabiduría y guía en la ardua tarea investigativa.

A mis Maestros de la Universidad Técnica Particular de Loja
por todos los conocimientos que me impartieron, durante mi vida estudiantil,
enseñándome el amor a la justicia y el respeto al Derecho.

ESQUEMA DE CONTENIDOS

PORTADA	i
APROBACION DEL TRABAJO DEL DIRECTOR DE FIN DE MAESTRÍA	ii
DECLARACION DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS DEL AUTOR	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTO	v
ESQUEMA DE CONTENIDOS	vi
RESUMEN	1
ABSTRACT	2
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I	5
1. EXPROPIACIÓN	5
1.1. Antecedentes	5
1.2. Naturaleza jurídica y origen	14
1.2.1 Naturaleza jurídica	14
1.2.2. Origen	20
1.3. Características especiales	21
1.4. Importancia y finalidad	24
1.4.1. Importancia	24
1.4.2. Finalidad	27

1.5. La expropiación en la legislación ecuatoriana: Constitución, Código Civil, Código de Procedimiento Civil y Leyes	28
1.5.1. La expropiación en la Constitución de la República del Ecuador	28
1.5.2. La expropiación en el Código Civil	32
1.5.3. La expropiación en el Código de Procedimiento Civil	34
1.5.4. La expropiación en las leyes	42
1.6. La expropiación en el Derecho Municipal ecuatoriano.- Municipio Metropolitano de Quito.- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD	43
CAPÍTULO II	45
2. LA EXPROPIACIÓN CON RELACIÓN AL DERECHO DE DOMINIO Y SUS LIMITACIONES	46
2.1. Concepto y características del derecho de dominio	46
2.1.1. Concepto del derecho de dominio	46
2.1.2. Características del derecho de dominio	62
2.2. Protección y límites de la Constitución y las Leyes al Derecho de Dominio	64
2.3. Modos de adquirir y perder el dominio (respecto a la expropiación)	69
2.3.1. Modos de adquirir el dominio (respecto a la expropiación)	69
2.3.2. Modos de perder el dominio (respecto a la expropiación)	73
2.4. La expropiación como limitación del derecho de dominio	76

2.5.	Diferencias entre confiscación y expropiación	77
------	---	----

	CAPÍTULO III	80
3.	IMPORTANCIA DE LA DECLARATORIA DE UTILIDAD PÚBLICA	81
3.1.	Análisis y definición	81
3.1.1.	Análisis	81
3.1.2.	Definición	91
3.2.	La expropiación como facultad municipal	95
3.3.	La declaratoria: paso fundamental del trámite expropiatorio	103
3.4.	Requisitos para la declaratoria	109
3.5.	Caducidad para la declaratoria	110
3.6.	Trámite administrativo	111
3.7.	El expediente expropiatorio	117

	CAPÍTULO IV	123
4.	EXPROPIACIÓN VOLUNTARIA	124
4.1.	Convenio de expropiación voluntaria	124
4.2.	Acuerdo de las partes	130
4.3.	Orden de ocupación y entrega del inmueble	136
4.4.	Pago del valor y traspaso de dominio	137
4.5.	Permuta	137

4.6.	Aceptación y pago	150
4.7.	Inconformidad del expropiado	158
4.8.	Calificación de la demanda y trámite judicial	159
	Conclusiones	169
	Recomendaciones	171
	Fuentes de consulta	172

RESUMEN

Con esta investigación se realiza un estudio sobre el origen y la evolución jurídica de la expropiación dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico, determinado la esencia y naturaleza jurídica de esta institución, frente a la concepción jurídica de la propiedad privada, a través del análisis de la Constitución de la República del Ecuador 2008 y el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización (COOTAD).

La importancia de la expropiación radica en que es una de las instituciones más típicas del Derecho Administrativo. Se trata de una privación de propiedad con indemnización, la cual sólo es viable cuando su objeto es el manejo sustentable del ambiente, entendido este último, como la manera adecuada de explotar los recursos naturales protegiendo el ambiente, pero a la vez satisfaciendo las necesidades del hombre.

En este contexto se analizan las innovaciones jurídicas en la expropiación dentro del Distrito Metropolitano de Quito, a partir de la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador 2008 y el *COOTAD*, con la finalidad de replantear esta institución a través de reformas constitucionales y legales.

PALABRAS CLAVES: Institución administrativa, expropiación

ABSTRACT

This research is a study on the origin and the legal evolution of the expropriation within the National Law. This study determines the essence and legal nature of the expropriation face to the legal conception of private property; through the analysis of the 2008 Ecuadorian Constitution and the Organic Code of Territorial Organization Autonomy and Decentralization (COOTAD Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización).

The value of the expropriation resides in is considered one of the most typical institutions from Administrative Law. It is essential to highlight that, the last one mentioned is feasible when it comes to an environmental sustainable management, which is understood as the proper way to exploit natural resources, protect the environment.

In this context, innovations in terms of expropriation within the Metropolitan District of Quito are analyzed; from the moment it took effect the 2008 Ecuadorian Constitution and the *COOTAD*. The main objective is to reconsider expropriation through the means of constitutional and legal reforms.

KEYWORDS: administrative institution, expropriation

INTRODUCCIÓN

Instituciones Jurídicas de larga data -como la expropiación- en la actualidad, han sufrido varias innovaciones en virtud de la aprobación de la Vigésima Constitución de la República 2008, la entrada en vigencia del Código Orgánico de Organización Territorial, Gobiernos Autónomos y Descentralización (COOTAD) y la promulgación del Plan Nacional de Desarrollo del Buen Vivir, cuerpos normativos que literalmente han cambiado el escenario regulativo de la propiedad privada, la tenencia de predios urbanos y rurales y el derecho al buen vivir.

Así, disposiciones que hacían referencia a la esencia del derecho a la propiedad privada, han quedado frontalmente trastocadas, en virtud de que hoy, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, prioriza el interés público sobre el interés particular, pisoteando así esta clase de derechos adquiridos a nivel privado y constitucional, razón por la cual varias familias ecuatorianas legítimas propietarias de su predio, han tenido que ser despojadas de su único patrimonio, e incluso se han visto obligadas a vender de manera forzada lo suyo, con alguna suerte de pago o indemnización, aunque el pago sea mínimo.

Específicamente el Código Orgánico de Organización Territorial, Gobiernos Autónomos y Descentralización (COOTAD), establece la organización político-administrativa del Estado ecuatoriano en el territorio; el régimen de los diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados y los regímenes especiales, con el fin de garantizar su autonomía política, administrativa y financiera, además establece nuevos lineamientos sobre la tenencia y propiedad de los bienes inmuebles.

Este nuevo modelo gira entorno a la repartición equitativa de la tierra a nivel nacional, con el fin de promover el desarrollo equitativo, solidario y sustentable del Estado, así como el desarrollo social y económico de la población; desconociéndose derechos adquiridos.

La vigente Constitución de la República 2008, literalmente manifiesta: **Art. 66.-** “Se reconoce y garantizará a las personas: (...) Numeral 26.- El derecho a la propiedad en todas sus formas, **con función y responsabilidad social y ambiental**. El **derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas**, entre otras medidas”. Lo cual significa que el derecho a la propiedad y dominio, hoy, dependen de la Administración Pública, política estatal que se viabiliza en el Código Orgánico de Organización Territorial, Gobiernos Autónomos y Descentralización (COOTAD) y en el Plan Nacional de Desarrollo del Buen Vivir, siendo por tanto afectados derechos clásicos y tradicionales de los ciudadanos ecuatorianos.

Por todo lo manifestado, es prudente emprender el presente análisis a la expropiación en la legislación ecuatoriana, cuya actualidad e importancia es indiscutible.

CAPÍTULO I

1. Expropiación

1.1 Antecedentes.-

La expropiación es una institución de Derecho Público, que consiste en la transferencia coactiva de la propiedad privada desde su titular al Estado, mediante indemnización, concretamente, a un ente de la Administración Pública dotado de patrimonio propio. Puede expropiarse un bien para que éste sea explotado por el Estado o por un tercero.

La expropiación posee dos notas características, primera que la expropiación es una transferencia de carácter coactivo, lo que hace de ella una institución característica del Derecho Público que no puede ser asimilada a la compra venta prevista en el Derecho privado; segundo que el expropiado tiene derecho a recibir a cambio una indemnización equivalente al valor económico de la cosa expropiada, lo que la diferencia de la confiscación.

El Derecho Público es la parte del ordenamiento jurídico que regula las relaciones entre las personas y entidades privadas con los órganos que ostentan el poder público cuando estos últimos actúan en ejercicio de sus legítimas potestades públicas (jurisdiccionales, administrativas, según la naturaleza del órgano que las ejerce) y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, y de los órganos de la Administración Pública entre sí.

La característica del Derecho Público, tal como lo señala el prestigioso autor jurídico Julio Rivera, es que sus mandatos no se encuentran sujetos a la autonomía de la voluntad que pudiesen ejercer las partes (es decir no pueden

ser modificados por las partes en uso legítimo de su autonomía de la voluntad, como sí ocurre en el Derecho privado).

Son mandatos irrenunciables y obligatorios, en virtud de ser mandados en una relación de subordinación por el Estado (en ejercicio legítimo de su principio de imperio). La justificación es que regulan derechos que hacen al orden público y deben ser acatados por toda la población. También se ha definido al Derecho Público como la parte del ordenamiento jurídico que regula las relaciones de supraordenación y de subordinación entre el Estado y los particulares y las relaciones de supraordenación, de subordinación y de coordinación de los órganos y divisiones funcionales del Estado entre sí¹.

La expropiación debe ser estudiada como una de las limitaciones administrativas² a la propiedad como las restricciones y las servidumbres administrativas, etc.

Como punto de partida debemos considerar que el término “expropiación” tiene diversas acepciones:

¹OMEBA (1981): “Diccionario Jurídico”; Edt. Heliniasta S.A., Tomo II, Buenos Aires – Argentina, Pág. 123.

² Existen diferentes limitaciones al derecho de propiedad fundadas en el interés público. En ese sentido deben considerarse las restricciones, las ocupaciones temporarias, las servidumbres; las expropiaciones, las requisiciones, los decomisos y las confiscaciones. Esta gradación va desde el mínimo al máximo de las limitaciones. Se trata del conjunto de medidas jurídicas concebidas para que el derecho de propiedad individual armonice con los requerimientos del interés público, evitando, así, que el mantenimiento de aquel derecho se convierta en una traba para la satisfacción de los intereses del grupo social. ROTONDO TORNARÍA, Felipe (sin año): “Manual de Derecho Administrativo”; Edt. Universidad Ltda., Tomo 2, Pág. 67.

Así se la ha definido como: "...la acción y efecto de privar a sus propietarios, por causa de necesidad o utilidad públicas, de bienes habitualmente inmuebles mediante justa y previa compensación"³. Esta definición refiere al aspecto sustancial de la expropiación.

Es también "...el procedimiento administrativo y eventualmente judicial dirigido a hacer efectiva la expropiación"⁴. Se destaca en el concepto propuesto al aspecto procesal de la institución.

En definitiva, la expropiación es la institución de Derecho Público por la que la Administración, para el cumplimiento de fines públicos y en virtud de una potestad pública, logra coactivamente la adquisición de bienes muebles e inmuebles, siguiendo un procedimiento determinado y pagando una justa compensación, generalmente previa.

Entre los elementos que conforman la institución de la expropiación cabe destacar los siguientes:

- ✓ Instituto de derecho público
- ✓ Potestad expropiatoria
- ✓ Adquisición coactiva
- ✓ Objeto
- ✓ Sujetos
- ✓ Calificación del fin público que la justifica

³ CABANELLAS, Guillermo (1954): "Diccionario de Derecho usual"; Tomo 3, Edt. Arayú, Buenos Aires – Argentina, Pág. 143.

⁴ ESPASA CALPE (2004): "Diccionario de la Jurídico"; Edt. Espasa, Madrid – España, Pág. 98.

- ✓ Compensación
- ✓ Procedimiento

Los estudiaremos por su orden:

Instituto de Derecho Público.-

La expropiación es una institución que sólo existe en el Derecho Público. Sin perjuicio de ello debe considerarse que, en algunas hipótesis, excepcionalmente, podrían aplicarse normas que pertenecen al Derecho Privado.

Potestad Expropiatoria.-

Es el poder jurídico de expropiar establecido por la Constitución y las leyes; por tanto la expropiación procede por esa autorización expresa que el asambleísta consagró tanto en la Carta Política⁵ (**Art. 323.-** 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) como en la ley.

Por tanto, son, únicamente, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, quienes pueden declarar un bien de utilidad pública, lo cual habilita el procedimiento.

⁵ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES: “Constitución de la República del Ecuador”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, 2008, Art. 323.

La potestad expropiatoria no es otra cosa que la autorización que el Derecho Objetivo otorga a las personas estatales para adquirir coactivamente los bienes necesarios para desarrollar sus cometidos.

Adquisición Coactiva.-

Cabe recordar que, una vez que la Administración Pública, cumplidas las garantías establecidas tanto en la Carta Política como en la ley, logra ingresar a al patrimonio del expropiado -aún en contra de su voluntad- los bienes oportunamente designados entran al dominio de ésta; debido a que propietario no puede oponerse a la expropiación y sólo tendrá derecho a exigir la compensación que estime conveniente.

Sin embargo, existen las garantías del ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA SOCIAL y así el Derecho Administrativo establece, por ejemplo, la necesidad de seguir un procedimiento con las máximas posibilidades de ejercer el derecho de defensa, etc.

Objeto.-

Pueden expropiarse cualesquier clase de bienes: muebles o inmuebles, corporales o incorporeales.

Sujetos.-

En la expropiación participan:

Autoridad Expropiante, es la que inicia la expropiación y desarrolla el procedimiento. El gobierno central la realiza por intermedio del Ministerio competente. Se debe distinguir la autoridad que lleva adelante el procedimiento expropiatorio, de la persona a la cual se destina el bien a expropiar. Esto significa que el actor en el procedimiento puede ser una persona diversa al beneficiario.

Expropiado, puede tratarse de una persona natural o jurídica, privada o pública. Cabe recordar que le es indiferente a la Administración que el sujeto pasivo sea incapaz o que se desconozca su nombre o domicilio, puesto que, la expropiación igual prosperará.

Respecto de la transferencia de bienes entre entidades estatales debemos distinguir si nos encontramos frente a bienes del dominio público o privado del Estado.

Los bienes del dominio público no pueden ser objeto de expropiación porque la transferencia de dichos bienes entre entes estatales opera por mutación dominial.

Por lo que es básico tener presente que la expropiación está orientada a la adquisición de bienes particulares. Cuando se trate de adquirir bienes públicos corresponde que se recurra a la mutación dominial.

Este mecanismo por el que se sustituye la titularidad, permaneciendo el bien integrado al dominio público únicamente puede efectuarse, de principio, por la ley. Todo ello es previo al posterior cambio de destino que se producirá operada la mutación dominial.

Respecto de los bienes del dominio privado debe prevalecer la voluntad del asambleísta que califica la necesidad o utilidad pública.

En definitiva, el cambio de destino de los bienes inmuebles entre entes estatales se produce por ley, postulándose para agilizar el trámite, desafectaciones y afectaciones de carácter genérico que deberán luego ser individualizadas por acto administrativo del Poder Ejecutivo. Los bienes ya estarían desafectados por ley, y el Poder Ejecutivo procede, luego, a la concreta designación.

Calificación del fin público que la justifica.-

Cada uno de los requisitos de la expropiación, da lugar a un período, o secuencia, que se instruye de acuerdo al derecho vigente. El primer paso de la secuencia procedimental es la declaración de necesidad o utilidad pública que debe hacerse por ley formal.

El concepto de utilidad pública no es susceptible de definición precisa y tiene un acentuado carácter evolutivo por cuyas razones su alcance varía según las épocas y según los países, y permite una interpretación flexible adecuada a los requerimientos sociales, culturales, etc.⁶.

Así puede tener múltiples aplicaciones según la circunstancia y la época. Puede ser de orden material, económico, higiénico, o de orden puramente estético. No es posible, entonces, establecer un principio o regla general para definir el

⁶ELIZALDE, Jorge Luis (2012): “El procedimiento expropiatorio”; Edt. Revista de Técnica Forense, Nro. 1/90, Pág. 15.

concepto de utilidad pública, como tampoco lo es posible respecto al concepto más restringido de necesidad pública.

En el Estado omnipotente, se proclamaba la propiedad como un derecho sagrado e inviolable y la potestad expropiatoria sólo era admitida en el supuesto de “necesidad pública”. Con la evolución del rol del Estado, que hoy continúa, acentuándose en un nuevo Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, comienza a señalarse el aspecto funcional del derecho de propiedad y la noción de necesidad pública cede su lugar a la de “utilidad pública”. Esta exhibe una marca de carácter extensivo basada en la teoría de la función social de la propiedad. Indudablemente, el concepto de utilidad pública es más amplio que el de necesidad pública.

En ese sentido, “...el criterio de la necesidad es limitativo de la acción del Estado”.

La adquisición coactiva sólo puede realizarse cuando se autoriza por ley y para el cumplimiento de fines públicos, en las que, las instituciones del Estado, frente al grave conflicto de interés que supone la afectación del derecho de propiedad, optan por el interés general.

La ley y la exigencia de la necesidad o utilidad pública, son garantías indispensables y obstaculizan un eventual intento arbitrario de la Administración que debe seguir, necesariamente, las secuencias procedimentales necesarias para acceder a la titularidad del bien.

Se destaca que la competencia pertenece a las instituciones del Estado y, por ello, no se puede declarar la necesidad o utilidad pública por un acto legislativo.

Compensación justa y generalmente previa.-

En primer lugar, corresponde señalar que el monto que abona la Administración constituye una compensación, no un precio, porque nos encontramos en un ámbito ajeno a la compraventa. Esa compensación debe ser “justa”, esto significa que debe cubrir, exactamente, el daño producido. El propietario debe recibir la cantidad que lo indemnice de tal forma que no se vea perjudicado ni enriquecido. Por lo expuesto, debe abonarse el valor de lo expropiado y todos los daños y perjuicios que se produzcan.

Procedimiento.-

La expropiación, en su etapa administrativa, se desarrolla mediante un procedimiento administrativo especial. Pero, también, será aplicable, la normativa del procedimiento común, en lo pertinente, esto es, en todo lo que no se oponga a lo dispuesto en las leyes y decretos que la regulen. El procedimiento expropiatorio tiene por objeto esencial lograr la transferencia de la propiedad del expropiado a la entidad expropiante.

1.2 Naturaleza Jurídica y Origen.-

1.2.1 Naturaleza Jurídica.-

La naturaleza jurídica de la institución de la expropiación la encontramos en la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008, que 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”⁷.

En esta disposición se puntualiza que la expropiación procede por razones de **utilidad pública o interés social y nacional**, de conformidad con la ley. Constituyéndose como una novedad lo agregado por el asambleísta constituyente: el **interés nacional** como una de las razones por las cuales se permite expropiar. Por lo que salta 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”⁸.

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

⁷ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2008): “Constitución de la República del Ecuador”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Art. 323.

⁸ LÓPEZ. Nelson (2000): “La Expropiación”; Edt. Del Arco Ediciones, 3era edición, Cuenca, Pág. 35.

determinados. Por ejemplo si se quiere expropiar un inmueble para construir en él un parque o ampliar una avenida, entonces estamos ante el caso de fines de utilidad pública.

En cambio sí 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.

La Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal en su Art. 63 numeral 11 dispone: “La acción del concejo está dirigida al cumplimiento de los fines del municipio, para lo cual tiene los siguientes deberes y atribuciones generales: numeral 11. Declarar de utilidad pública o de interés social los bienes materia de expropiación, sin la intervención, en el proceso, de organismo alguno del gobierno central”.

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”.

El término interés social se lo utiliza muy poco en la expropiación que realizan las municipalidades. Aunque la propia Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal establece cuáles son las causas para el interés social en su Art. 245: “Existirá causa de interés social para la expropiación forzosa, fuera de los casos en que haya lugar conforme a una ley, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

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;
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.

El Código de Procedimiento Civil, en su 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”⁹.

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 expropian 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

⁹ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2010): “Código de Procedimiento Civil”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Art. 797.

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"¹⁰.

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

¹⁰ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2008): "Constitución de la República"; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Art. 323.

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 lo que disponía la Constitución Política -hoy derogada- que tenía vigencia desde el 10 de agosto de 1998, menos aún con la actual Constitución de la República vigente desde el 20 de octubre del 2008.

1.2.2 Origen.-

La idea de expropiación se remonta a la antigüedad. En el Derecho Romano no se encuentran datos expuestos de ella, pero los acueductos, caminos y grandes obras, de defensa construidos por ese pueblo, indican que la expropiación se había producido de alguna forma.

En la pasada legislación española, la expropiación estaba expresamente autorizada por las Leyes Patriada, para la construcción de castillos, puentes o alguna otra cosa que sirviera de provecho de todos se hacía mediante la entrega de otra cosa a cambio o comprándola según lo que valiera.

La legislación completa sobre la expropiación, nació recién a finales del siglo XVIII y a principio del siglo XIX en las condiciones establecidas en la Constitución Francesa y de los países angloamericanos. Las constituciones francesas de 1791 y 1793 hablaban de expropiación por necesidad pública.

Fue Napoleón quien, con la Ley de 8 de marzo de 1810, precisó fórmulas procesales de defensa de la propiedad inmueble frente a los desapoderamientos que originaban las obras públicas, diseñando por vez primera la expropiación forzosa. En esta cuestión, Napoleón forzó al Consejo de Estado a que preparase una ley cuyas ideas centrales habían de ser la máxima desconfianza hacia la Administración, tanto activa como contenciosa, y el otorgamiento de garantías eficaces a los propietarios. Con el tiempo, la ley napoleónica de 1810 habría de ser objeto de sustanciales modificaciones y siempre en razón de la urgencia o de las formas de fijación de la indemnización.

Así, el Código Napoleónico estableció un concepto distinto: “...nadie puede ser obligado a ceder su propiedad sino es por causa de **utilidad pública** y **mediante una justa y previa indemnización**”.

La regulación de la expropiación viene claramente influida por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, asumiendo esa Declaración como propia de las constituciones. Se han producido diferentes leyes de expropiación.

1.3 Características Especiales.-

Entre las características especiales de la expropiación, cabe citar las siguientes:

- ✓ La expropiación es un elemento necesario de la convivencia social.
- ✓ Intenta armonizar, conjugar los intereses sociales con los individuales.

- ✓ Expropiar es el poder que tiene el Estado para coger o cambiar el derecho de otros.
- ✓ Es la facultad que reconoce el derecho del Estado a privar a un ciudadano, por razones de interés público, de su propiedad.
- ✓ No debe concebirse como una violación del derecho privado sino como una conciliación entre el Derecho Público y Derecho privado.
- ✓ Son sus elementos fundamentales el interés público a costa del procedimiento y la indemnización que debe atribuirse al propietario expropiado.
- ✓ La expropiación no es igual a la confiscación de bienes, elemento que se encauza vía penal.
- ✓ La expropiación es un procedimiento de Derecho Público mediante el cual la administración adquiere la propiedad de un bien cualquiera, a cambio de la indemnización correspondiente.
- ✓ Es un acto de autoridad y, por consiguiente, de ejecución irresistible.
- ✓ Es un acto de la administración.
- ✓ Tiene por materia bienes ajenos.
- ✓ Se basa en motivo de utilidad pública o interés social y nacional.

- ✓ La autoridad expropiante tiene la obligación de demostrar la existencia de la utilidad pública o interés social y nacional.
- ✓ Ha de mediar indemnización.
- ✓ La declaración de utilidad pública o interés social y nacional en la materia de expropiación supone necesariamente dos momentos distintos dentro del procedimiento que le precede: en uno, la administración verifica la existencia concreta de una necesidad general o de un requisito social que exige la satisfacción, en el otro, la autoridad identifica los bienes que por sus características o cualidades son indispensables para la satisfacción del interés utilidad pública o interés social y nacional y que, por ende, deben ser objeto de la expropiación para ser destinado al fin que se persigue.

