



Universidad del Azuay

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESCUELA DE DERECHO

**“EL DERECHO AL JUSTO PRECIO EN EL
PROCESO JUDICIAL DE EXPROPIACIÓN”**

Autor:

Pedro Andrés Santacruz Fernández

Director:

Dr. (PhD) Guillermo Ochoa Rodríguez.

Cuenca – Ecuador

2021

DEDICATORIA.

A mis padres Antonio y María Elena por el ejemplo
y legado de vida que me han dejado.

A mis hermanas y sobrinos por todo su cariño
y apoyo en esta larga etapa.

A mi hermano Sebastián por enseñarme
a ser persistente y luchar por los sueños.

AGRADECIMIENTO

Mi gratitud con la Universidad del Azuay y su planta docente en la cual pude encontrar grandes maestros y mentores.

A mi director de tesis, el Dr. PhD. Guillermo Ochoa Rodríguez por su ayuda en el presente trabajo.

A mis amigos con quienes compartimos un largo camino y siempre se mostraron dispuestos a ayudarme.

A los miembros del Estudio Jurídico Vignolo Barzallo, quienes me abrieron las puertas para iniciarme en el mundo laboral.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación busca contribuir al ordenamiento jurídico ecuatoriano, con un análisis serio del tratamiento legal del derecho al justo precio que tienen los administrados y los criterios utilizados para su determinación en los procesos judiciales de expropiación.

Logrando de esta manera, precisar si existe o no una vulneración al referido derecho, debido a la supuesta obligación legal impuesta a los juzgadores competentes para fijar en su resolución como justo precio al valor establecido en el catastro municipal de bienes inmuebles.

Palabras clave: derecho de propiedad – expropiación - justo precio – proceso judicial.

ABSTRACT

This manuscript seeks to contribute to the Ecuadorian legal system, with a responsible and exhaustive investigation and analysis of the fair price to which the general population is entitled, as well as the criteria used by the authorities to determine the fair price in expropriation within a legal process. With this, it was determined whether there is an impact on the fair price, which is a right of the population, in accordance with the alleged legal obligation imposed on the judges to determine in their resolutions the fair price equal to that established in the municipal cadaster.

Keywords: expropriation - fair price - judicial process - property rights.

Translated by



Pedro Santacruz

ÍNDICE DE CONTENIDO

DEDICATORIA.	II
AGRADECIMIENTO	III
RESUMEN	IV
INTRODUCCIÓN.	1
CAPÍTULO 1	3
LA TEORÍA DEL DOMINIO PÚBLICO EN LA NORMATIVA ECUATORIANA	3
1.1. La propiedad como un derecho subjetivo.	3
1.2. Límites al derecho de propiedad.	13
1.2.1. La función social.	13
1.3. La noción de expropiación.	21
1.3.1. Historia de la expropiación.	24
1.3.2. Concepto de expropiación.	28
1.3.3. La utilidad pública.	37
CAPÍTULO 2	41
2. EL JUSTO PRECIO.	41
2.1. Antecedentes.	41
2.2. Naturaleza jurídica.	47
2.2.1. La distinción entre el justo precio e indemnización.	51
2.3. Características.	55
2.3.1. Valor Objetivo.	56
2.3.2. Actual.	61
2.3.3. Pago Único.	62
2.3.4. Pago en Dinero.	63
2.3.5. Pago previo.	65
2.4. Tratamiento legal del justo precio.	65

CAPÍTULO 3	69
3. CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL JUSTO PRECIO.	69
3.1. Criterios normativos.	69
3.1.1. El procedimiento expropiatorio en el Código Orgánico General de Procesos.	74
3.1.2. El procedimiento expropiatorio en el Código de Procedimiento Civil.	76
3.1.3. La consulta de norma del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Sentencia N° 099-17-SCN-CC.	79
3.2. Criterios jurisprudenciales.	84
3.3. Los conceptos jurídicos indeterminados.	92
3.3.1. El justo precio.	92
3.3.2. La función social de la propiedad.	94
3.3.3. La función ambiental de la propiedad.	96
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	99
BIBLIOGRAFÍA	101

INTRODUCCIÓN.

La Constitución de la República de Ecuador, dentro de su amplio abanico de derechos, reconoce el derecho de los ciudadanos a la propiedad en todas sus formas y la concibe como un medio, a través del cual, el ser humano puede lograr la consecución de los diversos fines que se proponga, además de materializar otros derechos fundamentales, como la vivienda digna, el derecho a trabajo, etc.

La propiedad ha sido concebida desde la época romana, como aquel derecho que concede las más amplias facultades a su titular, a tal punto de disponer de ella con total liberalidad, siendo su única limitación el uso contrario a la ley. Esta concepción ha sido recogida a lo largo del tiempo por diversos códigos de tendencia romanistas como es el caso de nuestro Código Civil.

Sin embargo, existen posturas que consideran que la propiedad no debe únicamente cumplir y otorgar un beneficio a su titular, sino que además debe cumplir una finalidad social, idea de la que participa nuestra carta magna cuando establece la figura jurídica de la expropiación, por razones de utilidad pública o de interés social y nacional, como límite al derecho de propiedad.

La expropiación es una figura jurídica mediante la cual, previo una declaratoria de interés público y el pago previo de una indemnización justa, la administración pública y sus instituciones adquieren la propiedad de un bien.

Con las reformas introducidas en marzo de 2017 a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el proceso judicial de expropiación fue modificado, provocando una serie de cambios en cuanto a la forma de determinar el justo precio de los bienes objeto de expropiación.

El presente trabajo de investigación pretende analizar como la normativa en el derecho público ecuatoriano ha regulado la figura jurídica de la expropiación y el derecho al justo precio, siendo necesario resaltar una serie de inconvenientes que pueden surgir en la determinación del justo precio cuando no exista un acuerdo directo entre el administrado y la entidad expropiante.

En el primer capítulo estudiaremos la Teoría del Dominio Público en nuestro país, iniciando el estudio del derecho a la propiedad como un derecho subjetivo, es decir, se analizará el origen conceptual y filosófico del mismo, también se estudiarán los límites

que han sido impuestos por las leyes ecuatorianas al derecho de propiedad, su fundamentación y el origen de dichas limitaciones, para continuar con el análisis de la figura de la expropiación en el sistema de derecho público ecuatoriano y el concepto de utilidad pública.

El segundo capítulo engloba una investigación específica al requisito previo del justo precio, en el cual se abordarán sus antecedentes, para continuar con los elementos que son considerados para su determinación y el estudio de sus características.

Con ello podremos dilucidar la verdadera naturaleza jurídica del justo precio en la expropiación, para terminar el capítulo con el estudio del tratamiento legal de esta figura en la legislación ecuatoriana.

En el tercer capítulo, pretendemos conocer los criterios o fundamentos jurídicos que deben ser tenidos en cuenta para la determinación del justo precio, mediante el estudio de aportes jurisprudenciales que han sido desarrollados por las más altas tribunales de justicia de nuestro país y los aportes normativos que han sido expedidos por el legislador ecuatoriano, para finalmente examinar aquellos conceptos jurídicos indeterminados que forman parte del proceso expropiatorio.

CAPÍTULO 1

LA TEORÍA DEL DOMINIO PÚBLICO EN LA NORMATIVA ECUATORIANA

1.1. La propiedad como un derecho subjetivo.

Antes de iniciar el estudio de la propiedad o dominio, -conceptos que son tomados como sinónimos por nuestro Código Civil-, debemos dejar sentado que desde sus inicios y a lo largo del tiempo, se han desarrollado varias teorías que tratan de explicar el origen, la naturaleza, sus características y las facultades que este derecho confiere a su titular.

Inicialmente se ha sostenido, por una parte de historiadores, que la propiedad tuvo alcance colectivo, siendo ejercida de manera mancomunada, es así que para los pueblos más primitivos la titularidad del derecho de propiedad recaía sobre el conglomerado social, sobre todo cuando el hombre le otorgó importancia a la propiedad inmobiliaria; esto es, cuando se vuelve sedentario y concibe a la tierra como un bien que puede ser apropiado y aprovechado para su beneficio y sobre todo para el de la colectividad.

Sin embargo, varios autores entre ellos Planiol y Ripert (1998) han señalado, de manera correcta, que la historia de la propiedad no debe ser considerada como lineal, es decir, que esta se desarrolló sin mayores problemas, sino que su historia es compleja, puesto que, no es probable que dentro de cierta época de la humanidad la propiedad haya sido exclusivamente colectiva, puesto que, el hombre debía por lo menos haber reconocido la propiedad individual en cierta clase de bienes, sobre todo en el caso de los bienes muebles y bienes catalogados como de uso personales, entre ellos la vestimenta y las armas necesarias para su supervivencia y la guerra.

Prontamente, en los albores de la propiedad privada en Roma, gracias al avance y la unificación del Derecho Romano alcanzado con el emperador Justiniano, se evidenció una nueva concepción individualista de la propiedad, al reconocerse la existencia de un poder pleno sobre las cosas, sin restricciones, además se le otorgo una protección de carácter erga omne, de esta manera, los romanos alimentaron un tratamiento de derecho absoluto, de igual manera, reconocieron las facultades del ius utendi, fruendi y abutendi,

reflejadas el derecho a usar, gozar y abusar de las cosas que se encontraban en la esfera de su dominio.

Posteriormente, la humanidad en el transitar de la edad media se ve en la encrucijada que produce la transición a la época feudal y el establecimiento de un nuevo sistema político, con lo cual a decir de María del Pilar Pérez Álvarez:

Se produjo otra realidad política y social –la época feudal– que hizo que la propiedad territorial quedará unida a la soberanía territorial. La doctrina elabora los conceptos de dominio directo del señor dominante y de dominio útil del tenedor material de la tierra. El dominio útil del tenedor de la tierra comenzó siendo temporal para pasar, después, a ser perpetuo a cambio del pago de un canon o merced al señor de la tierra. (Pérez M. d., 2014)

Finalmente al llegar al corolario de la libertad en la Revolución Francesa, se entiende a la propiedad -en los Códigos Civiles de la época- desde una óptica eminentemente individual, absoluta, liberal, como una reacción contraria al manejo feudal de la época anterior. Esto se ve reflejado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su artículo 17, el cual consagra a la propiedad como un derecho en los siguientes términos.

Artículo 17. Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie deberá ser privado de él, excepto en los casos de necesidad pública evidente, legalmente comprobada, y en condiciones de una indemnización previa y justa. (Asamblea Nacional Constituyente, 1789)

En este momento histórico, es necesario hacer una reflexión del por qué la propiedad en este punto, es elevada a la categoría de derecho y también respecto de su incorporación en las diversas declaraciones de derechos que tuvieron lugar en la segunda mitad del siglo XVIII, esta situación generada sobre todo en Francia evidentemente se produce por la influencia del iusnaturalismo y sus diversas corrientes, pero sobre todo por el iusnaturalismo racionalista, representado por Hugo Grocio y Samuel Pufendorf, puesto que, en sus postulados concebían a la propiedad como un derecho natural, es decir, que tenía una existencia previa a la conformación de un Estado y de un ordenamiento jurídico positivo.

Este pensamiento iusnaturalista, abandonó las ideas del cristianismo propuestas por San Agustín y Santo Tomás y que fueron incorporadas por la Iglesia, debido a que, las críticas positivistas volvieron insostenible el postulado de la existencia de un Dios encargado de crear una naturaleza y una voluntad superior divina.

Es por eso que, el iusnaturalismo racional debió encontrar nuevos postulados que permitan sostener de mejor manera que la propiedad es un derecho natural inherente a todos los seres humanos por su simple condición humana y cuya aplicación no obedezca a una determinada religión, de tal manera que, esa situación se fundamentó, bajo la influencia de la ilustración, en la razón humana. De esta manera se construyeron una serie de principios que son universales, absolutos, inmutables y permanentes para todos los hombres sin importar su religión.

Bajo esta nuevo pensamiento, se llegó a considerar como derechos naturales e imprescriptibles pertenecientes a todos los seres humanos, a la libertad, igualdad y propiedad, es por eso que, el profesor Luis Recasens Siches, manifiesta lo siguiente: “*en general, la Escuela Clásica Moderna del Derecho Natural tendió a considerar la propiedad privada como una institución derivada de la razón, como medio necesario para la persona humana y como correlato material de la libertad del individuo*” (1986, pág. 584)

De tal manera que la propiedad fue concebida como un derecho previo al Estado, que derivaba de la naturaleza misma del ser humano, por lo que, se trató de buscar elementos suficientes para justificar el por qué el hombre tenía derecho sobre los bienes y la necesidad de precautelarlo, encontrado algunos de estos elementos en los postulados de las tesis contractualistas, es por eso que, siguiendo la línea de pensamiento de Recasens Siches, entendemos que algunos autores contractualistas no buscan explicar el origen de la propiedad, sino por el contrario intentan aclarar el fundamento racional del Derecho de Propiedad, tal es así que dentro de la obra de John Locke (1969) podemos encontrar expresamente que es: “*la razón natural, que nos dice que los hombres, una vez nacidos, tienen derecho a su preservación, y por tanto a manjares y bebidas y otras cosas que la naturaleza ofrece para su mantenimiento*” Sin embargo, no es posible desconocer que le corresponde al derecho positivo la regulación de este derecho, en cuanto a su contenido, su alcance, sus limitaciones y sobre todo la protección del mismo.

Actualmente, la concepción absoluta e individual de propiedad ha perdido terreno en gran medida, debido al nacimiento y desarrollo de teorías que si bien reconocen y apoyan la noción de la propiedad privada, propugnan también la idea de que ésta no sólo debe cumplir una función individual, sino que además, debe cumplir una función respecto del conglomerado social, es por eso que para el Doctor Eduardo Carrión

Las legislaciones modernas occidentales, europeas y americanas, tienden en mayor o menor grado a atenuar los alcances de una propiedad extremadamente individualista y ponen énfasis en las implicaciones sociales del derecho a la propiedad (Carrión, 1973, pág. 111)

Esta situación demuestra a nuestro criterio el rango de derecho fundamental que posee el derecho a la propiedad, lo cual incluso ha llevado a categorizarlo como un Derecho Humano, gracias a su incorporación en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, sobre todo guiadas por la necesidad de protección de la propiedad de los abusos de poder cometidos por los líderes mundiales y por los Estados, esencialmente en los periodos de guerra, lo cual también sostuvo su incorporación en las distintas constituciones elaboradas alrededor del mundo, siendo innegable que se trata de un derecho básico y elemental del ser humano:

Artículo. 17

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad. (Organización de las Naciones Unidas, 2021)

Como prueba de ello, nuestro ordenamiento jurídico con un avance significativo en materia de derechos, en particular la Constitución de la República de 2008, en su artículo 66, numeral 26 reconoce el derecho a la propiedad y además lo encasilla dentro de la categoría de derechos de libertad:

Art. 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. (Constitución del Ecuador, 2008)

Esta situación ha causado divergencias entre varios autores, puesto que una parte de ellos consideran que la propiedad al encontrarse dentro de esta categoría de derechos efectivamente es un derecho fundamental, mientras que por el contrario, existen posiciones que indican que este encasillamiento no implica que se trate de un derecho fundamental y que más bien su contenido responde a un derecho patrimonial y por ende se trataría de una falsa apreciación de términos.

De igual manera, es necesario manifestar que la propiedad en nuestro ordenamiento jurídico al abandonar la concepción individualista, propia de siglos anteriores, reconoce la existencia de diversos tipos de conformación que puede tener la propiedad, de esta manera nuestra carta magna también recoge este avance significativo en su artículo 321, estableciendo además las funciones sociales y ambientales de la misma:

Art. 321.- El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental.

Toda vez que se ha dilucidado el rango constitucional y humano del derecho a la propiedad, corresponde ahora analizar el concepto que ha sido recogido por nuestro Código Civil, anterior a la Constitución de 2008, en su artículo 599, el cual responde a una concepción liberal que deriva de la revolución política de los siglos XVIII y XIX en América y Europa y que por lo aun visto se encuentra vigente en nuestra tiempo:

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.

La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad. (Congreso Nacional, 2019)

Bajo estos postulados, se entiende al derecho de propiedad o dominio, como un derecho real que concede las más amplias facultades a su titular, siendo catalogado como el derecho real por excelencia, teniendo como fundamento la necesidad de

precautelar aquellos bienes que han sido obtenidos, por medio de su trabajo o por su esfuerzo y esmero, pero sujeto a las limitaciones establecidas por la Constitución y las leyes.

Para sintetizar de mejor manera lo manifestado, es necesario traer a consideración el concepto de dominio que vierte el profesor Homero Moscoso y que resume con una gran exactitud lo mencionado en líneas anteriores, al señalar que:

El derecho de dominio faculta a su titular a usar, gozar y disponer de un bien sujetándose al ordenamiento jurídico y respetando el derecho de los demás. Esta última parte es importante porque la consideración del dominio como un derecho omnipotente, que no acepta ciertas restricciones, es historia. (p.71)

La definición propuesta por el Código Civil de propiedad, responde a aquellas denominadas analíticas, las cuales analizan al derecho de propiedad desde una perspectiva cuantitativa, es decir, que se refieren a la suma de todas las facultades que el amo o señor tiene sobre la cosa y que recaen en este derecho.

Por lo tanto, es contraria a lo que en la doctrina se ha denominado como definiciones sintéticas, que buscan explicar el derecho de propiedad por medio de una concepción unitaria del mismo, esto es, refiriéndose a la propiedad como un derecho unitario y abstracto, más no como una suma o acumulación de facultades.

Para los autores Alessandri y Somarriva (1974) existen dos teorías doctrinas que establecen los caracteres que debe tener el dominio o propiedad, por un lado encontramos la denominada doctrina clásica o tradicional, la cual determina que el dominio presenta tres caracteres fundamentales a saber y son las siguientes: absoluto, exclusivo y perpetuo:

a) Es absoluto, en el sentido de que otorga las más amplias facultades al dueño de la cosa, sin embargo, el término absoluto se ha dejado de utilizar debido a malinterpretaciones que se puedan generar, sobre todo aquellas que dan como resultado una aceptación completa a la concepción liberal de propiedad; b) Es un derecho exclusivo, porque solo el dueño puede ejercitar todas las facultades que el dominio le otorga, impidiendo la intromisión de cualquier otra persona que no sea el titular y; c) se trata de un derecho perpetuo, debido a que su ejercicio no se encuentra sujeto a un lapso

determinado de tiempo, de lo contrario este derecho perdería toda su esencia, es decir, su duración es indefinida en el tiempo.

Los autores mencionados con anterioridad, sostienen que estas características son propias de épocas pasadas y se inclinan por la doctrina moderna de la cual estos autores son partícipes y señalan que para el dominio actualmente importan únicamente dos caracteres fundamentales: la abstracción y la elasticidad, para ellos el dominio es abstracto, en cuanto subsiste de manera independiente de las facultades que el mismo contiene y otorga. Por otro lado, la característica de la elasticidad aparece gracias a la concurrencia de otros derechos, que permiten al derecho de propiedad reducirse en cuanto a su contenido pero dejando a salvo la posibilidad de expandirse nuevamente en toda su plenitud, cuando el derecho concurrente que lo comprimía desaparece, como es el caso del usufructo sobre un bien.

Es importante también realizar un análisis histórico de sus características para tratar de comprender de mejor manera este derecho, puesto que desde la época romana, se consideraba que la propiedad concede a su titular tres facultades que han subsistido hasta nuestros días, siendo éstas las facultades de usar, gozar y abusar de la cosa.

La facultad de uso o llamada también *ius utendi*, hace referencia a que el propietario puede utilizar la cosa conforme al destino y naturaleza de la misma, es decir, emplear la cosa en todos los usos posibles que esta otorgue a su titular., mientras que la facultad de gozar o *ius fruendi*, refiere la posibilidad de adueñarse y servirse de todos los frutos presentes o futuros, es decir que la cosa pueda producir para su dueño y en cuanto a la facultad de abusar o *ius abutendi*, no es sino aquel poder que le permite al dueño de la cosa destruirla o modificarla a su entera disposición.

En líneas anteriores se ha elaborado una reseña de la historia del derecho de propiedad y se ha enumerado tanto las características como facultades que este derecho otorga a su titular a manera de una introducción de este concepto, sin embargo, es necesario dilucidar la noción del derecho de propiedad desde la categoría de derecho subjetivo, debido a que, se le ha dado este tratamiento o se lo ha encasillado dentro de esta calificación jurídica, siendo esta categorización la que permitió que este derecho se haya desarrollado y se encuentre reglado en nuestras legislaciones tal y como ahora lo conocemos, sobre todo permite estudiar los cimientos sobre los cuales se ha asentado gran parte de nuestro ordenamiento jurídico respecto esta materia.

En un primer momento debemos conocer que dentro del amplio campo en donde se desenvuelve la ciencia del Derecho, existen dos categorías fundamentales que han sido concebidas para diferenciar aspectos referentes tanto la existencia cuanto el ejercicio pleno de derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico de una nación, siendo estas por un lado el denominado derecho objetivo y por otro el derecho subjetivo.

Estas dos categorías comparten una existencia correlativa, es decir, ninguna podría subsistir sin la otra, tal es el caso de que el derecho subjetivo no existiría sin la vigencia de una norma objetiva que consagre un derecho y viceversa, no podría ejercerse un derecho consagrado sin la vigencia y aceptación del derecho subjetivo.

El derecho objetivo resulta fácil de definir y se refiere a aquellas normas jurídicas que han sido creadas por el legislador y que se encuentran vigentes formando parte del ordenamiento jurídico de un Estado, en definitiva no es sino, aquel derecho positivizado, mientras que la definición de derecho subjetivo ha sido un poco conflictiva a lo largo del tiempo, sin embargo, para tener una pequeña aproximación, me permito citar al Doctor Hernán Coello García quien nos otorga el siguiente concepto de derecho subjetivo:

No es sino aquella facultad que la norma positiva u objetiva atribuye al sujeto de derecho para que pueda exigir la vigencia de las normas positivas que lo acreditan como titular de tales derechos, o, en su caso, la consiguiente reparación, si ellos han sido violados” (García, 2006, pág. 1)

No obstante, la noción de derecho subjetivo ha variado a lo largo de la historia, ya que no siempre fue concebida de la manera en la que hoy es aceptada por la mayoría de doctrinarios, debido a la existencia de varias teorías que buscaban encontrar la esencia de esta categoría pero que resultaban insuficientes para dicho fin.

En sus inicios, el Derecho Romano nunca elaboró una definición sobre esta categoría ni tampoco se encargó del estudio de las características esenciales de este derecho, por lo mismo, no se le dio la importancia correspondiente, de esta manera los autores empiezan a analizarlo en la Edad Media.

El concepto traído a colación por parte del Doctor Hernán Coello, es aceptado por la mayoría de doctrinarios, debido a que, tiene su origen en la teoría denominada *facultas agendi*, elaborada por los autores italianos Chironi y Albello, quienes sostenían

que: *el derecho subjetivo no era sino el poder jurídico de obrar voluntariamente dentro de los límites que la ley imponía*". (Chironi & Albello, 1904, pág. 112)

Bajo esta concepción, el poder -como facultad de obrar- fue ubicado como elemento central o esencial del derecho subjetivo, superando las constantes discusiones elaboradas por diversos doctrinarios sobre la esencia de este derecho.