De la conjunción de estos dos momentos, esto es, de la adecuación del bien a los requerimientos sociales del caso concreto dependerá la constitucionalidad del acto expropiatorio, pues sólo puede decirse que existe la utilidad pública o interés social y nacional cuando se explique razonadamente la necesidad de privar a una persona de sus bienes para afectarlos a un destino distinto.

- ✓ La expropiación se caracteriza especialmente por su carácter imperativo; pues basta la voluntad administrativa, formada según el procedimiento legal, para producir el efecto expropiatorio. Esta nota, destaca el carácter coactivo y unilateral de la transferencia que separa a la expropiación de otras figuras traslativas de la propiedad.

- ✓ Destaca además, el procedimiento ad solemnitaten, que por el principio de legalidad convierte el procedimiento expropiatorio en una garantía formal ineludible.

Toda actuación desarreglada, realizada sin observancia del procedimiento legalmente establecido o prescindiendo de trámites o normas esenciales del mismo es una vía expropiatoria que priva de legitimidad a la actuación administrativa.

- ✓ Se efectúa mediante el pago del justo precio. Recordemos que el precio no se entrega a cambio de la cosa como pasa en la compraventa, sino como condición jurídica que legitima la ocupación unilateral del bien.
- ✓ Existencia de necesidad pública o causa de seguridad nacional, de no existir éstas condiciones el procedimiento expropiatorio se frustra, siendo la contrapartida del incumplimiento de esta carga el derecho de reversión que asiste al expropiado; independientemente de las sanciones administrativas, penales y civiles que pudieran emerger.
- ✓ Existencia de sujetos activo y pasivo. Generalmente el sujeto activo de la expropiación es el Estado, resultando sujetos pasivos tanto los particulares así como entidades de Derecho Público.

1.4 Importancia y finalidad.-

1.4.1 Importancia.-

La importancia de la expropiación reside en su multiformidad, esto es, la privación de propiedad por causas de utilidad pública o interés social y nacional con indemnización, por lo tanto se configura como una de las instituciones más típicas y peculiares del Derecho Administrativo, pues en ella se presenta claramente la Administración (las instituciones del Estado) investida de imperium.

Tradicionalmente se la considera incluida en la llamada zona de reserva legal. De tal suerte que el afectado por ella -el expropiado o ex-propietario- podrá quizá combatirla por defectos formales y desde luego por injusticia o parquedad de la indemnización ofrecida, pero no frontalmente, no en cuanto a la expropiación en sí, pues como los demás derechos patrimoniales, el de propiedad ha de sacrificarse si así lo aconseja el bien común. De allí su importancia.

La expropiación realmente es una figura jurídica antigua, si bien en los tiempos modernos y actualmente cuando casi ha desbordado toda limitación, desde la primera mitad del siglo XIX a la presente fecha, ésta no ha hecho sino crecer en todos sus elementos, en todos los sentidos y direcciones, lo que fundamentalmente se debe: al crecimiento de las necesidades públicas, multiplicadas y facilitadas por la ciencia y la técnica actuales; y a la vocación moldeadora o conformadora que respecto de las estructuras sociales y económicas debe mostrar y muestra la Administración de nuestros días.

Esa entraña expansiva se muestra, por ejemplo:

- ✓ En el título legitimador de la expropiación: inicialmente fue la necesidad pública, luego la utilidad pública, más tarde la utilidad social, en algún momento concreto la seguridad nacional, hoy la utilidad pública o interés social y nacional. Prácticamente se ha echado mano ya de todos los sustantivos (necesidad, utilidad, interés) y adjetivos (pública, social, nacional) utilizables a estos efectos, aunque pueden todos ellos reconducirse a esta expresión más abstracta y comprensiva: intereses públicos.
- ✓ Sigue vigente el principio de que sólo puede expropiar la Administración pública y concretamente, sólo las instituciones del Estado, pero lo que era casi impensable el siglo pasado tiene lugar ahora con gran frecuencia: la Administración puede expropiar, pero no sólo para sí, sino también para otro, para un tercero; es decir, el beneficiario de la expropiación puede ser un particular basta que el bien sea de utilidad pública o interés social y nacional.
- ✓ Tradicionalmente la expropiación estaba pensada para inmuebles (se trataba de construir obras públicas), pero ahora no escapa ningún bien susceptible de valoración económica: muebles, acciones, fachadas de inmuebles, derechos de invención, obras de arte, etc.
- ✓ De acuerdo con su misma terminología, la expropiación entrañaba la privación de la propiedad, el completo desplazamiento del propietario; hoy se configuran sin esfuerzo como expropiación, verbigracia, las servidumbres, en las que subsiste el propietario pero disminuido, al pasar

ciertas o algunas de sus facultades al titular de la servidumbre coactivamente impuesta.

- ✓ Enfáticamente se proclamaba y proclama que la indemnización había de ser previa a la expropiación, hoy se ve claro que no siempre puede ser realidad pues la indemnización puede ser a posteriori.
- ✓ Tampoco es ya universal el principio de la diversión de fin (la Administración utilizaba la cosa expropiada para una finalidad diversa de la originaria: sobre un solar construía un edificio público, sobre una finca rústica se iba a tender un ferrocarril, etc.); ahora se puede expropiar y expropia precisamente para atender a la finalidad de la cosa (función social de la propiedad) cuando esa finalidad ha sido desatendida por el propietario, con lo que aparece la figura de la expropiación-sanción: fincas rústicas abandonadas o deficientemente cultivadas, solares sobre los que no se edifica, etc.
- ✓ El principio de la indemnización en dinero tiene también sus excepciones: puede tener lugar en especie; tal puede ser el caso, por ejemplo, de las reparcelaciones urbanísticas o de la concentración parcelaria en la agricultura.
- ✓ En fin, la expropiación puede afectar, periódicamente, a determinados bienes fungibles, masivamente, con indemnización fijada unilateralmente por la Administración y satisfecha a posteriori.

1.4.2 Finalidad.-

La finalidad de la expropiación, reside en reportar beneficios al interés general del país cuando es bien utilizada esto se evidencia con la construcciones habitacionales, creaciones de vías de transportes. Pero el sacrificio de la propiedad debe ser el menor posible en detrimento de la sociedad, por esto se debe tomar las previsiones pertinentes para evitar que se pueda generar un perjuicio al equilibrio patrimonial del sujeto expropiado; pues en la actualidad la figura de la expropiación ha tenido un gran auge.

Lo cual ha traído como resultado que la figura de la expropiación sea confundida con la confiscación (puede ser por desconocimiento) pero se hace necesario destacar que la expropiación requiere de una justa indemnización y la confiscación no genera derecho alguno de reclamación por parte del afectado ya que estos bienes son derivados de actividades ilícitas (corrupción, droga).

1.5 La expropiación en la Legislación ecuatoriana: Constitución, Código Civil, Código de Procedimiento Civil y Leyes.-

1.5.1 La Expropiación en la Constitución de la República del Ecuador.-

La Constitución de la República dentro de su Sección Segunda Tipos de Propiedad, al respecto manifiesta: Art. 323.- “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”¹¹.

Con lo cual se deja de manifiesto la esencia jurídica de la expropiación en el Ecuador, siendo necesario remarcar que ésta solo es viable cuando se trata del manejo sustentable del ambiente, entendido como la manera adecuada que se le da a los recursos naturales renovables y no renovables para proteger el ambiente, pero a la vez satisfacer las necesidades del hombre; y, el bienestar colectivo.

Ante las características de utilidad pública o interés social y nacional del bien expropiado, debemos recordemos que la vigente Constitución ecuatoriana, aprobada masivamente en el referéndum del 28 de septiembre de 2008, contiene determinadas puntualizaciones respecto a la propiedad privada.

El abandono de la concepción absolutista de la propiedad privada, históricamente, se ha ido produciendo de forma paulatina. El último estadio en dicho proceso viene representado por la idea de la función social de la propiedad, acogida ahora en la Constitución de la República 2008.

La expresión función social de la propiedad fue acuñada a comienzos de este siglo por el jurista francés, León Duguit, como una vía transaccional entre la ideología liberal propia de la Revolución Francesa y la propiamente socialista. Su formulación inicial fue notoriamente confusa. A pesar de ello, muy pronto se convirtió en una fórmula que a todos satisfizo, poco a poco, fue convirtiéndose

¹¹ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2008): “Constitución de la República del Ecuador”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Art. 323.

en un giro utilizado por las Cartas Constitucionales. Actualmente la recogen literalmente las Constituciones italiana y española.

De esta forma, en nuestra Constitución se parte de la base de admitir la propiedad privada, la libertad de empresa y la economía de mercado, pero la titularidad dominical se encuentra sometida a la existencia de un principio, en cuya virtud la función social delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

El reconocimiento constitucional de la propiedad privada como base fundamental de las relaciones económicas parece fuera de toda duda si se atiende al desarrollo de los debates constitucionales y la propia Constitución de la República 2008, cuyos términos son categóricos: “se reconoce el derecho a la propiedad en todas sus formas”¹².

Sin embargo, llama la atención, de manera puntual la expresión que califica al derecho a la propiedad “...con función y responsabilidad social y ambiental”¹³.

La expresión función y responsabilidad social en sí misma considerada carece de valor técnico concreto y constituye simplemente un concepto jurídico indeterminado.

De esta forma puede afirmarse que la función social de la propiedad no puede ser definida ni perfilada en un sentido positivo y concreto, sino de una forma

¹²Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2008): “Constitución de la República del Ecuador”; Edt. Profesional, Quito – Ecuador, Art. 66, numeral 26.

¹³ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2008): “Constitución de la República del Ecuador”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Art. 323.

aproximada pues no cabe predicar la existencia de una función social de la propiedad de carácter unitario, aplicable al régimen jurídico respectivo de todos los bienes que son susceptibles de apropiación indebida. De allí que es necesario que la legislación anexa subordinada al Código Político 2008, delimite el contenido de la propiedad privada conforme a la función y responsabilidad social de la propiedad.

Fijar el contenido esencial de la propiedad privada, desde el punto de vista constitucional tampoco es tarea sencilla.

Depende de cuál haya sido o sea la valoración que la función social de la propiedad merezca para el asambleísta, en atención a la trascendencia social representada por los bienes objeto de dominación privada.

Para los doctrinarios y jurisconsultos socialistas, la función social de la propiedad no debe considerarse como una limitación externa del dominio sino como una configuración interna necesaria para la armonía social en virtud de la cual, la propiedad pasa de ser un derecho absoluto individual a ser una institución jurídica objetiva y estatutaria, secundaria, condicionada y limitada, esto es, que depende de la configuración que le dé la ley en cada momento, según las circunstancias y necesidades sociales.

Esto se ha visto especialmente en el ámbito urbanístico, agrario y de expropiación forzosa así como en ciertas servidumbres impuestas sobre los bienes raíz de relaciones de vecindad o interés público. En virtud de esto, es posible establecer limitaciones conservadoras de ciertos bienes con valor histórico, artístico, cultural, paisajístico, ambiental e incluso económico. Sin

embargo, el abrazar tal postura coloca en entredicho la esencia misma de la propiedad privada, hasta desdibujarla, posibilitando al Estado ejercer su total imperio sobre ella y sobre los derechos que de ella devienen.

1.5.2. La Expropiación en el Código Civil.-

En el Código Civil, en primer término, se aborda el tema de la expropiación pero sobre un bien inmueble constituido en patrimonio familiar: **Art. 852.-** “Si se expropiare, judicialmente, por causa de necesidad y utilidad pública, el inmueble sobre el que se ha constituido el patrimonio familiar, el precio íntegro de la expropiación y de las correspondientes indemnizaciones se depositará en una institución del sistema financiero para que, con la compra de otro inmueble, siga constituido el patrimonio.

...Entre tanto los beneficiarios percibirán los dividendos por intereses en vez de los frutos a que antes tenían derecho”¹⁴.

Para tener más claro lo manifestado en la norma legal transcrita, es importante resaltar que el patrimonio familiar es: “...un conjunto de bienes especiales, pertenecientes al titular de ellos, que se distingue del patrimonio común por su función aseguradora de la prosperidad económica de la familia y por las normas que la ley dicta en su protección. No significa una copropiedad familiar entre los dos cónyuges y los hijos, ni constituye una persona autónoma, como si fuese una fundación. Tampoco se le reconoce personalidad jurídica a la familia, que

¹⁴ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2010): “Código Civil”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Art. 852.

no la tiene. Existe especialidad de bienes susceptibles de constitución en propiedad familiar. Generalmente se excluyen los bienes muebles”¹⁵.

Por lo que se debe tener presente que el patrimonio familiar es un escudo que protege al bien sobre el cual se encuentra constituido de tal suerte que la expropiación procede siempre y cuando sea judicial; y, el bien sea de necesidad y utilidad pública. Con la salvedad de que el justo precio debe comprender a más del precio íntegro de la expropiación las correspondientes indemnizaciones; para finalmente depositar -el total- en una institución del sistema financiero para que, con la compra de otro inmueble, siga constituido el patrimonio.

En lo que respecta a la declaratoria de **necesidad y utilidad pública** del bien objeto de expropiación, se sigue empleando éstos adjetivos, porque aún no se ha reformado el Código Civil, para encontrarse en armonía con lo dispuesto en la Constitución de la República 2008, que prevé en los calificativos de **utilidad pública o interés social y nacional**.

Más adelante el Código Civil manifiesta: **Art. 1901.-**“En el caso de expropiación por causa de utilidad pública se observarán las reglas siguientes:

1. Se dará al arrendatario el tiempo preciso para utilizar las labores principiadas y coger los frutos pendientes;

¹⁵ AULESTIA EGAS, Rodrigo (2006): “El Patrimonio Familiar”; Edt. Librería Alemana, Quito – Ecuador, Pág. 165.

2. Si la causa de la expropiación fuere de tanta urgencia que no dé lugar a ello, o si el arrendamiento se hubiere estipulado por cierto número de años, todavía pendientes a la fecha de la expropiación, y así constare por escritura pública, se deberá al arrendatario indemnización de perjuicios por el Estado o la corporación expropiadora; y,
3. Si sólo una parte de la cosa arrendada ha sido expropiada, habrá lugar a la regla del Art. 1871, inciso tercero¹⁶.

En esta norma legal se establece cómo procede la expropiación cuando la causa es la utilidad pública y qué parámetros se deben seguir.

1.5.3. La Expropiación en el Código de Procedimiento Civil

En la Sección 19 A Del juicio de expropiación del Código de Procedimiento Civil, se establece:

Art. 781.- Nadie puede ser privado de su propiedad raíz en virtud de expropiación, sino en conformidad con las disposiciones de esta Sección; sin perjuicio de lo que dispusieren leyes especiales sobre la expropiación para construcción, ensanche y mejora de caminos, ferrovías, aeropuertos y poblaciones.

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

¹⁶ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2010): “Código Civil”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Art. 1901.

expropiada, siempre que conste que se trata de expropiación por causa de utilidad pública.

Art. 783.- La declaración 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 les 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.

Art. 784.- El juicio de expropiación se tramitará ante los jueces de lo civil, competentes por razón del territorio.

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.

Art. 785.- La demanda de expropiación debe ser presentada por el Procurador General del Estado o por el funcionario que éste designare, si se trata de una expropiación que interese al Estado. Para las expropiaciones determinadas por las demás instituciones del sector público, la demanda será presentada por sus respectivos personeros.

Art. 786.- A la demanda de expropiación se acompañará los siguientes documentos:

1. Copia de la orden impartida al respectivo funcionario, para demandar la expropiación, o el original de la misma orden;
2. Certificado del respectivo registrador de la propiedad, para que pueda conocerse quién es el dueño y los gravámenes que pesen sobre el predio de cuya expropiación se trata. De no existir inscripción de la propiedad, el registrador certificará esta circunstancia, y el juicio se seguirá con la intervención del actual poseedor;
3. Valor del fundo a que se refiera, en todo o en parte, la demanda de expropiación, el que se fijará 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.
4. Si el fundo no constare en el catastro, el Procurador General del Estado o los personeros de las instituciones del sector público, pedirán a la oficina correspondiente que practique el avalúo para que pueda acompañarse a la demanda; y,
5. Plano correspondiente a la parte del inmueble de cuya expropiación se trata.

Art. 787.- La demanda expresará el área del terreno cuya expropiación se pretende, así como la relación de esta área con la de todo el fundo, con la indicación de las construcciones y plantaciones que existen en dicha área. Se enunciará, además, el nombre y domicilio de los dueños del predio y de las personas que, según el certificado del registrador de la propiedad, tuvieren derechos reales o de arrendamiento sobre el fundo. En la misma demanda se pedirá al juez que, de acuerdo al Art. 252, nombre el perito o peritos que deben intervenir para el avalúo del predio, en la parte que se trata de expropiar.

Art. 788.- Presentada la demanda y siempre que se hayan llenado los requisitos determinados en los artículos anteriores, el juez nombrará perito o peritos, de conformidad con lo establecido en este Código, para el avalúo del fundo. Al mismo tiempo, mandará que se cite a todas las personas a que se refiere el artículo anterior, para que concurran a hacer uso de sus derechos dentro del término de quince días, que correrá simultáneamente para todos. En el mismo auto se fijará el término dentro del cual el perito o peritos deben presentar su informe, término que no excederá de quince días, contados desde el vencimiento del anterior.

Art. 789.- En este juicio no se admitirá incidente alguno y todas las observaciones de los interesados se atenderán y resolverán en la sentencia.

Art. 790.- Para fijar el precio que debe pagarse por concepto de indemnización, se tomará en cuenta el que aparezca de los documentos que se acompañen a la demanda. Si se trata de expropiar una parte del predio avaluado, el precio se fijará estableciendo la correspondiente relación proporcional.

Sin embargo, cuando lo que se quiere expropiar comprenda una parte principal del fundo, la de mayor valor, en relación con el resto; cuando se trate de la parte de mejor calidad, con respecto al sobrante, o en casos análogos; podrá establecerse un precio justo según el dictamen del perito o peritos.

Art. 791.- El juez dictará sentencia dentro de ocho días de presentado el informe pericial, y en ella se resolverá únicamente lo que diga relación al precio que deba pagarse y a los reclamos que hayan presentado los interesados.

Para fijar el precio el juez no está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, ni por las municipalidades.

Art. 792.- De la sentencia que se dicte, habrá recurso de apelación en el efecto devolutivo.

Elevados los autos al superior, éste fallará por el mérito del proceso y sin otro trámite.

Art. 793.- La sentencia, al decretar la expropiación, fijará los linderos de lo expropiado y el precio. Depositado éste, se protocolizará la sentencia y se la inscribirá, para que sirva de título de propiedad.

Art. 794.- Si el fundo de cuya expropiación se trate estuviere afectado con hipoteca, anticresis u otro gravamen, se determinará en la sentencia la parte de precio que debe entregarse al acreedor, por concepto de su derecho, y se declarará, en mérito de tal pago, cancelado el gravamen, en la sección del predio que es materia de la expropiación. La parte de precio que deba

entregarse al acreedor se determinará mediante la relación entre el precio total del fundo y el volumen de la deuda. El juez, con vista del certificado de depósito de la cantidad determinada en la sentencia, ordenará la cancelación de la inscripción del gravamen, en la parte del fundo que ha sido materia de la expropiación.

Si se tratare de la expropiación total del fundo y resultare que el precio de la expropiación fuere inferior al monto de lo adeudado, se mandará pagar todo el precio al acreedor y se dispondrá la cancelación del gravamen. Queda a salvo el derecho del acreedor, para el cobro del saldo que quedare insoluto.

Art. 795.- Si al tiempo de decretarse la expropiación, el fundo estuviere arrendado, en la sentencia se decretará la terminación del arrendamiento, en la parte a que se contrae la expropiación y se fijará la indemnización que, del precio, se debe pagar al arrendatario, por tal concepto. Si se tratare de la expropiación de todo el predio o si la parte afectada por la expropiación fuere de tal magnitud que comprometa los resultados económicos del arrendamiento, puede el juez, a solicitud del arrendatario, declarar terminado el contrato de arrendamiento aún en la parte que no se comprenda en la expropiación. Para decretarlo, el juez tendrá en cuenta lo que dispone el Título XXV del Libro IV del Código Civil.

Art. 796.- Si el inmueble estuviere embargado, la expropiación se llevará a cabo en todo caso; pero el precio se pondrá a disposición del juez que hubiere decretado el embargo, quien, por el hecho de la consignación, ordenará que se lo cancele.

En la misma forma se procederá si hubiere litigio pendiente sobre propiedad o cualquier otro derecho real.

Art. 797.- 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.

Art. 798.- En este juicio no regirán los Arts. 588 y 589 del Código Civil, sino cuando así lo pida el demandante. De solicitarlo, se tomará en cuenta para fijar el monto de la indemnización.

Art. 799.- En caso de que, al hacerse expropiación parcial de un inmueble, resultare que sólo queda para el dueño una parte inferior, por extensión o precio, al quince por ciento de toda la propiedad, el dueño del inmueble tiene derecho para que la compra se extienda a la totalidad del predio, y así lo dispondrá el juez, en la sentencia.

Art. 800.- Los inmuebles que, con motivo de la apertura de vías públicas, o por ensanche de éstas, tuvieron o quedaren con frente a dichas vías o cercanos a las mismas y adquiriesen, por tal concepto, un mayor valor, que no hubieren tenido de otro modo, pagarán al Estado, al consejo provincial o a la municipalidad, según que se trate de predios rústicos o urbanos, los tributos establecidos en la ley.

Art. 801.- Cuando existiesen, en el predio expropiado, instalaciones industriales cuyo funcionamiento no pueda seguir por efecto de la expropiación, se pagará también la indemnización correspondiente a este daño.

En caso de que sea posible el traslado de tales instalaciones a otro inmueble, dentro de la misma localidad, la indemnización puede reducirse al costo del desmontaje, remoción, transporte y nuevo montaje.

Art. 802.- Los honorarios del perito o peritos que intervengan en la expropiación serán pagados por el demandante; pero, en ningún caso, excederán del uno por ciento hasta cincuenta dólares de los Estados Unidos de América; del cuatro por ciento en lo que exceda de esta cantidad hasta doscientos cincuenta dólares de los Estados Unidos de América, y del ocho por ciento de esta suma en adelante. La regulación del honorario se hará en la sentencia.

Art. 803.- Si transcurrieren tres meses desde la última notificación de la sentencia y no se consignare el precio determinado en la misma, el juez, a solicitud de parte, declarará sin lugar la expropiación. Será de cargo del demandante el pago de costas.

Art. 804.- Si la cosa expropiada no se destinare al objeto que motivó la expropiación, dentro de un período de seis meses, contados desde que se hizo la última notificación de la sentencia, o no se iniciaren los trabajos dentro del mismo plazo, el dueño anterior puede readquirirla, consignando el valor que se pagó por la expropiación, ante el mismo juez y el mismo proceso.

La providencia que acepte la readquisición, se protocolizará e inscribirá, para que sirva de título.

Art. 805.- Las transferencias de dominio que se produjeren en los juicios de que trata esta Sección, no estarán sujetas al pago de los impuestos de alcabala ni registro.

Art. 806.- Aquéllos que tuvieren derechos que no consten en el correspondiente certificado de propiedad y gravámenes, y que se funden en el Art. 589 del Código Civil, sólo podrán hacerlos valer contra quien fue dueño o poseedor del inmueble al momento de la expropiación¹⁷.

1.5.4 La expropiación en las leyes.-

En este punto es importante resaltar lo establecido en el Art. 446 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD sobre la 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.

...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

¹⁷ **CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2010): “Código de Procedimiento Civil”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Arts. 781 al 806.**

únicamente el valor de las expropiaciones y mejoras realizadas por los gobiernos autónomos descentralizados”¹⁸.

Como hemos visto a lo largo de nuestro estudio, existe la facultad dada por la propia ley para expropiar sobre los gobiernos central y seccionales, principalmente los gobiernos seccionales viabilizan tal facultad a través del Concejo Municipal, que a decir del COOTAD es el órgano investido de poder legal para conocer las declaraciones de utilidad pública o de interés social de los bienes materia de la expropiación.