Una vez aceptada mayoritariamente esta teoría, se logró superar por un lado la teoría inicial de la voluntad elaborada por los miembros de la denominada Escuela Histórica del Derecho, con Savigny a la cabeza al ser uno de los mayores exponentes, quien en sus inicios al tratar de encontrar el contenido del derecho subjetivo, consideró como elemento central a la voluntad del hombre, sobre todo con una fuerte carga de individualismo.

También se logró dejar atrás la teoría del interés propuesta por Ihering, quien establecía que el interés es el elemento determinante del derecho subjetivo, concepción elaborada con la intención de rebatir los planteamientos esgrimidos por los defensores de la teoría de la voluntad, pero al final cayó en el círculo de la voluntad humana y no pudo superar ese elemento. Dentro de los postulados de esta teoría Ihering concibió que: *"el derecho subjetivo no existía para realizar una voluntad "abstracta" o vacía, sino para procurar al individuo un servicio, utilidad o ventaja"* (Escobar Rozas, 1998, pág. 282)

De igual manera, se superaron las denominadas teorías eclécticas o mixtas, que buscaban un punto de conciliación entre la teoría de la voluntad y la del interés tomando elementos de cada una de estas dos teorías para encontrar la esencia del derecho subjetivo, sin embargo, no tuvieron éxito, debido a que, la unión de posiciones de estas teorías no pudieron superar los errores cometidos en cada una de las mismas.

Al haber dilucidado la esencia y el concepto de derecho subjetivo, corresponde analizar el derecho de propiedad a la luz del derecho subjetivo, teniendo el mismo una razón de existencia, que para Alessandri y Somarriva (1974) es compartida por todos los derechos subjetivos patrimoniales y que radica en aquel: *"poder para que el individuo obtenga con el ejercicio de esta atribución los medios materiales que le permitan cubrir sus necesidad y desarrollar su vida humana"* (p.12)

La categorización del derecho a la propiedad como derecho subjetivo, se debe al modelo de propiedad instaurado por las ideas liberales de la Revolución Francesa y sobre todo en las ideas del individualismo jurídico las cuales tienen su origen a decir:

En tres movimientos confluentes: i) el iusnaturalismo racionalista de los siglos XVI y XVII; ii) el movimiento e influencia de la visión económica por parte de los fisiócratas; y iii) las construcciones científicas realizadas por grandes juristas franceses de los siglos XVII y XVIII, en donde destacan Domat, Pothier y Portalis. (Cordero, 2008, pág. 495)

Es la corriente del pensamiento iusnaturalismo racionalista, como habíamos señalado con anterioridad, la que dejó de lado las concepciones teológicas o religiosas y con una fuerte carga de racionalidad propugnó la existencia de reglas y principios universales de Derecho que son válidos para todos los seres humanos, sin la necesidad de recurrir a la existencia de una voluntad divina que los declare.

Bajo estos postulados, se llega a entender al ser humano, como un ser libre por su naturaleza misma y además titular de derechos naturales previos al ordenamiento positivo, entre ellos el derecho a la propiedad, y que son inherentes a la persona por el único hecho de ser humano, pero que encuentran una protección en el Estado y en la creación de la norma positiva, convirtiéndolos de esta manera en derechos subjetivos civiles.

Siguiendo esta línea de pensamiento, la propiedad no es sino en definitiva aquel poder o facultad que tiene el amo o señor sobre una cosa determinada, recogiendo en su esencia la noción de derecho subjetivo, de tal manera que Eduardo Cordero manifiesta de manera precisa que:

“No es de extrañar que la propiedad sea definida como una especie dentro del género derecho subjetivo, es decir, es un atributo de la persona; es una “facultad” o “poder” que tiene un individuo sobre una cosa, siendo, además el corolario de libertad o el instrumento para su ejercicio” (Cordero, 2008, pág. 497)

Esta calificación de la propiedad como un derecho subjetivo, ha variado en cuanto a su forma en nuestro Código Civil pero no en su fondo, debido a que, éste se refiere a la propiedad como un derecho real, sin embargo, esta noción corresponde a una clasificación de los derechos subjetivos patrimoniales, que es entendida por los clásicos

como aquel poder jurídico sobre una cosa sin que medie ningún intermediario, pudiendo ser oponible a terceras personas.

En definitiva, nuestro Código Civil, al momento de definir a la propiedad o dominio, recoge indistintamente todas estas consideraciones relacionadas a la esencia del derecho subjetivo, demostrando que el ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce la vigencia de los derechos subjetivos, enlistando entre ellos al derecho de propiedad y ubicándolo como resultado final de la libertad del ser humano con las limitaciones impuestas por la Constitución de la República y los Tratados Internacionales de Derechos.

1.2. Límites al derecho de propiedad.

1.2.1. La función social.

El concepto eminentemente individualista y subjetivo de propiedad descrito en líneas anteriores, encontró su declive a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, debido a serias discusiones de orden filosófico como moral, que atacaban su esencia como derecho subjetivo y como derecho natural.

Varios autores empezaron a discutir el excesivo individualismo, la inexistencia de limitaciones propias en el concepto de propiedad y el poder que tenían los titulares de este derecho subjetivo para imponer su voluntad frente a otros, lo cual dio como resultado la necesidad de repensar el contenido de este derecho e imponer una serie de restricciones que deriven de su propia configuración.

Si bien este concepto liberal de propiedad, proviene de una lucha constante por alcanzar la libertad plena del hombre -sobre todo después de haber soportado el dominio feudal bajo el cual el hombre era un “esclavo” no solo de su soberano sino además de su tierra- al mismo tiempo daba origen a una desigualdad social y económica que no pudo ser contenida por las congregaciones religiosas ni por el Estado, es por eso que estos buscaron, con sus doctrinas y postulados papales y el Estado con reformas y normativas, elaborar un nuevo concepto de propiedad.

La grave situación social se agudizó cada vez más, debido a los problemas insostenibles de la época; la llegada de la revolución industrial trajo consigo el abandono de los campos hacia las grandes ciudades, también la explotación laboral y el declive de la sociedad envuelta un ordenamiento jurídico de corte liberal, lo cual dio lugar al surgimiento de lo que se conoce como la denominada “cuestión social”.

Todos estos problemas a la postre permitieron que se comenzara a hablar del concepto de “solidaridad social”, que no dejaría de poner su mirada sobre el concepto de propiedad, de tal manera que para el Papa León XIII era necesario una moderación en cuanto a su concepción, logrando que el concepto de propiedad pueda ser armonizado con el bien común y es a lo que Echeverri (1997) se refiere cuando manifiesta que: *“esta posibilidad de armonización con el bien común nace del carácter social de este derecho que le impone, por lo mismo, “obligaciones y deberes sociales” (p.277).*

En este panorama, emerge la figura del profesor y escritor León Duguit, quien bajo la influencia de autores como Auguste Comte y Durkheim, empieza a esbozar una serie de críticas a la idea de derecho subjetivo y la esencia del concepto de propiedad, siguiendo la idea de solidaridad manifestada anteriormente:

Duguit elabora su doctrina, en efecto, a modo de crítica sistemática de las doctrinas individualistas y formalistas en el campo social y jurídico subrayando en concreto frente a ellas un firme rechazo, cuanto menos, a dos de sus conceptos: el del derecho subjetivo, que supone el poder de imponerse a otras voluntades, y el de sujeto de derecho; planteamientos de los que ambas participan y en el fondo son coincidentes. Las dos admiten la existencia del derecho subjetivo o el poder de una voluntad, y del sujeto de derecho, que es un sujeto de voluntad.” Monereo & González, 2005, pág. 487.

Para Duguit el concepto y la calificación de derecho subjetivo no existe, ya que considera que éste carece de sentido o esencia, pues el derecho subjetivo es entendido como aquel poder de sobreponerse a otra voluntad, es una jerarquización de voluntades, un ejercicio abusivo del derecho producto de una invención natural que es incapaz de ser admitida por los métodos científicos, es por eso que, llegó a considerarlo como concepto imaginario, una quimera, incapaz de ser demostrado o demostrable.

Sin embargo, este autor, según Moreno y González (2005) no niega la vigencia de un elemento subjetivo en el ordenamiento jurídico, refiriéndose al ámbito de aplicación de las normas, recalcando que las leyes existen para un conglomerado social pero que se aplican de manera individual mediante mandatos o prohibiciones.

Por el contrario, únicamente admitía la vigencia del derecho objetivo, entendiendo como aquel derecho que de manera coercitiva impone el deber a los ciudadanos a cooperar entre sí en virtud de la solidaridad social.

Para él, el derecho surge de manera previa al Estado, no es obra alguna del legislador, nace en virtud de las relaciones de solidaridad, apartándose del pensamiento iusnaturalista que concebía la existencia de derechos previos, los mismos que pertenecen al hombre por calidad de ser humano.

Los seguidores de esta concepción consideran que en ningún momento se niega la vigencia de la propiedad individual; por el contrario, afirman que existe una mayor protección no solo respecto de los ataques individuales de los cuales pueda ser objeto sino que incluso de aquellos ataques provenientes de la administración pública. Pero este carácter social no debe ser malinterpretado en cuanto a su origen, ya que no responde a ideologías políticas de corte socialistas o marxistas, pues *“lo que se pretende en el caso de la propiedad es proteger el valor social que representan determinadas funciones, como el trabajo y la vida humana”*. (Batista & Coral, 2010, pág. 69).

De tal manera que el concepto de propiedad, acuñado desde la óptica individual y bajo una construcción iusnaturalista racional, comenzó a ser desvirtuado, siendo una de las principales objeciones la idea de que el hombre, entendido como un ser individual y egoísta, se contraponía con la idea de solidaridad, la cual era necesaria para una convivencia pacífica que permita el desarrollo de una nueva y moderna sociedad, de tal manera que, bajo esta línea de pensamiento el propio Duguit (1915) afirmaba que:

Todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad cierta función en razón directa del puesto que ocupa en ella. Por consiguiente, el poseedor de la riqueza, por el hecho de tenerla, puede realizar cierta labor que él solo puede cumplir. Él solo puede aumentar la riqueza general, asegurar la satisfacción de las necesidades generales, al hacer valer el capital que posee” (p. 55).

Si bien la propiedad absoluta concede las facultades de usar, gozar y disponer la cosa también otorgaba las facultades en su vertiente negativa, es decir, las de no usar, gozar, ni disponer de la cosa, por ello se contraponía a la idea de hacer efectivo el capital que posee y de esta manera coadyuvar en la satisfacción de necesidades generales, ejemplo de esto es el dueño que cultiva y produce la tierra, ya que no solo la

produce para él sino también para los demás en el momento en que decide llevar al mercado sus frutos.

La propiedad, bajo esta concepción, no es considerada como una noción “metafísica” de derecho subjetivo ni de derecho natural, sino más bien, la propiedad es una noción realista de “función social”, en tanto que no solo permite destinar el uso de un bien a un beneficio individual sino que además impone la obligación de destinar su uso hacia un beneficio colectivo, modificando de esta manera el fundamento jurídico sobre el cual descansa la protección social de este concepto.

Es así que la propiedad ya no es un derecho absoluto y sagrado que otorga las más amplias facultades a su titular, sino que ahora, bajo las nuevas concepciones de solidaridad social, el ordenamiento jurídico impone condiciones y lo obliga de tal manera que:

El propietario no sólo es titular de poderes, sino que también es sujeto pasivo de un haz de deberes que impone la función social. Dicho en otras palabras: el propietario tiene el deber y, por tanto, el poder de emplear la cosa que posee en la satisfacción de las necesidades individuales que le son propias, de emplear la cosa para el desarrollo de su actividad física, intelectual y moral, pero también tiene el deber y, por tanto, poder, de emplear la cosa que posee en la satisfacción de necesidades comunes o colectivas. (Cordero, 2008, pág. 511).

Bajo esta nueva concepción, Duguit sostiene la necesidad de una reforma integral del concepto de propiedad en los códigos civiles de raíz napoleónica, pues sería la única manera de librarse de conceptos de orden subjetivo y de derecho natural previo a las leyes civiles, empero esta teoría en sus inicios no fue apoyada totalmente.

Distinto sería el caso en la transición del Estado Liberal al denominado Estado Social de Derecho, sobre todo en el periodo de entreguerras y las nacientes constituciones con un gran contenido en cuanto a derechos sociales, pero que siempre se mantuvieron respetuosas del reconocimiento y vigencia de la propiedad privada, encargándose nuevamente de recoger los postulados de la teoría de Duguit para incorporarlos dentro de sus textos constitucionales con una serie de matizaciones al concepto inicial.

Es así que se entiende a la propiedad, no como una función social que reniega totalmente de la noción de derecho subjetivo, sino bajo la idea de que la propiedad

siendo un derecho subjetivo tiene una función social, es decir, una función en beneficio de la sociedad, logrando así una postura que por un lado reconoce su esencia como derecho subjetivo para el individuo titular del bien y por otro la existencia de una función social que obliga al dueño a aprovecharla en beneficio del conglomerado social, es así que este concepto de función social de la propiedad fue recogido por la Constitución de Weimar de 1919 en el inciso final del artículo 153 que determinaba lo siguiente:

Art. 153: La Constitución garantiza la propiedad, cuyo contenido y límites fijarán las leyes

(...) La propiedad obliga. Su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general. (Weimar, 1930)

De igual manera, nuestro país adoptó estas consideraciones en la carta suprema de 1929 de manera indirecta, porque no reconoce expresamente la figura de la función social, sino que se refiere a las necesidades y progresos sociales, figuras que podrían considerarse aún más amplias tal es así que en título XIII referente a las Garantías Fundamentales, en el artículo 15, numeral 14 estableció que:

Artículo 151.- La Constitución garantiza a los habitantes del Ecuador, principalmente, los siguientes derechos:

14. El derecho de propiedad, **con las restricciones que exijan las necesidades y el progreso sociales**. En tal sentido, corresponde a la Ley determinar las obligaciones, limitaciones y servidumbres en favor de los intereses generales del Estado, del desenvolvimiento económico nacional y del bienestar y salubridad públicos. (Asamblea Nacional del Ecuador, 1929)

Pero es el proyecto constituyente de 1938 la que incorpora de manera directa la idea de función social de la propiedad, en el artículo 17 referente a la Sección de Derechos y Garantías, al señalar expresamente que:

Artículo 17.- La propiedad es inviolable, **siempre que llene una función social**; la expropiación podrá imponerse por causa de utilidad pública, calificada conforme a ley y previa indemnización justa. (Asamblea Nacional, Constitución Política de la República del Ecuador, 1938)

De esta manera, podemos manifestar que estos avances se vieron incorporados en los ordenamientos jurídicos mundiales gracias a la influencia del constitucionalismo social, que tuvo sus inicios en las constituciones de Querétaro de 1917, de Weimar de 1919 y la Constitución de la Provincia de Mendoza en 1916, las cuales consagraron el denominado “Estado de Bienestar”.

Esencialmente en nuestro país, la Asamblea Nacional Constituyente de Montecristi incorpora dentro su texto el concepto de función social y además, como una consecuencia de la visión biocentrista y la influencia del constitucionalismo andino, la denominada función ambiental que debe cumplir la propiedad en las diversas formas de propiedad que han sido reconocidas por nuestro constituyente:

Art. 321.- El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental. (Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

Es necesario indicar que estos dos elementos responden a los denominados “conceptos jurídicos indeterminados”, es decir, que pese a los planteamientos doctrinarios elaborados por diversos autores, su contenido no se encuentra determinado ni desarrollado de manera clara y precisa en la norma, razón por la cual corren el riesgo de caer en la arbitrariedad al momento de su aplicación y en interpretaciones ambiguas, situación que acaeció durante varios años puesto que no existía norma alguna que los desarrollara y por lo tanto no existía certeza ni seguridad jurídica en cuanto al cumplimiento de estas funciones.

Razón por la cual para evitar estos inconvenientes jurídicos, el legislador ecuatoriano, de manera posterior, en el año 2016 por medio de la aprobación y promulgación de la Ley Orgánica de Tierras Rurales decidió darles el contenido necesario y la estructura general básica a estas figuras jurídicas, definiendo el significado de función social y ambiental.

Si bien esta disposición es aplicable exclusivamente a las tierras rurales según su objeto, no es menos cierto que constituye una guía o un faro que ha otorgado el legislador ecuatoriano para comprender de mejor manera estos conceptos y poder asimilarlos e incorporarlos, en la medida de lo posible, en los diversos tipos de propiedades que son reconocidos en nuestra legislación. Debido a la importancia de

estos conceptos, se realizará un análisis exclusivo en el último capítulo de este trabajo de investigación para obtener una mayor profundidad en sus contenidos.

Por lo que hemos mencionado con anterioridad, la idea de la existencia de una propiedad con un carácter absoluto actualmente resulta insostenible, ya que el ordenamiento jurídico reconoce la idea de la función social e incluso la ambiental, las mismas que podrían ser entendidas como un límite impuesto por la ley a las facultades que otorga el dominio, pues como se podrá entender esta idea no solo concurre como limitación, sino influye en la configuración y delimitación interna del concepto.

Dentro de las diversas limitaciones establecidas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para efectos de identificación y de clasificación, es necesario dividir las en dos grandes grupos, siguiendo el criterio del tratadista Agustín Gordillo.

Por un lado tenemos aquellas limitaciones de orden civil, que responden al interés particular y que generalmente se encuentran determinadas en el Código Civil, estas se refieren sobre todo a la vecindad de los predios o terrenos, es así que el artículo 747 del Código Civil contiene una enumeración general de estas restricciones:

Art. 747.- El dominio puede ser limitado:

1. Por haber de pasar a otra persona, en virtud de una condición;
2. Por el gravamen de un usufructo, uso o habitación, a que una persona tenga derecho en las cosas que pertenecen a otra;
3. Por la constitución del patrimonio familiar; y,
4. Por las servidumbres. (Congreso Nacional, 2019)

Es necesario hacer referencia a la restricción referente al abuso del derecho, que se encuentra establecido dentro del título preliminar de nuestro código civil y que últimamente su estudio ha sido profundizado desde la perspectiva de un límite impuesto al actuar de los ciudadanos y por ende de su derecho a la propiedad:

Art. ... (36.1).- Constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico. (Congreso Nacional, 2019)

Además de estas limitaciones civiles también tenemos aquellas restricciones impuestas en virtud del interés público, es decir, se tratan de aquellas relativas al orden administrativo y surgen a partir de ciertas necesidades especiales que deben ser debidamente justificadas por la administración pública, tienen que ser proporcionales a la necesidad que se busque satisfacer y en cuanto a la forma de imposición deben cumplir los requisitos esenciales de todo acto administrativo, por último estas limitaciones no pueden fragmentar o desmembrar el concepto de propiedad.

De igual manera, para la enumeración y clasificación de estas limitaciones, utilizaremos la clasificación realizada por Gordillo (1967), siendo las limitaciones administrativas las siguientes:

1. Meras restricciones.
2. Servidumbres administrativas.
3. Ocupación temporánea.
4. Expropiación. (pág. 370)

Por último, pero no por ello menos importante, en nuestro país, también constituyen limitaciones a la propiedad por medio de la expropiación, las señaladas expresamente en nuestra Constitución en su artículo 323, esto es, la ejecución de planes de desarrollo social, que pueden tener lugar en la construcción de viviendas de interés social, el manejo sustentable del ambiente y por último el bienestar colectivo, el cual supone un concepto muy amplio, de difícil delimitación y que si no es controlado y aplicado de manera correcta podría ser utilizado para falsear la ley y violentar la propiedad de los administrados.

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. (Constitución del Ecuador, 2008)

En lo que respecta al análisis del presente trabajo, este tiene como único objeto central el estudio de la figura de la expropiación, la cual ha sido considerada en líneas anteriores como un límite de orden administrativo, pero que en nuestro país está

consagrada en la Constitución de la República, es desarrollada en leyes orgánicas y causa efectos de orden civil, es por eso que en el siguiente apartado de este capítulo nos centraremos en un análisis completo de esta figura, siendo necesario mencionar que las demás limitaciones señaladas con anterioridad no serán analizadas.

1.3. La noción de expropiación.

Previo a comenzar el estudio de la figura jurídica de la expropiación, es necesario analizar la Teoría del Dominio Público de los Bienes, para identificar de esta manera cuáles han sido las posiciones y definiciones que se han elaborado respecto de esta teoría y determinar de esta manera un concepto claro de dominio público, el mismo que nos brindará la posibilidad de comprender de forma clara y precisa la noción de expropiación, su utilidad y vigencia en el mundo jurídico.

La administración pública para el ejercicio y cumplimiento de sus actividades tiene la necesidad de contar con una serie de vehículos o instrumentos que le permitan alcanzar los objetivos que se proponga y sobre todo para materializar, dentro de un plano objetivo, su actuación, en otros palabras, se ve en la obligación de contar con una serie de bienes y que han sido catalogados por los autores italianos, entre ellos Guido Zanobini, como los medios con los que cuenta la administración para alcanzar sus fines (Pérez E. , 2009, pág. 525)

Ante todo, es necesario aclarar que lo que se pretende es realizar un repaso concreto de la esencia y diferencia entre cada una de las posturas existentes de la teoría del dominio público y para ello nos remitiremos a utilizar la clasificación realizada por el autor Vergara Blanco, quien es citado por el autor ecuatoriano Diego Pazmiño (2013), determinando tres posturas a saber:

1. La doctrina clásica.
2. La doctrina patrimonialista, y;
3. La doctrina funcionalista.

En primer lugar, la doctrina clásica tiene lugar en la revolución francesa de 1789 y se ve plasmada en los códigos civiles de origen napoleónico, siendo conocida también como la doctrina francesa tradicional, la cual se encarga de propugnar la separación o división entre el Estado entendido como una organización política–administrativa y el Fisco, es decir, el Estado concebido como propietario de bienes y titular de derechos

patrimoniales, bajo el análisis de que el Código Civil Francés agrupaba los bienes en dos bloques distintos, por una parte los denominados bienes públicos regidos por los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad y por lo tanto fuera del comercio y por otro lado, aquellos bienes del estado susceptibles de propiedad privada, objetos a ser enajenables y prescriptibles, esta teoría fue recibida de manera positiva y fue desarrollada por medio de diversas obras y por la propia jurisprudencia francesa.

Esta corriente fue ampliamente superada por los autores administrativos, sin embargo, se pueden encontrar vestigios de esta doctrina en nuestro Código Civil, que tiene una clara influencia del código napoleónico, sobre todo en el último inciso del artículo 604, cuando la ley determina aquellos bienes que se entienden como fiscales.

Art. 604.- Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos.

Asimismo, los nevados perpetuos y las zonas de territorio situadas a más de 4.500 metros de altura sobre el nivel del mar.

Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes se llaman bienes del Estado o bienes fiscales. (Código Civil, 2019)

En segundo lugar y tratando de superar esta idea de dominio público propugnada por la doctrina clásica, surgió la teoría patrimonialista de los bienes públicos como consecuencia del amplio debate entre las ideas del jurista francés Maurice Hauriou y los postulados solidarios de León Duguit, los cuales buscaban encontrar la naturaleza del dominio público y determinar si efectivamente la administración pública tiene un derecho de propiedad sobre los bienes del dominio público, además determinan que el elemento fundamental para diferenciar a los bienes que pertenecen al dominio público del dominio privado se encuentra en la afectación del bien a un fin público y por lo tanto, el régimen jurídico que debe ser aplicado a estos bienes es uno de derecho público, razón por la cual se ha manifestado que:

“Hauriou sostiene que el dominio público es un derecho de propiedad pública atribuido a una administración. Derecho de propiedad que presenta unas

características particulares en atención a la finalidad pública a la que están afectos los bienes que forman parte del dominio público.” (Serna Vallejo, 2005, pág. 986)

Esta postura fue trasladada a los códigos españoles de la época y tuvo un amplio apoyo de parte de varios juristas españoles, entre ellos Manuel Ballbe, quien bajo el siguiente postulado sostiene de manera acertada que la: *“propiedad pública que se ejerce tal cual la propiedad privada, se caracteriza por encontrarse afectada a un destino o fin público”*. (Pazmiño, 2013, pág. 17), en definitiva, se encarga de recoger los postulados de la teoría patrimonial elaborada por Hauriou a inicios del siglo XX.

Esto resulta acertado, puesto que la mayoría de bienes del Estado, por no decir la totalidad, están destinados de manera directa o indirecta al beneficio de la colectividad y a su uso público. Con esta premisa, varios autores se han decantado por esta posición doctrinal, y han elaborado un concepto de dominio público, tal es el caso del jurista Agustín Gordillo (1967) que siguiendo esta doctrina determina que: *“el dominio público es un conjunto de bienes que de acuerdo al ordenamiento jurídico, pertenecen a una entidad estatal, hallándose destinados al uso público directo o indirecto de los habitantes”* (pág. 355)

Sin embargo, esta teoría fue criticada bajo la idea de que existe una inadecuación e imprecisión con el uso del concepto propiedad para definir la noción de dominio público, en consecuencia, resultaba necesaria la separación y superación del concepto de propiedad como elemento coadyuvante en la definición de dominio público y de todas sus características, para poder encontrar una definición adecuada de dicho concepto, es así que se empieza a desarrollar lo que hoy se conoce como la doctrina funcionalista, que define al dominio público ya no como un conjunto de bienes sino como el conglomerado de potestades públicas que tiene la administración para el cumplimiento de sus fines, de esta manera se la puede concebir como:

Un soporte jurídico de potestades; un título jurídico de intervención que lo que permite es que la administración titular esté en posición jurídica hábil para disciplinar los conductos de quienes utilicen las cosas calificadas como públicas, ordenándolas de acuerdo con las exigencias de los intereses generales. (Parejo & Rodríguez, 1967, pág. 7)

No obstante, es menester mencionar que a pesar de estas teorías mencionadas, en la actualidad, el Derecho Administrativo se inclina un poco más por estudiar los denominados “bienes del Estado”, porque existen una serie de bienes públicos que no pertenecen exactamente ni al dominio público ni al dominio privado del Estado, *“pero sobre los cuales ejerce una creciente potestad, como sobre los bienes del patrimonio cultural de la Nación”*. (Pérez E., 2009, pág. 526)

Para concluir es necesario mencionar que este repaso, en cuanto a la noción de dominio público, es un paso previo que resulta inevitable para iniciar con el estudio de la expropiación, debido a que, los bienes que son objeto del proceso expropiatorio pasan a formar parte del denominado dominio del Estado y supone un conocimiento ineludible para comprender a fondo esta figura jurídica y los efectos jurídicos que estos tienen sobre el dominio de los bienes.

1.3.1. Historia de la expropiación.

Existe gran debate en cuanto al origen de la expropiación, varios autores han señalado que en el derecho romano esta figura era desconocida y no existía ley o regulación alguna que la imponga o que determine sus características de acuerdo a como se la concibe en la actualidad, todo esto en virtud del concepto de propiedad que dominaba en esa época.

Sin embargo, existen autores que determinan que esta aseveración puede ser rebatible, sobre todo en los inicios de la República Romana, situación que no ha sido posible comprobar pero que puede verse desvirtuada por el autor ecuatoriano Renán Flores (2015) quien citando un fragmento de cartas las enviadas por el filósofo Cicerón a Ático deja entrever que la noción de expropiación pudo ser desconocido en esa época, al momento en el que el célebre escritor y político romano le muestra su queja por la gran erogación de dinero que tuvo que realizar al ejercer sus funciones como cónsul para la compra de una gran cantidad de viviendas sin las cuales no hubiera sido posible realizar la ampliación del foro romano. (pág. 22)

De igual manera, nos trae como otro dato desalentador, esta vez el relato que sostuvieron los censores Lépido y Fulvio quienes abogaron por la construcción de un acueducto en el año 181 A.C, el mismo que no logró erguirse por las serias oposiciones de los propietarios romanos. (pág. 23)

No obstante, este autor sostiene que la situación cambió en el periodo del Imperio Romano, en el cual, ya es posible hablar de una expropiación fundamentada en la utilidad pública, existiendo dudas únicamente en cuanto a la indemnización a la que tendría lugar el titular del bien, además, manifiesta que la necesidad de expropiar los bienes, era una facultad que correspondía únicamente al Senado en ejercicio de sus funciones y los encargados de ejecutarla eran los denominados censores y pretores.

Se trata pues de una figura jurídica que por lógica no puede ser comparada con la concepción actual de la expropiación, sin embargo, ya deja entrever una serie de elementos constitutivos de esta institución y que pueden considerarse como las bases sobre las cuales se asentará en el futuro la expropiación, siendo uno de los más interesante para la época el reconocimiento de una indemnización para el titular del bien.

En cuanto a la época de la edad media, no existió un gran desarrollo de esta figura a tal punto de no encontrar una mejor configuración o un mayor desarrollo de sus elementos, pudiendo ser la causa principal de esta situación, la estructura política y social de esa época, es decir, gracias al sistema feudal y por consiguiente la noción de propiedad imperante en la época que reconocía por un lado el dominio directo y el dominio útil de la misma, lo cual pudo haber desencadenado en la posibilidad de que el soberano haya conseguido, a su arbitrio, despojar o desapoderar al vasallo de su propiedad, inclusive sin ninguna compensación por dicho acto.

Distinta es la situación que acontece con la llegada de la Revolución Francesa y la promulgación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano por la Asamblea Nacional Constituyente en 1789, en la cual no sólo determinaba el carácter sagrado de la propiedad, sino que además estableció de manera precisa los requisitos y el concepto moderno de la expropiación, es así que el artículo 17 reza lo siguiente:

Art. 17: Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie podrá ser privado de él, **excepto cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exige de manera evidente, y a la condición de una indemnización previa y justa.** (Asamblea Nacional Constituyente, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789)

Si bien en esta declaración se habla inicialmente de “necesidad pública”, sin embargo, fue la noción de utilidad pública, en el futuro, la que supo imponerse en la determinación de los elementos esenciales de la expropiación, situación que será explicada con posterioridad.

De igual manera, fue Napoleón quien con la promulgación de la ley del 8 de marzo de 1810, estableció el origen del procedimiento administrativo y el procedimiento judicial para dar lugar a la expropiación, por lo tanto, desde ese momento Francia instauró un procedimiento expropiatorio con dos momentos a saber, siendo el primero de ellos: *“de carácter administrativo, que comprende la declaratoria de utilidad pública la misma que refleja y aterriza en la necesidad de la ocupación, y otra, judicial ante juez civil, constituida por la determinación del precio justo y la declaración de la transferencia de la propiedad”* (Parada, 2012, pág. 519).

En cuanto al ámbito de nuestra legislación histórica, ya la primera Constitución del Ecuador expedida en Riobamba en 1830, en su artículo 62 nos habla de un antecedente de la expropiación, pues de su contenido se desprende que para que el Estado adquiriera el dominio de un bien propiedad de un particular debe tener el consentimiento de este último, además el bien debe aplicarse al uso público y el administrado debe recibir una justa compensación a juicio de buen varón, es decir, esboza algunos elementos que pueden considerarse como propios de la expropiación, sin embargo, nos habla del consentimiento del titular para la aplicación de su propiedad al uso público, situación que en la estructura actual de este concepto no correspondería hacer mención pues se trata de una figura forzosa:

Artículo 62.- 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. Todos pueden ejercer libremente cualquier comercio o industria que no se oponga a las buenas costumbres. (Congreso Constituyente, 1830)

La constitución de 1835 determinaba de una manera más precisa este concepto, puesto que incorpora algunos requisitos indispensables de la expropiación, además de eliminar de su contenido el requisito del consentimiento del propietario del bien.

Bajo la estructura de este artículo, el único medio por el cual un propietario podía perder sus derechos sobre un bien era mediante una sentencia judicial, no obstante incorpora de manera acertada, como una salvedad a esta regla, la figura de la utilidad pública.

Del mismo modo, determina que la calificación de utilidad pública debe ser realizada mediante una ley, limitando las facultades de la administración pública y de esta manera evitar su arbitrariedad e incluía la posibilidad de llegar a un acuerdo directo con el dueño del bien expropiado sobre el monto a pagar por la expropiación o mediante el avalúo por terceras personas, siendo necesario en los dos casos, que el pago se realice de manera previa.

Art. 97.- Ningún ecuatoriano será privado de su propiedad, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad pública, calificada por una ley, exija su uso o enajenación, lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, o se evaluare a juicio de hombres buenos. (Convención Nacional del Ecuador, 1835)

Para terminar esta secuencia historia, es necesario referirnos a la Constitución de 1946, que en su artículo 183 inciso tercero, decide eliminar la calificación de utilidad pública mediante ley y otorga la facultad expropiatoria al Fisco, municipalidades e instituciones de derecho público del país.

Artículo 183.- Se garantiza el derecho de propiedad conciliándolo con su función social. Prohíbese la confiscación de bienes, la que, si de hecho llegare a producirse, no causará alteración alguna en el derecho de la parte perjudicada ni prescripción de ninguna clase, y originará, contra la autoridad que la ordenare y contra el Fisco, acción sumaria de daños y perjuicios.

Nadie puede ser privado de la propiedad, ni de la posesión de sus bienes, sino en virtud de mandato judicial o de expropiación, legalmente verificada, por causa de utilidad pública.

Sólo el Fisco, las Municipalidades y las demás Instituciones de Derecho Público podrán promover expropiaciones por causa de utilidad pública. (Constituyente, 1946)

1.3.2. Concepto de expropiación.

Varios son los conceptos que han sido elaborados por los autores en cuanto a la noción de la expropiación, sin embargo, por cuestiones de brevedad únicamente abordaremos aquellos que determinen de manera clara y precisa la naturaleza y los elementos integrantes de esta figura jurídica.

En lo que respecta a su naturaleza jurídica, es necesario mencionar que han sido tres las posturas que se han esgrimido para tratar de encasillarla ya sea en el ámbito civil o privado, en una posición ecléctica o mixta, y aquella que considera que se trata eminentemente de una figura que corresponde al derecho público.

En la actualidad, la corriente jurídica que sostenía que la naturaleza jurídica de la expropiación es de carácter privado ha quedado indudablemente rezagada en la historia, ya que sus postulados carecían de una base sólida que permita sostener toda esta corriente, la cual se limitaba únicamente a propugnar que en definitiva la expropiación no es sino una venta forzada y en la cual se ve reflejada el consentimiento tácito del titular del bien expropiado.

Posteriormente, se sostenía que esta figura tenía una naturaleza mixta o ecléctica, es decir, conciliaba aspectos sustanciales tanto de Derecho Privado como de Derecho Público, sobre todo cuando esta figura incorporó el acuerdo al cual podía llegar la administración y el administrado sobre el monto a pagar por concepto de expropiación y también en lo que respectaba la determinación del justo precio cuando dicho acuerdo no sea posible, siendo necesario acudir a instancias judiciales y que eran conocidos por un juez que ejercía su competencia en el ámbito civil como sucedía en el juicio de expropiación vigente en el Código de Procedimiento Civil, lo cual no terminaba de convencer a los juristas.

En lo que respecta a la corriente que ubica la naturaleza de la expropiación en el ámbito del Derecho público, ha sido la que más adherentes posee y sobran los argumentos para sostener sus aseveraciones, siendo el más importante de ellos el que sostiene que la expropiación se encuentra regida de principio a fin por leyes de Derecho Público, sobre todo por el Derecho Administrativo y que además la facultad expropiatoria consiste en una competencia otorgada por la Constitución de la República de manera taxativa a un grupo reducido de órganos u organismos estatales. (Dromi, 2004).

En el presente trabajo de titulación quiero dejar presente mi postura en cuanto a esta situación, siguiendo la estructura y el procedimiento que nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado con respecto a esta figura.

Considero que se trata de una institución de naturaleza pública debido a la forma en como la Constitución de la República del Ecuador la ha establecido y sobre todo en cuanto a que su competencia ha sido otorgada únicamente a las denominadas instituciones públicas.

De igual manera fundamento esta posición en el procedimiento que debe seguir el administrado cuando no exista un acuerdo o avenimiento entre los sujetos de la expropiación por pago de la indemnización lo cual se encuentra establecido en el artículo 58.2 de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública, cuando señala expresamente que será el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es el órgano jurisdiccional encargado de la determinación del precio a pagar, de esta manera, en nuestro ordenamiento jurídico quedaría rebatida el argumento esgrimido por la posición ecléctica.

Sin embargo, no desconocemos que esta figura necesariamente tenga efectos en el ámbito civil, como en el patrimonio del administrado que se ve disminuido por la expropiación o la posibilidad que la ley otorga de llegar a un acuerdo por el precio a pagar por la expropiación y que deja salvado la libertad de negociación y la voluntad del administrado, pero sostenemos que esto no implica, que por tales efectos, su naturaleza se vea modificada o afectada al ámbito privado o mixto.

Para continuar el estudio de esta figura, nos remitimos a aquellos conceptos a los cuales hemos podido tener acceso y que respaldan la naturaleza pública de la expropiación, de esta manera tenemos que al autor mexicano Jorge Fernández Ruiz, en su libro denominado Derecho Administrativo define a la expropiación bajo los siguientes postulados:

Por medio del procedimiento de derecho público de la expropiación forzosa, el Estado adquiere la propiedad de un bien, sin necesidad de la anuencia de su propietario [toda vez que es un acto de soberanía], mediante la indemnización correspondiente” (Fernández Ruiz, 2016, pág. 210)

Esta definición nos indica que se trata de un procedimiento de derecho público, refiriéndose más que nada a una figura propia del derecho procesal, sin embargo no

incorpora el elemento fundamental de que dicho procedimiento tiene como causa o finalidad la utilidad pública.

De igual manera, el autor Agustín Gordillo, en su libro Derecho Administrativo de la Economía sostiene que: “*La expropiación implica la pérdida de un derecho de propiedad sobre una cosa o un bien y su transformación en un derecho personal a la indemnización*” (pág. 383), de manera similar, esta definición es muy reducida en cuanto a su contenido y deja entrever que el autor no ha pretendido esbozar una definición de expropiación sino más bien se encarga de mencionar la consecuencia que el administrado sufre en virtud del proceso expropiatorio y su respectiva contraprestación económica por el perjuicio causado a su patrimonio.

Sin embargo, podemos encontrar una definición más completa en cuanto a sus elementos fundamentales, en la explicación que es otorgada por el autor argentino Roberto Dromi en su libro de Derecho Administrativo, estableciendo que la expropiación:

Es el instituto de Derecho público mediante el cual el Estado, para el cumplimiento de un fin de utilidad pública, priva coactivamente de la propiedad de un bien a su titular, siguiendo un determinado procedimiento y pagando una indemnización previa, en dinero, íntegramente y única (Dromi, 2004, pág. 951)

De esta definición podemos extraer los elementos que componen la figura de la expropiación que han sido aceptados por varios autores por constituir elementos esenciales de la misma y que además permiten distinguirla de otras figuras administrativas como la nacionalización, las servidumbres administrativas o la ocupación temporal, siendo necesario recalcar que la trata como una institución, la cual tiene sus propias reglas especiales.

Para efectos de análisis de los elementos integrantes de la noción de expropiación, seguiremos la clasificación adoptada por tratadista Roberto Dromi, la misma que es similar a la adoptada por Agustín Gordillo y que responden a los siguientes componentes a saber:

- **Elemento final: utilidad pública.**

Desde nuestro criterio, la utilidad pública se trata de un concepto jurídico indeterminado que opera en nuestra legislación, por lo tanto, es necesario remitirnos a otras fuentes, como la doctrina para encontrar su esencia y

significado, sin embargo, de la investigación realizada en el presente trabajo hemos podido recopilar la siguiente definición de utilidad pública y que puede definir de alguna manera y en términos generales lo que significa este elemento, señalando que esta acepción ha sido emitida por el Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, institución que al elaborar el Manual de Proceso de Expropiación de Bienes Inmuebles señala lo siguiente:

Utilidad pública.- 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. (Servicio, 2014, pág. 4)

De manera general, hemos aportado una pequeña definición de que es lo que la administración pública ha entendido por utilidad pública, lo cual de alguna manera nos ofrece una guía para entender este concepto jurídico indeterminado que será estudiado a profundidad en líneas posteriores.

- **Elemento objetivo: bien expropiable.**

El objeto de la expropiación abarca diversos elementos dependiendo de las legislaciones de cada país, tal es el caso español, en el cual según lo establecido en el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa determina como objeto de expropiación a “*cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos*” (Jefatura del Estado, 1954), abarcando de una manera abstracta el objeto de esta figura.

En nuestra legislación, la Constitución de la República en su artículo 323 determina de manera general que la expropiación recae sobre “bienes”, y bajo este concepto se podrían incluir dentro de esta figura todos aquellos bienes y sus respectivas clasificaciones, sean estos muebles o inmuebles, específicos o genéricos, consumibles o fungibles, presentes y futuros, singulares y universales, etc.

Por el contrario, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública, que es aquella que desarrolla en mayor medida esta figura, dentro de su capítulo V, sección III, referente a la adquisición de bienes inmuebles, determina únicamente la posibilidad de adquirir un determinado bien inmueble por medio del procedimiento expropiatorio.

En consecuencia, y hablando en términos generales, el objeto de la

expropiación en nuestra legislación también se reduce a la propiedad de los bienes, de tal manera que haciendo nuestras las palabras de Efraín Pérez, quien citando a García de Enterría señala que:

Hoy se consideran expropiables toda clase de bienes y derechos, con excepción de aquellos de índole personal. Así, no son expropiables los derechos fundamentales – aparte de la propiedad- contemplados en la Constitución y en general los derechos personales considerados como intransferibles (Pérez E., 2009, pág. 615)

De esta manera y siguiendo la corriente actual son expropiables los bienes muebles, inmuebles, universalidades jurídicas, los bienes de dominio público del Estado, es decir, derechos patrimoniales de contenido económico, quedando a salvo los denominados derechos personalísimos.

- **Elemento subjetivo: expropiante, expropiado y beneficiario.**

Este elemento supone tres sujetos, el primero de ellos el sujeto activo o expropiante, siendo aquel el que da inicio al proceso de expropiación con la declaratoria de utilidad pública, se encarga además del impulso del proceso administrativo y consecuentemente del pago previo de la indemnización. En el caso de nuestro país pueden considerarse como sujetos activos a las “Instituciones del Estado” de conformidad con el artículo 323 de la Constitución de la República.

Para tener un acercamiento respecto de cuáles son las instituciones del Estado podemos remitirnos al artículo 225 de la Constitución de la República que señala lo siguiente:

Art. 225.- El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.

2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.

3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos. (Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

En lo que se refiere al sujeto pasivo, es decir, el expropiado, no es sino en definitiva el dueño o titular del bien objeto de la expropiación, siendo este de cualquier clase, es decir, siendo una persona pública o privada e incluso de carácter estatal, situación permitida de conformidad con el art. 58.8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

Art. 58.8.- Adquisición de bienes públicos. 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. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2018)

Sin embargo, es necesario manifestar que en nuestra legislación, en el caso de las personas jurídicas de derecho privado sujetas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en los proyectos de asociación público-privada, que pretendan la expropiación de un bien, deberán solicitar la declaratoria de utilidad pública a la autoridad pública correspondiente y bajo el procedimiento señalado en la ley, así lo determina el inciso segundo, del artículo 62 del reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

Art. 62.- Declaratoria de utilidad pública.-

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

pertenezcan. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2018)

De esta disposición podemos evidenciar de mejor manera la existencia de un tercer sujeto dentro de la expropiación y que puede ser denominado como beneficiario, siendo a quien se destina el bien objeto de la expropiación y que en la mayoría de ocasiones se trata del conglomerado social y a además podría coincidir con el sujeto expropiante.

- **Elemento material: indemnización.**

Dentro de este capítulo realizaremos una reseña general en lo que respecta al elemento de indemnización previa y justa, debido a que, corresponde a los siguientes capítulos de este trabajo el análisis a fondo de este elemento sustancial que permite distinguir a la figura de la expropiación de la denominada confiscación, la cual se encuentra proscrita y prohibida por nuestro ordenamiento jurídico.

El fundamento de este elemento radica en la necesidad de precautelar el patrimonio del titular del bien expropiado, es decir, que este no se vea disminuido, tratándose de manera general o a primera vista de una compensación económica en favor del administrado que tiene que soportar esta actividad expropiatoria.

Nuestra Constitución en su artículo 323 estructura este concepto de una manera adecuada, ya que si realizamos un análisis minucioso, el artículo mencionado con anterioridad habla textualmente de una: *“previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley”*,” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008), lo cual resulta correcto, debido a que, en primer lugar no se le puede considerar como un precio que la administración tiene que erogar, sino más bien, a primera vista, se trataría de una forma de resarcir el daño causado.

De igual manera, resulta un acierto el referirse a la necesidad de que dicha indemnización deba ser justa ya que *“la expropiación no debe empobrecer ni enriquecer al expropiado, sino dejarlo en igual situación económica. La indemnización, para ser justa debe ser objetiva, actual e integral”* (Dromi, 2004, pág. 959). No obstante, esta calidad de justo genera una serie de inconvenientes, puesto que nuestra legislación adopta un sistema que al parecer

no tiene por objeto fijar de manera justa el valor del bien expropiado, ya que la entidad expropiante, de conformidad con el art. 447 del COOTAD debe, al momento de emitir la declaratoria de utilidad pública, haber elaborado el informe que contenga la valoración de bien.

Art. 447.- Declaratoria de utilidad pública

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.

Para la determinación del justo precio, el procedimiento y demás aspectos relativos a la expropiación se aplicará lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Además, este artículo dispone que para la determinación del justo precio, se deba estar acorde a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública, que en definitiva toma como precio justo al establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros, cuando se conoce que estos valores no reflejan el valor venal de los bienes expropiados y se encuentran por debajo de los valores verdaderos que se fijan en el mercado, lo cual en definitiva supone una afectación al patrimonio del administrado.