1.6 La Expropiación en el Derecho Municipal Ecuatoriano.- Municipio Metropolitano de Quito.- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD

Recordemos que el derecho municipal, no es más que el conjunto de normas (Leyes y reglamentos), que configuran y regulan la vida de las instituciones locales o municipales, regulando los ámbitos de su competencia.

El derecho municipal es una rama jurídica que adquiere cada día mayor relevancia y que tiene una de las expresiones más ricas en cuanto a la producción normativa porque, en el marco de una relativa uniformidad derivada de los temas que deben ser atendidos por el gobierno local, cada gobierno seccional ha ido desarrollando peculiaridades propias y adoptando soluciones institucionales que constituyen fórmulas avanzadas respecto de las cuales el derecho positivo se ha mostrado particularmente conservador.

¹⁸ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2010): “Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Art. 446.

En lo que respecta al tema de análisis y en virtud de lo establecido en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, los gobiernos seccionales como el Municipio Metropolitano de Quito por razones de utilidad pública o interés social, puede declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y el pago de conformidad con la ley.

Cabe recalcar que la utilidad pública o interés social constituye el fundamento de la expropiación, de modo que solo es justificable la potestad expropiatoria de la Administración a partir la necesidad de que se sacrifique una situación de propiedad privada ante intereses públicos superiores.

Esto es lo que legitima esta actuación de la Administración, de modo que de no existir no procedería. Esto trae implícito la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado; además deberá ser declarado expresa y singularmente mediante ley en cada caso.

Algo que se discute en nuestros tiempos al respecto es si constituye enriquecimiento del Estado, aún para el beneficio público, a costa del particular; pues cierto es que las personas no deben ser obligadas a soportar lo que es, en rectitud, un gasto público. Esta posición es sencillamente rebatible si se procede con la adecuada indemnización de la persona privada perjudicada por la acción gubernamental, dejando en entre dicho tal enriquecimiento.

Pero al mismo tiempo se trata de que tal sacrificio sea el mínimo posible, de forma que no acarree la pérdida del contenido económico de la situación sacrificada, contenido que se sustituye por el justiprecio.

CAPÍTULO II

2. La expropiación con relación al derecho de dominio y sus limitaciones

2.1 Concepto y características del derecho de dominio.-

2.1.1 Concepto del derecho de dominio.-

En esta parte acudimos a la obra de Derecho Civil del maestro Eduardo Carrión Eguiguren, quien manifiesta que para los romanos la propiedad fue un derecho real por excelencia.

Los beneficios que el derecho de propiedad romana otorga a sus titulares son: el **iusutendi o usus**, el derecho a servirse de la cosa; el **iusfruendi o fructus**, el derecho a percibir sus productos o frutos; y, el **iusabutendi o abusus**, que es el derecho de disposición más completo, pues, por él, el propietario puede consumir el objeto, enajenarlo y aún destruirlo.

Asimismo dentro del Derecho romano se señalan tres caracteres al derecho de propiedad: **exclusivo, absoluto y perpetuo**.

- ✓ **Exclusivo** porque solo el propietario puede beneficiarse de las ventajas que le confiere su derecho.
- ✓ **Absoluto** porque nadie puede restringirle su ejercicio.

- ✓ **Perpetuo** porque la propiedad no puede ser quitada a su titular más que por un acto de voluntad o por destrucción de la cosa.

El Derecho romano, en la época donde se forja la idea básica de la propiedad; se desarrolló por etapas:

Periodo arcaico.- En este periodo es la familia o gens la que tenía la titularidad sobre un primitivo derecho sobre el suelo, teniendo al frente de ella la Institución Jurídica del PATER FAMILIAS -padre de familia-, por tanto era el padre de familia quien ejercía la potestad y la plenitud de sus derechos civiles sobre el bien inmueble. Por lo tanto, hubo una propiedad colectiva, pero privada y no pública.

La propiedad individual es más un “poder” que una propiedad, en el moderno sentido del término.

Desde el principio de la República, Roma ve crecer sus dominios a merced de las conquistas, lo cual permitirá confiscar las tierras y dárselas a particulares, contra el pago de una tasa anual. Esta situación de hecho, se denomina POSSESIO -posesión-, poco a poco atribuye un verdadero derecho a quien consigue la ocupación, de forma que cada vez más el derecho de propiedad del Estado se dibuja como un señorío teórico, un dominio eminente.

Periodo clásico.- En primer lugar, podemos señalar la denominada “Propiedad Quiritaria” o plena propiedad romana, donde los únicos que la ejercían eran los ciudadanos romanos. En segundo lugar, podemos señalar la aparición de las denominadas propiedad provincial, pretoria o peregrina. El pretor considera que

existían propiedades que se hallaban bajo la propiedad quiritaria y debían ser protegidas; las condiciones de su protección son fijadas por el magistrado, gracias a éste las relaciones de hecho producen consecuencias jurídicas cada vez más importantes.

La posesión se considera como una relación de hecho, pero adaptada a las necesidades, la práctica y asimilada unas veces a la posesión material y otras al derecho de poseer.

Bajo imperio.- Encontramos aquí que la única propiedad existente es la reconocida por el Derecho Civil romano. En esta época la propiedad pretoria, peregrina y provincial son sólo un recuerdo.

En esta época la posesión adquiere su mayor evolución, al señalarse que la posesión por excelencia es el POSSESSIO CIVILES o posesión del propietario o del que cree serlo, en virtud, de un justo título de adquisición, para lo cual debía demostrar buena fe, justo título y duración.

Resumiendo, diremos que el Dominium Exlure Quiritium es escasa en razón de que eran muy pocos los FUNDI IN SOLO ITÁLICO; lo frecuente en Roma no es tal dominio, sino una abultada serie de fundos provinciales, en base a lo cual los Bizantinos elaboraron su CORPUS IURIS que se toma como la típica propiedad romana, a pesar de tampoco revestir sus características esenciales.

En la **Edad Media**, después de la caída del Imperio romano, la autoridad de los grandes propietarios se convierte en más de hecho que de derecho, la crisis del

Estado convierte al gran propietario en un dueño todo poderoso y hace de su propiedad una “dominación”.

El número de pequeños propietarios libres disminuye quedan sujetos a la Ley “Potens” o bien a solicitar la protección de un establecimiento eclesiástico.

Un carácter esencial de la época es la confusión entre los vínculos personales y los vínculos reales. Las relaciones jurídicas son relaciones de fuerza: tener una cosa no significa ser su propietario, es muy difícil hablar de propiedad y propietario, sería mejor poner de relieve el hecho de que sobre una misma tierra se superponen distintos derechos reales.

La aparición de los señoríos marca la aparición de una especie de “Jefes Rurales” que gozan de casi total autonomía, llevándolos a confundir soberanía y propiedad.

Los “Potens” convierten los tributos del poder público en el objeto de su propiedad privada, adquieren derechos señoriales que son un signo de su poder, la propiedad se convierte en objeto de su soberanía

El grupo feudal es una especie de familia dilatada y los vínculos de hombre a hombre, creados por la ceremonia del vasallaje.

El vasallo debe ser fiel a su señor y éste debe prestarle el “Auxilium” y el “Consilium” (Consejo). Es así que el régimen de los feudos interesa más al derecho privado que al público. Se convierte así en un régimen concreto de propiedad que subsistiría hasta 1789, año en que la Revolución Francesa

pondría fin radicalmente al feudalismo, como afirma Tocqueville: “Terminando de abatir el feudalismo fue que se hizo notar la revolución”.

Fue la Revolución, que a través de varia leyes, suprimió los títulos nobiliarios, las deudas contraídas con los nobles y los juicios nacidos por delitos cometidos contra ellos, pero quizás la Ley más importante fue la de exigir a los nobles la presentación de sus títulos de propiedad sobre la tierra para poder conservarla o rescatarla, lo que en la práctica fue una abrogación pura y simple, a favor de los burgueses. Es la declaración de 1789 la que daría a la propiedad un carácter inviolable y sagrado que se reflejaría en el Código Civil Francés de 1804.

En corolario podemos manifestar que en la edad media se opera un cambio en la propiedad. Ya que se crea la propiedad del señor feudal, verdadero dueño de la cosa, y la del detentador, al que también se lo considera propietario. El señor feudal tiene el dominio directo, el detentador un dominio útil.

El estado feudal otorgó a la propiedad el dominio o imperio, todo el Estado descansaba en este principio: los señores feudales por razón del dominio que tenían sobre ciertas tierras no solo gozaban del derecho de propiedad en el sentido civil, sino también tenían un imperio para mandar sobre los vasallos que establecieran en aquellos feudos; a estos vasallos se los conocía como siervos de la gleba y estaban obligados a múltiples prestaciones para con el señor feudal, quien a su vez les daba protección.

En el **Derecho francés** se desvincula el Derecho de Propiedad de toda influencia política. No otorga imperio, soberano o poder. Se considera como un derecho real de carácter privado para usar y disponer de una cosa. Es, además un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo. Se considera en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, que el derecho de propiedad es un derecho natural. Es un derecho subjetivo anterior al objetivo. Es un derecho individual. La propiedad es un derecho absoluto e inviolable. Es un derecho inalienable e imprescriptible.

En el **Derecho contemporáneo**, durante el siglo XIX, surge la tesis de la propiedad como función social, que rompería con el carácter “sagrado e imprescriptible” que pretendió darle el liberalismo a la propiedad.

Como base de esta tesis, podemos señalar en primer lugar, la crítica al carácter individualista de la propiedad; señalaba Von Ihering, quien manifiesta que: “La propiedad no podía ser un castillo inaccesible... dejado al arbitrio... de la incompreensión, el capricho, la terquedad y el más frívolo y desaforado egoísmo del individuo”, ya que la propiedad debía servir, como un elemento para el desarrollo integral de la sociedad.

En segundo lugar podemos señalar la creciente intervención por parte del Estado en la economía, punto que se reflejaría con mayor énfasis después de las guerras mundiales, como un primer ejemplo de lo dicho, podemos señalar la Constitución de Weimar de 1919 que en su artículo 153 señala que: “La propiedad será amparada por la Constitución. Su contenido y límites son fijadas por las Leyes.

La propiedad obliga. Su uso debe estar a la vez al servicio del bien común”. Es decir, a partir de este momento el derecho sirve como freno a las facultades del propietario.

En nuestro medio, los datos sobre el **período prehistórico** en materia de propiedad son todavía incompletos; sin embargo, en el Ecuador como en los demás pueblos, la propiedad ha sido colectiva en su origen. En el caso ecuatoriano, la célula social primitiva es la comunidad agraria o **ayllu**, esta comunidad se nos aparece como resultado de una evolución secular; su nacimiento se pierde en la prehistoria y la volvemos a encontrar todavía hoy en varias regiones de América sin que su fisonomía haya sido sensiblemente alterada.

En consecuencia, como asevera Hildebrando Castro Pozo: “...la raíz original del ayllu prehistórico fue, pues, el clan o los grupos constituidos y organizados por vínculos de consanguinidad, en una sola unidad económica, al principio de calidad sólo consumitiva y defensiva, y con posterioridad esencialmente productora. Por eso es que el vocablo “ayllu”, en quechua, significa genealogía, linaje, parentela, casta; el género o especie de las cosas”.

La plena existencia de la propiedad privada corresponde, en general, a una etapa histórica en que las agrupaciones clánicas y gentilicias se derrumban, las familias se emancipan y aíslan, y se impone una capa señorial dividida en familias que tienen esclavos y servidores. Coincide, por esos, dicha etapa con el despotismo organizado y la creación de funcionarios oficiales, es decir del Estado.

En la **época incaica**, respecto a la naturaleza de la propiedad del suelo, se considera al Incario como un sistema colectivista socialista, donde se llega a advertir determinadas huellas de propiedad individual que fue detenida por la aplicación del sistema incaico y la “cuasi propiedad”, consistente en donaciones, era una excepción. Una Sociedad colectiva así erigida lleva a considerar, jurídicamente, una propiedad colectiva bastante vigorizada.

Atilo Sivirich afirma que siendo los incas tradicionalmente colectivistas, no tuvieron el menor concepto de la propiedad privada en lo referido a bienes inmuebles. Por ello, según él, los incas sólo tuvieron un Derecho Público; no tuvieron conocimiento del Derecho Privado. Al desconocer la propiedad privada, afirma que no existían las instituciones del derecho privado relativas a personas, obligaciones, contratos, etcétera.

Pero hay otros autores como Jorge Basadre, que admite un Derecho Privado y Comercial bastante empobrecido. Parte del hecho que si bien la propiedad inmobiliaria no podía ser, al menos mayoritariamente, objeto de venta, luego, cuando se produce una relativa “asimilación” de las tierras a los bienes muebles, haciéndose ella intercambiable, el Derecho de cosas (reales), obligaciones y sucesiones, cobra relevancia.

Dentro de la **época de la conquista y el coloniaje**, el colectivismo es sustituido por el individualismo. En cuanto a la propiedad, el ayllu es reemplazado por la propiedad privada de corte feudal. Uno de los elementos coadyuvantes a dicha penetración es el derecho que pudiéramos caracterizar como mestizo, intermedio: el Derecho Indiano.

Este derecho jugó un rol importantísimo, pues tan pronto América fue descubierta, la corona española trata de obtener los títulos que prueben y que legitimen sus derechos sobre las regiones del Nuevo Mundo. Esto cobra todavía más importancia en la medida que la empresa de la colonia está íntimamente vinculada a la apropiación de bienes (minerales, tierras, etc.). Aparentemente, fue el papado el que vino a formalizar la dominación real española, vía la institución de las bulas.

En la cuestionada bula se amparó la corona para otorgar las tierras a diversas personas en calidad de recompensa por los servicios prestados en el descubrimiento y la conquista. Y también conforme a dicha bula, la corona obviamente tenía el dominio sobre las tierras americanas; tales tierras eran conferidas no sólo a los descubridores y colonizadores, sino también a las iglesias, municipios, conventos, etc.

Por oposición todo lo que no era entregado o concedido por la corona, evidentemente le pertenecía (así lo estableció la Ley XIV del 20 de octubre de 1578).

El régimen agrario colonial, sostiene Ugarte: "...determinó la sustitución de una gran parte de las comunidades agrarias por latifundios de propiedad individual, cultivados por los indios bajo una organización feudal. Estos grandes feudos, lejos de dividirse en el transcurso del tiempo, se concentraron y consolidaron en pocas manos a causa de que la propiedad inmueble estaba sujeta a innumerables trabas y gravámenes perpetuos que la inmovilizaron tales como, los mayorazgos, las capellanías, los patronatos, y demás vinculaciones de la propiedad".

Este período se caracteriza, pues, por la heroica resistencia de la comunidad agraria, frente a las constantes agresiones por desaparecerla e implantar absoluta y totalmente la propiedad feudal.

Durante la **época de la independencia**, José Carlos Mariátegui, al analizar el problema de la tierra durante este periodo, pone de manifiesto el papel de rector de la burguesía incipiente; durante este movimiento el campesinado indígena, a pesar de ser la gran mayoría, no tuvo una presencia directa o activa. La nueva política de la República, dejaba intactos el poder y la fuerza de la propiedad feudal, invalidaba sus propias medidas de protección de la pequeña propiedad y del trabajador de la tierra.

Al iniciarse la **época republicana**, los legisladores -al igual que en la colonia- trasplantan las ideas jurídicos-políticas europeas heredadas de la revolución francesa: división de poderes, derechos civiles, libertades ciudadanas y democráticas, etc., la concepción revolucionaria francesa no era otra cosa que una vuelta a la concepción romana llevada al extremo.

La concepción subjetivista de la propiedad -que la considera como una proyección o prolongación de la personalidad humana sobre los bienes-, lleva a considerarla como un derecho absoluto e ilimitado, de suerte que se procede a la eliminación de todo tipo de vinculaciones y privilegios.

Dentro de nuestro Código Civil (Art. 599), “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 [...]”¹⁹.

De la norma jurídica transcrita, se deduce que el dominio, en nuestra legislación, se reviste de los siguientes caracteres:

Carácter absoluto.- Tuvo su equivalente romano en el iusabutendi, que confirmó al dueño una especie de soberanía, una potestad ilimitada de obrar en la cosa, según los impulsos del propio querer. Sin embargo, el carácter absoluto del dominio resultó ser contrario a los intereses de la convivencia social y aún del mismo titular del derecho.

Más tarde, se advirtió que el carácter absoluto del dominio recibió un alcance indebido; y, se hizo notar que ni los romanos aplicaron estrictamente el iusabutendi.

Para los tratadistas modernos, **el carácter absoluto del dominio no significa otra cosa que la posibilidad en que se encuentra el dueño de aprovechar para sí la totalidad de las utilidades y servicios de una cosa, sin más limitaciones que las exigencias para la concurrencia de otros derechos reales en la misma cosa.**

¹⁹ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2010): “Código Civil”; Edt. Profesional, Quito – Ecuador, Art. 599, inciso 1ro.

Carácter exclusivo.- Esto consiste, a juicio de Planiol, en la atribución del goce de una cosa a una persona determinada, con exclusión de todas las demás. Se ha observado, sin embargo, que este carácter unilateral de soberanía dominical existe solo de modo muy relativo. El dueño, en virtud del carácter exclusivo de su derecho, puede intromisiones abusivas, puede aislar su predio demarcándolo y cerrándolo; pero, no puede sustraerse a la multitud de restricciones, gravámenes, servidumbres, etc., que son impuestos, ya en beneficio público, ya para la sola utilidad de los particulares; de tal manera que, en el actual estado jurídico-económico, es inconcebible un dominio estrictamente exclusivo.

Carácter perpetuo.- El dominio es perpetuo, de manera que no lleva en sí un elemento de caducidad, que le ponga término. Significa, también este carácter que el solo no ejercicio del dominio no basta para extinguirlo, mientras otra persona no adquiera el mismo derecho por prescripción.

Este carácter de perpetuidad tiene excepciones por utilidad pública.

Es también importante recordar los elementos del dominio:

Elementos personales.- El dominio es un derecho real, es decir, la relación dominical va de un sujeto a un objeto. El sujeto investido de poder jurídico es el elemento personal del dominio. Se llama dominical, por cuanto se refiere al propietario como señor que, en la voz latina, se denomina “domine”.

Elementos reales.- El dominio es el poder jurídico más completo que la persona puede ejercer sobre las cosas.

Su objeto o elemento real es, por consiguiente, todo aquello que, según la técnica jurídica puede considerarse un bien.

Nuestro Código Civil, de inspiración romana, en el Art. 599, dice: que el dominio es un derecho real en una cosa corporal. Y el Art. 600 agrega: que sobre las cosas incorpóreas hay también una especie de propiedad. Es decir, según estos dos artículos, son elementos reales del dominio, las cosas corporales y las incorpóreas, entendiendo por tales los derechos reales y los derechos personales.

Por otra parte, al igual que otras legislaciones, el Código Civil, en el régimen de la propiedad, incluye las producciones de ingenio o talento, que pertenecen a sus autores²⁰.

Finalmente es de puntualizarse que la extensión espacial de dominio se refiere a la individualización o determinación física del objeto sobre el cual recae. La determinación de los límites materiales del objeto del derecho de propiedad, enseña Planiol, carece de dificultades en cuanto a las cosas muebles. En cuanto a los bienes inmuebles, por el contrario, es frecuentemente difícil señalar de modo exacto la separación material del objeto de propiedad. Por ello el Código Civil, ha previsto un procedimiento especial de delimitación: el deslinde.

²⁰ Art. 601.- “Las producciones del talento o del ingenio son propiedad de sus autores. Esta propiedad se regirá por leyes especiales”. CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2010): “Código Civil”; Edt. Profesional, Quito – Ecuador, Art. 601.

Por todo lo manifestado cabe recalcar que el Derecho de Propiedad es el principio unificador universal de todos los demás conceptos éticos, considera todo como un recurso que puede ser poseído, como algo bajo el control y la responsabilidad de un agente que puede utilizarlo según sus preferencias.

El propietario es la persona, y las propiedades sobre las cuales tiene derecho son todas aquellas cosas que puede utilizar y controlar de forma legítima sin intromisión violenta de otros y sin entrometerse en la propiedad de otros. El derecho de propiedad es privado, incluye al propietario y excluye a todos los demás.

El Derecho de Propiedad de una persona puede considerarse absoluto en el sentido de que no entra en conflicto con los derechos de propiedad de otros propietarios. Los conflictos se producen si varias personas pueden reclamar derechos exclusivos sobre la misma entidad.

El Derecho de Propiedad es la legitimación de la posesión. La posesión es algo físico, el control efectivo de algo; la propiedad es un derecho ético, la legitimación del control en un ámbito concreto limitado. Cada persona es propietario o dueño de un conjunto de cosas, y las propiedades de dos personas distintas son conjuntos disjuntos, sin elementos comunes, de modo que cada uno decide sobre lo suyo.

La propiedad es una relación entre un sujeto (persona, propietario, dueño, sea individual o colectivo), y un objeto (material o inmaterial).

El concepto de derecho de propiedad supone la identificación de unas entidades, los propietarios, dueños, amos o sujetos de propiedad, que dominan otras entidades, los objetos de propiedad, pertenencias o haberes.

El derecho de propiedad privada es el concepto fundamental de las normas éticas, la condición natural de existencia necesaria para la supervivencia del ser humano.

Los Derechos de Propiedad deben ser tan distinguibles y reconocibles como sea posible. Los límites de la propiedad deben ser claros para distinguir entre lo mío y lo ajeno, de lo contrario no se evitan los conflictos, pues no se sabe con seguridad dónde acaba lo que pertenece a cada uno.

La propiedad es la legitimación jurídica de la posesión, del uso físico de algo. Todos los bienes económicos son controlados por algún actor, y la propiedad de estos bienes utilizables no puede ser abolida sino solamente transferida.

La propiedad es aquello cuyo uso, control y disfrute está legítimamente determinado por la voluntad del propietario, excluyendo la voluntad de los no propietarios. Es el derecho absoluto y exclusivo a usar una cosa sin más limitaciones que el respeto a la propiedad ajena, sin la injerencia de los demás. La propiedad privada implica distinción entre propietarios y no propietarios de un objeto de propiedad, y por lo tanto discriminación y exclusión.

El derecho personal de propiedad es un derecho natural, no convencional: no es el resultado de un consenso.

No es el conjunto de la sociedad, ni los legisladores estatales, quienes de forma arbitraria otorgan derechos e imponen deberes a los individuos. Todos los derechos humanos legítimos, no violentos, emanan y son consecuencia lógica del derecho de propiedad. Por ser derechos de todas las personas, no pueden tenerlos unos a costa de otros.

De acuerdo con Román Sánchez -el Derecho de Propiedad-: “Es un derecho constituido en cosa corporal, que otorga a una persona el poder exclusivo de su libre disposición y aprovechamiento, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes o por la voluntad del transmitente”.

Según la definición dada por el jurista venezolano Andrés Bello 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.

El Derecho de Propiedad pleno comprende tres facultades principales: uso (**iusutendi**), disfrute (**iusfruendi**) y disposición (**iusabutendi**), 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.

La definición tradicional del Derecho de Propiedad se basa en la enumeración de las principales facultades que integran su contenido. Así se observa en la más famosa de las definiciones nacida en Bizancio: “...dominium est ius utendi et abutendi re sua a quatenus iuris ratio patitur”.

Esta forma de definir la propiedad pasó al Código Francés en el año 1804, en su artículo 544 señala que: "...la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto con tal que no haga de ellos un uso prohibido por la Ley o los reglamentos"; y luego a todos los Códigos Latinos que lo imitan. Esta clase de definición de por sí, ya señala la casi imposibilidad de definir la propiedad ya que no es viable indicar todas las posibilidades que la voluntad del dueño tiene respecto a la cosa.

La doctrina moderna considera al Derecho de Propiedad (como a todo derecho subjetivo), como el poder unitario más amplio sobre la cosa, como un señorío global, donde las llamadas facultades o derechos del propietario no son una serie de sumandos cuya adición constituya la propiedad, sino que son solo aspectos parciales del señorío total que este es.