Y por último, esta indemnización debe ser previa, puesto que se trata de un requisito indispensable para que se produzca la transferencia de dominio y además supone una garantía para el administrado frente a las actuaciones arbitrarias que podría tomar la Administración Pública en caso de que dicho requisito no existiera, puesto que no podría quedar al arbitrio de la administración abonar el valor de manera posterior a la ocupación del bien.

- **Elemento formal: procedimiento y plazo.**

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública contempla dos procedimientos expropiatorios a saber:

- a. El procedimiento administrativo y;

b. El procedimiento judicial o contencioso.

Respecto del proceso administrativo, este inicia con el acto administrativo que declara la utilidad pública del bien objeto de expropiación y la notificación del mismo al administrado, para posteriormente intentar encontrar un acuerdo directo entre las partes intervinientes en un plazo máximo de 30 días en lo que respecta al monto del bien inmueble expropiado, el cual se fijará en virtud del avalúo catastral, es decir, aquel valor que conste registrado en el catastro municipal de bienes inmuebles y sobre el cual se pagó el impuesto predial del año anterior a la declaratoria de utilidad pública, pudiendo llegar hasta un máximo del 10% de este mencionado valor.

La conclusión de este proceso tendrá lugar con el pago previo del monto acordado, la transferencia de dominio y la celebración de la correspondiente escritura pública, siempre y cuando ambas partes hayan llegado a un acuerdo sobre el precio.

Es importante resaltar que este proceso se rige eminentemente por el Derecho Administrativo, aunque tenga efectos en el campo del ámbito civil, como en el caso específico de la negociación y en el patrimonio del administrado que sufrirá modificaciones.

Por el contrario, cuando no sea posible llegar a un acuerdo entre las dos sujetos de la expropiación, la ley ha establecido el procedimiento judicial contencioso administrativo para lo cual, la entidad expropiante una vez emitido el acto administrativo de expropiación, la individualizando el bien y al no haber existido un acuerdo con el expropiado, iniciara el proceso contencioso administrativo, cumpliendo con los requisitos del art. 143, numeral 6 del Código Orgánico General de Proceso y procederá a consignar únicamente el precio fijado en el avalúo de catastro municipal, sin considerar el 10% mencionado con anterioridad, configurándose plenamente una expropiación forzosa.

Esto habilita a su vez para que el administrado, que ha visto afectado su patrimonio, pueda impugnar ante el Tribunal Contencioso Administrativo, únicamente lo referente al justo precio que ha sido tasado en razón del bien

expropiado, así lo determina el primer inciso del artículo 58.2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

Art. 58.2.- Falta de acuerdo. Expirado el plazo sin que sea posible un acuerdo directo la entidad expropiante emitirá el acto administrativo de expropiación tomando como precio el establecido en el artículo anterior sin tomar en cuenta el diez por ciento (10%). El propietario podrá impugnar dicho acto ante las y los jueces de lo contencioso administrativo, **exclusivamente en cuanto al justo precio**, de conformidad con el trámite para el juicio de expropiación establecido en el Código Orgánico General de Procesos. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2018)

Este procedimiento debe seguir en la vida sumaria de conformidad a lo establecido en el numeral 9 del artículo 332 del Código Orgánico General de Procesos:

Art. 332.- Procedencia.- Se tramitarán por el procedimiento sumario:

9. Las controversias generadas por falta de acuerdo en el precio a pagar por expropiación. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2015)

De esta manera podemos observar que nuestro ordenamiento jurídico recoge en su estructura las dos vías por las cuales se puede tramitar y concretar el procedimiento expropiatorio.

1.3.3. La utilidad pública.

Nuestra Constitución en su artículo 323 habla de las nociones de “utilidad pública o interés social y nacional” como fundamento necesario para la expropiación y constituyen a su vez el fin primordial del procedimiento expropiatorio, sin embargo, se tratan de dos figuras que deben ser estudiadas por separado.

En primer lugar, nos referiremos al interés social, que no es sino en definitiva un concepto reciente dentro de las constituciones y legislaciones del mundo, el cual surge gracias a la vigencia del modelo del Estado Social, como un mecanismo dirigido a evitar los desequilibrios sociales y sobre todo como una función correctora de la sociedad (Castillo, 2017).

Bajo este concepto pueden tener lugar las expropiaciones de bienes con la finalidad de elaborar planes sociales de vivienda social como una medida de apoyo para aquellas personas de ingresos bajos puedan acceder al derecho de vivienda, la conservación del medio ambiente o las denominadas reformas agrarias que han tenido lugar en nuestro país, sobre todo, en la segunda mitad del siglo XX y que han constituido un hito histórico.

Es en este sentido, en el que consideramos que nuestra Constitución lo ha recogido, puesto que los gobiernos de turno y en menor medida los gobiernos seccionales, han sabido llevar adelante en mayor medida la elaboración de proyectos de vivienda social, efectivizando por lo tanto esta finalidad.

Por otro lado, la utilidad pública es identificada por la mayoría de la doctrina como el elemento final de la expropiación, teleológicamente hablando, ya que esta necesita de una “*causa expropriandi*”, es decir, “*el motivo o fin específico previsto legalmente por el que se expropia en cada caso concreto y como tal se constituye en el requisito esencial legitimador de la expropiación*” (Castillo, 2017, pág. 270)

Para Efraín Pérez (2009), la utilidad pública se encuentra íntimamente ligada con tres conceptos del Derecho Administrativo, los cuales se refieren a la obra pública, dominio público y el servicio público y la prestación de los mismos, es decir, por medio de la utilidad pública se daría paso a la expropiación de bienes con la finalidad de incorporarlos al dominio público, para utilizarlos en la construcción de obra pública o destinarlos a la prestación de un servicio público. (pág. 611)

La declaratoria de utilidad pública o de interés social y nacional en nuestra legislación tiene que expedirse y materializarse por medio de un acto administrativo, cumpliendo con todos los requisitos establecidos por la ley para este efecto, entre ellos la competencia, la misma que radica en la máxima autoridad de la institución pública que haya decidido iniciar con el proceso de expropiación, de igual manera es lo que señala el artículo 447 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización:

Art. 447.- Declaratoria de utilidad pública.- 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.

Para el caso de empresas públicas el presidente del directorio en su calidad de máxima autoridad del Gobierno Autónomo Descentralizado podrá declarar de utilidad pública o de interés social, con fines de expropiación mediante acto motivado y siguiendo el procedimiento legal respectivo, con la finalidad de que la empresa pública pueda desarrollar actividades propias de su objeto de creación.

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. Para la determinación del justo precio, el procedimiento y demás aspectos relativos a la expropiación se aplicará lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2010)

Como podemos observar, la declaratoria de utilidad pública constituye el primer acto trascendental que la administración pública debe cumplir para iniciar con el proceso expropiatorio, puesto que, solo puede ser emitido por la autoridad competente, es decir, la máxima autoridad administrativa del Gobierno Autónomo Descentralizado correspondiente, de igual manera debe indicar la individualización del bien que ha de ser expropiado, la finalidad que ha de perseguirse con este acto, y además para que cause efectos deberá ser notificado al propietario a través de los medios y tiempos establecidos en la ley para precautelar su derecho de oponerse e impugnarlo en sede administrativa.

Del mismo modo, para garantizar que los bienes que son objetos de expropiación sean destinados efectivamente a las diversas actividades que comprenden los objetivos de utilidad pública o interés social, se debe obtener de manera previa la valoración del

bien, la certificación de disponibilidad presupuestaria y la disponibilidad de los recursos suficientes para ejecutarlas.

En definitiva, lo que este artículo busca es determinar los requisitos legales previos que la administración pública debe considerar y cumplir, para que el acto administrativo de declaratoria de utilidad pública pueda cumplir los efectos legales deseados y evitar nulidades posteriores.

CAPÍTULO 2

2. EL JUSTO PRECIO.

2.1. Antecedentes.

La noción de justo precio deviene en un concepto de difícil definición para la ciencia del Derecho, es por eso que, resulta apremiante estudiar sus orígenes y antecedentes para comprenderlo de mejor manera, ya que se trata de un requisito esencial de la expropiación, el cual permite diferenciarla de otras figuras como la confiscación o la nacionalización.

Es indispensable resaltar que no se trata de un concepto eminentemente legal o exclusivo de esta materia, sino que por el contrario, tiene su origen en las ciencias económicas y es en este campo de estudio en el cual tienen lugar el inicio de las numerosas discusiones elaboradas sobre este concepto.

Posteriormente, fue trasladado a la esfera del Derecho, ubicándolo en sus inicios dentro del campo privado para finalmente también ser incorporado y utilizado en el ámbito de las relaciones entre la Administración Pública y los administrados, específicamente en la expropiación.

Antes de comenzar con el estudio de este elemento, es necesario definir el concepto de precio que según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (2020) se entiende como aquel “valor pecuniario en que se estima algo”, de igual manera, Guillermo Cabanellas de Torres (2014), en su Diccionario Jurídico Elemental, lo define como el “valor de una cosa en dinero”. (pág. 300)

Los inicios de esta figura pueden remontarse al momento en que la sociedad abandonó el sistema de intercambio de bienes conocido como trueque, dando lugar al nacimiento de la compra y venta de bienes o servicios, esto gracias al surgimiento de las primeras monedas que sirvieron como una unidad de cambio y de cuenta y que además fueron acuñadas por los gobernantes de la época.

De esta manera, el comercio y el intercambio de bienes sufren una profunda transformación, puesto que las cosas pasan a tener un valor económico, apreciable en monedas o dinero, el mismo que pasa a ser conocido como precio.

Sin embargo, con este nuevo paradigma se produjo la encrucijada de establecer el mecanismo correcto para la fijación del precio de los bienes y sobre todo identificar cuando este podría considerarse como justo para las partes intervinientes en las transacciones.

En Grecia fue Aristóteles el que se encargó de analizar en primer un momento los aspectos económicos acerca del valor de los bienes, la forma de determinación de los precios y el atributo de justicia en el sistema de precios, llegando a determinar que cuando no se configuraba un precio justo, una de las partes intervinientes en la transacción se aprovecha de un excedente y por el contrario, la otra, debe asumir la pérdida que este desequilibrio trae consigo, provocando de esta manera un acto injusto o vil que debería ser remediado al existir una lesión pecuniaria, por consiguiente, se puede determinar que el pensamiento aristotélico se fundamenta en dos ideas centrales, por un lado la idea de equivalencia y por otro la de justicia:

La concepción aristotélica del justo precio apela a una equivalencia puesta en el objeto, en su valor equivalente (mensurable) y no en la subjetividad del comprador, es decir, apela a una equivalencia práctica (objetiva) del cambio, de acuerdo a un principio abstracto, la justicia. (González, 2016, pág. 62)

Como se puede dilucidar, el estagirita se desprende de toda concepción subjetiva que pueda tener el comprador para la fijación de un precio y más bien busca en el concepto abstracto de justicia, a la cual considera como un hábito de las personas para realizar el bien común, la posibilidad de que esta pueda intervenir en las relaciones comerciales y corregir las inequidades que en el desarrollo del comercio puedan tener lugar.

Sin embargo, no desarrolló una teoría en sentido estricto del justo precio, sino que sus postulados sirvieron como fundamento para las teorías desarrolladas en la edad media y sobre todo bajo la influencia de la escolástica cristiana.

Consecutivamente, los romanos, con la aplicación de estos postulados en la creación de normas, fueron los primeros en incorporar dentro de sus legislaciones este concepto económico, creando así, figuras jurídicas en el ámbito del derecho civil que permitían corregir la el desequilibrio en las transacciones que afecten los intereses económicos de las personas, las mismas que incluso se mantienen vigentes hasta nuestros días, tal es el caso de la acción rescisoria por lesión enorme que incorpora

como elemento sustancial el denominado justo precio, esta figura aparece en el título 44, del libro IV, del Código de Justiniano, formando parte del Corpus Iuris Civilis y se la conoce bajo el nombre de “Rescindenda Venditione” o sobre la rescisión de la venta.

Es necesario recordar, que existe duda en cuanto a la aplicación de la figura de la expropiación y por ende del justo precio, respecto de las diversas etapas políticas por las cuales atravesó de Roma, las mismas que ya han sido analizadas en el capítulo anterior.

Sin embargo, en el Imperio Romano estas dudas son disipadas, debido a las evidencias que existen sobre la figura de la expropiación y el pago que debe realizarse, pero este, tenía lugar en contadas excepciones:

La indemnización del precio de la cosa expropiada solamente se abonaba a título de excepciones y siempre *Honoris causa*, es decir, sin que se diera nacimiento a una pretensión exigible por ruego del expropiado, sino, por el contrario, basada en una causa de mera liberalidad por parte de la Administración.

No se plantea, sin embargo, problema alguno de técnica general en el Derecho romano, por cuanto la expropiación forzosa era solamente una técnica de tipo excepcional, no regulada con caracteres generales ni aplicada en la realidad como tal. (Villar, 1964, pág. 161)

Esta situación se mantendría con el transitar de los siglos e inclusive se iría acentuando en la edad media, sobre todo en los Estados feudales, en las cuales el rey bajo la idea del “*dominus eminens*”, podía despojar los bienes de los vasallos inclusive sin ninguna remuneración.

En el caso francés, los príncipes encontraron una firmeza respecto de la nobleza, quienes intentaron limitar el *dominus eminens* que estos mantenían, por medio de la resistencia y defensa de sus derechos, lo cual no pudo prosperar, al límite de respetar únicamente la propiedad privada, pero más importante resultó la imposición del pago de una indemnización en caso de que sea violentada, todo esto bajo los postulados del Derecho Natural como una garantía previa al derecho positivo, tratándose, por lo tanto, de un derecho adquirido o conocido también como un “*ius quaestium*”.

En consecuencia, la figura de la expropiación se ve en la imperiosa necesidad de incorporar dentro de su estructura básica la figura y el reconocimiento del pago de una indemnización, es así, que podemos resumir lo acontecido en el siguiente enunciado:

La coexistencia entre jus quaestium y jus eminens es imposible simultáneamente y con los mismos caracteres de normalidad en el terreno del derecho natural; por ello, en cuanto el quaestium se convierte en el derecho natural, la expropiación retrocede a la débil posición de un derecho excepcional, de un estado de necesidad. Como lógicamente el ofendido en sus derechos naturales, por expropiación, adquiere un derecho de indemnización por derecho natural, la palabra «indemnización por expropiación resulta un síntoma de victoria del derecho natural primario a favor de la propiedad libre (Villar, 1964, pág. 170)

Posteriormente, la influencia de la escolástica, repercutió sobre la idea del justo precio que debe existir en la expropiación, es decir, fueron más allá del simple pago de una indemnización, de esta manera varios autores recurren al pensamiento moral de la iglesia y conjuntamente con los postulados aristotélicos para tratar de encontrar el método adecuado para la determinación del este valor.

Por un lado, Santo Tomas de Aquino, buscó sin obtener éxito, un método que le permita lograr esta finalidad acudiendo a las influencias antes mencionadas, sin embargo, para él, el justo precio debe determinarse por medio de una serie de elementos, es así, que se aparta de la idea de utilizar únicamente criterios unitarios o alejados de la noción de justicia, de tal manera que: *el justo precio era aquél determinado por la estimación común de la sociedad en torno a la utilidad reportada por los bienes, derivada de la subjetividad del consumidor y no de las propiedades intrínsecas de las mercancías adquiridas*” (González, 2016, pág. 66)

Es decir, el precio para adquirir la calidad de justo, debía ser acorde a la consideración social de las cosas, inobservando de esta manera, los elementos intervinientes en la creación o adecuación de los mismos, llegando a constituir una corriente de pensamiento subjetivista íntimamente ligada al concepto de justicia, en el cual ninguna de las dos partes debe percibir un incremento en aras de un detrimento injusto o viceversa en su patrimonio.

Por el contrario, los comentaristas del Derecho Romano, es decir, los glosadores y postglosadores, una vez adentrado el medioevo, tomaron partida en el estudio objetivo de la determinación del justo precio iniciado por Aristóteles, llegando a establecer que se trata de un precio inherente a las cosas, es decir, toma distancia de aquellas consideraciones subjetivas, que buscaban proteger, en alguna medida, a las personas de los abusos o engaños producidos por el desequilibrio económico.

Producto de esta situación, la noción de justicia fue apartándose como elemento coadyuvante junto a la estima social para la determinación del justo precio, de tal manera, que la doctrina subjetiva se vio modificada y bajo los nuevos planteamientos de Luis de Molina en el siglo XVI, se introdujo el concepto de utilidad de las cosas, es decir, el grado de servicio para el hombre, empleándose de tal forma, para la fijación de su valor cambiario, es así que surge una teoría subjetiva moderna.

Lastimosamente, con el desarrollo inconmensurable del comercio, sumado al nacimiento y el progreso de la concepción liberal de la economía, el concepto de justo precio sufre una gran embestida en cuanto a sus concepciones elaboradas hasta la época, por el nuevo concepto de libertad económica y la ley de la oferta y la demanda, bajo el cual deduce la idea de que las transacciones implican consentimiento mutuo, voluntariedad y sobre todo libertad en el establecimiento de un precio, por lo tanto, cuando concurren estos elementos el precio es justo en todos sus aspectos.

Consecuentemente, estas teorías fueron incorporando otros elementos para poder determinar en mejor medida el justo precio de los bienes, es así como se añadió el elemento de trabajo o fabricación, la disponibilidad de un bien en el mercado y escasez del producto, que evidentemente no podían dejarse de lado, sin embargo, buscando tratar de superar los interminables debates económicos y filosóficos González (2016) manifiesta que:

Entre ambas posturas ha de existir cierta concordancia en cuanto a la definición de lo que significa un precio justo, no así concordancia en relación a sus elementos constitutivos. En consenso, el precio justo es aquello que expresa fielmente el valor de cambio de un bien económico, sin defecto ni exceso, es decir, el precio de mercado que se paga por un bien es igual a su precio natural, esto es, a su valor de cambio. (pág. 77)

Por otro lado, en el campo del Derecho, la figura del justo precio, se mantuvo vigente, y se fue desarrollando poco a poco a través de los códigos y legislaciones expedidas, en lo que respecta al procedimiento y la forma de determinación del justo precio, es así que desde la vigencia de las Siete Partidas, redactadas por el Rey Alfonso X, en Castilla, se determinaba su vigencia, con la salvedad de que no podía aplicarse en todo tipo de expropiación.

Mientras que en años posteriores, los comentaristas de las Partidas, también avanzaron en la construcción del proceso de determinación del justo precio, el cual sería aceptado por la mayoría de las legislaciones en Europa, estableciendo como una idea central la necesidad de que esta determinación no debía quedar en manos del Príncipe.

Sin embargo, fue gracias a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, expedida como consecuencia de la Revolución Francesa, donde se reconstruye el concepto de propiedad y la idea del justo precio como requisito esencial y previo de la expropiación.

Finalmente, con el avance de la jurisprudencia y de las legislaciones francesas y españolas en materia expropiatoria del siglo XIX y XX, se pudieron establecer que la facultad de determinación debe ser entregada a la función judicial e incluso bajo la tramitación dentro de un proceso administrativo, como una doble garantía.

En el caso de nuestra legislación histórica, ha mantenido desde sus inicios un reconocimiento si bien no de manera expresa del justo precio, si lo ha hecho en lo que respecta de la garantía del pago de una compensación económica pero esta situación ha variado a lo largo de las diversas constituciones aunque con una serie de matizaciones en cada una de ellas, pasando desde el pago de compensaciones que deban ser realizadas a juicio de buen varón como lo dispone el artículo 62 de la Constitución de 1830.

Las siguientes constituciones consideraron como precio adecuado aquel que sea pactado con el administrado en caso de que exista un acuerdo y en las demás situaciones siguieron utilizando la noción de “juicio de buen varón” para la determinación del precio que debe pagarse, y en ningún caso consideraron la noción de justicia en el precio.

Esto continuó hasta la discutida Constitución de 1938, la cual en el inciso quinto, del artículo 140 incorpora por primera vez el concepto de “justo precio” como elemento indispensable para la expropiación y una garantía para que el administrado no vea afectado injustamente su patrimonio.

Art. 140:

(..) La privación de todo o parte de los bienes no podrá verificarse sino en virtud de fallo judicial definitivo, o de expropiación, con la indemnización del justo

precio que corresponda den los términos y con los trámites que establezca la ley (Asamblea Nacional, 1938)

Desde ese entonces y con algunas excepciones, las siguientes constituciones mantuvieron si bien no la denominación de justo precio, si lo hicieron en cuanto a su esencia al considerar la noción de justa valoración dentro de sus textos, tal y como sucede en la constitución de 1998, concepto que se ha mantenido hasta la actualidad en la constituyente de 2008.

2.2. Naturaleza jurídica.

Corresponde ahora determinar la naturaleza jurídica del justo precio que ha de ser cancelado por la administración, el mismo que ha sido discutido desde las más varias perspectivas que han surgido y que fueron impulsadas por diversos autores dentro de la doctrina.

En lo que respecta a los defensores de la teoría ecléctica de la expropiación, es decir aquella que consideraba que esta figura se encuentra regida por el Derecho Administrativo en lo que atañe del proceso de declaratoria de utilidad pública y que el Derecho Civil se encargaba de regular el pago de la indemnización, sostenían que la figura del justo precio implica un crédito o deuda a favor del administrado, lo cual en estos días resulta insostenible, debido al abandono doctrinario de esta teoría, lo que en consecuencia también implicó el abandono de esta concepción de justo precio.

Con este postulado, de entrada la noción de crédito o deuda, razón de la expropiación, queda descartada puesto que nuestra carta magna exige una previa valoración, indemnización y pago, es decir, el pago no puede realizarse de manera posterior por parte de la administración, esto como una garantía básica de respeto a los derechos de propiedad adquiridos por el administrado.

De igual manera, esta teoría quedaría descartada de plano sobre todo porque nuestra legislación entiende a la expropiación como una figura perteneciente al Derecho Público y especialmente al Derecho Administrativo.

Requiere de una especial mención en este punto la denominada ocupación inmediata, a través de la cual, en ciertas ocasiones las entidades expropiantes han tratado de enmarcar su actuación para obviar de esta manera el pago previo de la indemnización y así alterar su esencia, logrando que el pago del justo precio sea

erogado una vez que la entidad expropiante haya culminado el proceso asimilando este pago posterior a un crédito.

De esta forma dicha figura, en otras legislaciones como en el caso español a finales del siglo XX, se utilizaba para eludir los requisitos que exigía la expropiación, puesto que generalmente las entidades no contaba con la disponibilidad presupuestaria de recursos, con los estudios técnicos para la ejecución o construcción de una obra, e incluso simulaban la causa expropiandi o la utilidad pública, es por eso que se volvió imperiosa la necesidad de una corrección por medio de la ley.

En nuestra legislación esta figura se encuentra regulada en el artículo 58.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y ha logrado corregir en cierta medida las distorsiones señaladas en el párrafo anterior, debido a que, tal y como se encuentra estructurada permite operar con una total lógica en los casos en los cuales los intereses de la Administración Pública se vean comprometidos, respetando siempre el marco legal y los derechos del administrado, como es el ejemplo de aquella Municipalidad que necesita cumplir con sus obligaciones contractuales en la construcción de obra pública, decide expropiar determinados terrenos y dispone la ocupación inmediata de los mismos.

Esta norma sin embargo no logra superar los problemas que acontecían con el Código de Procedimiento Civil, el cual por su carácter anterior a la Constitución de 2008 podía ser entendido, al no estar su contenido acorde a lo dispuesto por la nueva carta magna y no cumplir con los requisitos de pago previo y justa valoración, debido a que, en el artículo 797 regulaba la expropiación urgente, que tenía como consecuencia la ocupación inmediata del inmueble, la misma que debía ser decretada por el juez competente en su primera providencia, siempre y cuando se acompañe en la demanda el precio que para la administración sea el adecuado a pagarse.

Estos valores, no pueden ser considerados justos pues su determinación queda a plena discrecionalidad de la entidad expropiante, ni tampoco se configuraba un pago previo, puesto que, los valores quedaban depositados en las cuentas del respectivo juzgado y no son entregados directamente a las arcas del administrado.

Actualmente para que proceda la ocupación inmediata la entidad expropiante, se mantiene la obligación realizar el pago de manera previa o consignar el valor del bien en caso de que no sea posible llegar a un acuerdo directo con el administrado, dejando

salvada la posibilidad de impugnar el valor señalado como justo precio en sede administrativa.

Art. 58.1.- Negociación y precio. Perfeccionada la declaratoria de utilidad pública y de interés social, se buscará un acuerdo directo entre las partes, hasta por el plazo máximo de treinta (30) días, sin perjuicio de la ocupación inmediata del inmueble. **Para que proceda la ocupación inmediata se debe realizar el pago previo o la consignación en caso de no existir acuerdo. El retiro del valor consignado por el expropiado, que podrá requerirse en cualquier momento dentro del juicio de expropiación, no perjudicará la impugnación propuesta.** (Asamblea Nacional del Ecuador, 2018)

Por otro lado, para otro sector doctrinario, el justo precio es considerado como aquella reparación económica que la administración debe erogar al administrado como consecuencia de realización de un daño a su patrimonio en virtud de una actuación legítima, es decir, aquel que cumpla el proceso formal determinado en las leyes pertinentes.

Esta teoría ha tenido mayor asidero y fortaleza en sus postulados, debido a que, en un primer momento se podría hablar desde el punto de vista de que la expropiación tiene dos caras, en un primer momento se encuadra en una figura que permite la protección de la propiedad de los ataques de la administración y por otro lado supone en sí mismo un ataque directo a este derecho, debiendo por lo tanto el administrado asumir y aguantar injustamente el ser desalojado y desposeído de su propiedad, causándole un daño económico que necesariamente debe ser reparado.

Esta teoría a grandes rasgos parecería ser la adecuada para establecer la naturaleza real de la expropiación, sin embargo, esta podría conllevar a una serie de falsas apreciaciones, sobre todo en lo que respecta a las indemnizaciones provenientes de la responsabilidad civil del Estado, que pueden ser producto de hechos culposos e ilegítimos los cuales podrían causar confusión con la indemnización expropiatoria la misma que se enmarca como un actuación legítima de la administración.

Para dilucidar esta situación, García de Enterría y Ramón Fernández (1993) señalan que estas actuaciones tiene que ser analizadas desde su finalidad y la incidencia que ellas tengan dentro de la esfera patrimonial del administrado, siendo que esta

similitud se trata únicamente de una apariencia, puesto que la indemnización en razón de la expropiación no es una reparación a un daño causado.

En el caso de la expropiación, estos actos están destinados directamente y por medio de un procedimiento formal a privar de la propiedad al administrado, sin embargo, en el caso la responsabilidad civil del Estado, estos actos no buscan o tienen como finalidad el causar este despojo patrimonial, sino que se trata de una consecuencia indirecta que producen este efecto.

Esta diferencia es fundamental para entender la naturaleza de la expropiación dentro del marco legal de nuestro país, por lo cual es imperioso remitirse a la génesis legal de este concepto, es decir, al artículo 323 de la Constitución de la República, que en su parte pertinente señala lo siguiente: *podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley* (Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

De esta manera, en nuestro ordenamiento jurídico la teoría que entiende al justo precio como la indemnización o la reparación a un daño no tendría lugar, a pesar de que la constitución expresamente la designe con este nombre, debido a que, la expropiación necesariamente requiere que los requisitos del pago del valor del bien inmueble y la correspondiente indemnización se cumplan de manera previa.

Mientras que por el contrario, como se puede observar en la indemnización por responsabilidad civil de la administración, el pago de la indemnización se produce de manera posterior y no tiene como finalidad plena la adquisición de un bien.

Se tratan pues habilitantes necesarios para que opere la expropiación, por lo tanto, en caso de que no se hayan cumplido no se puede hablar de que la expropiación se ha producido en el mundo real, ni peor aún que exista un acto legítimo expropiatorio que produzca un daño en el patrimonio del administrado y que por lo tanto requiera el pago de una indemnización en sentido estricto como se ha sido sostenido por esta teoría.

Es por esta razón que surge una nueva corriente que fue sostenida por el jurista español Eduardo García de Enterría, quien determina que el pago de la indemnización no es únicamente una consecuencia de la expropiación, sino todo lo contrario, pues a decir de este gran jurista se trata de:

Un presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la potestad expropiatoria (...).

Por eso la naturaleza de la indemnización expropiatoria no es la de un crédito de

resarcimiento, sino la de una carga que ha de cumplir el beneficiario interesado en llevar a efecto la expropiación. (García, 2006, pág. 276)

Esta carga a la que se hace mención debe ser entendida desde un punto de vista utilitario, ya que al cumplirse en debida forma permite obtener un resultado favorable o ventajoso para la entidad expropiante.

De igual manera, estos requisitos se convierten en lo que García de Enterría denomina como una “*condictio iuris*”, es decir, un requisito esencial y de validez para esta figura, y sin el cual se daría lugar a lo que él llama una “vía de hecho”, que no es sino aquel ataque que se produce en contra de la propiedad del administrado por parte de la administración o sus delegados, y que por su contenido implica una expropiación, pero que no cumple con los requisitos legales exigidos o que cumpliéndolos no se ventila por el trámite o proceso establecido en la ley, es decir, se la realiza de hecho o de facto.

Coincidimos plenamente en los postulados de García de Enterría, y consideramos que la naturaleza del justo precio radica en que se trata de un **presupuesto de legitimidad**, como un habilitante que permite a la administración configurar plenamente el proceso expropiatorio.

Al mismo tiempo consideramos que al identificar su naturaleza, no se debe obviar las demás finalidades que el justo precio persigue, como es el caso de su función garantista del derecho de propiedad, la cual pretende respaldar este derecho subjetivo de los administrados y evitar su vulneración sin una justa compensación y de igual manera su finalidad de protección económica para el administrado la cual busca, una vez producida la expropiación, que el administrado no vea su patrimonio afectado, es decir, que este no se vea disminuido o tenga un incremento injustificado, sino que mantenga un equilibrio y que tampoco el ciudadano se vea en la obligación de soportar cargas económicas innecesarias.

2.2.1. La distinción entre el justo precio e indemnización.

Resulta de gran importancia la distinción de estos dos conceptos, debido a la falsa e innecesaria asimilación que a nuestro criterio han tenido dentro de la expropiación, llegando incluso al punto de tomarlos como sinónimos o de confundirlos como un solo elemento de la expropiación, lo cual no corresponde a la realidad, siendo necesario por

lo tanto, establecer la distinción jurídica entre cada uno de ellos y explicar su contenido para evitar confusiones inoportunas.

En primer lugar, debemos indicar que nuestra Constitución desde sus postulados normativos, ya los toma como dos elementos distintos, esto de acuerdo a como se encuentra redactado el artículo que la 323 de la Constitución de la República, al momento en el que utiliza el signo de puntuación en su función separadora de palabras e indica los supuestos necesarios para la procedencia de la expropiación que son los siguientes:

1. Previa justa valoración.
2. Indemnización y;
3. Pago de conformidad de la ley.

Cuando hablamos de la “previa justa valoración”, entendemos que esta se refiere -por la forma en como está redactada esta disposición y el espíritu de nuestra carta magna- a la valoración o apreciación en dinero del bien objeto de la expropiación, es decir, la determinación del precio que la administración está en la obligación de entregar al sujeto pasivo de la expropiación, que debe ser justa, particularidad que está destinada para un análisis posterior en el siguiente capítulo.

Consideramos que este precio, por lo tanto, comprende tan solo uno de los rubros que la administración está en la obligación previa de pagar, debido a que, también existirán casos en los cuales se vea en la obligación de pagar una indemnización como un valor aparte que la administración debe entregar, tal posición es apoyada por el doctor Efraín Pérez (2009) quien señala que *“El término “indemnizaciones” se debe entender en el sentido jurídico usual del término, es decir comprendiendo el daño emergente y el lucro cesante, todo lo cual deberá ser debidamente comprobado”* (pág. 633). Lo cual para el caso de la indemnización únicamente se aceptaría el daño emergente más no el lucro cesante, criterio que es apoyado por la doctrina mayoritaria.

Por lo tanto, es necesario referirnos al concepto de indemnización, que según el diccionario panhispánico del español jurídico se refiere a la:

Compensación económica destinada a reparar, garantizando su indemnidad, al afectado por la privación (expropiación) de un bien o derecho, por un perjuicio

provocado por un tercero (en concepto de responsabilidad) o por un gasto que se ha incurrido por razón ajena a su voluntad (Diccionario panhispánico del español jurídico, 2020)

Esta indemnización como bien habíamos manifestado en párrafos anteriores no debe ser confundida ni contrapuesta a la naturaleza del justo precio, puesto que a nuestro criterio se tratan de dos valores diversos, por un lado, el justo precio es un presupuesto de legitimidad o habilitante para la expropiación que consiste en el valor económico, apreciable en dinero de un bien y por otra parte la indemnización es una reparación económica que tiene cabida cuando efectivamente existe un daño o afectación producto de la expropiación, como es el caso de la afectación de actividades económicas, la cual determina y da lugar al pago de una serie de montos en razón de un daño acontecido en virtud de la expropiación y que se encuentra establecido en el artículo 58.4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que determina lo siguiente:

Art. 58.4.- Afectación actividades económicas. Cuando exista en el predio expropiado, instalaciones en que se desarrollen actividades industriales o económicas, 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. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2018)

La legislación ecuatoriana ahonda aún más esta cuestión y deja sentado con mayor claridad la diferencia entre estas dos figuras a tal punto incluso de llegar a considerar al justo precio como un principio por medio del cual se debe regir la administración pública o la entidad expropiante en el caso que necesite ocupar temporalmente predios o inmuebles que no pertenezcan a la correspondiente obra pública pero que sean indispensables para la misma, siendo necesario hacer notar que en este caso no se deberá pagar el precio del bien que es ocupado temporalmente, ya que no existe una expropiación que determine una transferencia de dominio, sino lo que cabe es una indemnización en razón del daño que si bien resulta legítimo, es perjudicial para el administrado, tal es así como lo contempla el artículo 58. 5 de esta ley:

Art. 58.5.- Ocupación temporal. La ocupación temporal consiste en el uso y goce de los terrenos o predios en áreas que no correspondan a la obra pública, pero necesarias para su desarrollo, mientras dure su construcción.

Cuando la entidad competente requiera la ocupación temporal, determinará el monto de la **indemnización a pagar, aplicando los principios de equidad y justo precio.** (Asamblea Nacional del Ecuador, 2018)

Incluso el ordenamiento jurídico ecuatoriano va aún más allá cuando establece una indemnización a favor del arrendatario cuando el bien que ocupa sea expropiando, es importante resaltar que en este supuesto, la indemnización de la que se habla va a ser tomada del justo precio que se debe pagar al dueño del bien que es expropiado, existiendo claramente una diferenciación.

Sin embargo, la ley también impone una serie de condiciones que deben ser cumplidas como es el caso de la solicitud de indemnización que tiene que realizar el arrendatario a la entidad expropiante siempre y cuando haya existido un acuerdo o la anuencia del arrendador para este efecto, es decir, que esta indemnización no opera de oficio a favor del arrendatario, sino más bien a petición de parte, y proviene del monto del justo precio, esto de conformidad con el segundo inciso del artículo 58. 6 de la Ley Orgánica Del Sistema Nacional De Contratación Pública:

Art. 58.6.- Gravámenes. Si el predio de cuya expropiación se trata estuviera afectado con hipoteca, anticresis u otro gravamen, el acreedor podrá solicitar a la entidad expropiante que el justo precio cubra el monto de la deuda, previo acuerdo con el propietario del bien expropiado.

En el caso de que el predio se encuentre arrendado, el arrendatario podrá solicitar a la entidad expropiante que una parte del justo precio le sea entregado como indemnización, previo acuerdo con el propietario del bien expropiado. (Asamblea Nacional del Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2018)

No obstante, esta situación puede ser abordada de distinta manera, como sucede respecto del tratadista Roberto Dromi, quien en su obra toma como valor único a la indemnización y no la concibe como un valor distinto al justo precio, sino por el contrario, lo incorpora dentro del concepto de indemnización, esto bajo la influencia de

los diversos fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puesto que considera que: *“integran la indemnización de conformidad con el régimen legal: “a) el valor objetivo del bien; b) los daños que sean consecuencia directa o inmediata de la expropiación; c) la depreciación monetaria, y d) los intereses”* (Dromi, 2004, pág. 959)

Para concluir, reafirmando nuestro criterio, es necesario dilucidar la diferencia de estos dos valores que la administración debe pagar, sobre todo en el caso de la indemnización, debido a que, este rubro en la práctica no siempre puede presentarse o puede tener lugar, tal es el caso en el cual se produzca la negociación o acuerdo directo entre los dos sujetos de la expropiación y simultáneamente no exista ningún daño o perjuicio que deban ser reparado, sin embargo, no todos los casos entrañan cuestiones simples o fáciles de resolver, lo cual podría ser contrario en determinadas ocasiones como bien lo habíamos señalado en párrafos anteriores en lo que respecta a la afectación de actividades económicas.

De tal manera, somos reiterativos en nuestra posición de que no se deben confundir ni encasillar en un concepto unitario de indemnización estos dos elementos que conceptualmente son figuras distintas en cuanto a su naturaleza (como ha venido ocurriendo al incorporar pago del justo precio dentro del concepto indemnización, tomando esta última como un valor general,) las mismas que han sido analizadas en el presente capítulo y que ha servido para demostrar el error en el cual incurre generalmente tanto la administración pública.

Sin embargo, no podemos obviar que en ciertos pasajes de la normativa ecuatoriana y sobre todo en la doctrina, el uso de estos dos conceptos como sinónimos ha sido generalizado a tal punto de pensar que esta distinción resultaría hoy ilógica e innecesaria, pero las formas jurídicas requieren estas discusiones para evitar equívocos innecesarios.

2.3. Características.

Una vez que hemos dilucidado y encontrado, bajo nuestro criterio, la naturaleza jurídica del justo precio, corresponde ahora analizar cada uno de los elementos o características que lo configuran, logrando de esta manera poder identificarlos y enumerarlos correctamente.

Nuestra Constitución ha incorporado dentro de su texto el enunciado de “previa justa valoración” el cual debe ser entendido como concepto o sinónimo de justo precio, y bajo una lectura simple podríamos establecer que son tres características las únicas que deben ser consideradas en su configuración, sin embargo, esta apreciación es errada, ya que se debe ahondar y realizar un análisis exhaustivo de sus elementos, para lo cual acudiremos a los análisis realizados por los doctrinarios Roberto Dromi y Eduardo García de Enterría, quienes han señalado de manera acertada, que el justo precio para que adquiera esa naturaleza se deben considerar las siguientes características:

- Valor objetivo del bien.
- Valor actual.
- Pago único.
- Pago en dinero.
- Pago previo.

2.3.1. Objetivo.

Para determinar el valor del bien que es objeto de la expropiación se ha determinado que únicamente debe tomarse en consideración el valor objetivo del mismo, es decir, aquel valor que se determina sin tener que acudir a consideraciones personales o sentimentales, sin juicios de valor, para este efecto Dromi (2004) quien citando un extracto de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Nacional de Argentina señala que este valor objetivo “*es lo que la cosa realmente vale para la generalidad en el mercado de los bienes de esa especie*” (pág. 959).

Por lo tanto, se puede inferir que el valor subjetivo determinado en virtud de apreciaciones sentimentales o afectivas no tiene razón de ser pagadas por la entidad encargada de la expropiación, puesto que estas pertenecen al aprecio que cualquier persona puede tener sobre un determinado bien, sin embargo, este estima puede variar dependiendo de la persona y sus circunstancias, como ejemplo podemos señalar el cariño que un adulto mayor puede tener sobre el único inmueble de su propiedad, el mismo que fue obtenido por medio de sacrificios económicos y personales, de esta manera, él puede tener un aprecio incalculable sobre este bien a diferencia de una persona que por una herencia impensada obtuvo un bien que no es de su agrado, sintiéndose inmutado si el mismo le es expropiado.

No obstante y hasta cierto punto, García de Enterría (1983) considera que el valor subjetivo si es considerado y compensado por la entidad expropiante dentro del justo precio, de tal manera ha señalado que: *“tiene una vía de compensación específica por un tanto alzado, expresivamente llamada precio de afección (esto es, valor afectivo de la cosa en cuanto propia, en cuanto expresión de una cierta identificación personal”* (pág. 300)

Este valor ha sido llamado como precio de afección dentro de la Ley de Expropiación Forzosa en España y se encuentra determinado en su artículo 47:

Artículo 47: En todos los casos de expropiación se abonará al expropiado, además del justo precio fijado en la forma establecida en los artículos anteriores, un cinco por ciento como premio de afección. (Estado, 2021)

En el contexto de nuestra legislación el inciso segundo del Artículo 58.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina que en los casos en los que exista un acuerdo directo entre los sujetos intervinientes, el precio convenido no podrá exceder de un 10% del avalúo catastral, es decir que se reconoce un porcentaje adicional que puede ser pagado al administrado:

Art. 58.1.- Negociación y precio: (...)

El precio que se convenga no podrá exceder del diez por ciento (10%) sobre el valor del avalúo registrado en el catastro municipal y sobre el cual se pagó el impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras, o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social para otras adquisiciones, del cual se deducirá la plusvalía proveniente de obras públicas y de otras ajenas a la acción del propietario. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2018)

Sin embargo, este artículo no le da el carácter de “precio de afección” a este porcentaje como si lo hace la legislación española, y por lo tanto, tampoco podríamos otorgarle este efecto de manera concluyente, aunque sí podría tener asidero esta propuesta ya que sería ilógico que quien redactó esta norma lo haya propuesto sin sustento alguno, es más, la forma en cómo el legislador ha redactado esta norma deja ver que se trataría más bien de un límite o de un rango dentro del cual los sujetos intervinientes en la expropiación podrían negociar el valor del bien en los casos en los

que exista un acuerdo, sumado a que existen resoluciones judiciales que sí lo denominan como precio de afección.

De igual manera, no se concibe como valor integrante del precio objetivo, el valor histórico o cultural que puedan tener los bienes o predios, no obstante la Ley Orgánica de Cultura, buscando la protección y la conservación del patrimonio material e inmaterial del Estado, ha determinado en su artículo 63 la facultad que poseen los GADS del país de expropiar aquellos bienes patrimoniales que se encuentren en riesgo, sin embargo, la determinación del justo precio y la indemnización a la que hubiere lugar se deberán fijar con base a los criterios generales determinados en la ley:

Art. 63.- De los bienes del patrimonio que se encuentran en riesgo.- Los Gobiernos Autónomos Descentralizados y de Régimen Especial, para precautar los bienes patrimoniales en su jurisdicción territorial que se encuentren en riesgo, podrán declararlos de utilidad pública y expropiarlos, para lo cual de no mediar reconocimiento nacional, podrá realizar declaratoria de patrimonio cultural sobre aquellos inmuebles históricos o culturales. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2016)

Un análisis especial requiere las mejoras realizadas dentro del bien objeto de la expropiación debido al reconocimiento y pago que estas podrían generar, de esta manera nosotros somos coincidentes que este valor es integrante del justo precio, ya que incide directamente en el valor que un bien pueda tener e incluso que este puede ser incrementado en virtud de las mejoras que le sean realizado y por ende debe ser pagado por la administración.

En nuestra legislación, debemos diferenciar el momento de la construcción o incorporación de estas mejoras al bien, sin embargo, existe una redacción defectuosa que impide dilucidar de manera clara, precisa y comprensible cuando pueden ser reembolsables, es así que el inciso quinto del artículo 58.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece lo siguiente:

Art. 58.1.- Negociación y precio:

(...) En ningún caso se reconocerán las obras efectuadas por el propietario posteriores a la fecha del anuncio del proyecto o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social, según corresponda.

Tampoco se reconocerán las obras efectuadas con anterioridad al anuncio del proyecto o de la declaratoria de utilidad pública cuando se realizaron sin autorización, ni aún aquellas que a pesar de tener los permisos respectivos se haya evidenciado mala fe (...). (Asamblea Nacional del Ecuador, 2018)

Según esta redacción, en un primer momento sólo serían reconocidas y pagadas aquellas mejoras que se hubieran realizado de manera previa al anuncio del proyecto expropiatorio o a la declaratoria de utilidad pública, puesto que, si estas mejoras son posteriores a este momento no serán reconocidas

Sin embargo, y de manera ilógica la técnica legislativa utilizada niega el reconocimiento de aquellas mejoras realizadas de manera previa a los supuestos que consagra la ley, sometiéndose a una autorización que a la luz resulta inconsulta, puesto que al tener el carácter de previas, incluso al anuncio del proyecto, se estaría limitando innecesariamente la potestad del propietario de realizar las mejoras que considere necesarias, útiles o incluso aquellas que no presten beneficio alguno al bien.

Esta disposición termina manifestando la negativa de reconocer aquellas a mejoras que aunque contando con su respectiva autorización hayan sido realizadas de mala fe, en este caso se podría entender como mala fe a aquel conocimiento y actuar desleal que tiene el administrado respecto de la administración pública al conocer de manera previa que su bien será objeto a futuro de un proceso de expropiación, por lo cual, decide conscientemente realizar mejoras para así incrementar el valor de su bien y obtener un mayor rédito económico.

Esta norma al parecer resultaría un intento de importación, por no decir una mala copia, desde la legislación española y su Ley de Expropiación Forzosa, la cual incorpora el concepto de mala fe en aquellas mejoras precedentes al inicio del proceso expropiatorio y su no pago.

A criterio personal, consideramos que es necesaria e imperiosa una reforma legislativa en cuanto al contenido de esta norma, debido a que, su técnica legislativa conllevaría una serie de inequívocos que impiden una correcta comprensión legal.