2.1.2 Características del derecho de dominio.-

Entre las principales características cabe anotar:

- ✓ La propiedad es un derecho real por excelencia que comprende todas las facultades del hombre sobre el bien, la cual atribuye al propietario el derecho de usar o servirse del bien según su naturaleza, **iusutendi**; asimismo consiste en el goce disfrute o explotación del bien percibiendo sus frutos, **iusfruendi**; el propietario puede disponer del bien cediendo temporalmente el bien y poder recuperarlo, y tiene el derecho de reivindicar el bien; **iusvindicare**.
- ✓ La propiedad es un derecho real;

- ✓ La propiedad es lo primordial y fundamental de los Derechos Reales, ya que los demás parten de ella;
- ✓ La propiedad es un derecho autónomo; ya que es oponible (erga omnes), por lo mismo, los demás están obligado a respetar el dominio del propietario;
- ✓ El derecho de propiedad es perpetuo; la propiedad no se extingue, no tiene limitación temporal, es un derecho perpetuo;
- ✓ Es un derecho exclusivo;
- ✓ La propiedad es exclusiva porque solo le concede al propietario la facultad de usar, gozar y disponer del bien con exclusión de los demás;
- ✓ Es un derecho inviolable; lo garantiza la Constitución de la República y demás leyes anexas;
- ✓ La propiedad es pura y se encuentra al margen de toda carga o gravamen, sin alterarse su unidad esencial;
- ✓ Es un derecho autónomo;
- ✓ No depende de ningún otro derecho; y,
- ✓ Es un derecho principal e independiente.

2.2 Protección y límites de la Constitución y las Leyes al Derecho de Dominio.-

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 su perspectiva individual y social, 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 depara obligaciones.

La Constitución de la República incorpora a más de la clásica distinción entre propiedad privada y pública, nuevas figuras que significan un avance hacia formas solidarias y más democráticas.

La Constitución de la República se refiere a la propiedad en los siguientes términos Art. 66.- “Se reconoce y garantizará a las personas:[...] numeral 26.- El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas”²¹.

²¹ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2008): “Constitución de la República del Ecuador”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Art. 66.

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 del Código Político, 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 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, la reconoce y garantiza como un derecho en la perspectiva de la organización de la economía.

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, inescindiblemente el contenido del Derecho de Propiedad”.

Los principios del Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social acogidos por la Constitución de la República 2008, 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 ésta 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 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, 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 Art. 276 de la Constitución de la República en los siguientes términos:

“El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos:

[...] 2. Construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable”²².

En corolario, se debe entender que la protección y límites concebidos dentro de la Constitución y las demás leyes anexas sobre el derecho de dominio, giran en torno al reconocimiento de la propiedad **con función y responsabilidad social y ambiental**.

2.3 Modos de adquirir y perder el dominio (respecto a la expropiación).-

2.3.1 Modos de adquirir el dominio (respecto a la expropiación).-

Según su naturaleza o título:

Universal.-Se transmite el patrimonio con universalidad jurídica. Ejemplo: la herencia.

Particular.- Se transmite bienes determinados. Ejemplo: los contratos, legados y donaciones.

Oneroso.-El adquirente paga un cierto valor en dinero, bienes o servicios a cambio de los bienes que recibe. Ejemplo: el contrato de compraventa.

²² CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2008): “Constitución de la República del Ecuador”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Art. 276, numeral 2.

Gratuito.- El adquirente recibe un bien sin tener que cubrir una contraprestación. Ejemplo: la donación, herencia o legado.

Según la forma de adquirir:

Primitivas u ordinarias.- La cosa no ha estado en el patrimonio de determinada persona. No ha tenido dueño. Ejemplo: los casos de ocupación y accesión.

Derivadas.- Supone una transmisión de un patrimonio a otro. Ejemplo: compraventa, herencia, prescripción y adjudicación.

Según la causa:

Transmisión por acto entre vivos.- Es un acto jurídico en general.

Sucesión por causa de muerte.- Herencia, legítima, testamento y legado.

Formas especiales de adquirir el dominio:

Ley.- Todas las formas de transmisión concurren con la ley:

Tradición.- La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo, por una

parte, la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra, la capacidad e intención de adquirirlo²³.

Ocupación.- Es un modo de adquirir el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no está prohibida por las leyes ecuatorianas, o por el Derecho Internacional. La caza y pesca son especies de ocupación por las cuales se adquiere el dominio de los animales bravíos²⁴.

Accesión.- Es un medio de adquirir la propiedad mediante una extensión del dominio. Se adquiere la propiedad mediante la unión o incorporación de una cosa secundaria a una principal. El dueño de la principal adquiere la accesión. Tanto los frutos como los productos son una consecuencia de la propiedad. La accesión puede ser natural o artificial. La natural presenta las siguientes formas: Aluvión²⁵; Avulsión²⁶; Nacimiento de isla²⁷; y, Mutación del cauce de un río²⁸.

²³ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2010): “Código Civil”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Arts. 686 al 714.

²⁴ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2010): “Código Civil”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Arts. 622 al 658.

²⁵ Art. 665.- Se llama aluvión el aumento que recibe la ribera del mar o de un río o lago, por el lento e imperceptible retiro de las aguas.

²⁶ Art. 668.- Sobre la parte del suelo que por una avenida o por otra fuerza natural violenta es transportada de un sitio a otro, conserva el dueño su dominio, para el solo efecto de llevársela; pero si no la reclama dentro del subsiguiente año, la hará suya el dueño del sitio a que fue transportada.

²⁷ Art. 613.- Pertenecerán al Estado las nuevas islas que se formen en el mar territorial y en los ríos y lagos de dominio público.

²⁸ Art. 670.- Si un río varía de curso, podrán los propietarios ribereños, con permiso de autoridad competente, hacer las obras necesarias para restituir las aguas a su acostumbrado cauce; y la parte de éste que permanentemente quedare en seco, accederá a las heredades contiguas, como el terreno de aluvión en el caso del Art. 666.

Concurriendo los ribereños de un lado con los del otro, una línea longitudinal dividirá el nuevo terreno en dos partes iguales; y cada una de éstas accederá a las heredades contiguas, como en el caso del mismo artículo.

La accesión artificial puede darse en inmuebles y en muebles. En inmuebles: edificación, plantación y siembra. En muebles: incorporación, confusión, mezcla y especificación.

Prescripción.- Es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice que prescribe, cuando se extingue por la prescripción.

Fideicomiso.- El Fideicomiso, no es un concepto, que puede manifestar un simple, (estado jurídico), no es esencialmente vinculatorio; por el contrario, es un concepto, que no solo manifiesta las relaciones entre dos personas, sino también las relaciones que pueden suscitarse entre dos, y en ocasiones cientos de personas, con derechos y obligaciones, más o menos equivalentes, pero todos conectados por un solo concepto, que es precisamente el de Fideicomiso²⁹.

Uno de los conceptos más precisos expresa que la **fiducia** es un negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada **fiduciante o fideicomitente** transfiere uno o más bienes especificados a otra llamada **fiduciario**, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos, para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o un tercero llamado beneficiario o **fideicomisario**.

²⁹ DÁVALOS, Mejía Carlos (1992): "Derechos Bancarios y Contratos de Crédito"; Edit. Harla, México, Pág. 17.

De allí que sea oportuno recordar que el vocablo fiducia significa fe o confianza. La fiducia también se define como un gran recipiente al cual los clientes le ponen un contenido. Este contenido, en la mayoría de los casos, es definido por los mismos clientes. Otras veces es sugerido por la fiduciaria. Por lo que puede ser conceptualizada como un mecanismo esencialmente elástico y flexible, que permite realizar todas las finalidades lícitas de los clientes.

Mediante la fiducia, una persona natural o jurídica, llamada fideicomitente o constituyente, entrega a una sociedad fiduciaria uno o más bienes concretos, despojándose o no de la propiedad de los mismos, con objeto de que dicha fiduciaria actúe en provecho del mismo fideicomitente o de quien éste determine, este último se llama beneficiario.

Contrato.- Forma de transmisión a título particular, oneroso, gratuito.

Herencia.- Testamentaria, legítima.

2.3.2 Modos de perder el dominio (respecto a la expropiación).-

Los modos de perder el dominio son todos aquellos hechos jurídicos a los que la ley reconoce la virtud de originar la separación de este de su titular. Merece destacarse el carácter heterogéneo y artificioso de esta categoría, bajo la que se encuadran figuras cuya sede verdadera radica en otras partes del Derecho Civil e incluso de otras ramas del derecho, como el Administrativo o el Penal. Se mezclan en ella criterios de clasificación muy distintos, atendiéndose unas veces a la causa de la pérdida, otras a la forma en que tiene lugar, o a la naturaleza del órgano que le impone etc.

Por ello podría pensarse que el epígrafe modos de perder el dominio en realidad no es sino un cajón de sastre en el que dar sede sistemática a figuras que en otro caso carecería de ella.

Frente a los modos de adquirir la propiedad, es decir, aquellos hechos o negocios jurídicos en virtud de los cuales un activo entra en el patrimonio de una persona, la doctrina utiliza la expresión **modos de perder la propiedad o dominio** para hacer referencia a aquellos hechos o actos jurídicos que producen el efecto contrario, esto es, la salida de un activo del patrimonio de una persona.

Los modos de perder la propiedad se pueden clasificar en voluntarios e involuntarios:

Entre los primeros se encuadran:

- ✓ El **abandono**: que consiste en la dejación física de la cosa por su titular, unida a la voluntad de renunciar a todo derecho sobre la misma. La cosa abandonada, si es mueble pasará a ser res nullius, y por tanto su propiedad corresponderá al primer ocupante, mientras que si es inmueble, pasará a formar parte del patrimonio del Estado.
- ✓ La **enajenación**: es el negocio jurídico en virtud del cual, el titular de una cosa o derecho, trasmite su dominio o algún derecho sobre ellos a otra persona, ya sea a título gratuito (sin contraprestación) u oneroso (a cambio de una cantidad de dinero u otra prestación que le sirve de equivalente).

Entre los segundos cabe citar:

- ✓ **Pérdida**, propiamente dicha, cabiendo distinguir entre pérdida física (destrucción) y pérdida jurídica (que tiene lugar cuando la cosa queda fuera del comercio de los hombres por disposición de la ley). La pérdida se refiere a una situación en la que la ley común de la propiedad, indica que las pertenencias personales dejan de ser posesión de sus dueños legales sin haber entrado directamente bajo la posesión de otra persona es considerada perdida, extraviada, o abandonada, dependiendo de las circunstancias bajo la que fueron encontrados.
- ✓ **Expropiación**, que sería un supuesto de pérdida legal.
- ✓ **Revocación**, que tiene lugar cuando el anterior propietario declara su voluntad de dejar sin efecto el acto en virtud del cual transmitió el dominio al actual titular.
- ✓ **Adquisición a non domino**, cuando ésta es admitida por la ley. La adquisición a non domino tiene lugar cuando se adquiere la propiedad de una cosa de quien no es propietario y dicha adquisición es protegida por el derecho, de modo que el propietario despojado no puede reivindicar la cosa.
- ✓ Por Decreto Judicial, cuando el Juez atribuye una cosa a persona distinta de aquella a la que hasta entonces pertenecía.

- ✓ Por acto del Estado, que admite como modalidades: el comiso de los instrumentos y efectos del delito y la expropiación.

2.4 La expropiación como limitación del derecho de dominio.-

El derecho de propiedad nunca ha tenido un carácter absoluto, pues ha estado en todos los tiempos sometidos al influjo de las normas morales, que han puesto un freno a los poderes excesivos que el derecho haya podido atribuir al propietario.

Las limitaciones del ejercicio de derecho de propiedad se derivan de las exigencias del interés público a cuya satisfacción atiende la expropiación. Pues, basta recordar que la expropiación es uno de los modos que la administración pública utiliza para la adquisición de los bienes que estima necesarios para la realización de sus fines. Por tanto, constituye una de las más antiguas limitaciones al derecho de dominio.

Las restricciones a la propiedad son las condiciones legales del ejercicio normal u ordinario del derecho de propiedad. Están insertas en la existencia del dominio, nacen con él, son de su naturaleza y esencia. Implican una reducción del carácter absoluto del derecho de propiedad.

Las restricciones se establecen para el mejor condicionamiento del ejercicio del derecho de dominio dentro de la convivencia social. En ese sentido traducen una mera tolerancia general que el propietario debe soportar.

De allí que, el procedimiento expropiatorio se constituya en una garantía fundamental dentro del Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social. Pues se materializa en una serie de actos y tareas que tienden a transferir determinados bienes para que la Administración Pública pueda desarrollar su cometido de protección del interés general. También obra como una garantía fundamental, con el amparo, para que los propietarios puedan ejercer sus derechos y lograr una justa compensación.

2.5 Diferencias entre confiscación y expropiación.-

Recordemos que la confiscación, alude a toda privación de propiedad sin una indemnización, cuyos casos particulares pueden ser el decomiso de instrumentos o productos, o de especies con fines sanitarios, o bien como pena (hoy prohibida en nuestra Constitución por el Art. 323, salvo para el caso de asociaciones ilícitas).

La importancia dogmática de la confiscación, en el caso del comiso, está dada por su estructura, ya que permite apreciar que se reconoce al Poder Legislativo la facultad de regular ciertos usos de un bien del dominio de una persona, como causa para la privación total del dominio sobre dicho bien, y sin indemnización.

Lo importante aquí es destacar la libertad de configuración del assembleísta para dar forma a dicha privación total sobre la base de un interés público indiscutido, como lo es la persecución criminal.

Las actividades de confiscación se encuadran en la Constitución de la República y demás leyes anexas, gran parte de las confiscaciones están relacionadas con el tráfico de drogas ilegales.

Sin embargo, es de recordarse que la confiscación puede ser penal o civil:

La **confiscación penal** funciona como castigo de un delito. Por lo tanto, requiere una condena y la posterior incautación por parte del Estado sobre los bienes que se encontraron en posesión del delincuente.

La **confiscación civil** se basa en el concepto legal (una ficción jurídica) de que la propiedad misma, y no el propietario, ha violado la ley. Por ende, el procedimiento se realiza contra el objeto o la cosa implicada en alguna actividad ilegal, especificada por la ley.

A diferencia de la **confiscación penal**, la confiscación in rem no requiere una condena ni un cargo penal oficial contra el propietario. Aquí radica la fuente de su atractivo para los encargados del cumplimiento de la ley y, a su vez, la amenaza para aquellos preocupados por resguardar las protecciones constitucionales.

Por lo referido, entre las diferencias que existen entre la confiscación y la expropiación, cabe resaltar las siguientes:

- ✓ La confiscación es la “adjudicación” que se hace al Estado, de los bienes de algún reo. Se la considera una pena, por ello, cuando se trata de confiscación, no procede en ningún caso el pago de una indemnización.

La expropiación, en cambio, no es una pena ni una medida de represalia, es una institución que tiene por objeto conciliar los requerimientos del interés general de la comunidad con el respeto debido al derecho de propiedad de los administrados.

El interés individual de los administrados debe ceder ante el interés general de la colectividad; pero el derecho de propiedad, que la Constitución garantiza, no puede ser desconocido.

Por eso, el expropiante adquiere los bienes que reclama el interés general y el propietario recibe una justa indemnización para que así su patrimonio permanezca incólume.

- ✓ La confiscación significa una reducción del patrimonio de la persona que lo sufre, la expropiación no.

CAPÍTULO III

3. Importancia de la declaratoria de utilidad pública

3.1 Análisis y definición.-

3.1.1 Análisis.-

Partimos del principio general de que la propiedad privada no puede ser tomada para una utilidad pública sin una justa compensación, ya que toda medida expropiatoria exige una indemnización como condición necesaria para su validez, pero también es necesario diferenciar la medida expropiatoria propiamente dicha de la mera regulación o delimitación de la propiedad, que no lleva aparejada indemnización expropiatoria alguna.

Estos principios que recoge la jurisprudencia de los E.E.U.U. es trasladable al Derecho Constitucional español, que diferencia entre la expropiación forzosa indemnizable por razón de su causa, determinada en la utilidad pública o el interés social, y entre la delimitación del contenido de la propiedad que es una competencia legislativa ordinaria y que no requiere indemnización alguna.

El profesor García de Enterría, al respecto manifiesta: "...toda la riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general; por tanto la propiedad privada ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito de la expropiación".

Efectivamente, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el

derecho de propiedad puede recaer, ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos.

Debido a esto, 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 este 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.

El profesor García de Enterría se muestra de acuerdo con esta concepción contemporánea del derecho de propiedad, alineándose así con la inmensa mayoría de la doctrina civilista. Si objeta que esta concepción desgaja o desnuda al derecho de propiedad de su categoría de derecho fundamental, pasando de ser una titularidad subjetiva plena a una mera concesión, resultando ser el Ordenamiento Jurídico ecuatoriano el país occidental en el que la Administración Pública muestra una mayor falta de respeto con el otrora sacrosanto derecho de la propiedad privada.

Quizás aquí el Profesor García de Enterría exagera un poco al entender que el concepto de propiedad ha pasado, debido a como se entiende hoy la función social del mismo, a convertirse en una concesión, algo que da a entender cierta inseguridad jurídica en cuanto a los bienes y derechos del particular frente a la Administración Pública.

La expropiación se concibe en los orígenes del Estado liberal como el último límite del derecho natural, sagrado, e inviolable, a la propiedad privada; y se

redujo, inicialmente a operar sobre los bienes inmuebles con fines de construcción de obras públicas.

La expropiación se ha convertido en un límite negativo del derecho absoluto decimonónico de propiedad poniéndose a disposición de la Administración Pública para el cumplimiento de los fines de ordenación y conformación crecientes en la sociedad actual, pero quedando garantizado siempre al titular del derecho, una causa justa de interés social, que a su vez limita la expropiación, y el contenido económico de su derecho, siendo estos aspectos fiscalizables.

El concepto legal de expropiación no se reduce a la venta más o menos forzosa de cosas por razón de obras y servicios públicos, sino que alcanza a toda privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos.

Para entender de mejor manera lo dicho, debemos definir lo que es la propiedad privada y la propiedad en función social:

Propiedad privada.-

Se cree que el concepto de propiedad es muy antiguo. Las sociedades primitivas solían compartir ciertos derechos de propiedad, como el derecho a cazar o pescar en un determinado lugar.

Aunque existía cierta propiedad personal, como las armas o los utensilios de cocina, parece ser que la propiedad real era común. La tierra no empezó a considerarse como propiedad privada de personas hasta después de la Edad

Media. Bajo el sistema feudal, la tierra podía ocuparse pero no se tenía la propiedad. Esta ocupación implicaba muchas obligaciones. En el sentido moderno de propiedad, tan sólo los monarcas y la Iglesia poseían la tierra.

El ascenso de la burguesía a finales de la época feudal fue afectando paulatinamente a la importancia relativa de la propiedad real y personal. Históricamente, la propiedad personal no tenía importancia en comparación con la propiedad de la tierra. Por ello, casi no existía una regulación sobre la propiedad, transmisión y herencia de las propiedades personales.

La creciente clase media que acumulaba riqueza podía transmitirla fácilmente mediante un testamento. Con la Revolución industrial, el consiguiente abandono de la agricultura y la aparición de acciones y bonos, la propiedad personal alcanzó la misma importancia que la propiedad real. La tierra se convirtió en un bien que podía comprarse y venderse, como cualquier otro bien³⁰.

Propiedad en función social.-

El concepto de propiedad ha sufrido numerosos cambios a lo largo de la historia. De esta forma ha sido concebido más o menos ampliamente por los legisladores.

En contraposición con la concepción absoluta de propiedad en Roma, a partir del siglo XVIII surgen voces críticas con tal posición y que defienden una mayor implicación social.

³⁰ HAYEK, Friedrich (1988): "Los orígenes de la libertad, la propiedad y la justicia"; Pág. 56.

La propiedad, que es un hecho social, no puede habilitar para el comportamiento antisocial del propietario, y por lo tanto, deberá retraerse si resulta incompatible con intereses dignos de una mayor tutela.

Nuestra Constitución recoge una referencia a esta función social en el artículo 66 numeral 26³¹, tras reconocer el derecho a la propiedad y antes de establecer la posibilidad de privación de la misma por utilidad pública o interés social y nacional (Art. 323).

La referencia al Estado Constitucional de Derecho y Justicia Social del artículo primero del Código Político implica necesariamente que la configuración de los distintos derechos se haga de manera justa, igualitaria, legítima y proporcionada, principios que, en ciertas ocasiones -no siempre- pueden ser incompatibles con el carácter absoluto originariamente predicado de la propiedad.

Paralelamente el artículo 276 numeral 2 de la Carta Magna habilita en concreto al legislador a utilizar un concepto flexible de propiedad para hacerla más acorde con las exigencias sociales. Por lo tanto, en última instancia, serán las leyes quienes efectivamente acoten y configuren su extensión.

El contenido esencial de la propiedad no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a ésta

³¹Art. 66.- “Se reconoce y garantizará a las personas: (...) Numeral 26.- El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas”. CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2008: “Constitución de la República del Ecuador”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Art. 66, numeral 26.

subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida, no como mero límite externo a la definición de su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo.

La función social de la propiedad no debe considerarse como una limitación externa del dominio sino como una configuración interna necesaria para la armonía social en virtud de la cual, la propiedad pasa de ser un derecho absoluto individual a ser una institución jurídica objetiva y estatutaria, secundaria, condicionada y limitada, esto es, que depende de la configuración que le dé la ley en cada momento, según las circunstancias y necesidades sociales.

Esto se ha visto especialmente en el ámbito urbanístico, agrario y de expropiación así como en ciertas servidumbres impuestas sobre los bienes a raíz de relaciones de vecindad o interés público. En virtud de esto, es posible establecer limitaciones conservadoras de ciertos bienes con valor histórico, artístico, cultural, paisajístico, ambiental e incluso económico.

Como consecuencia de ello, el no respeto de esta función social puede suponer la pérdida y sacrificio del derecho, la imposición de sanciones o de medidas aseguradoras sobre el bien, todo ello, como puede verse, restringiendo la configuración inicial del derecho.

Cuando se habla de la función social de la propiedad, usualmente se quiere decir que los derechos de propiedad deben estar limitados y regulados por el Estado, de tal manera que los dueños tengan, además de derechos, responsabilidades con la sociedad.

Algunas personas, influenciadas por la obra de León Duguit, consideran que las limitaciones a la propiedad redundan en beneficios para toda la sociedad. Como los propietarios tienen derechos y responsabilidades con la sociedad, deben cumplir su doble rol usando la propiedad de aquella manera que la sociedad, por medio del derecho, considera más adecuada.

Si bien esta postura permite un control total del Estado sobre cómo las personas usan la propiedad, es importante rescatar que existen diferentes 'grados' en los que la propiedad cumple una función social.

La pregunta es, por lo tanto, cuál es la función social de la propiedad más deseable para toda la sociedad. Dado que existe un mercado de la propiedad, y que es posible tasar los costos que resultan de su uso, la función social de la propiedad más deseable es aquella que permita usar la propiedad al máximo generando los menores costos sociales posibles.

Esto se cumple en aquellos casos en los que la propiedad está en las manos de aquellas personas que la ponen a producir más. Una mayor y mejor producción de la propiedad implica más y mejores bienes en el mercado.

En este sentido, las personas que ponen a producir la propiedad prestan un verdadero servicio social porque por medio del mercado le proveen a la sociedad bienes y servicios que ésta considera útiles.

Por lo tanto, las normas jurídicas deberían buscar que la capacidad para darle un uso útil a la propiedad y la propiedad productiva coincidan.

Sin embargo, es importante preguntarse qué implicaciones traen estas consideraciones frente a la igualdad a nivel social. Si todas las personas tuviéramos los mismos derechos sobre la propiedad, y pudiéramos negociar estos derechos, el resultado final no necesariamente sería una igualdad como la inicial. Además, este reparto inicial implica que la propiedad se desperdicia, porque no está en manos de aquellas personas que pueden usarla para brindarle más y mejores bienes a toda la sociedad.