En primer lugar, resulta necesario enmendar los momentos en los cuales las mejoras son efectuadas y por lo tanto su reconocimiento económico, es decir, que se deberían reconocer únicamente las mejoras previas, cualquiera sea su tipo, siempre y cuando sean anteriores al anuncio del proyecto que conlleva a la expropiación, de tal

manera, que aquellas que se realicen una vez conocida esta situación deberán ser consideradas de mala fe.

En segundo lugar, se debería diferenciar las clases de mejoras que existen, esto es, en necesarias, útiles y voluptuarias, ya que la norma debería permitir mediante una autorización, cuando el proyecto haya sido ya anunciado, únicamente aquellas obras que son necesarias para la conservación del bien, debido a que, en el sentido que se encuentra redactado la norma podría autorizar incluso mejoras útiles o voluptuarias que están destinadas a incrementar el valor del bien.

Y en último lugar, debería mejorar la redacción de la norma para que pueda indicar de manera clara y precisa que cuando una mejora efectuada por el propietario pueda ser considerada como realizada de mala fe e incluso si es posible definir este concepto para obtener una mayor precisión.

En relación a esta problemática, resulta imperioso hablar también acerca del denominado valor llave y al valor de la empresa en marcha, y la posibilidad de que estos valores puedan ser reconocidos dentro del valor objetivo del bien cuando exista una expropiación que tenga como objeto una empresa, ya que estos valores acarrearán una serie de problemas porque *“al expropiar una empresa, no se están expropiando bienes aislados como tales sino también una organización, que incluye algunos intangibles, pero que no por ser tales dejan de tener un valor a veces apreciable, en el mercado”* (Pérez E. , 2009, pág. 636).

En un primer momento debemos entender la esencia de cada uno de estos dos conceptos, el doctor Efraín Pérez (2009) cita dentro de su obra al tratadista Villegas, quien considera al valor llave como aquel *“valor potencial de un establecimiento, comercial o industrial, consecuente al giro de sus operaciones, prestigio y utilidades”*. (pág. 636)

De igual manera, la definición dada por Bértora, permite entender el concepto de empresa en marcha como el *“valor de una empresa establecida, que hace negocios y gana dinero, con relación a una similar que está por iniciarse”* (Pérez E., 2009, pág. 636).

Estos valores al ser dinámicos hacen difícil su estimación económica, además la jurisprudencia de varios países como la española y la argentina, han decidido ubicarlas, sobre todo al valor de la empresa en marcha, dentro del denominado lucro cesante,

situación por la cual se hace imposible o muy poco probable que sea reconocida como un valor a indemnizar o pagar, puesto que se trataría de un valor hipotético, siendo que la expropiación sólo reconocería un daño emergente como tal.

En el caso ecuatoriano, ni la constitución ni la ley permiten la expropiación de una empresa o de una industria, tal situación únicamente podría ser concebida por medio de una nacionalización, siendo necesario recordar que el objeto de esta comprende un conjunto de bienes o ciertas actividades, lo cual no está comprendido en nuestra carta fundamental.

Sin embargo, lo que sí podría caber y ha sido reconocido por la ley, es la expropiación del inmueble o predio sobre el cual se asienta y se desarrollan actividades económicas o industriales de una empresa, y en consecuencia genera una indemnización, la cual ha sido concebida como una afectación a las actividades económicas, según lo establecido en el artículo 58.4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

Art. 58.4.- Afectación actividades económicas. Cuando exista en el predio expropiado, instalaciones en que se desarrollen actividades industriales o económicas, 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. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2018)

Esta disposición se encontraba originalmente dentro del Código de Procedimiento Civil, el cual fue derogado con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, sin embargo, por su importancia ha sido incorporado dentro de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

2.3.2. Actual.

La característica de actualidad del justo precio se refiere al espacio de tiempo o momento que se debe considerar al momento de fijar el precio del bien objeto de la expropiación, es decir, el valor que el bien tenga al momento de la desposesión del patrimonio del administrado.

Esta característica supone una garantía a favor del sujeto pasivo de la expropiación para evitar cualquier actuación administrativa que resulte perjudicial para su patrimonio, de tal manera, que su situación económica se mantenga en igualdad de condiciones y no se vea afectada.

Nuestra legislación ha considerado como valor actual, el registrado en el catastro municipal correspondiente y sobre el cual el administrado pagó el impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto de utilidad pública o social, esta situación resulta cuestionable, ya que la actualidad de este valor puede ser discutida, aún más cuando el catastro municipal cumple una función de registro o censo de bienes inmuebles y sirve como base de datos e información financiera para el cobro de los impuestos municipales, que en su mayoría contiene información errada sobre el valor de los predios por cuestiones fiscales.

Además, dicho catastro únicamente puede ser actualizado cada dos años de conformidad con lo dispuesto por el COOTAD, situación que deja ver aún más el problema de la actualidad dentro de nuestra legislación, pero además Roberto Dromi (2004), realiza una apreciación muy importante respecto de la actualidad en el justo precio, puesto que no solo implica el momento de tiempo en el valor del bien es considerado, sino que además supone la *“suma que debe invertirse para obtener, al mismo tiempo, un bien igual al que se desapropia”*. (pág. 960)

Es decir, refuerza la idea de que el administrado debe encontrarse después de la expropiación, en una igualdad de condiciones económicas que le permitan adquirir un bien de igual valor y no sufrir un daño patrimonial.

2.3.3. Pago único.

Esta característica se desprende y responde a la lógica misma de la naturaleza del justo precio aunque nuestra Constitución no consagra de manera expresa este sistema de pago, no obstante, esta característica si se puede observar en algunas disposiciones, tal como sucede en el caso de la ocupación inmediata de un bien inmueble, así como también la necesidad de realizar el pago por consignación del inmueble, entendiéndose que este pago debe ser único.

De la misma manera, es fundamental que la entidad expropiante disponga de la certificación presupuestaria que dé cuenta de la existencia y la disponibilidad efectiva de los recursos suficientes para la expropiación, esto para asegurar el pago único al

administrado, de tal manera que el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas dispone en el artículo 115 lo siguiente:

Art. 115: Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria. (Asamblea Nacional, 2020)

Sin embargo, estas dos disposiciones no resultan suficientes, siendo necesario remitirnos a lo establecido en el Código Civil, referente a la forma en cómo debe efectuarse el pago en general, esto es el artículo 1607:

Art. 1607.- El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales. El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban. (Congreso Nacional, 2019)

En este caso, no existe dentro de la ley especial de la materia, norma que disponga que el pago deba realizarse por partes, siendo resuelta de esta manera esta situación, puesto que siguiendo el principio que rige el Derecho Público, únicamente se puede realizar lo que este expresamente permitido.

2.3.4. Pago en dinero.

Las diversas formas de pago del justo precio se encuentran establecidas dentro del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) dentro del artículo 452, siendo necesario recalcar que el pago de este valor puede realizar no solo por medio del pago en dinero:

Art. 452.- Forma de pago.- La forma de pago ordinaria será en dinero. De existir acuerdo entre las partes podrá realizarse el pago mediante la permuta con bienes o mediante títulos de crédito negociables, con vencimientos semestrales con un plazo no mayor a veinticinco años.

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

En los casos de expropiación que afecten a urbanizaciones de interés social o asentamientos populares se podrán crear programas de reasentamiento en condiciones que compensen los posibles perjuicios, en acuerdo con las personas afectadas. (Asamblea Nacional, 2020)

Se trata por lo tanto de la forma ordinaria de pago, es decir la común, debiendo realizarse por el pago por medio de la moneda de curso legal que rige en nuestro país siendo esta el dólar estadounidense, sin embargo, no es excluyente de otras formas de pago, es así que esta disposición también contempla el pago mediante una permuta de bienes siempre y cuando exista un acuerdo entre las partes intervinientes en la expropiación.

No obstante, este pago en especie, podría ser objeto de discusiones en lo que respecta su validez y compatibilidad con la figura de la expropiación, sobre todo si se considera que esta situación podría alterar su esencia o naturaleza, al tratar de concebir que cuando el pago se lo realiza de esta manera y de mutuo acuerdo, se trataría simplemente de un contrato de permuta y no de una expropiación.

Consecutivamente, el artículo señalado, también nos indica que el pago puede realizarse mediante títulos de crédito negociables siendo necesario que estos sean de vencimiento semestral y tengan un plazo no mayor a 25 años, siempre y cuando exista también un acuerdo entre las dos partes.

Con anterioridad, el COOTAD también permitía el pago del justo precio por medio de la compensación, sin embargo, esta disposición fue derogada y ha quedado sin efecto dentro de nuestra legislación, no obstante se trata de una alternativa interesante que permitía compensar la expropiación de una parte insignificante de un bien con el pago de las contribuciones especiales de mejora por la obra pública realizada en virtud de la expropiación.

Estas formas de pago se encuentran permitidas por la Constitución de la República, debido a que, esta determina que sea la ley la encargada de determinar la forma en cómo debe realizarse este pago, pese a los cuestionamientos doctrinarios que pudieran esgrimirse.

Situación similar es la que sucede dentro de la legislación argentina, la cual acepta únicamente como forma válida de pago por medio del dinero, sin embargo, en caso de acuerdo con el expropiado, pueden acudir a estas formas de pago, no obstante, las considera inconstitucionales cuando son impuestas de manera discrecional por la autoridad administrativa.

2.3.5. Pago previo.

Para no ser reiterativos en esta característica que ha sido ya analizada en todo este trabajo de investigación, únicamente señalaremos que esta condición de pago previo, supone desde su concepción una garantía para el administrado de su derecho a la propiedad, sin el cual esta puede ser atacada por la entidad expropiante, de tal manera que nos referimos nuevamente al pago previo como aquel presupuesto de legitimidad que permite el ejercicio de esta potestad de la administración.

2.4. Tratamiento legal del justo precio.

La noción del justo precio ha tenido una amplia recepción dentro de nuestro vasto ordenamiento jurídico, de esta manera, varias figuras jurídicas las han incorporado como un elemento determinante o fundamental que permita resolver las distintas situaciones que puedan presentarse dentro de las relaciones jurídicas.

Debemos reiterar que nuestra Constitución de la República no incorpora expresamente el concepto de justo precio sino la noción de “justa valoración, la cual podría entenderse como un sinónimo de este concepto, por lo cual no habría inconveniente en su uso, debido a que, desde esta disposición se desprende el aparato normativo y legal de todo el justo precio, específicamente, en la expropiación.

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. (Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

Son dos normas específicamente las cuales toman y desarrollan este concepto bajo el nombre de justo precio, siendo estas la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) y el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), sobre todo el primer cuerpo normativo, cuando en su artículo 58.2 incorpora la posibilidad de impugnar en sede contenciosa administrativa el justo precio fijado para el bien objeto de expropiación y la forma en cómo los jueces deberán calcular este valor cuando no exista un acuerdo directo.

Art. 58.2.- Falta de acuerdo

(...) El propietario podrá impugnar dicho acto ante las y los jueces de lo contencioso administrativo, exclusivamente en cuanto al justo precio, de conformidad con el trámite para el juicio de expropiación establecido en el Código Orgánico General de Procesos

El juez en su resolución fijará el precio definitivo en base al avalúo predial menos la plusvalía proveniente de obras públicas y otras ajenas a la acción del propietario. El avalúo predial será el registrado en el catastro municipal sobre el cual se pagó el último impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social para otras adquisiciones (...) (Asamblea Nacional del Ecuador, 2018)

De igual manera, esta ley reconoce al justo precio como un principio fundamental que debe ser respetado y tomado en consideración de manera inobjetable por la entidad expropiante en los casos en los que se proceda con la ocupación temporal de un bien, así lo determina el segundo inciso del artículo 58.5:

Art. 58.5.- Ocupación temporal (...) Cuando la entidad competente requiera la ocupación temporal, determinará el monto de la indemnización a pagar, aplicando los principios de equidad y justo precio (...) (Asamblea Nacional del Ecuador, 2018)

En esta perspectiva, estas disposiciones son las más relevantes dentro de la LOSNCP, puesto que se encargan de establecer el procedimiento para la fijación del justo precio e incluso como se pudo observar lo eleva a la categoría de principio, mientras las demás disposiciones que hablan del justo precio se limitan únicamente a enunciarlo y no aportan ningún desarrollo adicional a su contenido.

Por su parte, en el artículo 6, literal g, del COOTAD, se puede evidenciar como esta ley califica al justo precio como un presupuesto de legitimidad que debe ser cumplido de manera imperativa, aún más cuando considera que de no hacerlo se podría incurrir en la violación a la autonomía política, administrativa y financiera de los Gobiernos Autónomos Descentralizados del país.

Art. 6.- Garantía de autonomía.- Ninguna función del Estado ni autoridad extraña podrá interferir en la autonomía política, administrativa y financiera propia de los gobiernos autónomos descentralizados, salvo lo prescrito por la

Constitución y las leyes de la República. Está especialmente prohibido a cualquier autoridad o funcionario ajeno a los gobiernos autónomos descentralizados, lo siguiente:

g) Utilizar u ocupar bienes muebles o inmuebles de un gobierno autónomo descentralizado, sin previa resolución del mismo y el pago del justo precio de los bienes de los que se le priven; (Asamblea Nacional del Ecuador, 2010)

En lo que respecta la forma de determinación del justo precio, el COOTAD evita ser reiterativo y tan solo se encarga de remitir a lo dispuesto en las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Art. 447.- Declaratoria de utilidad pública.- (...) Para la determinación del justo precio, el procedimiento y demás aspectos relativos a la expropiación se aplicará lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2010).

Por otra parte, en el ámbito privado, sobre todo en lo que respecta a las disposiciones del Código Civil, han incorporado, incluso de manera mucho más previa, puesto que la vigencia de estas normas se ha mantenido por más de 100 años, la noción de justo precio en distintas figuras jurídicas.

Tal es el caso de la rescisión de la venta por la existencia de lesión enorme, figura la cual ya hicimos mención de manera ligera, en la cual el justo precio también es un elemento determinante para su configuración dentro de aquellas relaciones jurídicas de compra y venta en la cual exista una lesión al patrimonio de una las partes intervinientes por un desequilibrio considerable en las prestaciones económicas, entendiéndose como precio justo el valor que este bien tenga en el mercado, debiendo ser acreditado en la práctica por medio de un informe pericial.

Art. 1829.- El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador, a su vez, sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella.

El justo precio se refiere al tiempo del contrato. (Congreso Nacional, 2019)

De igual manera, este concepto se encuentra presente otras disposiciones en el Código Civil, sin embargo, resulta incomprensible cómo esta noción no ha sido definida ni tampoco exista una enumeración o alistamiento de cada una de sus características, tratándose por lo tanto de un concepto jurídico indeterminado que deberá ser suplido por las demás fuentes del derecho además de ser probado y determinado por los medios de prueba más eficaces.

CAPÍTULO 3

3. CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL JUSTO PRECIO.

En un primer momento, debemos recordar que existen dos vías mediante las cuales el justo precio puede fijarse, por un lado tenemos el proceso de negociación o avenimiento entre las partes intervinientes y por otro, el proceso judicial, que puede tener lugar cuando no ha sido posible llegar a un acuerdo y la entidad expropiante se encarga de fijar el precio de bien, otorgando la posibilidad de que el administrado pueda impugnar en sede judicial el justo precio del bien objeto de la expropiación.

Por lo tanto, en el último capítulo analizaremos los criterios jurídicos, entre ellos los criterios normativos y jurisprudenciales, que los juzgadores deben tener en consideración para determinar el justo precio exclusivamente dentro del proceso judicial de expropiación y verificar si existe alguna obligación para los juzgadores impuesta por el legislador en cuanto a la forma de determinación del justo precio.

3.1. Criterios normativos.

El criterio fundamental para la determinación del justo precio en el proceso expropiatorio lo podemos encontrar en los artículos 58.1 inciso segundo y 58.2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, los mismos que determinan que el justo precio se fijará en virtud o en base al valor que conste dentro del avalúo registrado en el catastro municipal donde el bien se encuentre ubicado:

Art. 58.1.- Negociación y precio

(...) El precio que se convenga no podrá exceder del diez por ciento (10%) **sobre el valor del avalúo registrado en el catastro municipal** y sobre el cual se pagó el impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras, o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social para otras adquisiciones, del cual se deducirá la plusvalía proveniente de obras públicas y de otras ajenas a la acción del propietario (...) (Asamblea Nacional del Ecuador, 2018)

Art. 58.2.- Falta de acuerdo. Expirado el plazo sin que sea posible un acuerdo directo la entidad expropiante emitirá el acto administrativo de expropiación

tomando como precio el establecido en el artículo anterior sin tomar en cuenta el diez por ciento (10%). El propietario podrá impugnar dicho acto ante las y los jueces de lo contencioso administrativo, exclusivamente en cuanto al justo precio, de conformidad con el trámite para el juicio de expropiación establecido en el Código Orgánico General de Procesos.

El juez en su resolución **fijará el precio definitivo en base al avalúo predial menos la plusvalía proveniente de obras públicas y otras ajenas a la acción del propietario.** El avalúo predial será el registrado en el catastro municipal sobre el cual se pagó el último impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social para otras adquisiciones (...) (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2018)

En el supuesto contemplado por el artículo 58.1, es decir, la existencia de un acuerdo entre los sujetos de la expropiación sobre justo precio, no existiría mayor inconveniente, puesto que en este caso las partes se encontrarían de acuerdo en la negociación del precio, verificando lo manifestado en el capítulo anterior en cuanto a la teoría liberal de la fijación del justo precio, la cual sostenía que el precio para que adquiriera la calidad de justo debe reunir los requisitos de consentimiento, voluntariedad y libertad en la negociación, por lo tanto, si la negociación que gira en torno al avalúo catastral reúne estos requisitos el precio puede considerarse como justo para ambas partes y no existiría ningún inconveniente que solventar.

Sin embargo, no todos los casos resultan en acuerdos favorables, y más aún si los administrados no consideran como justo precio al avalúo catastral que se negocia bajo las tres condiciones antes señaladas en el párrafo anterior, sino por el contrario, consideran que no puede tomarse como justo este valor, debido a que, no refleja el valor real y justo del bien.

Esta situación ha generado controversia, por un lado existen autores que defienden esta forma de cálculo aduciendo que es la manera más adecuada para obtener la valoración de un bien inmueble y así lo ha manifestado el doctor Efraín Pérez (2009): *“Quizá este razonamiento resulte más apropiado en la actualidad, puesto que, los avalúos municipales reflejan ahora de una manera más realista los precios de mercado de las tierras particulares”* (p.635).

Por el contrario, existen posturas que no se encuentran conformes con esta forma de determinación del justo precio, manifestando que constituye una clara violación a lo establecido en el artículo 323 de la Constitución de la República e incluso señalan que esta situación podría encubrir una suerte de confiscación, conclusión a la cual ha llegado Alomoto:

Si bien el avalúo catastral es un catastro o censo económico del bien inmueble, que sirve de base para el cobro de impuestos, no puede considerarse como un mecanismo idóneo para determinar el valor de un bien expropiado, puesto que cuando una persona compra un bien inmueble lo realiza de acuerdo al avalúo comercial de la propiedad y no es justo que aparte de ser sujeto de la expropiación también reciba un valor bastante menor al comercial o al que este hubiera recibido si hubiese sido vendido a una persona natural que no sea una institución expropiante. (Alomoto Cepeda, 2018, pág. 52)

Siguiendo esta postura también se han emitido una serie de argumentos, entre los cuales se esgrime que este catastro no corresponde a la verdadera y real valoración económica en el mercado comercial, es decir, no refleja el verdadero valor venal de un bien inmueble, también se sostiene que el valor registrado en el catastro ha sido mal utilizado por los administrados para evadir sus responsabilidades fiscales y disminuir el pago de impuestos municipales y además que el registro únicamente puede actualizarse cada dos años, lo que impide que la determinación del justo precio cumpla con el requisito o característica de actual.

Por último consideramos, como un argumento más que apoya esta posición, la falta de imparcialidad y objetividad que existe en el caso de las expropiaciones realizadas por las municipalidades al utilizar el informe y el avalúo emitido por una dependencia propia del municipio como lo es la Dirección Municipal de Catastros o la que haga sus veces, siendo necesario que esta determinación sea realizada por un ente autárquico e independiente como sucede en países como Argentina.

Esta controversia nos permite vislumbrar, en un primer momento, que el derecho al justo precio se encontraría en una tensión frente a estas dos posturas, siendo necesario encontrar una respuesta que nos permita concluir si este derecho se ve afectado en cuanto a su forma de determinación al momento de no existir un acuerdo directo entre los sujetos intervinientes recordando que: *“el problema radica en que se trata de un*

concepto jurídico indeterminado que debe determinarse en cada caso concreto” (Castillo, 2017).

Pero aún más grave resulta la problemática que dio inicio a la presente investigación y que deviene del contenido del Art. 58.2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que regula la falta de acuerdo directo entre la entidad expropiante y el administrado en cuanto al justo precio a pagar respecto del bien objeto de la expropiación, puesto que esta disposición podría condicionar a los miembros del Tribunal Contencioso Administrativo, que conocen el trámite de expropiación, a fijar en su sentencia el precio definitivo únicamente en base al valor del avalúo del bien registrado en el catastro municipal correspondiente más las deducciones de ley.

Por lo tanto, se estaría limitando la posibilidad de los jueces de valorar otros medios de prueba que el administrado pueda aportar dentro del proceso judicial y que pueden cumplir de mejor manera los principios de utilidad, conducencia y pertinencia de la prueba, como lo es principalmente el caso de la prueba pericial.

Sostenemos esta problemática debido a la forma en cómo se encuentra redactada la disposición normativa ya que consideramos que aún conserva la sujeción que establecía el anterior artículo 58 en su inciso séptimo de la LOSNCP publicada en el Registro Oficial 889 (09-XII-2016), el cual de manera expresa obligaba a los jueces competentes a fijar en su resolución como justo precio el valor fijado por la Dirección de Avalúos y Catastros del municipio en donde se encuentre ubicado el bien y sin la posibilidad de que el juzgador pueda remitirse a cualquier otro tipo de pruebas ni criterios de valoración permitidas por el ordenamiento jurídico para toma formar un criterio jurídico y de esta manera emitir una resolución definitiva:

Art. 58.- Procedimiento:

(...) 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 (...) (Constituyente, 2016).

Este artículo fue reformado por medio de la expedición de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial, en el suplemento 966 de 20- mar.-2017, estableciéndose en su reemplazo el siguiente texto en su parte pertinente:

Artículo 58.2.- Falta de acuerdo

(...) El juez en su resolución fijará el precio definitivo en base al avalúo predial menos la plusvalía proveniente de obras públicas y otras ajenas a la acción del propietario (...)

De esta manera se reemplaza la frase de “El juez en su resolución **está obligado** a sujetarse al avalúo establecido” por la siguiente “El juez en su resolución **fijará** el precio definitivo en base al avalúo”, no obstante, es nuestro criterio el que considera que ha existido tan solo un cambio formal en la redacción de la norma, es decir, que la reforma se refiere únicamente a las palabras que el legislador ha decidido utilizar en reemplazo de otras, sin embargo, sigue manteniendo en el fondo el sentido original de la disposición que impone una obligación de sujeción al juez.

Esta obligación de sujeción seguiría vigente al momento en que la norma utiliza la conjugación del verbo “fijará” el cual se entiende como un imperativo o una imposición al juzgador y la frase “en base” al referirse como un fundamento.

Como consecuencia, este artículo estaría determinando como prueba legal o tasada al avalúo catastral, lo cual contraviene expresamente el sistema probatorio contemplado en el COGEP y que a su vez regula el trámite respectivo para la fijación del justo precio cuando no exista un acuerdo directo, transformando el proceso judicial en una mera formalidad.

Lo cual demuestra la presencia de un rezago del denominado sistema de tarifa legal, que a decir del maestro Hernando Devis Echandía “*consiste en imponer al juez una cerrada y preestablecida valoración de la prueba, en forma que la ley le ordena si debe darse por convencido o no ante ella*” (1984, pág. 64), situación que genera una evidente contradicción con la libre apreciación otorgada al juzgador para apreciar el valor de la prueba, es decir, la sana crítica del juez.

Este régimen de tarifa legal atenuado que es impuesto por el legislador al juzgador, además dentro de una ley de carácter sustantiva, presenta una serie de desventajas e inconvenientes en su aplicación, ya que automatiza el actuar de los juzgadores y conduce con mucha frecuencia al establecimiento como una verdad un hecho que reviste simplemente de una apariencia formal como es el caso del avalúo catastral, situación que no puede ser aceptada, es por eso que citando nuevamente al maestro Devis Echandía entendemos y aceptamos el siguiente postulado que refleja lo inconveniente de esta situación:

La regulación de la función jurisdiccional mediante el proceso debe ser materia de ley, pero esto no significa que deba preverse con carácter imperativo la solución de los casos concretos, que además es una meta imposible de alcanzar por la infinita variedad que presentan. (pág. 39)

Siguiendo este razonamiento, el autor chileno Iván Hunter también realiza una serie de cuestiones en cuanto a la denominada prueba tasada, considerando acertadamente que:

Constituyen normas jurídicas que fuerzan al juez a tener por cierto un hecho más allá de cualquier convicción personal (versión persuasiva de la prueba), y por sobre cualquier probabilidad o apoyo que encuentre la hipótesis fáctica en la prueba (versión cognoscitiva de la prueba) (...)

(...) Las normas de prueba legal, sin embargo, condicionan el resultado del proceso fijando en forma definitiva la existencia de un hecho, y por eso que pueden ser cuestionadas. (Hunter, 2017)

Para dilucidar esta situación es necesario realizar un breve análisis del procedimiento judicial de expropiación regulado en nuestro ordenamiento jurídico, de las características del sistema probatorio ecuatoriano y la incidencia que esta especie de prueba tasada puede tener en los procedimientos judiciales de fijación del justo precio en la expropiación.

3.1.1. El procedimiento expropiatorio en el Código Orgánico General de Procesos.

El sistema probatorio que adopta el COGEP se fundamenta en un sistema abierto de medios de prueba, debido a que, admite todos aquellos medios que las partes procesales consideren convenientes para sus pretensiones con la condición de sean

obtenidos sin violar la Constitución y la Ley y además que cumplan con los requisitos de conducencia, utilidad y pertinencia de la prueba, aunque estos no sean descritos por la ley:

Art. 160.- Admisibilidad de la prueba. Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad. La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal.

En la audiencia preliminar o en la segunda fase de la audiencia única la o el juzgador rechazará de oficio o a petición de parte la prueba impertinente, inútil e inconducente. La o el juzgador declarará la improcedencia de la prueba cuando se haya obtenido con violación de la Constitución o de la ley.

Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir.

La resolución por la cual la o el juzgador decida no admitir alguna prueba podrá apelarse con efecto diferido. De admitirse la apelación, la o el juzgador superior ordenará la práctica de la prueba, siempre que con ella el resultado pueda variar fundamentalmente. (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

Por conducencia de la prueba, podemos entender la aptitud del medio probatorio para demostrar la veracidad de los hechos que son alegados, es decir, la idoneidad de los medios de prueba, en el caso de la pertinencia, se refiere a la congruencia de la prueba con los hechos, o en otras palabras a que el medio de prueba se refiera al objeto de la controversia o este sea apropiado para probar determinada situación.

Y por último, la utilidad de prueba se entiende como la trascendencia que el medio probatorio puede aportar para la demostración de un hecho, por ejemplo, si un hecho ya ha sido probado o ha sido aceptado por medio de un acuerdo probatorio, sería inútil que una de las partes pretenda nuevamente probar dicho acontecimiento.

Además, el COGEP se encarga de incorporar, en su cuerpo normativo, el criterio de valoración de la prueba a través del libre convencimiento del juez y las reglas de la sana crítica, de conformidad con lo establecido en el artículo 164, el cual me permito citar:

Art. 164.- Valoración de la prueba.

(...) La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos (...) (Asamblea Nacional del Ecuador, 2015)

En lo que respecta al proceso judicial de expropiación, el COGEP también determina de manera clara al procedimiento sumario como la vía adecuada a seguir para tramitar el juicio de expropiación, puesto que considera como una vía expedita para la resolución de esta situación y señala expresamente lo siguiente:

Art. 332.- Procedencia.- Se tramitarán por el procedimiento sumario:

9. Las controversias generadas por falta de acuerdo en el precio a pagar por expropiación. (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

Y por último, el numeral 6 del artículo 143 del Código Orgánico General de Procesos exige el avalúo catastral como un documento que necesariamente se debe adjuntar a la presentación de la demanda:

Art. 143.- Documentos que se deben acompañar a la demanda. A la demanda deben acompañarse, cuando corresponda, los siguientes documentos;

6. En los casos de expropiación, la declaratoria de utilidad pública, el certificado de propiedad y gravámenes emitido por el Registro de la Propiedad, el certificado del catastro en el que conste el avalúo del predio. (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

Estas son las únicas disposiciones adjetivas relativas al proceso judicial de expropiación, no obstante pese al sistema abierto de prueba y a los criterios de valoración de la prueba, la determinación del justo precio en sede judicial resultaría en un mero trámite o formalidad frente a la obligación fijada por la LOSNCP, aunque necesariamente deberían respetarse los principios de la prueba en el COGEP.

3.1.2. El procedimiento expropiatorio en el Código de Procedimiento Civil.

A diferencia del COGEP, el Código de Procedimiento Civil adoptaba un sistema probatorio cerrado, debido a que, enlistan de manera taxativa los medios de prueba que las partes podían utilizar dentro de un proceso, sin la posibilidad de recurrir a aquellos que no hayan sido reconocidos por la ley adjetiva como tal.

El Código de Procedimiento Civil pese a contar con este sistema, también incorporaba la libre apreciación de la prueba fundamentado en la sana crítica pero además y de manera trascendental para nuestro estudio sí desarrolló de manera meticulosa y como un acierto, el trámite a seguir dentro del proceso judicial de expropiación y la determinación del justo precio a tal punto de que establecer en la sección décimo novena lo que denominó “Del juicio de expropiación”.

En un primer momento reconoce el derecho de propiedad y su inviolabilidad, salvo los casos de expropiación, para después continuar y determinar el objeto del juicio de expropiación el cual consistía únicamente en la determinación y fijación del precio que debe pagarse por el bien expropiado:

Art. 782.- La tramitación del juicio de expropiación sólo tiene por objeto determinar la cantidad que debe pagarse por concepto de precio de la cosa expropiada, siempre que conste que se trata de expropiación por causa de utilidad pública. (Código de Procedimiento Civil, 2005)

En lo que respecta a la competencia de acuerdo a la materia, la fijaba en razón de que los jueces competentes para conocer estos casos eran los Jueces de lo Civil y en lo referente al territorio, esta se fijaba de acuerdo al lugar en donde se encuentre ubicado el inmueble, a diferencia de lo que sucede actualmente, en que la competencia radica en los Jueces de lo Contencioso Administrativo, pero que en ambos casos se encuentran limitados únicamente a conocer y resolver sobre el precio a pagar.

Una similitud que comparte con el COGEP, es la necesidad de acompañar con la presentación de la demanda el documento certificado en donde conste valor del inmueble que haya sido emitido por la dirección de catastro municipal:

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

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.

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. (Código de Procedimiento Civil, 2005)

Sin embargo, lo sustancial de este juicio radica en la forma de determinación del justo precio, que a nuestro criterio debería seguir vigente y ser incorporado dentro del COGEP, con las modificaciones necesarias para adaptarlo a nuestra realidad actual, puesto que se trata de un trámite sumarísimo, objetivo y sobre todo no obliga a un juez a sujetarse a un criterio ex ante de valoración probatoria.

De esta manera que el Código de Procedimiento Civil entendió que la prueba útil y pertinente para la fijación del justo precio es el examen o informe pericial realizado por un experto en esa área, que además cumpla con los parámetros de objetividad e imparcialidad, para que se encargue de determinar el avalúo del inmueble:

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. (Código de Procedimiento Civil, 2005)

Como consecuencia de esta situación, se determinaba también que el valor del avalúo catastral únicamente será un valor de carácter referencial, es decir, se trata de un valor que puede ser tomado en cuenta por el juzgador para formar un mejor criterio al momento de decidir la causa:

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. (Código de Procedimiento Civil, 2005).

Y finalmente, el aspecto más importante que establecía este código, era la exclusión de toda duda en cuanto a la obligación o sujeción que el juzgador podía tener sobre el valor establecido en el avalúo catastral, puesto que, de manera expresa y

categoría señalaba que el juez no estaba obligado a sujetarse al precio del avalúo catastral:

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.** (Código de Procedimiento Civil, 2005).

Este resultaría el pensamiento lógico que debería seguir el COGEP, puesto que el precio justo debe ser aquel valor comercial que tenga el bien y el cual deba ser determinado por medio de la prueba pericial, mas no estar sujeto a un valor que en nada refleja la realidad económica y peor aún que deban existir condicionamientos realizados por el propio legislador que transformen un proceso judicial en un mera formalidad a seguir, para legitimar de esta manera una especie de confiscación.

3.1.3. La consulta de norma del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Sentencia N° 099-17-SCN-CC.

El contenido de este artículo ha sido el fundamento absoluto para el desarrollo de este trabajo de investigación, razón por la cual es necesario referirnos a la consulta de norma planteada en contra de su contenido, no siendo el objeto central de esta investigación el determinar su constitucionalidad o no del mismo, sin embargo, es necesario analizar la resolución de la más alta corte de control constitucional de nuestro país.

Del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública vigente hasta el año 2017, la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Tungurahua presentó en el año 2015 una consulta de norma ante la Corte Constitucional del Ecuador con la finalidad de determinar si este artículo contraviene lo dispuesto en el artículo 323 de la Constitución de la República, la causa fue signada con el número 0016-15-CN y fue resuelta el 13 de diciembre de 2017 a través de la sentencia N° 099-17-SCN-CC.

El presente caso tiene como antecedentes, la declaratoria de utilidad pública de dos bienes inmuebles ubicados en el cantón Ambato por parte del Consejo Nacional de Electricidad a favor de la Empresa Eléctrica Ambato Regional Centro Norte-EEASA

para lo cual se inició el trámite judicial de expropiación de conformidad con las reglas del Código de Procedimiento Civil.

El avalúo catastral adjuntado por la entidad expropiante en su demanda, fijaba como valor de uno de los bienes inmuebles, la cantidad de Cinco Mil Doscientos Cincuenta y Un Dólares con Sesenta y Siete Centavos de los Estados Unidos de América (USD. 5.251,67), los demandados al comparecer y dar contestación a la demanda adjuntan un informe pericial en el que mencionan como valor del bien la cantidad de Treinta y Cinco Mil Setecientos Once Dólares con Treinta Centavos de los Estados Unidos de América (USD. 35.711,30), mientras que por otra parte, el perito designado por el juzgador fijaba en su informe como valor del bien inmueble la cantidad de Veintiocho Mil Cuatrocientos Noventa y Tres dólares con Cincuenta y Dos Centavos de los Estados Unidos de América (USD. 28.493,52).

Frente a este panorama, el juzgador de primera instancia, resuelve la causa y fija como justo precio el valor determinado en el avalúo presentado por el Departamento de Catastros del GAD Municipal de Ambato en sujeción al contenido antiguo del artículo 58 de la LOSNCP, situación por la cual se presenta un recurso de apelación dando lugar a que sea la Sala Provincial de la Corte Provincial de Tungurahua la que conozca esta causa.

Los miembros Sala Provincial de la Corte Provincial de Tungurahua, proceden a realizar la consulta de norma, para lo cual suspenden la tramitación y resolución de la causa, argumentando en el punto 6.1 del escrito pertinente lo siguiente:

6.1.- IDENTIFICACIÓN DEL ENUNCIADO NORMATIVO PERTINENTE
CUYA CONSTITUCIONALIDAD SE CONSULTA: La disposición normativa aplicable a este caso concreto que se considera inconstitucional es el inciso séptimo del artículo 58 de la LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA en la frase: "El juez en su resolución está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad"; considerando para ello que "... el juez constitucional debe determinar hasta qué punto la aplicación literal de un mandato legal puede llegar a vulnerar derechos constitucionales. Es en este punto cuando el juez constitucional debe elegir entre aplicar la norma vigente, o la norma válida provista de contenidos axiológicos sustanciales tendientes a alcanzar una auténtica justicia material. (CORTE CONSTITUCIONAL,

Sentencia N. °0005-10-SEP-C, CASO N. °0041-09-EP); y bajo tal presupuesto, este Tribunal estima que la norma en mención (artículo 58) no concuerda con los contenidos axiológicos constitucionales sustanciales tendientes a alcanzar una auténtica justicia material en el presente caso y conforme se desarrolla en los párrafos siguientes. (Juicio Especial de Expropiación, 2015)

De igual manera, indican de manera clara y precisa que es el artículo 323 de la Constitución de la República, el principio o regla constitucional el cual se estaría infringiendo.

6.2.1.1.- El artículo 323 de la Constitución de la República del Ecuador, en forma expresa señala que las instituciones del Estado podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley, y, al momento en que la frase citada del artículo 58 de la LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA obliga al juzgador del proceso de expropiación a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad, ello se presume que incumple directamente el mandato constitucional, pues no se está procediendo con una expropiación previa justa valoración para el caso, sino que se está ejecutando un avalúo efectuado en sede administrativa en tiempo anterior al proceso de expropiación, que en muchos de los casos al no ser efectuado en forma inmediata anterior al inicio del procedimiento de expropiación, resulta ser muy diferente del avalúo comercial o avalúo de mercado del bien en cuestión (...) (Juicio Especial de Expropiación, 2015)

La consulta fue aceptada a trámite por la Corte Constitucional, sin embargo, debido a la excesiva duración en la tramitación de la causa y al haberse reformado en el año 2017 dicha disposición por la Ley Orgánica para la Eficiencia de la Contratación Pública, la Corte Constitucional con base a sus facultades, decide también analizar la nueva redacción del artículo 58 de la LOSNCP al tratarse de normas que tienen una relación directa y por lo tanto, hacer un control integral de ambas disposiciones normativas.

Situación que es lamentable, pero que de alguna manera nos ayuda a comprender de mejor manera los preceptos constitucionales y legales, es así que dentro del contenido de esta sentencia, en la parte pertinente a las consideraciones y fundamentaciones, la Corte Constitucional manifiesta lo siguiente:

(...) En virtud de aquello, la norma en análisis determina el procedimiento que debe observarse ante los órganos encargados de administrar justicia, en el marco del juicio de expropiación. En efecto, se establece que la administración pública planteará el juicio de expropiación, el cual tiene como finalidad, únicamente determinar el monto económico que el Estado debe pagar al propietario del inmueble expropiado. Al respecto, la norma contenida en el artículo 453 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) señala: "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"

De lo expuesto, resulta evidente que corresponde a los jueces de lo contencioso administrativo, con exclusividad resolver asuntos referentes al justo precio, de conformidad con el trámite establecido para el juicio de expropiación en el Código Orgánico General de Procesos

Además, la norma en examen establece la posibilidad que, dentro del proceso judicial, el juez pueda solicitar al órgano rector del catastro nacional, el informe (DINAC) sobre si la metodología empleada por el GAD municipal es la adecuada para el avalúo del bien expropiado; y, en caso que considere que dicha metodología no es la correcta, en el mismo informe determinará el avalúo del inmueble.

En atención a los criterios expuestos, se determina que la norma examinada no contraviene el texto constitucional, en tanto busca precautelar el contenido de la norma consagrada en el artículo 323 de la Constitución del Ecuador. (Sentencia N° 009-17-SCN-CC)

Dentro de sus 64 hojas de decisión, el juez sustanciador en el fondo no se encarga sino de transcribir con sus palabras lo dispuesto en la nueva norma del inciso segundo del art. 58 de la LOSNCP, e incluso de manera errónea cita el proceso de expropiación contenido del art. 452 del COOTAD que fue derogado con la misma Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública y que además se encargaba de remitir al proceso judicial de expropiación contemplado en el Código de Procedimiento Civil derogado por el COGEP.

En el fondo no se resuelve la consulta realizada, evadiéndola bajo el argumento de que lo que se ha pretendido con la consulta de norma es que la Corte Constitucional resuelva la cuestión de fondo, es decir, de fijar un justo precio y más bien se encarga de analizar temas coadyuvantes pero no consultados como la declaratoria de utilidad pública, el acuerdo directo entre las partes expropiadas e increíblemente la adquisición de bienes en el extranjero:

Sin embargo, del análisis integral del auto contentivo de la presente consulta, se aprecia que los juzgadores lo que en realidad pretenden es que esta Corte Constitucional emita un pronunciamiento sobre la situación fáctica puesta en su conocimiento, esto es, que determine cuál sería el precio justo que debe pagar la Empresa Eléctrica Ambato Regional Centro Norte S.A. (EEASA), a favor de los propietarios del inmueble a expropiar -Rosa María Chaglla Amancha y José Antonio Chaglla Moyolema, dentro del juicio especial de expropiación N.º 18334-2014-1825, lo cual no corresponde ser abordado por este Organismo (...) (Sentencia N° 009-17-SCN-CC)

Y en consecuencia de este razonamiento, en sentencia la Corte Constitucional decide negar la consulta de norma y devolver el proceso para su tramitación:

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional expide la siguiente:

SENTENCIA

1. Negar la consulta de norma dentro del control concreto de constitucionalidad, presentada por los jueces de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua dentro del juicio de expropiación N.º 18334-2014-1825.
2. Devolver el proceso N.º 18334-2014-1825, que motivó la consulta de las normas a la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, a fin que continúe el trámite conforme lo establece el ordenamiento jurídico.
3. Notifíquese, publíquese y cúmplase. (Sentencia N° 009-17-SCN-CC)

Esta sentencia refleja el bajo nivel y la serie de cuestionamientos realizados a la Corte Constitucional de este periodo, y consideramos que no aporta en ningún sentido el debate en cuanto a la existencia o no de la obligación que la norma establece a los juzgadores, de esta manera, seguimos creyendo que el debate todavía se encuentra abierto en cuanto a lo dispuesto por esta norma pese a las decisiones formales tomadas pero que no demuestran un razonamiento lógico en Derecho que zanje de manera definitiva este debate.

3.2. Criterios jurisprudenciales.

Continuando con la forma de determinación del justo precio dentro del proceso judicial, toda vez que se ha analizado los criterios normativos, es imperioso también estudiar los criterios judiciales o constitucionales que han sido emitidos por las más altas cortes de justicia ordinaria y constitucional de nuestro país, los cuales que acarrearán una serie de razonamientos que merecen la pena ser considerados ya que permiten entender de mejor manera la aplicación de las leyes en cada uno de los casos concretos.

En un primer momento, analizaremos la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fecha 15 de mayo de 2011, debido a la importancia y trascendencia que tuvo esta resolución en cuanto a la responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano por la expropiación de un bien inmueble de propiedad de los hermanos María Salvador Chiriboga y Julio Guillermo Salvador Chiriboga, por parte del Concejo Municipal de la ciudad de Quito en el año de 1991.

Esta sentencia tiene un razonamiento importante en cuanto a los derechos del administrado y que fueron violentados por la administración pública, sobre todo el Derecho a la propiedad privada y el pago de una justa indemnización.

Los hechos que dieron lugar se inician cuando María Salvador Chiriboga y Julio Guillermo Salvador Chiriboga adquirieron por sucesión de su padre, un predio de 60 hectáreas. El 13 de mayo de 1991 el Concejo Municipal de Quito declaró de utilidad pública con fines de expropiación y de ocupación urgente el bien inmueble de los hermanos Salvador Chiriboga, ello con el fin de construir un Parque Metropolitano.

Los hermanos Salvador Chiriboga interpusieron diversos procesos y recursos ante las instancias estatales, con el fin de controvertir la declaración de utilidad pública, así

como para reclamar una justa indemnización. No obstante, no se emitió ninguna resolución definitiva por lo que el Consejo Municipal de Quito ha estado en posesión del inmueble. (Humanos, 2021)

Dentro de estos procesos, se encuentra el juicio de expropiación No. 1300-96, cuya competencia recayó en el Juzgado Noveno de lo Civil de la ciudad de Quito y que fue iniciado el 16 de julio de 1996 por iniciativa procesal del Municipio de Quito, con la pretensión de que en sentencia se declare y se determine el justo precio a pagar por el bien inmueble en razón de la expropiación.

No obstante, este proceso judicial permaneció por más de 15 años sin que exista una sentencia definitiva que ordene el pago del justo precio, además esta situación violentó el derecho de propiedad de los hermanos Salvador Chiriboga, ya que el Municipio de Quito había procedido con la ocupación inmediata del bien inmueble obstaculizando de esta manera el ejercicio de su derecho de propiedad.

Razón por la cual interpusieron una demanda en contra del Estado ecuatoriano, la cual se signó bajo el No. 12.054 de fecha 3 de junio de 1998, para después ser admitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en fecha 22 de octubre de 2003; razón por la cual fue remitida a la Corte IDH en fecha 12 de diciembre de 2006 y resuelta en audiencia el 19 de octubre de 2007.