Si existieran los derechos de propiedad plenamente definidos, los costos sociales de usar la propiedad como la polución y demás serían internalizados por los propietarios. La responsabilidad que tienen los dueños de la propiedad con la sociedad puede entenderse de esta manera, y entonces la función social de la propiedad implica tanto producir todo lo posible como interiorizar todos los costos sociales posibles.

Los sistemas jurídicos pueden contribuir a lograr esta función social deseable de la propiedad haciendo que la producción de una persona no implique costos que otra deba asumir.

Los impuestos pueden usarse para incentivar la internalización de los costos sociales que producen ciertas actividades, pero al mismo tiempo resultan un arma de doble filo.

Los impuestos, si son excesivos, desalientan la producción de ciertos bienes y servicios que la sociedad considera deseables, y por lo tanto su uso

indiscriminado lleva a que la sociedad deje de tener a su alcance dichos bienes y servicios.

En este sentido, hay que buscar un equilibrio entre los impuestos y el uso de la propiedad, de tal manera que se recauden fondos y al mismo tiempo se incentive el uso de la propiedad en términos de lo que las personas, por medio del mercado, demandan.

Las personas que ponen a producir la propiedad prestan un verdadero servicio social porque proveen a la sociedad bienes y servicios útiles.

El abandono de la concepción absolutista de la propiedad privada, históricamente, se ha ido produciendo de forma paulatina. El último estadio en dicho proceso viene representado por la idea de la función social de la propiedad. Vale recordar que la expresión función social de la propiedad fue acuñada a comienzos de este siglo por el jurista francés, Leon Duguit, como una vía transaccional entre la ideología liberal propia de la Revolución Francesa y la propiamente socialista. Su formulación inicial fue notoriamente confusa. A pesar de ello, muy pronto se convirtió en una fórmula que a todos satisfizo y, poco a poco, fue convirtiéndose en un giro utilizado por las Cartas Constitucionales.

El reconocimiento constitucional de la propiedad privada como base fundamental de las relaciones económicas parece fuera de toda duda si se atiende al desarrollo de los debates constitucionales y al propio tenor literal del artículo 66, numeral 26 del Código Político, cuyos términos son categóricos: “Se reconoce y garantizará a las personas: (...) Numeral 26.- El derecho a la

propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental”³².

Tanto los derechos fundamentales como los demás derechos de los ciudadanos se encuentran especialmente garantizados constitucionalmente, ya que sólo podrán ser regulados por ley.

Es importante precisar que la función social de la propiedad nació en el siglo pasado al calor de los cambios sociales ocurridos en el mundo capitalista por la influencia del pensamiento socialista. En sus inicios, estuvo centrado fundamentalmente en la propiedad agraria, dando nacimiento al Derecho Agrario.

En América Latina, la Constitución mexicana de 1917 le otorgó rango constitucional, originando lo que se denomina constitucionalismo de los derechos sociales, superando el constitucionalismo clásico, de cuño liberal que configuraba solo un sistema de derechos y garantías individuales.

Después de la Segunda Guerra Mundial surgieron constituciones nuevas en países como Alemania e Italia, sin contar con las del mundo socialista, en la que se ratificó la concepción de la propiedad como un instituto que debía cumplir una función social.

En nuestro país, la función social de la propiedad ya estuvo presente en la Constitución juliana de 1929 y en la Constitución de 1945. Las siguientes cartas

³² CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2008): “Constitución de la República del Ecuador”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Art. 66, numeral 26.

magnas como la de 1967 y la vigente desde 1998, mantuvieron este principio. En la mayoría de las constituciones políticas de los países de América Latina con gobiernos de signo ideológico diverso como Costa Rica, Venezuela, Colombia y Brasil se ha realizado lo que se podría denominar una armonización o síntesis entre el derecho a la propiedad de tradición liberal y su función social de inspiración socialista.

En la Constitución de Colombia, país con gobiernos por tradición liberales o conservadores, el artículo 58 en su inciso segundo, es claro, sucinto e innovador cuando determina que “la propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal le es inherente una función ecológica”. Pero, no se trata solo de una legitimación constitucional del principio sino también de la importancia de su aplicación, sobre todo ahora que crece la demanda mundial de alimentos y las graves consecuencias de actividades productivas depredadoras de recursos naturales.

En el Ecuador, debido a la falta de técnica jurídica adecuada para la redacción de los textos de los artículos de la vigente Constitución de la República del Ecuador, ha dejado la puerta abierta a la desconfianza generado entre los ciudadanos planteamientos peregrinos.

3.1.2 Definición.-

Antes de iniciar el presente análisis debemos recordar que la expropiación es: “...una Institución de Derecho Público en virtud de la cual la administración, con fines de utilidad pública o social, adquiere coactivamente bienes

pertenecientes a los administrados, conforme al procedimiento determinado en las leyes y mediante el pago de una justa indemnización...”.

“Es una Institución que tiene por objeto conciliar los requerimientos del interés general de la comunidad con el respeto debido al derecho de propiedad de los administrados...”³³.

“Es una institución más de las previstas por el Ordenamiento Jurídico, tanto constitucional como legalmente, que produce la transferencia de la propiedad del particular al Estado y desapropia a aquel de su derecho. Su característica más resaltante es que no hay en ella acuerdo de voluntades, sino que su mismo fundamento jurídico la potestad expropiatoria le otorga la suficiente eficacia jurídica para que, cumplido el procedimiento legalmente previsto y el pago de una justa indemnización, produzca el efecto ablatorio en el patrimonio de los particulares...”³⁴.

“El instituto expropiatorio ha sido considerado desde hace siglos como el mecanismo que permite conciliar dos aspectos fundamentales del orden social: por un lado, el interés público que requiere de un determinado bien; por otro, el legítimo derecho de propiedad de los particulares. Integrar lo más armónica y justamente posible ambos elementos, constituye el desideratum de toda la normativa ex-propietaria y la medida de su eficacia. Esta bipolaridad adquiere rango constitucional en nuestro derecho, toda vez que simultáneamente la Constitución garantiza el derecho de propiedad y permite que por causa de

³³ LARES MARTÍNEZ, Eloy (2001): “Manual de Derecho Administrativo”; décima segunda edición, Caracas – Venezuela, Págs. 607-608.

³⁴ SALOMÓN DE PADRÓN, Magdalena (2006): “Consideraciones generales sobre la expropiación por causa de utilidad pública o social”; Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Pág. 369.

utilidad pública o interés social se expropian toda clase de bienes, previo el cumplimiento a favor del particular de una serie de garantías, justa indemnización y sentencia firme...”³⁵.

De las definiciones recabadas, se colige que la esencia de la expropiación es la necesidad que la motiva, la cual es calificada dentro de la Constitución de la República como: de utilidad pública o interés social y nacional. Se considera de **utilidad pública** lo que tienda al beneficio del Estado (gobierno central) de los Consejos Provinciales y Municipios (gobiernos seccionales), de los habitantes del Estado en general.

Cuando la doctrina se refiere a la necesidad o utilidad públicas, a la utilidad nacional o social o al interés público o social como causas de la expropiación, no emplea el término «causa» en su sentido técnico; no se refiere -dice Zanóbtini- al fin inmediato del acto, o sea, a la transferencia de la propiedad, sino a la causa natural, esto es, al modo práctico por el cual la Administración se decide a pronunciar tal transferencia la causa de la expropiación así entendida constituye su fundamento mismo, la razón de ser de la transferencia de la propiedad en que la expropiación consiste, el por qué una entidad pública priva a un sujeto de derechos sobre un bien determinado.

Por ello, no puede extrañarnos que llegue a hablarse de la utilidad pública como «presupuesto de la expropiación».

La utilidad pública tiene tal importancia, que en todos los procedimientos expropiatorios se exige como trámite del mismo o como requisito previo a la

³⁵ LINARES BENZO, Gustavo (2003): “Innovaciones de la Ley de expropiación por causa de utilidad pública o social”; Edt. Planchart Manrique, Tomo I, Caracas – Venezuela, Pág. 42.

incoación del expediente, la concreta declaración de utilidad o necesidad pública, o interés público o social. De este modo, la utilidad pública -o cualquiera de los otros fundamentos señalados- pasa a ser el centro de gravedad del procedimiento en la expropiación.

La declaración constituye uno de los requisitos tradicionales que, al concurrir en un supuesto concreto, legitima la acción administrativa, y, al no darse, nos colocan en presencia, de uno de los supuestos claros de vía de hecho, con las consiguientes consecuencias, esto es, que desaparece el privilegio de la acción-ejecutiva y el particular puede defenderse de la Administración empleando los medios jurídicos ordinarios.

Cuando la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano proclama el principio de que la propiedad es un derecho «inviolable y sagrado», va a disponer, como secuela del mismo y garantía de los particulares, que nadie podrá ser privado de su propiedad, sino por necesidad pública, legalmente constatada y previa la indemnización justa. Es decir, únicamente podía llevarse a cabo la expropiación cuando así lo exigía la necesidad pública.

Muy pronto va a surgir una corriente encaminada a ampliar la causa de la expropiación.

Las entidades públicas van a poder utilizar el mecanismo expropiatorio, no solo cuando la cosa fuese estrictamente necesaria, imprescindible al fin público, sino también cuando fuese útil. Y entonces se va a reemplazar el término «necesidad pública» por otro más amplio el de utilidad pública.

Va a ser este término el que se acoge en la mayoría de los textos constitucionales del mundo y en las leyes de expropiación que desarrollan aquéllos. Es cierto que todavía existen disposiciones que hablan de necesidad pública, pero al lado de este fundamento de la expropiación colocan el de la utilidad pública.

3.2 La expropiación como facultad municipal.-

Resulta pertinente indicar que en materia de expropiación, vista la limitación al derecho de propiedad del particular que resulta afectado por el decreto de expropiación, las expropiaciones deben cumplirse en un tiempo razonable sin que de ningún modo pueda pretenderse que el particular afectado se encuentre en una incertidumbre permanente o que su propiedad se vea afectada eternamente, independientemente de razones de diversa índole.

La expropiación solo procede por causa de utilidad pública, por lo que constituye un acto de naturaleza especialísima por cuanto es la actuación mediante la cual se manifiesta la excepción constitucional y legal de limitación del derecho de propiedad, es decir el decreto de afectación y expropiación de una zona constituye la única vía constitucional mediante la cual se restringe el derecho de propiedad.

Es a través de este mecanismo, como se procura que el interés general y la utilidad pública, obtengan supremacía sobre lo que es el interés particular de quien es titular del derecho de propiedad, de allí que se procure otorgar al particular a quien afecta tal medida de expropiación, algunos derechos o granarías de naturaleza indemnizatoria como serian el pago del precio del bien

expropiado y lo que le corresponda por el valor de sus mejoras y por los perjuicios que se le causen, lo cual manifiesta la intención de no pedir más sacrificio del particular que ha cedido ante el bien público o la utilidad social, cumpliendo de tal manera con el fin y objetivo de igualdad ante las cargas públicas.

Es así como el procedimiento de expropiación, en aras de la protección de los derechos e interés del particular a quien se le expropia el bien inmueble, constituye un procedimiento complejo en el que intervienen diferentes órganos y que además los actos que lo conforman guardan entre sí extrema relación, resultando pues que si el acto de cual emana e inicia el proceso de afectación y expropiación de un bien, adoleciere de vicios que acarreen su nulidad y la misma no se declara, el proceso en su integridad resultaría a su vez viciado, perjudicando de esa manera al particular que ostentaba el derecho de propiedad sobre el bien que le ha sido expropiado, a través de procedimientos viciados, ya que si bien es cierto que la expropiación constituye un mecanismo legal de limitación de la propiedad, el titular de tal derecho de propiedad, merece o tiene derecho a que dicha expropiación sea realizada de conformidad con el procedimiento legalmente establecido, garantizándole sus derechos e intereses.

Al expropiado corresponde una suma equivalente a la pérdida sufrida por concepto de reparación, de modo que esta no traiga como resultado el empobrecimiento del expropiado como tampoco su enriquecimiento. Con base en ese principio, la jurisprudencia ha precisado que dicha indemnización no tiene que ser equivalente con el valor del bien expropiado; así, en los casos en que al propietario se le hubiere privado del uso y disfrute del bien de sus

propiedad durante el procedimiento expropiatorio, debe indemnizarse el daño producto de tal circunstancia, además el correspondiente valor de dicho bien.

La expropiación es una institución de Derecho Público en virtud de la cual se actúa a favor de una causa de utilidad pública o de interés social, a los fines de trasladar el derecho del propietario sobre la misma en un derecho a la justa indemnización.

En efecto, es el medio jurídico en cuyo mérito el Estado obtiene que un bien sea transferido de un patrimonio a otro por causa de utilidad pública, previa justa indemnización.

El concepto de utilidad pública por mutable es contingente y circunstancial, pues varía según la época, las circunstancias, el lugar y el ordenamiento jurídico vigente y existe no solo en los supuestos en que los bienes expropiados sean destinados a la utilidad directa de los particulares, sino también cuando fueren afectados al uso de los órganos del Estado.

Desde el punto de vista Constitucional, no hay distinción al respecto, ya que sólo se exige que la utilidad pública o interés social y nacional sea declarada por ley, la razón o causa de la expropiación, es la utilidad pública o interés social y nacional y esta es en extremo amplia y omnicomprensiva, es por ello, precisamente, que por virtud del régimen legislativo y creación jurisprudencial hubo de variarse la expresión necesidad pública a 'utilidad pública o interés social y nacional así como otros conceptos más amplios, como: interés general, la utilidad o interés social, el bien común, entre otros.

La expropiación por causa de utilidad pública o interés social y nacional, tiene por finalidad la transferencia obligatoria del derecho de propiedad sobre el bien objeto de tal medida, mediante el pago de justa indemnización.

En efecto, la entidad expropiante, está facultada por la ley por causa de utilidad pública o interés social y nacional para intentar los juicios expropiatorios con el objeto de realizar obras y actividades de utilidad pública o interés social y nacional, cuya finalidad es proporcionar a la nación en general, bienes o usos en beneficio común.

La expropiación, pues, constituye el ejercicio por parte de la Administración es una potestad pública, que le permite apoderarse de determinados bienes de los particulares por motivos de interés público o de interés social, como lo señala el artículo 323 de la Constitución. Dicha potestad de apoderamiento forzoso de propiedades privadas por los motivos señalados, procede por las buenas o por las malas.

Decretada una obra y declarada su utilidad pública o interés social y nacional quedan obligados ipso facto los propietarios a transmitir al Estado los bienes, generalmente inmuebles, indispensables para la realización de aquellas. No pueden, pues, negarse a esa transmisión de propiedad a cual, por consiguiente, en principio es siempre forzosa para el dueño y necesaria para la Nación.

De manera que en la materia, el acuerdo de voluntades en comprar y vender propiamente lo impone la Ley. Las partes contratantes tienen relativa libertad sólo en cuanto a fijación del precio; si no logran entenderse sobre el particular se procede al juicio de expropiación.

La facultad expropiatoria según la Constitución de la República del Ecuador reside en las instituciones del Estado (Art. 323). Correlativamente y en atención a lo dispuesto en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, es atribución del Consejo Regional, -Art. 34, literal l)-“...Conocer las declaraciones de utilidad pública o de interés social de los bienes materia de expropiación, resueltos por el gobernador regional, conforme la ley;...”.

Más adelante, dentro del citado cuerpo legal se señala como atribuciones del Consejo Provincial -Art. 47, literal k)- “...Conocer las declaraciones de utilidad pública o de interés social de los bienes materia de expropiación, resueltos por el prefecto, conforme la ley;...”.

Asimismo y siguiendo con el texto de la norma legal -Art. 57, literal l)- se establece como atribuciones del Concejo Municipal: “...Conocer las declaraciones de utilidad pública o de interés social de los bienes materia de expropiación, resueltos por el alcalde, conforme la ley;...”.

El Art. 87, literal k) del COOTAD determina entre las atribuciones del Concejo Metropolitano: “...Conocer las declaraciones de utilidad pública o de interés social de los bienes materia de expropiación, resueltos por el alcalde o alcaldesa metropolitana, conforme la ley;...”.

Más adelante el COOTAD dentro del artículo 446 manifiesta: “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”.

Finalmente los Arts. 594, 595 y 596 del COOTAD determinan:

Artículo 594.- “Los gobiernos municipales o metropolitanos podrán expropiar predios con capacidad técnica para desarrollar proyectos de vivienda de interés social, que se encuentren incursos en las siguientes causales:

- a) Predios ubicados en zonas urbanas, en los cuales los propietarios puedan y deban construir, y que hayan permanecido sin edificar y en poder de una misma persona, sea ésta natural o jurídica, por un período de cinco años o más, y cuyo propietario no proceda a construir, en un plazo de tres años después de ser notificado;
- b) Predios dentro de los límites urbanos o de las áreas de expansión, de diez mil metros cuadrados o más de superficie, cuyos propietarios no lo hubieran urbanizado durante un período de cinco años o más, tendrán un

plazo de tres años a partir de la notificación respectiva, para proceder a su urbanización, lotización y venta; y,

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

Artículo 595.- “Por iniciativa propia o a pedido de instituciones públicas o privadas sin fines de lucro, el gobierno municipal o metropolitano podrán expropiar inmuebles comprendidos en los casos previstos en el artículo precedente, para la construcción de viviendas de interés social o para llevar a cabo programas de urbanización y de vivienda popular.

...El concejo municipal o metropolitano declarará la utilidad pública y el interés social de tales inmuebles, y procederá a la expropiación urgente, siempre que el solicitante justifique la necesidad y el interés social del programa, así como su capacidad económica o de financiamiento y además, ciñéndose a las respectivas disposiciones legales, consigne el valor del inmueble a expropiarse.

...Los inmuebles expropiados se dedicarán exclusivamente a programas de vivienda de interés social, realizados por dicha entidad. Los gobiernos municipales o metropolitanos podrán realizar estos programas mediante convenio con el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda”.

Artículo 596.- “Con el objeto de regularizar los asentamientos humanos de hecho y consolidados, en suelo urbano y de expansión urbana, de propietarios particulares, los gobiernos metropolitanos o municipales, mediante resolución

del órgano legislativo, podrán declarar esos predios de utilidad pública con el propósito de dotar de los servicios básicos a los predios ocupados por los asentamientos y definir la situación jurídica de los poseedores, adjudicándoles los lotes correspondientes.

...Cada gobierno autónomo metropolitano o municipal establecerá mediante ordenanza los criterios para considerar un asentamiento humano como consolidado. De manera general, en esta modalidad de expropiación se seguirá el mismo procedimiento expropiatorio con las siguientes variaciones:

- a) El financiamiento del pago del justo precio a quien se pretenda titular del dominio del inmueble a ser expropiado se realizará mediante el cobro en condiciones adecuadas a los adjudicatarios de los lotes de terreno. El certificado de disponibilidad presupuestaria se sustituirá con el informe de financiamiento emitido por el órgano competente del gobierno descentralizado autónomo;
- b) En la valoración del inmueble, a efectos de determinar el justo precio, se deberán deducir los créditos a favor de la municipalidad por conceptos tributarios;
- c) El pago del justo precio del inmueble se efectuará mediante títulos de crédito con vencimientos semestrales a un plazo no mayor a veinticinco años o conforme los respectivos adjudicatarios vayan cancelando el valor de los inmuebles adjudicados. El órgano legislativo decidirá el mecanismo y forma de pago. Si se cancela con títulos de crédito, éstos serán negociables y podrán ser compensables con las acreencias a favor

del respectivo gobierno autónomo descentralizado. A fin de evitar el enriquecimiento injusto del titular, en concordancia con la prohibición constitucional de obtener beneficios a partir de prácticas especulativas sobre el uso del suelo, el justo precio para estos casos, será determinado por la dirección de avalúos y catastros de cada gobierno municipal o metropolitano, con base en el valor del predio sin tomar en consideración las variaciones derivadas del uso actual del bien o su plusvalía; y,

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

3.3 La declaratoria: paso fundamental del trámite expropiatorio.-

La expropiación, como expresan García de Enterría y Fernández, constituye una de las medidas interventoras administrativas más enérgicas por su contenido, ya que significan el sacrificio de las situaciones patrimoniales de los administrados.

En la expropiación, como destacan los autores citados, 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”³⁶.

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 y de los principios de la hermenéutica. 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 “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.

³⁶ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2008): “Constitución de la República”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Art. 323.

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:

- ✓ Que exista un fin social (causa expropriandi);
- ✓ Que ese fin social sea determinado por un instrumento normativo con rango de ley;
- ✓ Que se efectúe mediante el procedimiento y en los plazos que señalen las normas procesales; y,
- ✓ 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 expropriandi), 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 expropriandi 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 del Código Político sino que resulta del espíritu mismo que inspira a la Norma Suprema para reconocer y garantizar 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.

Como se declara en el artículo 323, se precisa, ante todo, la estabilidad de tales derechos como requisito mínimo de garantía. Esto también precisa un método particular de interpretación de las normas que reconocen dichos derechos, que gira en torno al principio pro homine, el cual impone el sentido más favorable a su efectiva vigencia.

Ahora bien, la estabilidad de los derechos humanos y su efectiva vigencia, exige que cualquier sacrificio o limitación de los mismos conste en un instrumento normativo que brinde el debido resguardo de permanencia, de jerarquía y de adecuada legitimación en sustentos democráticos.

Este instrumento no puede ser otro que la ley, pues otros instrumentos normativos, verbigracia el reglamento y la ordenanza, no tienen el mismo rigor de procedimiento formativo, obedecen a criterios administrativos, y son relativamente fáciles de reformar.

A todos estos justificativos de la exigencia de una ley que exprese la causa expropriandi, se suma otro, tal vez el más fundamental: es la Administración la que ejerce la potestad expropriatoria, y mal podría sostenerse que sean las

normas que ella misma dicta las que definan el fin social al que debe subordinarse el derecho fundamental de propiedad, con el riesgo de arbitrariedad que ello implica.

La causa expropriandi, 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 expropriandi 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.

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.

Pero 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.

De allí que, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, claramente determine dentro del Art. 447:

“Para realizar expropiaciones, las máximas autoridades administrativas de los gobiernos regional, provincial, metropolitano o municipal, **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.

...Las empresas públicas o mixtas de los gobiernos autónomos descentralizados que requirieran la expropiación de bienes inmuebles, la solicitarán a la máxima autoridad ejecutiva correspondiente, con los justificativos necesarios.

...Si el gobierno parroquial requiriera 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”³⁷.

Por su parte el Código de Procedimiento Civil, señala: Art. 783.- “La declaración 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 les 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”.

3.4 Requisitos para la declaratoria.-

³⁷ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2010): “Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Art. 447.

De acuerdo con el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, para que la declaratoria proceda es necesaria la existencia de:

- ✓ El acto administrativo 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 debe adjuntar:
 1. El informe de la autoridad correspondiente de que no existe oposición con la planificación del ordenamiento territorial establecido;
 2. El certificado del registrador de la propiedad;
 3. El informe de valoración del bien; y,
 4. La certificación presupuestaria acerca de la existencia y disponibilidad de los recursos necesarios para proceder con la expropiación.

3.5 Caducidad para la declaratoria.-

Según el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, Art. 454.- “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 haya sentencia de por medio”³⁸.

Sin embargo, dentro del Código de Procedimiento Civil se establece: Art. 804.- “Si la cosa expropiada no se destinare al objeto que motivó la expropiación, **dentro de un período de seis meses**, contados desde que se hizo la última notificación de la sentencia, o no se iniciaren los trabajos dentro del mismo plazo, el dueño anterior puede readquirirla, consignando el valor que se pagó por la expropiación, ante el mismo juez y el mismo proceso.

...La providencia que acepte la readquisición, se protocolizará e inscribirá, para que sirva de título”³⁹.

3.6 Trámite administrativo.-

El trámite administrativo, dispuesto por el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, inicia con las notificaciones de la resolución de la máxima autoridad con la declaratoria de utilidad pública, misma que procederá dentro de tres días de haberse expedido,

³⁸ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2010): “Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Art. 454.

³⁹ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2010): “Código de Procedimiento Civil”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Art. 804.

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.

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

1. 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 valor, deberá efectuarse una re liquidación 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.
2. A este avalúo comercial actualizado se descontarán las plusvalías que se hayan derivado de las intervenciones públicas efectuadas en los últimos cinco años; y,
3. Al valor resultante se agregará el porcentaje previsto como precio de afectación. Si el gobierno autónomo descentralizado no pudiere 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.

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.

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 perjuicios, en acuerdo con las personas afectadas.

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.

Los propietarios de los bienes declarados de utilidad pública podrán impugnar la resolución administrativa de expropiación, dentro de los **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

Si la declaratoria de utilidad pública se hubiere realizado para 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.

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.

La expropiación de bienes muebles o inmuebles de valor artístico, histórico o arqueológico, se llevará a cabo de acuerdo con las disposiciones pertinentes del COOTAD y de la ley que regule a los bienes patrimoniales en lo que sean aplicables, en razón de la naturaleza del bien a expropiarse.

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 responsables⁴⁰.

Por su parte, la Ley Orgánica Nacional de Contratación Pública, determina el siguiente trámite administrativo:

Art. 58.- “Cuando la máxima autoridad de la institución pública haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble, necesario para la satisfacción de las necesidades públicas, procederá a la declaratoria de utilidad pública o de interés social de acuerdo con la Ley.

...Perfeccionada la declaratoria de utilidad pública o de interés social, se buscará un acuerdo directo entre las partes, hasta por el lapso máximo de noventa (90) días; sin perjuicio de la ocupación inmediata del inmueble.

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

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

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

⁴⁰ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2010): “Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Arts. 448 al 458.

...El acuerdo y la correspondiente transferencia de dominio, se formalizarán en la respectiva escritura pública, que se inscribirá en el Registro de la Propiedad.

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

...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 venta, se los deducirá.

...La adquisición de bienes inmuebles en el extranjero por parte del Estado o entidades del sector público ecuatoriano se someterá al Reglamento Especial que para el efecto se dicte.

...En el caso de las municipalidades el procedimiento expropiatorio se regulará por las disposiciones de su propia Ley.

...Para la transferencia de dominio de bienes inmuebles entre entidades del sector público, siempre y cuando llegaren a un acuerdo sobre aquella, 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. En caso de que no haya acuerdo la entidad pública que expropia procederá conforme esta Ley. Para su trámite se estará a lo dispuesto en el Reglamento de esta Ley”⁴¹.

3.7 El expediente expropiatorio.-

Recordemos que es responsabilidad de la COMISIÓN DE EXPROPIACIONES, REMATES Y AVALÚOS asegurar que los bienes inmuebles municipales cumplan su función social y permitan el desarrollo ordenado del distrito; revisar e informar al Concejo sobre las solicitudes de declaratoria de utilidad pública; regular y autorizar la adquisición y remate de bienes y las revisiones de avalúo los bienes.

Sin embargo, cabe aclarar que son competentes para tramitar los expedientes expropiatorios:

- ✓ La Administración Central a través de la Procuraduría Metropolitana;
- ✓ Las Administraciones Zonales a través de las Subprocuradurías;
- ✓ Las Empresas Metropolitanas;
- ✓ El fondo de salvamento de patrimonio cultural FONSAL;
- ✓ Las corporaciones y fundaciones creadas por la municipalidad.

⁴¹ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2014): “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Arts. 58.

Que necesiten expropiar bienes para brindar servicios, ejecutar obras públicas, para la construcción de vivienda de interés social o programas de reasentamiento.

Así, serán responsables de tramitar los expedientes expropiatorios relacionados a asuntos de su competencia:

- ✓ EMAAP-Q: Agua potable, alcantarillado, acueductos, generación hidroeléctrica, saneamiento ambiental;
- ✓ EMOP-Q: Vías, parques, plazas, jardines, obras públicas;
- ✓ EMSAT: Terminales, paradas;
- ✓ EMPRESA DE RASTRO: Camales;
- ✓ EMASEO: Rellenos sanitarios, estaciones de transferencia de basura;
- ✓ EMDUQ: Proyectos especiales para terminales, espacios públicos, proyectos estratégicos, reasentamientos, entre otros.
- ✓ CORPAQ: Proyectos de aeropuerto de Quito y de las competencias que asuma;
- ✓ CORPORACIÓN DE SALUD AMBIENTAL DE QUITO: Proyectos ambientales;

- ✓ CORPORACIÓN DE SEGURIDAD CIUDADANA: Proyectos para la seguridad ciudadana;
- ✓ FONSAL: Bienes culturales y patrimoniales;
- ✓ ADMINISTRACIÓN CENTRAL: Proyectos distritales;
- ✓ Otras de carácter municipal.

Cualquiera de estas dependencias, podrá tramitar además expropiaciones que tengan relación con sus propias necesidades, siempre que sean inherentes a sus funciones y competencias.

En los casos de obras o servicios que implique una actuación conjunta de dos o más entidades o dependencias, el expediente podrá ser tramitado en más de una de ellas; bajo la responsabilidad y coordinación de la entidad competente y además según la necesidad y prioridad en la ejecución de la obra o prestación de servicios.

El expediente expropiatorio da inicio con la declaración de utilidad pública o interés social, pues es indispensable para iniciar el procedimiento expropiatorio, por lo que no forma parte del procedimiento.

La declaración se ha de realizar por ley, siempre que no se trate de alguno de los casos en que dicho requisito se considere implícito (por ejemplo, obras del Estado incluidas en planes de obras públicas). Esta regla es especialmente

aplicable cuando se trate de bienes muebles, así como a la declaración de utilidad social como causa determinante de la expropiación.

Cuando la ley haya declarado la utilidad pública o el interés social en forma genérica, para una categoría especial de bienes muebles, obras, servicios o bienes, entonces la autorización en cada caso concreto del ejercicio de la potestad expropiatoria debe hacerse a través del expediente.

Contenido del expediente:

- a) Necesidad de ocupación:** El procedimiento de expropiación comienza realmente con el acuerdo de la Administración en que determina concretamente cuáles son los bienes y derechos que han de ser objeto de expropiación. En el procedimiento normal de expropiación se inicia con una relación concreta e individualizada que el beneficiario debe formular de los bienes o derechos que considere necesario expropiar.
- b) Consideración del justo precio:** La fijación de la indemnización constituye, como es obvio, el problema capital de la expropiación. El criterio tradicional de someter las diferencias de apreciación pericialmente establecida a una decisión motivada y preparada por una tercera estimación pericial ha de reconocerse que no ha sido nunca propugnado como procedimiento ideal, sino más bien como un último recurso, al que empíricamente se acude en defecto de reglas tasadas que permitan una determinación automática del valor del objeto de la expropiación. Los criterio automáticos añaden a su intrínseca objetividad la ventaja de eliminar gran número de reclamaciones

ya que sustraen la base sobre la cual cabe plantearlas, que no es otra que la pluralidad abierta indefinidamente de los medios de estimación.

Mutuo Acuerdo, el primer medio al que deben acudir el expropiante o beneficiario y el expropiado para valorar la cuantía de la indemnización es el del acuerdo amistoso, para el que disponen de un plazo. Si durante el mismo hay acuerdo positivo, se da por concluido el expediente iniciado; pero en el supuesto de que aquél no se lograra, se seguirá el procedimiento judicial sin perjuicio de que, en cualquier momento de su tramitación, puedan ambas partes llegar a dicho acuerdo mutuo.

A falta de acuerdo, habrá de procederse según el trámite judicial previsto en el Código de Procedimiento Civil.

- c) **Criterios de valoración de bienes expropiables:** Las tasaciones se efectuarán con arreglo al valor que tengan los bienes o derechos expropiables al tiempo de iniciarse el expediente, sin tenerse en cuenta las plusvalías que sean consecuencia directa del plan o proyecto de obras que dan lugar a la expropiación y las previsibles para el futuro.
- d) **El pago del justo precio:** El pago se verificará mediante transferencia bancaria, en el caso de que el expropiado haya manifestado su deseo de recibir el precio precisamente por este medio. Dicho pago está exento de gravámenes fiscales.
- e) **La posesión del bien expropiado:** Hecho efectivo el justo precio, se podrá ocupar el bien o ejercitar el derecho expropiado. El acta de ocupación que

se extenderá a continuación del pago, acompañada de los justificantes del mismo, será título bastante para que en el Registro de la Propiedad y demás Registros Públicos inscriban y tomen razón de la transmisión de dominio y se verifique en su caso, la cancelación de las cargas, gravámenes y derechos reales de toda clase a que estuviere afectada la cosa expropiada.

CAPÍTULO IV

4. Expropiación voluntaria

4.1 Convenio de expropiación voluntaria.-

Previo a proceder al trámite expropiatorio, el Municipio, sus dependencias o entidades, deberán contar con un proyecto aprobado por el Concejo Metropolitano o por la máxima autoridad de la entidad o dependencia requirentes y disponer de la asignación presupuestaria suficiente para la ejecución de la obra proyectada y para el pago de las indemnizaciones necesarias siempre y cuando dicha obra se encuentre debidamente programada por la dependencia municipal ejecutora cumpliendo el procedimiento determinado en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD).

Sin embargo las autoridades municipales requirentes deben contar con su respectivo presupuesto; para el caso de las Administraciones Zonales y Administración Central Municipal deberá ser consolidado a la Dirección Metropolitana Financiera, mientras se esté elaborando la proforma presupuestaria en la Comisión de Presupuestos y Finanzas del año anterior a la declaratoria de utilidad pública con fines de expropiación.

La partida presupuestaria con los fondos que se han asignado para la expropiación será inamovible, a no ser que el Concejo Metropolitano deje sin efecto tal expropiación por alguna razón justificada; de no ser así, deberá reasignarse en el nuevo presupuesto únicamente para expropiaciones.

Para obtener el Concejo Metropolitano la resolución de declaratoria de utilidad pública o de interés social con fines de expropiación, se observará el siguiente procedimiento:

- i. La entidad requirente, cumplidos los requisitos que prevé el Art. 6 de la Ordenanza Metropolitana 0181, solicitará los infórmes técnicos necesarios para la implementación del proyecto, entre ellos la pertinencia del proyecto, emitido por la Dirección Metropolitana de Planificación Territorial. Con dicha documentación solicitará a la Dirección de Avalúos y Catastros el informe de la Empresa Metropolitana de Obras Públicas respecto de que a obra ejecutarse se encuentra programada y tiene financiamiento.

El informe técnico de la Dirección de Avalúos y Catastros deberá contener la información actualizada del terreno y de las construcciones afectadas.

- ii. La Dirección de Avalúos y Catastros, emitirá un informe técnico que incluirá los siguientes datos:
 - ✓ Nombre del proyecto y de la obra;
 - ✓ Número de hoja de referencia;
 - ✓ Expropiación total o parcial;
 - ✓ Nombre del propietario, copropietario y/o posesionarios;
 - ✓ Ubicación parroquial actual y anterior, sector, zona, barrio, calle y número;
 - ✓ Número de predio y clave catastral definitiva o provisional;

- ✓ Superficie total;
- ✓ Superficie afectada;
- ✓ Porcentaje de gestión gratuita;
- ✓ Avalúo de la expropiación;
- ✓ Linderos de la superficie afectada con dimensiones y colindantes;
- ✓ Fotografía digital, croquis de ubicación, fecha y firmas de los responsables;
- ✓ Observaciones.

El informe que emita la Dirección de Avalúos y Catastros deberá reflejar documentadamente el estado físico, geométrico y valoratorio del inmueble a expropiarse.

En los casos en que el bien inmueble a expropiarse no conste catastrado, se conformará una comisión especial de cuatro miembros delegados de la Administración General, Dirección de Avalúos y Catastros, Unidad de Gestión de Propiedad Inmueble Municipal y la entidad requirente, para que elabore el informe técnico preliminar.

- iii. Emitido el informe de afectación la Dirección de Avalúos y Catastros Financiera Rentas e Información deberá deberán registrarse en el Sistema Informático de las áreas a ser afectadas en forma total o parcial, para efectos de posterior resolución y transferencia de dominio a favor del Municipio de Quito y de la entidad requirente.

Para el efecto, la Dirección de Información deberá diseñar, desarrollar e implementar las aplicaciones que permitan registrar el informe técnico de afectación.

Cuando se ha realizado una obra pública sobre un bien expropiado por la municipalidad y la obra ocupa parte del área afectada, las áreas remanentes no ocupadas deben ser registradas por la Dirección de Avalúos y Catastros y los la Unidad de Gestión de Propiedad Inmueble Municipal. Esta última iniciará los trámites para la adjudicación forzosa inmediata a los propietarios colindantes siempre y cuando éstas no sean necesarias para proyectos municipales de dominio privado.

- iv. Recibido el Informe de la Dirección de Avalúos y Catastros, con todo el expediente, la Dirección Metropolitana de Planificación Territorial, a través de la unidad correspondiente, emitirá el informe respectivo al uso y ocupación del suelo y enviará el expediente completo a la entidad o dependencia requirente.
- v. La entidad requirente emitirá su informe sobre el cumplimiento de los requisitos formales, normas legales, certificación y disponibilidad de la asignación presupuestaria para el pago de la indemnización, con el criterio de su máxima autoridad y emitirá el expediente debidamente foliado, en orden cronológico a la procuraduría metropolitana.
- vi. La Procuraduría Metropolitana emitirá el criterio legal ante la Comisión de Expropiación, Remates y Avalúos, a fin de alcanzar del Alcalde la resolución pertinente, de acuerdo a lo establecido en el Código Orgánico

de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD). En caso de existir problemas o inconvenientes de orden técnico y/o legal, la Procuraduría Metropolitana convocará a las áreas o dependencias involucradas en el proceso a una mesa de trabajo que mediante acta establecerá las conclusiones y recomendaciones que servirán para la superación del problema o inconveniente y que constituyan el último y definitivo informe. En el criterio legal que expida la Procuraduría Metropolitana para emitir la declaratoria de utilidad pública, se definirá la situación jurídica de la tenencia y/o propiedad del inmueble a expropiarse, sobre la base del expediente expropiatorio.

- vii. La comisión de expropiaciones, remates y avalúos con el expediente completo y previo análisis del caso, emitirá su informe ante el Concejo Metropolitano.
- viii. El Concejo Metropolitano resolverá declarar de utilidad pública o de interés social con fines de expropiación y dictará el acuerdo de ocupación del bien o derecho determinando el fin al que se aplicará el bien expropiado; y dispondrá a la Dirección de Avalúos y Catastros proceda a la afectación de la propiedad declarada de utilidad pública, a la Dirección Financiera de Rentas para que ejecute la resolución del concejo en el ámbito tributario municipal y al registrador de la propiedad, que ahora pertenece ya a la misma municipalidad, para que margine en el registro de inscripciones, la prohibición de enajenar total o la parte afectada de ese inmueble.

- ix. La resolución del Alcalde y del Concejo Municipal deberá ser notificada por la secretaría general del concejo afectado en el plazo de tres días, en el domicilio del afectado de ser conocido, o por la prensa; además deberá notificarse a la Dirección Metropolitana Financiera, al Registro de la Propiedad, a la Procuraduría Metropolitana, a la Dirección Metropolitana de Administración Tributaria, a la Administración Zonal correspondiente y a la entidad requirente.

A partir de la fecha de notificación en persona o por la prensa de la resolución del concejo que contiene la declaratoria de utilidad pública la Dirección Financiera de Rentas, de oficio sin necesidad de resolución adicional, dará de baja los valores correspondientes al pago del impuesto predial, adicionales y multa por solar no edificado.

Una vez analizado el trámite expropiatorio, consideramos oportuno establecer que se entiende por **convenio**:

Un convenio es un acuerdo de voluntades entre dos o más personas para la resolución de un conflicto o problema que tengan entre ellas.

El convenio es el género y el contrato es la especie; es decir, ambos son actos en donde se manifiesta el acuerdo de voluntades para recibir derechos o cumplir obligaciones, pero no todos los convenios son contratos, aunque todos los contratos son convenios. Parece un juego de palabras, pero la diferencia estriba en las formalidades con que se levantan los contratos, que son indudablemente muchas más que las que deben observar los convenios. Lo cual, significa, que la diferencia entre ellos es la formalidad.

Por lo tanto se debe entender que existe convenio de expropiación voluntaria cuando el dueño y/o propietario del bien y la administración pública acuerdan de mutuo consentimiento los lineamientos de la expropiación voluntaria, definida así, porque responde a la mutua conveniencia de los interesados, sin que sea por tanto necesario acudir al órgano judicial correspondiente.

4.2 Acuerdo de las partes.-

Dentro de la expropiación voluntaria proceden los acuerdos directos entre las partes cuando libremente y de mutuo acuerdo se convengan los términos de adquisición e indemnización del bien expropiado.

Además los afectados podrán solicitar a la entidad expropiante acogerse al procedimiento de mediación que determine la indemnización por las afectaciones sufridas por motivo de la declaratoria de utilidad pública, dentro del plazo de 90 días establecidos en el art. 36 de la Ley de Contratación Pública y otras leyes vigentes.

Efectuada la notificación de la resolución de declaratoria de utilidad pública, los afectados presentarán por escrito ante la máxima autoridad de la entidad municipal que tiene a su cargo el trámite, su aceptación expresa del avalúo y su autorización para la ocupación inmediata del bien expropiado, dentro del plazo máximo de 90 días. La entidad municipal solicitante de la expropiación proseguirá con el trámite legal de elaboración de la escritura respectiva, su inscripción en el registro de la propiedad y de ser el caso, el pago de la indemnización correspondiente.

Una vez que se cuente con las escrituras inscritas en el Registro de la Propiedad la entidad que ha iniciado el proceso expropiatorio, las remitirá a la Dirección de Avalúos y Catastros a la Procuraduría Metropolitana a la Unidad de Gestión de la Propiedad Inmueble Municipal y a la Dirección Metropolitana Financiera.

La Jefatura de Transferencia de Dominio de la Dirección Financiera de Rentas, al momento de registrar las escrituras de transferencia de dominio de predios que han sido afectados parcialmente con expropiación por parte del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, constatará que conste excluida el área que fue expropiada.

Para obtener del Concejo Metropolitano la resolución que apruebe un acuerdo directo que modifique los términos de la resolución inicial, se observará el siguiente procedimiento:

- i. El afectado expresará por escrito, ante la comisión de expropiaciones, rentas y avalúos, su voluntad de llegar a un acuerdo directo;
- ii. La comisión de expropiaciones, rentas y avalúos, una vez conocido el requerimiento y de considerarlo procedente, lo remitirá a la dependencia municipal competente, con copia a la entidad que requirió el trámite expropiatorio;

En el caso de permutas la Unidad de Gestión de la Propiedad Inmueble Municipal, con la disposición de la comisión, ubicará las alternativas de predios municipales para atender el pedido y emitirá el informe técnico

que contendrá básicamente: ubicación, superficie, estado de la propiedad, número de predio, clave catastral, linderos con dimensiones, con la aceptación por escrito del afectado y el informe favorable de la administración zonal competente, respecto del destino, zonificación y uso del suelo del predio.

- iii. La máxima autoridad de la entidad requirente emitirá informe y enviará el expediente completo y foliado en orden cronológico a la Procuraduría Metropolitana; se adjuntará a asignación presupuestaria correspondiente, cuando lo amerite.
- iv. La Procuraduría Metropolitana emitirá el criterio legal ante la comisión de expropiaciones, rentas y avalúos a fin de alcanzar del concejo la resolución pertinente. De existir problemas de orden técnico y/o legal, actuará la mesa de trabajo.
- v. La comisión de expropiaciones, rentas y avalúos previo análisis de la documentación, emitirá su informe para resolución del concejo metropolitano.
- vi. El concejo metropolitano de considerarlo prudente y de conformidad de la ley, resolverá aprobar o no el acuerdo directo, manteniendo en el segundo caso la resolución de declaratoria de utilidad pública o de interés social.

- vii. La entidad requirente, una vez notificada con la resolución por parte de la secretaría general del concejo metropolitano, continuará con el trámite de escrituración hasta la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Cabe aclarar que si la expropiación se da sobre inmuebles ubicados en zonas de riesgo y/o marginalidad afectados por proyectos municipales, la entidad por intermedio de la comisión de expropiaciones, rentas y avalúos, buscará la reubicación en predios municipales en los que se pueda implementar proyectos de interés social y/o vivienda de manera cogestionada. Para el efecto coordinará como responsable la Empresa Metropolitana de Desarrollo Urbano de Quito “EMDUQ”, con el apoyo de la administración zonal correspondiente, y la participación de las dependencias y las empresas municipales.

Por tanto y para una mejor comprensión del acuerdo de las partes tenemos que tener presente que la mediación es:

“Un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario que verse sobre materia transigible, de carácter extra- judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto y es el proceso por el cual una persona neutral facilita la comunicación entre dos personas con una disputa legal para ayudarlos a llegar a un acuerdo mutuo aceptable”⁴².

⁴² CAPITANT (sin año): “Diccionario de Derecho Privado”; Edt. Alsina, Pág. 100.

“Además de ser conocida desde hace mucho tiempo atrás como un medio eficaz para la resolución de disputas, significa interceder, rogar por alguien, interponerse entre dos o más que riñen procurando reconciliarnos y unirlos en amistad”⁴³.

Aunque es muy difícil tener una definición que enmarque no solamente las características de la mediación, ya que en la práctica la mediación tiene un campo tan extenso que no permitiría una definición estricta; pero por sobre todo, la mediación “es un proceso que va más allá del contenido del conflicto que se pretende resolver, es una alternativa de la auto ayuda de las partes que tiene bastantes diferencias con relación a los procesos de arbitraje y/o negociación, aunque tiene mucho de parecido con la conciliación”⁴⁴.

“Es un proceso en el que una tercera parte neutral, ya sea un mediador o más de uno, actúa como un facilitador para asistir en la resolución de la disputa entre dos o más partes. Es un enfoque no contencioso, en el que las partes por lo general se comunican de manera directa; el rol del mediador es el de facilitar la comunicación entre las partes, asistirles para que se concentren en los verdaderos problemas de la disputa y el de buscar opciones para que se llegue a un acuerdo”⁴⁵.

⁴³ OMEBA (1981): “Diccionario Jurídico”; Edt. Heliniasta S.A., Tomo II, Buenos Aires – Argentina, Pág. 809.

⁴⁴ SALVAT (2004): “La Enciclopedia”; Edt. SALVAT, Tomo X, Pág. 7975.

⁴⁵ Página Web: www.centrodemediacióneresolucióndedisputasdelcondadodeharis.com.

“Hace uso de una tercera parte neutral para establecer una disputa, promoviendo campañas entre grupos en conflicto. Puede ser usado en la fuerza laboral”⁴⁶.

Como se puede apreciar la mediación es un proceso amplio de alcance general, que se encuentra inmerso dentro de la teoría de resolución de conflictos. El mediador, es un tercero neutral que actúa con iniciativa suficiente para instar y facilitar la discusión y por consiguiente encaminar hacia la resolución de la disputa, sin indicar cuál debe ser el resultado.

“Consiste en someter la controversia a un tercer Estado extraño a ella, con el fin de buscar un arreglo amistoso. El Estado mediador es escogido de común acuerdo por las partes. La propuesta del mediador no es obligatoria y su función es buscar una solución aceptable para las partes, utilizando generalmente procedimientos confidenciales”⁴⁷.

“El intento de poner fin a una disputa legal a través de la participación activa de un tercero (mediador) quien trabaja para encontrar puntos de consenso y hacer que las partes en conflicto acuerden un resultado favorable.

...La mediación difiere del arbitraje, en que el tercero (arbitrador) actúa más como un juez fuera de un tribunal, en un ambiente menos formal pero no tiene una participación activa en la discusión. La mediación se ha convertido en medio común que trata de resolver las disputas o relaciones domésticas y es en

⁴⁶ ESPASA CALPE (2004): “Diccionario Jurídico”; Edt. Espasa, Madrid – España, Pág. 120.

⁴⁷ MONROY CABRA, Marco G. (1995): “Medios de Solución Pacífica de Conflictos”; Tercera Edición, Santa Fe de Bogotá – Colombia, Pág. 394.

la mayoría de las veces ordenado que se cumpla lo acordado, por el juez en estos casos. Existen mediadores profesionales o abogados que llevan a cabo mediación por honorarios substanciosos, pero los costos financieros son menores que ventilar la cuestión en los tribunales y puede lograr una temprana terminación del caso y un fin a la ansiedad. Sin embargo, la mediación no siempre termina en un acuerdo”⁴⁸.

Es un sistema informal, aunque estructurado, por el cual el mediador ayuda a los contendientes a llegar a un acuerdo mutuo y aceptable, que puede ser considerado como un intermediario, pero de ninguna manera aconseja o patrocina a las partes, ni tampoco es un consejero o un terapeuta; su función fundamental es acercar a las partes, utilizando múltiples procedimientos dando a conocer sus habilidades y experiencia expresamente adquiridas para el efecto, dentro de un ambiente también adecuado para el diálogo.

4.3 Orden de ocupación y entrega del inmueble.-

Los Comisarios Municipales de las Administraciones Zonales competentes deberán efectivizar la orden de ocupación dispuesta por el Concejo Metropolitano o por el Juez competente, determinando el estado actual del inmueble a ocuparse y de las construcciones a derrocarse de ser el caso; para el efecto, deberá dejar constancia en actas de su actuación y acompañar una memoria fotográfica o filmación del acto.

⁴⁸ HILL, Gerald N. y THOMPSON HILL, Kathleen (1997): “Real lifedictionary of thelaw”; Edt. General Publishing Group, Los Angeles – California - U.S.A., Pág. 267.

En los casos de cesiones gratuitas por efectos de expropiaciones de inmuebles particulares para obra pública, se entenderá que estos predios son de uso público y por ende de propiedad municipal.

4.4 Pago del valor y traspaso de dominio.-

Cabe aclarar que los valores que se recauden por concepto de adjudicaciones forzosas, remates y ventas directas de terreno deberán ser incluidos obligatoriamente por el Concejo Metropolitano dentro de la partida presupuestaria de expropiaciones, cuyo destino será el pago de bienes expropiados, excepto de los montos que provengan de las reversiones de comodatos o donaciones que tienen otro destino. Por tanto toda obra que requiera expropiación por parte del Municipio y de las Empresas Municipales tendrá que contar con el respectivo rubro.

4.5 Permuta.-

“La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar el derecho de propiedad (dominio) de una cosa para recibir el derecho de propiedad (dominio) de otra. Es el contrato que sirve para regular el acto”⁴⁹.

También puede ser el contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a entregar el dominio de una cosa y otra en dinero, pero cabe aclarar que en algunas legislaciones, si la parte en numerario es superior o igual al valor de la

⁴⁹ BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylan (1979): “De la interpretación de los contratos y testamentos”; Segunda Edición, México D.F., Pág. 96.

cosa, el contrato será de compraventa; si el valor de la cosa es mayor que la cantidad de dinero, el contrato es de permuta.

La permuta puede ser utilizada como un mecanismo legal para el cambio de divisas en situaciones en la que esta actividad se encuentra prohibida o limitada por un régimen de control de cambio.

La permuta es la forma primitiva de intercambio entre los hombres; históricamente, es el antecedente de la compraventa que supone la existencia de moneda y por consiguiente un grado de organización social más avanzado. Se trata de la primera manifestación natural del comercio, y aparece en la historia desde el momento en que las primeras poblaciones empiezan a especializar sus profesiones y existen excedentes⁵⁰.

Anteriormente a la introducción del dinero, el trueque era la única manera de intercambiar bienes. El trueque presenta varios problemas, principalmente limitaciones de tiempo. Cuando el intercambio es frecuente, los sistemas de trueque encuentran rápidamente la necesidad de tener algún bien con propiedades monetarias.

Por ello, su importancia social decae con la invención de la moneda. A partir de ese momento las relaciones comerciales pasan a regularse principalmente por medio de la compraventa. Actualmente el papel económico de la permuta es muy modesto, aunque no ha desaparecido⁵¹.

⁵⁰ TREVIÑO GARCÍA, Ricardo (1972): "Principios básicos en materia de contratos"; Edt. Revista Bancaria, Volumen 20, Nro. 10, octubre 1972, Pág. 34.

⁵¹ ROCCO, Alfredo (1996): "Principios de Derecho Mercantil.- Parte general"; Traducción Joaquín Garriguez, Edt. Nacional, México, Pág. 697.

Sin embargo, históricamente es habitual que el papel de la permuta recobre importancia en épocas de crisis económica, y principalmente en casos de hiperinflación, dado que el dinero pierde en gran medida su valor.

La permuta puede ser pura si los bienes objeto del trueque tienen el mismo valor o con suplemento de metálico compensatorio de la diferencia de valor.

La permuta es un contrato:

- ✓ Traslativo de dominio: Sirve para transmitir la propiedad.
- ✓ Principal.
- ✓ Bilateral.
- ✓ Oneroso: Es necesario un intercambio y si no sería uno de donación de bienes.
- ✓ Conmutativo (generalmente): Ambas partes suelen tener las mismas obligaciones y derechos.
- ✓ Aleatorio por excepción.
- ✓ Instantáneo o de tracto sucesivo.
- ✓ Consensual: El contrato se perfecciona por el mero consentimiento, aunque en algunos casos haga falta cumplir formalidades para hacer frente a las

obligaciones que nacen del contrato (por ejemplo, escriturar un bien inmueble)⁵².

Dentro de la permuta las obligaciones de las partes son:

1. Transferir la propiedad de las cosas o derecho permutados.
2. Entregar la cosa (posesión).
3. Responder por los vicios ocultos.
4. Garantizar una posesión pacífica.
5. Responder de la evicción.
6. Pagar la parte que corresponda por Ley de los gastos de escritura y registro (salvo pacto en contrario).
7. Pagar los impuestos que correspondan por Ley⁵³.

En cuanto a la relación con la compraventa, la permuta se perfecciona por el mero consentimiento de las partes de la misma manera que en el contrato de compraventa. Se distingue de éste, porque en el contrato de venta la cosa es cedida a cambio de un precio establecido en dinero. Otra distinción es que mientras que en la compraventa existen dos partes diferenciadas: comprador y vendedor, que intercambian cosa y precio, en la permuta el intercambio reside en la entrega directa de un bien por otro bien de valor equivalente, sin que sea necesario el pago en dinero.

⁵² PÉREZ SERRANO (1943): “El nuevo sentido del contrato”; Edt. Revista de Derecho Privado, (extracto del ciclo de conferencias en al R.A.J. y L.). Pág. 55.

⁵³ MANRIQUE NIETO, Carlos (1998): “Contratos”; Edt. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá – Colombia, Pág. 456.

Además, la compraventa es tomada como tal cuando más de la mitad del precio que se paga por la cosa es dado en dinero, al estipularse la mitad o menos, en dinero, se configura una permuta.

Por lo que es de resaltarse que, desde el punto de vista jurídico, el contrato de permuta, queda configurado desde que las partes se han prometido transferirse recíprocamente la propiedad de dos cosas.

Dado que el contrato de permuta es la forma primitiva del intercambio entre los hombres; históricamente, es el antecedente de la compraventa que supone la existencia de moneda y por consiguiente significa un grado de organización social más avanzado⁵⁴.

Actualmente el papel económico de este contrato es muy modesto, aunque no ha desaparecido. Subsisten todavía algunas permutas manuales y también se dan casos de trueque de inmuebles (sobre todo entre coherederos); pero desde luego, el gran instrumento moderno de intercambio es la compraventa.

Al considerar la naturaleza jurídica de este contrato, resalta de inmediato su analogía con la compraventa, que en el fondo no es otra cosa que el trueque de una cosa por un precio en dinero⁵⁵. La permuta se rige por las disposiciones concernientes a la compraventa, en todo lo que no tenga una regulación especial. Estas reglas especiales y propias de nuestro contrato son contadísimas y bien pudo prescindirse de ellas.

⁵⁴ MORALES CASAS, Francisco (1991): “Fundamentos de la Actividad y Los Negocios Bancarios”; Edit. Ediciones Jurídicas Radar, Bogotá, Págs. 286-287.

⁵⁵ MANRIQUE NIETO, Carlos (1998): “Contratos”; Edt. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá – Colombia, Pág. 456.

No se puede permutar lo que no se puede comprar y vender; tampoco se puede permutar las cosas que no pueden venderse. Si una o ambas prestaciones consisten en un derecho, estaremos en presencia de un contrato innominado, al cual se aplicarán las reglas de la compraventa o de la cesión de créditos, según los casos.

Los caracteres son los mismos que de la compraventa:

- ✓ La permuta es consensual, porque produce efectos por el solo acuerdo de voluntades;
- ✓ No es formal;
- ✓ En el caso de los inmuebles, la escritura pública es un requisito de la transferencia del dominio pero no del contrato en sí, que puede ser válidamente celebrado en instrumento privado;
- ✓ Es bilateral, porque engendra obligaciones para ambas partes;
- ✓ Es oneroso, pues las contraprestaciones son recíprocas;
- ✓ Es conmutativo, porque las contraprestaciones recíprocas son por naturaleza equivalentes.

La anulación del contrato de permutación tiene efecto contra los terceros poseedores de la cosa inmueble entregada a la parte, contra la cual la nulidad se hubiese pronunciado.

Para que una permuta sea jurídicamente existente, es indispensable la presencia de dos elementos fundamentales: consentimiento y objeto.

Consentimiento.- Es el acuerdo de voluntades no solo en cuanto a la creación de obligaciones, sino también en lo concerniente al objeto material del contrato.

Objeto.- Contempla dos características: el objeto jurídico y el material. El objeto jurídico, a su vez, se divide en directo e indirecto. El primero es la creación de obligaciones; y el segundo es la función de dar.

El objeto material, por su parte, es la cosa o titularidad de los derechos que se van a transmitir, la cual debe poseer las siguientes particularidades:

- ✓ Existir en la naturaleza;
- ✓ Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; y,
- ✓ Estar en el comercio⁵⁶.

En cuanto a los elementos de validez, se requiere:

Capacidad.- Como sabemos la capacidad jurídica se refiere a la aptitud de una persona para ser titular de derechos y obligaciones; de ejercer o exigir los primeros y contraer los segundos en forma personal y comparecer a juicio.

La capacidad jurídica permite crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas de forma voluntaria y autónoma.

⁵⁶ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo (1995): “Contratos Civiles”; Edt. Porrúa, México, Pág. 389.

La capacidad jurídica está íntimamente relacionada con la voluntad, entendiéndose esta como la facultad psíquica que tiene el individuo o persona para elegir entre realizar o no un determinado acto, y depende directamente del deseo y la intención de realizar un acto o hecho en concreto.

Tiene relación también, con la capacidad que tiene la persona para tomar decisiones sin estar sujeto a limitaciones; libremente, sin secuencia causal ni imposición o necesidad.

La capacidad jurídica nace con el inicio de la existencia legal de toda persona, esto es, cuando la persona nace, cuando se separa completamente de su madre.

Sobre la capacidad, el Código Civil Art. 1461, contempla que: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

1. Que sea **legalmente capaz**;
2. Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;
3. Que recaiga sobre un objeto lícito; y,
4. Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”⁵⁷.

⁵⁷ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2010): “Código Civil”; Edt. Profesional, Quito – Ecuador, Art. 1461.

La ley prevé que toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley, expresamente considera o declara incapaces (Código Civil, Art. 1462).

La ley parte de la presunción que toda persona es legalmente capaz, y que solo en aquellos casos expresamente señalados por la misma ley, se debe entender que una persona, en tales condiciones es incapaz para asumir responsabilidades o para ejercer o exigir derechos.

Señala el mismo Código Civil, Art. 1463 que: “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos”⁵⁸.

Vemos aquí, que la ley señala como incapaces a los menores de edad, siendo estos los individuos o personas que aún no ha alcanzado la edad adulta.

⁵⁸ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2010): “Código Civil”; Edt. Profesional, Quito – Ecuador, Art. 1463.

La minoría de edad comprende toda la infancia y, a menudo, la adolescencia o parte de ella, y por lo general se considera que se es menor de edad hasta que no se cumpla 18 años.

Respecto a los menores de edad, el Código Civil ecuatoriano, Art. 21, establece que: “Llámase infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos”⁵⁹.

La minoría de edad y por consiguiente la ausencia de plena capacidad legal para obrar, suponen una serie de límites tanto a los derechos como a las responsabilidades derivadas de sus actos (sean o no capaces para realizarlos) de la persona menor de edad. La ley establece límites sobre actuaciones que considera que el menor no tiene capacidad legal suficiente para hacer por su cuenta y riesgo, y se le exime de la responsabilidad de actos que se considera no se le pueden imputar por su falta de capacidad para actuar.

Las principales diferencias entre la incapacidad absoluta y relativa radica en que:

1. Los incapaces absolutos necesitan un representante para participar en sus derechos y los relativos requieren de un representante o permiso del representante.

⁵⁹ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2010): “Código Civil”; Edt. Profesional, Quito – Ecuador, Art. 21.

2. Los actos de los incapaces absolutos adolecen de nulidad absoluta y los de incapaces relativos, adolecen de nulidades relativas.
3. Los actos de los absolutos no producen obligaciones y los relativos producen una obligación natural, entendidas estas como “las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas”⁶⁰.

Como se ha podido observar, los actos pueden ser nulos o válidos, y es preciso tener en cuenta que la nulidad es una sanción legal a un acto jurídico por no cumplir los requisitos legales necesarios para consolidar su validez. Además, las nulidades siempre tienen que ser declaradas por un juez.

La incapacidad legal, puede ser definida como la “...falta de capacidad civil originada por causas que restringen o modifican la facultad de obrar. Sólo puede ser declarada por sentencia judicial y en virtud de las causas establecidas por Ley. Una de sus consecuencias es que los incapaces no pueden prestar consentimiento para contratar, siendo éste, uno de los requisitos esenciales para la realización de contratos”⁶¹.

También puede ser definida como la “...ineptitud legal que priva al sujeto, en forma total o relativa, de la posibilidad de realizar u otorgar por sí mismo actos o negocios jurídicos.

⁶⁰ DE CASTRO, F. (1972): “La Caducidad.- Temas Derecho Civil”; Madrid – España, Pág. 321.

⁶¹ MÉNDEZ, Rosa (2001): “Proceso de Incapacitación”; Edt. Bosch, Volumen 16, Pág. 67.

...La incapacidad negocial absoluta solo se refiere a los negocios jurídicos, lo cual no excluye, la posibilidad de que se tenga otra clase de capacidad de obrar, ya sea referente a los actos lícitos o ilícitos o a una simple conducta apta para generar un derecho o un deber, ni tampoco la capacidad de derecho referente a derechos o actos no prohibidos al sujeto jurídico, y menos excluye la capacidad jurídica que es la aptitud que debe poseer toda persona para ser tal”⁶².

“En lo que refiere a las **personas naturales** la incapacidad legal corresponde a factores madurativos o psicológicos, por lo que en la actualidad se puede percibir una congruencia entre la legislación que la encierra y la aplicación de la misma en la realidad”⁶³.

“La incapacidad legal es una excepción, a la regla general de la capacidad”⁶⁴.

De todo lo revisado se colige que la **incapacidad legal** es una ficción jurídica que responde a factores físicos, psicológicos y de maduración, -en lo que respecta a las **personas naturales**- se encuentra prevista en la ley con la finalidad de proteger sus legítimos derechos. En tanto que la **incapacidad legal** prevista a favor de las **personas jurídicas**, se circunscribe a aspectos legales técnicos.

⁶² ANGARITA GÓMEZ, Jorge (1974): “Derecho Civil”; Edt. Rosaristas, 2da. edición, Bogotá, Pág. 45.

⁶³ BORDA, Guillermo A. (1999): “Tratado de Derecho Civil”; Edt. AbeledoPerrot, Buenos Aires - Argentina, Pág. 45.

⁶⁴ GHERSI, Carlos Alberto (1999): “Derecho Civil.- Parte General”; Edt. Astrea, Buenos Aires - Argentina, Pág. 23.

En concordancia con las reglas de la compraventa, no pueden permutar quienes sean declarados judicialmente incapaces absolutos⁶⁵.

No pueden comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados:

- ✓ Los tutores o curadores;
- ✓ Los mandatarios;
- ✓ Los ejecutores testamentarios y los que fueren nombrados en caso de intestado;
- ✓ Los interventores nombrados por el testador o por los herederos
- ✓ Los representantes, administradores o interventores en caso de ausencia;
- ✓ Los empleados públicos⁶⁶.

Vicios del consentimiento.- Como ya se señaló, a la permuta se le aplican las mismas reglas que rigen a la compraventa; sin embargo, en este tipo de contratos reviste especial importancia la lesión que puede ocasionarse a una persona al momento de intercambiar una cosa, ya que muchas veces no se conoce el valor intrínseco de la misma. Tal sucedió incontables ocasiones cuando, por ejemplo, los españoles permutaban con los indígenas oro por vidrios.

⁶⁵ GHERSI, Carlos Alberto (1999): “Derecho Civil.- Parte General”; Edt. Astrea, Buenos Aires - Argentina, Pág. 24.

⁶⁶ DOMÍNGUEZMARTÍNEZ, Jorge Alfredo (1991): “Compendio de Derecho Civil”; Edt. Porrúa, México, Pág. 64.

Todo aquel que enajena de manera onerosa está obligado al saneamiento para el caso de evicción, sobre todo cuando existe un contrato de permuta de por medio. El permutante que sufra evicción de la cosa que recibió en cambio, podrá reivindicar la que dio si se halla aun en poder del otro permutante o exigir su valor o el valor de la cosa que se le hubiere dado en cambio, con el pago de daños y perjuicios.

Es claro, entonces que el permutante que ha sufrido la evicción pueda escoger entre reivindicar la cosa que dio en permuta, o exigir su precio más el pago de daños y perjuicios.

Ahora bien, no es posible reivindicar lo permutado cuando este ha pasado a título oneroso a tercero de buena fe, en cuyo caso solo se podrá pedir el precio de aquellos más daños y perjuicios.

Finalmente cuando se celebra un contrato de permuta, cada uno de los contratantes asume el pago de los gastos, honorarios e impuestos del bien que se dé⁶⁷.

4.6 Aceptación y pago.-

Para el análisis de la aceptación y pago del bien expropiado, es necesario establecer la declaratoria de utilidad pública y el justo precio:

⁶⁷ ZAMORA VALENCIA, Miguel Ángel (1994): "Contratos civiles"; Edt. Porrúa, México, Pág. 444.

Para ello, debemos recordar que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más límites que los establecidos en las leyes.

En este sentido, la Constitución de la República, consagra el principio de la inviolabilidad de la propiedad y establece que ningún habitante puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley; la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada.

El instituto de la expropiación es el medio jurídico mediante el cual se logran armonizar los intereses públicos y privados, evitando de esta manera lesionar los derechos de propiedad de particulares por razones de utilidad pública. Así, la expropiación consiste en el medio en virtud del cual el Estado logra la apropiación o transferencia de un bien, por razones de utilidad pública, mediante el pago de una justa indemnización⁶⁸.

La utilidad pública está en la esencia de la expropiación, es su razón de ser, su justificación. El concepto de utilidad pública refiere a todo aquello que satisface una necesidad generalmente sentida o la conveniencia del mayor número con la finalidad de maximizar el bienestar general.

Naturalmente, este concepto no es unívoco y puede variar según circunstancias espacio- temporales, así como del ordenamiento jurídico que se tenga en consideración. El hecho de que lo que se considera de utilidad pública en un

⁶⁸ FIORINI, Bartolomé (1976): “Derecho Administrativo”; Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Pág. 18.

lugar y momento determinado puede no serlo en otros, hace que dicho concepto sea contingente y circunstancial⁶⁹.

Más allá de esto, lo trascendente de la declaración de utilidad pública es que esta constituye la causa jurídica que torna admisible el proceso expropiatorio, haciendo constar que el bien que se pretende transferir es necesario para la satisfacción de la utilidad general.

Asimismo, la existencia de razones de utilidad pública, constituye la garantía legal necesaria para resguardar la inviolabilidad de la propiedad privada y torna legítima la restricción de los derechos particulares, si así lo requiere el bienestar general.

La utilidad pública comprende todos los casos en que se procure la satisfacción del bien común, sea este de naturaleza material o espiritual; es decir, que se dota a la noción de utilidad pública de un enriquecido sentido y de tal modo comprende todo aquello que tiende a la promoción integral de la persona humana y al efectivo goce de sus derechos constitucionales; siendo las condiciones de cada época las que determinan su concreto contenido.

Debemos tener presentes en este punto principios tales como el de la función social de la propiedad y del destino universal de los bienes.

⁶⁹ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín (sin año): "Derecho Administrativo"; Tomo VI, Edt. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Pág. 83.

La finalidad social importa beneficio general sobre el individual, debiendo existir una correspondencia con los hechos, pues el concepto de utilidad pública no puede encubrir motivos de interés privado.

La limitación a la garantía de la inviolabilidad de la propiedad privada puede hacerse efectiva siempre que medie un interés colectivo, cualquiera sea la naturaleza de este. La calificación de ese interés es de competencia de la Administración Pública, cuyo poder para declararlo no reconoce otro límite que la impertinencia de ejercerla con propósito o con la consecuencia del exclusivo interés individual.

La facultad de expropiar es esencialmente política y ha sido depositada en la Administración Pública atento a que, no pudiéndose reducir el concepto de utilidad pública a una fórmula cerrada, su determinación debe estar en manos de quien está en contacto más inmediato con el pueblo y puede apreciar mejor sus necesidades.

La función calificadora debe ser ejercida dentro del marco de la Constitución, pues una ley de expropiación no puede borrar los principios de juridicidad que contiene toda Constitución.

La administración pública es quien establece la necesidad pública por satisfacer y la determinación de los bienes que se verán afectados. El objeto de la expropiación, está constituido por todos aquellos bienes que sean convenientes o necesarios para el fin perseguido; no solo las cosas, sino también los derechos pueden expropiarse.

Por lo tanto, cuando la doctrina se refiere a la necesidad o utilidad públicas, a la utilidad nacional o social o al interés público o social como causas de la expropiación, no emplean el término «causa» en su sentido técnico; no se refiere al fin inmediato del acto, o sea, a la transferencia de la propiedad, sino a la causa natural, esto es, al modo práctico por el cual la Administración se decide a pronunciar tal transferencia.

La causa de la expropiación así entendida constituye su fundamento mismo, la razón de ser de la transferencia de la propiedad en que la expropiación consiste, el por qué una entidad pública priva a un sujeto de derechos sobre un bien determinado. Por ello, no puede extrañarnos que llegue a hablarse de la utilidad pública como «presupuesto de la expropiación».

Tiene tal importancia la cuestión, que en todos los procedimientos expropiatorios se exige como trámite del mismo o como requisito previo a la incoación del expediente, la concreta declaración de utilidad o necesidad pública, o interés público o social. De este modo, la utilidad pública -o cualquiera de los otros fundamentos señalados- pasa a ser el centro de gravedad del procedimiento de la expropiación.

La declaración constituye uno de los requisitos tradicionales que, al concurrir en un supuesto concreto, legitima la acción administrativa, y, al no darse, nos colocan en presencia, de uno de los supuestos claros de vía de hecho, con las consiguientes trascendentales consecuencias, esto es, que desaparece el privilegio de la acción-ejecutiva y el particular puede defenderse de la Administración empleando los medios jurídicos ordinarios.

Mil veces ha sido descrito el progresivo aumento de las causas de la expropiación; cómo el restringido criterio que inspiró a las legislaciones en los albores del Estado de Derecho, ha ido ampliándose hasta límites insospechados:

La necesidad pública, cuando la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano proclama el principio de que la propiedad es un derecho «inviolable y sagrado», va a disponer, como secuela del mismo y garantía de los particulares, que nadie podrá ser privado de su propiedad, sino por necesidad pública, legalmente constatada y previa la indemnización justa. Es decir, únicamente podía llevarse a cabo la expropiación cuando así lo exigía la necesidad pública. Sólo ante una evidente causa de necesidad pública podía ser privado un sujeto de derechos de propiedad.

Muy pronto va a surgir una corriente encaminada a ampliar la causa de la expropiación. Las entidades públicas van a poder utilizar el mecanismo expropiatorio, no solo cuando la cosa fuese estrictamente necesaria, imprescindible al fin público, sino también cuando fuese útil y entonces se va a reemplazar el término «necesidad pública» por otro más amplio: el de utilidad pública, va a ser este término el que se acoge en la mayoría de los textos constitucionales del mundo y en las leyes de expropiación que desarrollan aquéllos. Es cierto que todavía existen disposiciones que hablan de necesidad pública, pero al lado de este fundamento de la expropiación colocan el de la utilidad pública. Si contemplamos los textos constitucionales más recientes, veremos que así ocurre.

Puesto que, se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad está sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, se puede declarar la expropiación de cualquier clase de bienes.

De manera tal que nuestro marco Constitucional reconoce un derecho de propiedad sin ambigüedades, pero admite por consideraciones de interés general la posibilidad de realizar expropiaciones, estableciendo una serie de requisitos para garantizar que no se vulnere el derecho de propiedad, estos requisitos son:

- ✓ Debe existir una causa de utilidad pública o social que justifique la medida.
- ✓ Debe mediar una sentencia firme.
- ✓ La Administración debe cancelar oportunamente el pago de una justa indemnización para proceder a la expropiación.

Existe pues, un marco Constitucional bastante favorable para el administrado, en tanto y en cuanto le otorga una serie de garantías que, al menos en teoría, deben proteger su derecho de propiedad en caso de que este entre en colisión con el interés público o social.

La **indemnización** es el resarcimiento necesario para que el patrimonio del expropiado quede en las mismas condiciones en las que se hallaba con anterioridad a la expropiación.

Para ello, es necesario determinar el valor del bien, es decir, la suma de dinero necesaria para resarcir al propietario el valor de su propiedad, más los daños que le cause la expropiación, sin tener circunstancias de carácter personal ni el valor que pueda tener la obra a ejecutarse. De esta manera, se reemplazan los bienes expropiados más los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación por su equivalente en dinero.

En lo que tiene que ver con el **justo precio** debemos recordar que este concepto fue desarrollado por los pensadores escolásticos, durante la Edad Media, que suponía la posibilidad de encontrar un precio para los bienes sobre la base de consideraciones éticas y morales. La idea de que los precios son fijados por la oferta y la demanda hizo que este concepto se abandonara, aunque sobrevive en forma implícita en el pensamiento no científico sobre temas económicos.

Debe observarse, en primer lugar, que el precio se considera justo o injusto no en base a la naturaleza de las cosas consideradas en sí mismas -lo que llevaría a valorarlas por su nobleza o perfección-, sino en cuanto sirven a la utilidad humana; pues en esa medida las estiman los hombres y tienen un precio en el comercio y en los intercambios.

La cuantía del precio depende, principalmente, de la estima menor o mayor que los hombres tengan de las cosas en orden a su uso.

4.7 Inconformidad del expropiado.-

En el trámite para hacer efectiva la expropiación pueden darse dos situaciones: el avenimiento (acuerdo entre expropiante y expropiado), o el juicio expropiatorio. En este último caso la **inconformidad del expropiado**, la ley establece que el expropiante deberá promover la acción judicial de expropiación. El proceso se tramitará por juicio y la sentencia fijará la indemnización teniendo en cuenta el valor del bien al tiempo de la desposesión.

La ley contempla los casos en que la iniciativa procesal parte del propietario o titular del bien o cosa por expropiarse, a fin de que el Estado indemnice a quien se ha visto privado de su derecho de propiedad en razón de situación jurídica o fáctica creada por aquel; esta es la llamada expropiación irregular. En cambio en la expropiación regular dicha iniciativa procesal parte del Estado.

La expropiación es un instituto jurídico de gran trascendencia, ya que permite al Estado intervenir a fin de procurar el bienestar general, mediante la ejecución de planes de obras, inversiones y servicios públicos, la preservación del patrimonio cultural de la Nación, el desarrollo de la economía, la creación de trabajo, la prestación de servicios o la necesidad de enfrentar una emergencia o catástrofe.

Desde luego son innumerables los casos de expropiación para obras públicas, desarrollo social y desarrollo económico.

4.8 Calificación de la demanda y trámite judicial.-

Como ya se ha manifestado por reiteradas ocasiones 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, en que está contemplada en la Constitución de la República del Ecuador y en otras leyes, lo que permite su efectiva aplicación, previo el cumplimiento de formalidades legales.

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”⁷⁰.

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

⁷⁰ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2008): “Constitución de la República”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Art. 323.

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 ante el caso de fines de utilidad pública. En cambio sí 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.

El Art. 782 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil establece: “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”.

Esta disposición establece la finalidad del juicio de expropiación, esto es, solamente determinar el precio que se debe pagar por la cosa expropiada.

Sin embargo, en la práctica en el juicio de expropiación, no sólo se puede establecer cuál es el precio que se debe pagar por la cosa expropiada, sino que muchas veces se entra a discutir a quién se le debe pagar el precio del bien, ya que se pueden presentar varios casos. Así lo dispone el Art. 789 de la misma ley adjetiva civil que establece: “en este juicio no se admitirá incidente alguno y todas las observaciones de los interesados se atenderán y resolverán en la sentencia”.

La realidad económica en nuestro país, que ha producido la escasez de vivienda a gran parte de la población, ha llevado a algunas personas de escasos recursos a construir edificaciones sobre terrenos que por ley le corresponden a la respectiva municipalidad. Son las llamadas invasiones en zonas marginales.

Puede producirse el caso de que se expropie un predio y que el mismo esté conformado de terreno municipal y de edificación y obras complementarias de propiedad particular, producto de que un ciudadano ha construido su casa en un terreno “abandonado”. Usualmente a estas personas se le reconoce su derecho de propiedad, y se les paga sólo por la edificación y obras complementarias, mas no por el terreno que es de propiedad municipal.

Algunos juristas utilizarían el principio *accessorium sequitur principalis*, para considerar que lo construido en terreno municipal, es parte del mismo y no debería reconocerse dichas construcciones. Sin embargo las municipalidades prefieren reconocer este tipo de edificaciones y obras complementarias para mantener la garantía del derecho a la propiedad establecido en la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 321.

El problema que se puede presentar en este caso, es que el dueño de la edificación debe demostrar ser el propietario de la construcción realizada en un terreno municipal, a través de una entrega de obra, la cual deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad del respectivo Cantón. En el caso de llegar a un avenimiento a través de la suscripción de una escritura compraventa por expropiación, se necesita dicho documento como habilitante para dicha escritura.

El problema surge cuando se demanda al propietario de la edificación que se levanta sobre el terreno municipal. Usualmente se propone la demanda contra el presunto propietario o a quienes se crean con derechos reales sobre la edificación que se levanta sobre el solar municipal. Por lo tanto pueden comparecer a juicio los legítimos contradictores que quieran ejercer sus derechos como propietarios de dicha edificación.

En una sociedad tan “informal en el derecho” como la nuestra, estos casos se presentan a diario. En una ocasión se demandó al presunto propietario de una edificación que se levantaba sobre un predio municipal. El señor X, que fue demandado no compareció, sino que compareció el señor Y que era el arrendatario de dicha edificación. Dicho arrendatario compareció presentando una entrega de obra sobre dicha edificación inscrita en el Registrador de la Propiedad. Posteriormente compareció el señor X quien era el verdadero propietario de la edificación. Durante el trámite del juicio de expropiación el juez llegó a la conclusión de que el arrendatario había inscrito una entrega de obra de mala fe y se había perjudicado al verdadero dueño, quien había construido la edificación. ¿A quién se le debe entregar el precio por la expropiación? ¿Podrá el Registrador cancelar una inscripción de entrega de obra, cuando uno de sus

deberes es velar por la seguridad jurídica? Este tipo de problemas pueden surgir en juicios de expropiación, sobre todo cuando existe una “irregularidad en los títulos de propiedad”.

Otro caso que se puede presentar es el de una persona que sea dueña del terreno y de la edificación, pero por motivos “ajenos a su voluntad”, ha construido fuera de los límites de su escritura. Esto pasa también en las zonas marginales, en donde la estructura de los inmuebles de las cooperativas de vivienda no tienen forma regular. En este caso también se le reconoce dicha construcción u obra complementaria construida sobre excedente municipal. Este problema se solucionaría, si la persona comprara dicho excedente municipal antes del inicio del proceso de expropiación, para que pueda exigir que se le reconozca también el terreno adquirido.

Uno de los casos más comunes se produce cuando existen predios que son parte de la masa hereditaria dejada por el causahabiente. En caso de expropiación de dicho bien, la demanda de expropiación se presentará contra los herederos de quien en vida fue el señor propietario del predio. Pero al momento de dictar sentencia el juez no solamente que determina el precio, sino también reconoce la calidad de heredero a las personas a quien considere con ese derecho.

El problema práctico se da cuando una persona que vive en una casa de sus ascendientes ya fallecidos, de la cual no ha realizado posesión efectiva, ni ha obtenido la adjudicación en juicio de apertura de sucesión, comparece al juicio de expropiación como heredero conocido, pero tiene que esperar las respectivas publicaciones por la prensa a los herederos desconocidos y esperar

el tiempo que asigna la ley para que los herederos desconocidos puedan comparecer.

Por el carácter de expropiación urgente y de ocupación inmediata, se ha obtenido el auto de ocupación en el auto de calificación. Hasta que la persona afectada por la expropiación pueda cobrar el dinero consignado, pasarán algunos meses, por no decir años, conociendo la lentitud en los procesos judiciales. ¿Será un castigo para la persona que vive en una casa que era de sus ascendientes y no ha regularizado la propiedad del bien? Pues para este caso el juicio de expropiación viene a caer como un balde de agua fría para quien habita en esa casa, quien se queda sin poder continuar viviendo allí, y además con un juicio largo y complicado de solucionar.

El Art. 788 del Código de Procedimiento Civil establece lo siguiente: “Presentada la demanda y siempre que se hayan llenado los requisitos determinados en los artículos anteriores, el juez nombrará perito o peritos, de conformidad con lo establecido en este Código, para el avalúo del fundo. (...)”⁷¹.

Los peritos juegan un papel muy importante dentro del juicio de expropiación, ya que van a orientar al juez en apreciar el valor que puede tener la cosa materia de la expropiación. No obstante el artículo del Código de Procedimiento Civil dice que el juez nombrará perito o peritos, por lo que en los juicios de expropiación se puede llegar a tener dos o más, en la medida en que las partes procesales lo soliciten.

⁷¹ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2010): “Código de Procedimiento Civil”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Art. 788.

¿Qué criterio utilizará el juez para considerar el valor a pagarse por el bien materia de la expropiación? Definitivamente podemos concluir que el juez debe guiarse por los criterios que rigen la sana crítica basados en el conocimiento, la lógica y la experiencia. A simple vista no habría problema en determinar en base al avalúo realizado por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad y los informes periciales respectivos, el precio del bien a expropiarse.

La dificultad se da cuando los avalúos se los realiza con excesivo retardo desde la fecha de notificación del auto de calificación de la demanda, y por tanto de su ocupación inmediata. Ya que es difícil apreciar el valor del predio, al momento de iniciarse el expediente de expropiación, sin tener en cuenta la plusvalía que resulte como consecuencia directa del proyecto que motive la expropiación y sus futuras ampliaciones, tal como lo establece el Art. 786 del Código de Procedimiento Civil.

Si no se tiene cuidado en este aspecto el predio avaluado por un perito actualmente puede llegar a superar varias veces el valor del predio al momento de iniciarse el expediente de expropiación. Ni imaginarse si el proceso de expropiación comenzó, por ejemplo, en el año 1999 y se realiza luego un avalúo en el año 2004, en donde las características del predio habrán mejorado por la construcción de la obra y habrá que tener en cuenta entre otros aspectos la convertibilidad de sucres a dólares, entre otros aspectos.

¿En qué casos no es necesario el avalúo pericial en el juicio de expropiación? Como el juicio de expropiación tiene un trámite especial, este proceso no tiene una etapa probatoria propiamente dicha. Solamente se contempla la

designación del perito y el término judicial para presentar su informe, el cual no podrá superar los 15 días de conformidad con el artículo 788 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo el avalúo pericial no será necesario cuando el demandado en la contestación a la demanda, se allane a la misma y solicite que en sentencia se ordene el pago de la cantidad consignada por la expropiación. Si el demandado está de acuerdo con la cantidad consignada no habría necesidad de la designación de perito, ya que demoraría inútilmente la duración del proceso.

El Art. 790 del Código de Procedimiento Civil establece lo siguiente: “Para fijar el precio que debe pagarse por concepto de indemnización, se tomará en cuenta el que aparezca de los documentos que se acompañen a la demanda. Si se trata de expropiar una parte del predio avaluado, el precio se fijará estableciendo la correspondiente relación proporcional. Sin embargo, cuando lo que se quiere expropiar comprenda una parte principal del fundo, la de mayor valor, en relación con el resto; cuando se trate de la parte de mejor calidad con respecto al sobrante, o en casos análogos; podrá establecerse un precio justo según el dictamen del perito o peritos”⁷².

La primera consideración que se debe hacer es que el precio que se acompaña a la demanda, en caso de expropiación de carácter urgente y de expropiación inmediata, es la cantidad fijada por la Municipalidad. Esta cantidad inicial se tomará en cuenta para fijar el precio que debe pagarse por concepto de indemnización. Claramente se establece que “se tomará en cuenta”, pero es un simple referente para el juez.

⁷² CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2010): “Código de Procedimiento Civil”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Art. 790.

Por ello la designación de peritos, para que el juez pueda apreciar objetivamente la valoración que le da una persona que conoce de bienes inmuebles y puede darle una mejor idea para la apreciación final en la determinación del precio. Esta idea se refuerza con lo que establece el segundo párrafo del Art. 791 del Código de Procedimiento Civil que establece: “Para fijar el precio el juez no está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, ni por las municipalidades”⁷³. Si no existiera esta disposición, cuál sería la razón que motivaría la existencia del juicio de expropiación. Es justamente para llevar a un justiprecio en la expropiación pública. La actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece como ya hemos dicho, sólo a la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad donde se encuentre el bien a expropiarse, como competente para realizar el avalúo del bien.

De acuerdo con la Ordenanza Municipal del Distrito Metropolitano de Quito Nro. 0181 notificada la resolución del Concejo Metropolitano de no existir acuerdo con el afectado, la Procuraduría Metropolitana las subprocuradurías zonales, las asesorías legales de las entidades requirentes de la expropiación, iniciarán el proceso de expropiación de conformidad con el Código de Procedimiento Civil.

Para los casos que las dependencias o entidades municipales requirentes de la expropiación, tengan que controlar la ejecución de la obra pública antes de que se haya iniciado el procedimiento expropiatorio, para estipularse en tales

⁷³ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2010): “Código de Procedimiento Civil”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Art. 791.

contratos que el ejecutor de la obra adjudicada se responsabiliza tanto de la realización de la misma cuanto del patrocinio del trámite expropiatorio judicial o extra judicial, sin perjuicio del trámite administrativo que deba realizarse en la Administración Municipal, hasta la declaratoria de utilidad pública por parte del Concejo Metropolitano.

En cualquier momento del proceso judicial, inclusive con sentencia de primera instancia, antes de que se encuentre ejecutoriada, podrán efectuarse acuerdos directos, acuerdo que se dará a conocer al juez una vez inscrita la escritura respectiva, solicitando el archivo de la causa, y la devolución del dinero consignado, si es el caso. Se remitirán copias de la escritura correspondiente a la Dirección de Avalúos y Catastros, a la Procuraduría Metropolitana a la Unidad de Gestión de Propiedad Inmueble del Municipio y a la Dirección Metropolitana Financiera en los casos que corresponda pago de la indemnización previo la entrega recepción que realice la Unidad de Gestión de Propiedad Inmueble del Municipio.

CONCLUSIONES

1. 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 Constitucional de Derechos y Justicia Social.
2. Al consagrar la expropiación por interés social y seguridad nacional, la Constitución viene a incorporar jurídicamente una concepción que, habiendo superado el agrio individualismo del sistema jurídico de la propiedad privada de la economía liberal, viene a entender implícita, tras toda relación de dominio, una función social de la propiedad.
3. A partir de la vigencia del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) se establece un específico trámite expropiatorio, que en definitiva armoniza con el mandato constitucional, sin embargo subsisten normas como el Código de Procedimiento Civil y Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que puntualizan trámites diferentes, lo que invita a la confusión, incluso la Ordenanza Municipal 0181.
4. Debido a la actual vigencia del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), cada gobierno seccional posee la facultad -libertad-, de establecer los procedimientos administrativos que más le favorezcan para emprender una expropiación acorde con las disposiciones constitucionales.

5. Particularmente el Distrito Metropolitano de Quito, a través de la administración central y las administraciones zonales así como las empresas municipales están facultadas para solicitar la expropiación de un bien del Distrito al Concejo Metropolitano, cuya utilidad pública sea declarada.
6. El trámite administrativo de expropiación en el Distrito Metropolitano de Quito es relativamente corto, aun cuando se persiste en la vigencia de trámites burocráticos innecesarios. El juicio de expropiación procede únicamente cuando existe desacuerdo en cuanto al pago del justo precio y de la indemnización al expropiado. Por lo tanto el juicio versa sobre el valor total a pagarse al expropiado, más no en la procedencia o improcedencia de la expropiación, ya que antecede a la expropiación el correspondiente informe técnico.
7. En lo que respecta al justo precio este depende del avalúo del bien vigente a la fecha de la expropiación sin considerarse las mejores que no se encuentren debidamente legalizadas. Así de tratarse de una construcción informal, el justo precio versará únicamente sobre el terreno. De tal suerte que no se podrán presentar reclamaciones sobre el justo precio cuando la expropiación ya ha terminado y se encuentran en ejecución obras públicas.
8. Una vía de solución a los problemas que plantea la extensa y variada legislación expropiatoria del país, es la promulgación de una única ley que regule las expropiaciones en general.

RECOMENDACIONES

1. Reformar unificando las leyes que hagan referencia, de manera directa o indirecta a la expropiación, de tal suerte que todas armonicen con el mandato constitucional.
2. Actualizar los valores comerciales de los predios y de las construcciones.
3. Priorizar en los trámites expropiatorios el acuerdo de las partes.
4. Crear una cátedra de Derecho Municipal; y, de ser posible un posgrado.
5. Planificar de manera estratégica y a largo plazo en las entidades públicas para evitar expropiaciones innecesarias.
6. Establecer un procedimiento general que rija la forma de evaluar los bienes expropiados tomando en cuenta parámetros tales como el avalúo comercial, antigüedad, plusvalía, ubicación, costo de construcción y/o de tierras a expropiarse.

BIBLIOGRAFÍA:

1. ANGARITA GÓMEZ, Jorge (1974): "Derecho Civil"; Edt. Rosaristas, 2da. edición, Bogotá, 1974, Pág. 45.
2. AULESTIA EGAS, Rodrigo (2006): "El Patrimonio Familiar"; Edt. Librería Alemana, Quito – Ecuador, Pág. 165.
3. BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylan (1979): "De la interpretación de los contratos y testamentos"; Segunda Edición, México D.F., Pág. 96.
4. BORDA, Guillermo A. (1999): "Tratado de Derecho Civil"; Edt. Abeledo Perrot, Buenos Aires - Argentina, Pág. 45.
5. DÁVALOS, Mejía Carlos (1992): "Derechos Bancarios y Contratos de Crédito"; Edit. Harla, México, Pág. 17.
6. DE CASTRO, F. (1972): "La Caducidad.- Temas Derecho Civil"; Madrid – España, Pág. 321.
7. DOMÍNGUEZMARTÍNEZ, Jorge Alfredo (1991): "Compendio de Derecho Civil"; Edt. Porrúa, México, Pág. 64.
8. ELIZALDE, Jorge Luis (2012): "El procedimiento expropiatorio"; Edt. Revista de Técnica Forense, Nro. 1/90, Pág. 15.

9. FIORINI, Bartolomé (1996): "Derecho Administrativo"; Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Pág. 18.
10. GHERSI, Carlos Alberto (1999): "Derecho Civil.- Parte General"; Edt. Astrea, Buenos Aires - Argentina, Pág. 23.
11. HAYEK, Friedrich (1988): "Los orígenes de la libertad, la propiedad y la justicia"; Pág. 56.
12. LARES MARTÍNEZ, Eloy (2001): "Manual de Derecho Administrativo"; décima segunda edición, Caracas - Venezuela, Págs. 607-608.
13. LINARES BENZO, Gustavo (2003): "Innovaciones de la Ley de expropiación por causa de utilidad pública o social"; Edt. Planchart Manrique, Tomo I, Caracas - Venezuela, Pág. 42.
14. LÓPEZ. Nelson (2000): "La Expropiación"; Edt. Del Arco Ediciones, 3era edición, Cuenca, Pág. 35.
15. MANRIQUE NIETO, Carlos (1998): "Contratos"; Edt. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá - Colombia, Pág. 456.
16. MÉNDEZ, Rosa (2001): "Proceso de Incapacitación"; Edt. Bosch, Volumen XVI, Pág. 67.
17. MONROY CABRA, Marco G. (1995): "Medios de Solución Pacífica de Conflictos"; Tercera Edición, Santa Fe de Bogotá – Colombia, Pág. 394.

18. MORALES CASAS, Francisco (1991): "Fundamentos de la Actividad y Los Negocios Bancarios"; Edit. Ediciones Jurídicas Radar, Bogotá, 1991, Págs. 286-287.
19. PÉREZ SERRANO (1943): "El nuevo sentido del contrato"; Edt. Revista de Derecho Privado, (extracto del ciclo de conferencias en al R.A.J. y L.). Pág. 55.
20. ROCCO, Alfredo (1996): "Principios de Derecho Mercantil.- Parte general"; Traducción Joaquín Garriguez, Edt. Nacional, México, Pág. 697.
21. ROTONDO TORNARÍA, Felipe (sin año): "Manual de Derecho Administrativo"; Edt. Universidad Ltda., Tomo 2, Pág. 67.
22. SALOMÓN DE PADRÓN, Magdalena (2006): "Consideraciones generales sobre la expropiación por causa de utilidad pública o social"; Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Pág. 369.
23. TREVIÑO GARCÍA, Ricardo (1992): "Principios básicos en materia de contratos"; Edt. Revista Bancaria, Volumen 20, Nro. 10, Pág. 34.
24. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín (sin año): "Derecho Administrativo"; Tomo VI, Edt. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires - Argentina, Pág. 83.

25. ZAMORA VALENCIA, Miguel Ángel (1994): “Contratos Civiles”; Edt. Porrúa, México, Pág. 444.

CUERPOS LEGALES:

CORPORACIÓN JURÍDICA DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2008): “Constitución de la República del Ecuador”; Edit. Edijur, Quito – Ecuador.

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2010): “Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD”; Edit. Edijur, Quito – Ecuador.

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2010): “Código Civil”; Edit. Edijur, Quito – Ecuador.

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2010): “Código de Procedimiento Civil”; Edit. Edijur, Quito – Ecuador.

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (2010): “Ley Orgánica Nacional de Contratación Pública”; Edt. Edijur, Quito – Ecuador, Arts. 58.

DICCIONARIOS:

CABANELLAS, Guillermo (1954): “Diccionario de Derecho Usual”; Tomo 3, Edt. Arayú, Buenos Aires - Argentina, Pág. 143.

CAPITANT (sin año): “Diccionario de Derecho Privado”; Edt. Alsina, Pág. 100.

ESPASA CALPE (2004): "Diccionario de la Jurídico"; Edt. Espasa, Madrid – España, Pág. 98.

OMEBA (1981): "Diccionario Jurídico"; Edt. Heliniasta S.A., Tomo II, Buenos Aires – Argentina, Pág. 123.

SALVAT (2004): "La Enciclopedia"; Edt. SALVAT, Tomo X, Pág. 7975.