Entre las consideraciones de la corte respecto del derecho de propiedad y la posibilidad de la privación de este derecho sostuvo lo siguiente:

63. La Corte considera que a fin de que el Estado pueda satisfacer legítimamente un interés social y encontrar un justo equilibrio con el interés del particular, debe utilizar los medios proporcionales a fin de vulnerar en la menor medida el derecho a la propiedad de la persona objeto de la restricción. En este sentido, el Tribunal considera que en el marco de una privación al derecho a la propiedad privada, en específico en el caso de una expropiación, dicha restricción demanda el cumplimiento y fiel ejercicio de requerimientos o exigencias que ya se encuentran consagradas en el artículo 21.2 de la Convención. (Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, 2011)

66. De lo expuesto, este Tribunal analizará si dicha limitación al derecho a la propiedad, consistente en la privación del uso y goce del predio de la señora

Salvador Chiriboga, se ajustó a los siguientes criterios: A) utilidad pública o interés social; y B) pago de una justa indemnización. (Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, 2011)

De esta manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera como un principio internacional al pago de una justa indemnización y además establece que este pago debe reunir las características de ser adecuada, pronta y efectiva:

96. Al respecto, el Tribunal estima que en casos de expropiación el pago de una indemnización constituye un principio general del derecho internacional, el cual deriva de la necesidad de buscar un equilibrio entre el interés general y el del propietario. Dicho principio ha sido recogido en la Convención Americana en su artículo 21, al referirse al pago de una “justa indemnización”. Esta Corte considera que para alcanzar el pago de una justa indemnización ésta debe ser adecuada, pronta y efectiva. (Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, 2011)

Además, resulta relevante el criterio que toma la CIDH respecto de la forma de determinación del justo precio, al considerar que se debe tomar como valor referencial al valor comercial o venal que tenga el bien pero debiendo armonizarlo con el interés público, situación que resultaría incompatible con las disposiciones internas de nuestro ordenamiento jurídico:

98. La Corte estima que, en casos de expropiación, para que la justa indemnización sea adecuada se debe tomar como referencia el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública de éste, y atendiendo el justo equilibrio entre el interés general y el interés particular a que se ha hecho referencia en la presente Sentencia (...). (Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, 2011)

Confirma también la esencia y el objeto que tiene el juicio de expropiación y además ratifica al examen o prueba pericial como el medio probatorio adecuado para la determinación del valor del bien inmueble:

101. En lo que se refiere al proceso de expropiación, la Comisión indicó que este proceso se limita a la determinación del valor de un inmueble, lo cual podría resolverse por medio de pruebas periciales, por lo que el asunto no es complejo. (Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, 2011)

Pero la apreciación que realiza la Corte va aún más allá al considerar como una franca y evidente violación al derecho de propiedad el no haber realizado el pago de la indemnización de acuerdo a los “estándares previos” y además con los principios internacionales:

114. La Corte constata que la falta de pago de una justa indemnización, de acuerdo con los estándares previamente establecidos (...), es evidente en el presente caso, y por lo tanto considera que la privación de la propiedad sin el pago de una justa indemnización constituye una violación al derecho a la propiedad privada consagrado en el artículo 21.2 de la Convención. (Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, 2011)

En consecuencia, se conminó a los representantes del Estado ecuatoriano a incorporar una reforma legislativa en lo que respecta al trámite de expropiación y los derechos que pueden verse afectados y comprometidos dentro del mismo, recalcando que se determine como justo el valor real en el mercado del bien:

Los representantes dentro de las reformas legales sugieren las siguientes: a) la declaratoria de utilidad pública y la expropiación en un solo juicio, y que conceda la posibilidad de apelar la decisión del juez; b) que otorgue el derecho a la persona que se pretende expropiar a ser oído antes que la decisión de ocupación inmediata; y **c) que se deposite el precio del bien de acuerdo a su valor real en el mercado.** (Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, 2011)

Y por último en sentencia la corte declaró con lugar la demanda presentada por los hermanos Salvador Chiriboga y decidió lo siguiente, para lo cual me permito transcribir únicamente los puntos relevantes para el siguiente trabajo de investigación:

X

PUNTOS RESOLUTIVOS

LA CORTE

DECLARA:

Por seis votos contra dos, que:

2. El Estado violó el derecho a la propiedad privada consagrado en el artículo 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los derechos a las garantías y protección judiciales consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, todo ello en relación con el artículo 1.1 de ese instrumento, en perjuicio de María Salvador Chiriboga, de conformidad con

los párrafos 48 a 118 de la presente Sentencia.

Y DECIDE:

Por unanimidad, que:

4. La determinación del monto y el pago de la indemnización justa por la expropiación de los bienes, así como cualquier otra medida tendiente a reparar las violaciones declaradas en la presente Sentencia, se hagan de común acuerdo entre el Estado y los representantes, dentro de un plazo de seis meses contado a partir de la notificación de esta Sentencia, de conformidad con el párrafo 134 de la presente fallo. (Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, 2011)

En lo que respecta la justicia común u ordinaria si cabe el término, a lo largo del presente trabajo de investigación hemos podido analizar una sentencia en la cual recoge razonamientos fundamentales de otros pronunciamientos judiciales y de desarrollan por medio de razonamientos judiciales los criterios que deben ser considerados por los juzgadores para la determinación del justo precio en el proceso expropiatorio, debiendo recalcar que aunque estos criterios no han sido recogidos o no tienen el rigor de un precedente jurisprudencial, si coadyuvan y aportan a una mejor comprensión y resolución de estos asuntos.

La sentencia que analizaremos, es la signada número 566-2010, dentro del juicio No. 1030-2009 B.T.R, emitida por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, recordando que para la tramitación de este caso se encontraba vigentes las reglas del Código de Procedimiento Civil, por ende, no existía ninguna sujeción del juzgador respecto del avalúo catastral.

Los hechos que dan lugar a esta sentencia tiene origen con la presentación e inicio del juicio de expropiación por parte de la Ilustre Municipalidad del Cantón Cayambe respecto de un bien inmueble de propiedad de la señora Laura Yolanda Jiménez Gómez, demanda que fue aceptada por el Juez Décimo Cuarto de lo Civil de Pichincha, fijando en sentencia como justo precio la cantidad de Un Millón Seiscientos Mil Dólares Americanos (USD. 1 600.000,00), atendiendo a la sana crítica y obviando al peritaje inicial elaborado por una comisión especial al tratarse de un bien patrimonial.

Respecto de la sentencia de primera instancia, la parte actora interpone un recurso de apelación en lo que respecta al precio fijado por concepto de indemnización, recurso que fue aceptado y por lo tanto, la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha, fija como justo precio la cantidad de Trescientos Dieciséis Mil Dólares Americanos

(USD. 316.000,00) más el 5% por concepto de afección, con fundamento en el informe pericial elaborado por la comisión especializada.

Frente a esta resolución de segunda instancia, la parte demandada interpuso el recurso de casación por la causal tercera referente a la falta de aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, esto es, apreciar la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el cual fue aceptado, casándose la sentencia impugnada, y confirmando la resolución de primer grado, pero modificándola en cuanto al valor a pagar por concepto de justo precio, fijando la cantidad en Ochocientos Mil Dólares Americanos (USD. 800.000,00).

El primer argumento que traemos a colación es relevante para nuestro estudio pues hace mención a los criterios de valoración probatoria que rigen dentro de nuestro sistema procesal y señala la incompatibilidad del mismo con el sistema de tarifa legal:

Que las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en quince años de vigencia del sistema de casación, han expedido centenares de fallos en los que explican en que consiste la sana crítica; y, que de acuerdo con el artículo 19 de la Ley de Casación, estos criterios jurisprudenciales son de obligatoria aplicación para los jueces de instancia, sin embargo, la Corte Provincial de Pichincha, en su sentencia, decide redefinir a la sana crítica y transformarla en sistema tasado o tarifado incompatible con el sistema jurídico ecuatoriano. (Municipio de Cayambe vs Laura Jiménez Gómez, 2010)

De igual manera, los jueces de la Corte Nacional de Justicia, hacen una descripción del valor probatorio que tienen los informes periciales y la obligatoriedad que podrían tener respecto del juzgador, situación que nos parece por demás interesante y que podría ser también asimilable con la sujeción que se impone al juzgador respecto del avalúo catastral:

La prueba pericial constituye una fórmula de auxilio para el juez, a fin de que el juzgador quien, no puede ser experto en todos los asuntos y temas pueda formarse un criterio y resolver el asunto sometido a su decisión, pero de ninguna manera constituye una camisa de fuerza que le obligue al juez a adoptar, sin reserva alguna, el criterio pericial. (Municipio de Cayambe vs Laura Jiménez Gómez, 2010).

De esta forma, determina el criterio que los jueces deben seguir para la apreciación de este tipo de prueba en los procesos de expropiación, delimitando también el objeto de este proceso:

En el juicio de expropiación, la apreciación de la prueba debe estar dirigida a cumplir con el objetivo esencial que este tipo de procesos persigue, es decir, determinar la justa valoración que la entidad pública debe pagar al particular para compensarlo por la pérdida del bien inmueble expropiado, de tal manera que le permita, de ser posible, adquirir otro de similares características, para ello el juzgador deberá evaluar la prueba en su conjunto y, apelar, a su buen sentido. (Municipio de Cayambe vs Laura Jiménez Gómez, 2010)

Señala también, mediante una paráfrasis de lo resuelto en las resoluciones No. 152 del juicio 2020-2009 y 173 del juicio 101-2009, una serie de factores que el juzgador debe tomar en consideración, además de los documentos de la demanda e informes periciales, para fijar el justo precio del bien inmueble en coordinación con la sana crítica, siendo estos los siguientes:

(...) el área a expropiarse, la calidad del suelo, las construcciones existentes, la ubicación del inmueble, y en este caso su valor cultural por la existencia de construcciones arqueológicas, para establecer si el valor fijado constituye o no una justa compensación. (Municipio de Cayambe vs Laura Jiménez Gómez, 2010)

Sin embargo, los criterios más importante que recogen y citan los jueces de la Corte Nacional en esta sentencia, son los razonamientos efectuado por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la antigua Corte Suprema de Justicia, dentro de los fallos No. 505-99 del 6 de octubre de 1999, publicado en el Registro Oficial No 333 de 7 de diciembre del mismo año y fallo No. 09-2003 de fecha 26 de mayo de 203 y publicado en el Registro Oficial No. 131 de 23 de julio de 2003, los cuales, respecto del justo precio, señalan lo siguiente:

El monto de pago de dicha suma de dinero ha de fijarse, por ende, tomando en cuenta el daño económico que el expropiado sufre, al momento de iniciarse el proceso de expropiación, y nada más que este daño, es decir la compensación no puede servir para enriquecer al propietario. Esto supone que la apreciación del monto de la justa compensación ha de hacerse analizando todas las

circunstancias de cada caso, tales como el avalúo catastral, el precio en que el dueño adquirió el predio, el destino que va a darse al predio expropiado, el valor venal;

(...) la decisión del juez, por consiguiente, no ha de basarse solo en el avalúo pericial sino también en los otros medios de prueba incorporados al proceso y en sus propios conocimientos y experiencia, que en conjunto le lleven a formar su convicción; convicción que por cierto no puede ser reformada o modificada por el tribunal de Casación. (Fallo No. 505-99, 1999)

Pero el criterio que consideramos determinante y que refuerza aún más la problemática que hemos sostenido en el presente trabajo es el siguiente:

Ya que el juicio de expropiación tiene como objeto fijar la cantidad que, por concepto de justa valoración ha de recibir el titular del dominio del bien expropiado, al juez le corresponde realizar la “justa valoración” para ordenar el “pago e indemnización” imperativamente ordenado por la Constitución Política del Estado, en su artículo 33 antes transcrito. El considerar únicamente los documentos aparejados a la demanda por la entidad expropiante constituiría una transgresión a este mandato (bien sabido es que los avalúos catastrales municipales son ajenos a la realidad del mercado); y si bien hay que velar por el interés del Estado –que constituye el de los ciudadanos- la expropiación no puede constituirse en un mecanismo de oculta confiscación, en el que se cancele por concepto de indemnización un precio tan bajo que no le permita al expropiado reponer esa propiedad con otra de igual características. (Fallo No. 09-2003, 2003)

En conclusión, podemos afirmar que efectivamente los juzgadores no pueden ceñirse únicamente al avalúo catastral para fijar en base del mismo el justo precio a pagar por concepto de una expropiación, esto ha quedado demostrado tanto por los criterios normativos establecidos dentro del COGEP, cuanto por los criterios judiciales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por la Ex-Corte Suprema de Justicia y la Corte Nacional de nuestro país, quienes con sus razonamientos conmina a que los juzgadores a resolver garantizando siempre lo dispuesto en la Constitución de la República, esto es una previa justa valoración e indemnización.

3.3. Los conceptos jurídicos indeterminados.

Para la conclusión del último capítulo de nuestro estudio, hemos decidido realizar un análisis de los denominados conceptos jurídicos indeterminados más relevantes que han sido mencionados dentro de este trabajo de titulación, todo esto con la finalidad de lograr un mejor entendimiento y comprensión de los mismos.

La indeterminación en el vasto campo del Derecho, supone un estado o situación de incertidumbre producto de la técnica legislativa utilizada en la redacción de los cuerpos normativos, tanto para quienes por un lado debemos acatar y por otro para quienes tienen la obligación jurídica de aplicar y hacer cumplir las disposiciones normativas. Dicha situación siempre ha estado y estará presente en nuestro ordenamiento legal, debido a que, la abstracción y vaguedad de los conceptos enunciados en las normas es una característica propia del Derecho.

Para Melissa Núñez: “esta indeterminación se configura a partir del lenguaje que se utiliza en la norma escrita y por ende en la lógica de exégesis que no es sino la interpretación o explicación de la misma” (2013, pág. 16)

De esta manera, muchas veces debemos acudir a las demás fuentes del Derecho para poder encontrar el significado o la esencia de los criterios incorporados en las leyes, encontrando un mayor asidero en la doctrina y en la jurisprudencia pese a la vigencia de lo que los autores Martínez Roldán & Fernández Suárez (2006) han denominado como el “dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico” que supone la existencia de un ordenamiento jurídico finalizado en su totalidad, el cual no ha omitido ningún supuesto y por lo tanto ofrece respuesta a todas las situaciones de la vida diaria

Sin embargo, para estos autores, este dogma no es sino una aspiración o anhelo buscado por los juristas pero que resulta inalcanzable por la recurrente transformación social y la condición tardía del derecho, pues es bien conocido que el derecho se encarga de regular conductas que ya han acontecido en la realidad social.

3.3.1. El justo precio.

El justo precio ha sido concepto central sobre el cual se ha desarrollado la totalidad del presente trabajo de investigación, pero por desgracia no se encuentra definido en ningún cuerpo normativo, razón por la cual nuestro ordenamiento jurídico se limita únicamente a determinar una serie de características que le son inherentes,

como es el caso de la calidad de pago previo en el caso de la expropiación o en el caso de la rescisión por lesión enorme contemplada en el Código Civil, el parámetro objetivo que debe observarse para considerar que no exista lesión.

Sin embargo, ambos supuestos comparten la falta de una definición expresa, siendo necesario recurrir a la doctrina y jurisprudencia para encontrar la esencia de este concepto y obtener de esta manera una aproximación a una definición conceptual y estructural, lo cual resulta complejo, debido a que, se suma al problema principal la enorme dificultad que lleva consigo la noción de justicia y su definición.

Al no existir un consenso total sobre qué es lo que se debe entender por justicia alrededor de todos estos siglos, el concepto de justo precio también sufrirá estas consecuencias, pues como observamos en el segundo capítulo de este trabajo, a lo largo de la historia han existido varias corrientes de pensamiento filosófico y político que han promulgado su visión propia y su manera de entender al justo precio.

A criterio personal consideramos, que el justo precio no es sino aquel valor en dinero que el administrado recibe en razón de una expropiación de un bien de su propiedad por causa de utilidad pública, valor que deberá mantener en una situación patrimonial o económica idéntica a la que se encontraba antes de iniciar dicha expropiación sin enriquecerlo ni tampoco empobrecerlo, es decir, que este valor en dinero le permita adquirir un bien de idénticas o similares características, ubicación y valor, debiendo ser considerado el valor venal del bien y determinado por medio de un informe pericial.

De esta manera, seguimos la línea de pensamiento trazada por el Doctor Eduardo García de Enterría, para quien este concepto pese al desarrollo que ha tenido a lo largo de la historia resulta de fácil definición, es así que lo define como:

El valor de mercado para la adquisición de una cosa análoga a la pérdida en la expropiación. La dificultad práctica radica luego en la prueba de ese valor de mercado.

(...) por que no es fácil aportar prueba cumplida de dicho valor, que tan normalmente se tergiversa o se oculta en las transacciones ordinarias por razones fiscales. (1993, pág. 299)

Es así que para este autor se trata de un equilibrio razonable, que es buscado en el valor de mercado, de tal manera que el patrimonio de la persona que sufre la

expropiación no se vea afectado, es decir, que este se encuentre en las mismas condiciones en la que se hallaba antes del proceso expropiatorio. Sin embargo, este pensamiento tampoco podría satisfacer la idea de justicia, debido a que, es común que los administrados por cuestiones de índole fiscal o tributaria traten de valorar sus bienes en un precio inferior al valor de mercado que estos tengan, para así beneficiarse en el pago de impuestos en perjuicio de los ingresos que percibe la administración, por lo tanto, no existiría justicia ni proporcionalidad en los montos.

De esta manera, podemos concluir que no existe un concepto de justo precio dentro de nuestro ordenamiento jurídico y más bien el legislador ha tratado de rellenar su contenido a través de una serie de disposiciones que sirven en cada caso específico, como bien indicamos en el caso de la lesión enorme y la expropiación. Esta falta de estructuración de un concepto que puede generar sobre todo en la última figura arbitrariedades por parte de la administración pública, resultando apremiante la necesidad de esbozar una definición de esta figura.

3.3.2. La función social de la propiedad.

En lo que respecta al estudio de la propiedad, su transformación histórica y política analizada en el primer capítulo, existen dos conceptos que nuestra Constitución se ha encargado de resaltar en el art. 321 de la Constitución de la República, al momento de reconocer la propiedad en sus diversas formas, siendo estos la función social y la función ambiental de la propiedad.

Respecto de la función social, este concepto tomó importancia gracias a los postulados de León Duguit y su tesis relativa a la solidaridad social, como una contrapartida a la concepción liberal de la propiedad y carácter de derecho subjetivo que había reinado sobre este concepto por varios años y que supuso una serie de problemas, sosteniendo que:

Son conocidas las consecuencias de esta concepción de la propiedad-derecho. Entre ellas, menciona especialmente el derecho que tiene el propietario de usar, de gozar y de disponer de la cosa, y por consiguiente de dejar sus tierras sin cultivar, sus solares urbanos sin construir, sus casas sin alquilar y sin conservar, y sus capitales mobiliarios improductivos. (Pasquale, 2014)

Como podemos observar, se trata no solo de un concepto aportado por Duguit, sino de un sistema que pretendió renovar la concepción histórica del derecho de

propiedad al tratar de generar también en la propiedad una fuente de responsabilidades de su propietario para con la sociedad, pero a su vez nos trae dificultades en su definición y las diversas interpretaciones que esta figura ha tenido.

Es por esta razón que consideramos a la función social, como un concepto jurídico indeterminado puesto que la Constitución de la República expedida en 2008 no lo define ni peor aún ha señalado que es lo que debe entenderse por este concepto, es así que, el legislador para evitar una interpretación errónea y una indebida aplicación de la norma, de manera posterior la definió, por medio de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, la cual que indica lo siguiente:

Art. 11.- De la función social. La propiedad de la tierra rural deberá cumplir con la función social. Esta presupone que el sistema productivo agrario establecido en el predio mantenga una producción sostenible y sustentable para garantizar la soberanía alimentaria, la generación de trabajo familiar o de empleo, el desarrollo y fortalecimiento de las capacidades de producción, agro industria y exportación agropecuaria, de conformidad con la Ley. Además, la función social de la propiedad de la tierra rural implica que el derecho del propietario o posesionario no afecta otros derechos individuales y colectivos que concurren con este. (Nacional A., 2016)

Si bien esta ley se refiere específicamente al sistema de propiedad rural, nos deja entrever que la función social se encuentra dirigida a que la propiedad, debe enfocarse en ser productiva y utilizarse no solo en beneficio personal sino que también debe favorecer al conglomerado social e incluso este artículo a manera de ejemplos explica el cumplimiento de la función, ya sea coadyuvando a garantizar la soberanía alimentaria, la generación de fuentes de empleo y el desarrollo del campo productivo del país.

De igual manera, con la función social se ha pretendido eliminar por complemento la concentración de tierras que puedan devenir en la creación de latifundios, puesto que el aprovechamiento de la propiedad también deberá respetar tanto los derechos individuales y colectivos de los obreros e incluso la ley va más allá al proteger los derechos, sobre todo, la salud de los pobladores que se encuentren dentro de estos predios.

Supone además, que la propiedad de tierras rurales debe mantenerse dentro de los promedios de producción establecidos por la autoridad agraria competente, los cuales se determinan en función de los parámetros referentes a la aptitud que debe tener el suelo, su potencial productivo y de conformidad con las condiciones topográficas del mismo, de esta manera se podrá determinar de una forma técnica el cumplimiento de la función social.

En consecuencia, es necesario señalar de que esta ley se ha encargado solventar la definición de la función social al crear no solo una estructura general de este concepto, sino también indicar las condiciones necesarias para cumplir la función social y además determinar de manera clara los parámetros de valoración necesaria, evitando de esta así la posibilidad de que la administración pueda cometer una arbitrariedad al encontrarse con un concepto jurídico indeterminado.

3.3.3. La función ambiental de la propiedad.

La función ambiental sigue el mismo camino que la función social, al ser incorporada dentro del art. 321 de la Constitución de la República, como una función que debe cumplir la propiedad en todas sus formas, siendo considerada, como un “límite” a la misma y sobre todo las facultades que ella concede, sin embargo, a diferencia de la función social, la cual era recurrente y permanente en los textos constitucionales de nuestro país, la inclusión de la función ambiental constituye un hito, debido a que por primera vez nuestra Carta Magna recoge este concepto.

Esta incorporación responde a la progresividad que en materia de derechos que el constituyente de 2008 adoptó, sobre todo, el reconocimiento de la naturaleza como un sujeto de derechos en el segundo inciso del art. 10 de la Constitución de la República y la representación judicial que esta puede tener dentro de un proceso cuando sea objeto de una vulneración y de igual manera, se encuentra en total armonía y concordancia con el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado:

Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.
(Constitución del Ecuador, 2008)

Dada la innovación que trae este concepto y su relación con la función social, se ha sostenido que la función ambiental deriva de esta última e incluso que supone una transformación del concepto de función social con la finalidad de protección al medio ambiente, sin embargo nos adherimos a las palabras de Gonzalo Pérez Pejic, quien sostiene que:

La función ambiental nace de la función social, pero lejos de quedarse en su seno, se aparta. Cobra un sentido y un peso específico propio, se alza como elemento integrativo de la propiedad, pero de forma independiente y elevada respecto de los planos tanto individual como social. El elemento ambiental si bien surge de la función social de la propiedad, su autonomía comienza con conceptos tales como “desarrollo sustentable”, “uso racional”, entre otros. Estos conceptos inciden en la extensión del contenido del derecho real. Razón por la cual los poderes que el derecho real le confieren a su titular, se encuentran limitados por el desarrollo sustentable y el uso racional de los objetos (Pérez Pejic, 2014, pág. 157)

Sin embargo, el constituyente cae en el mismo error y no se encarga de darle el contenido ni la definición necesaria dentro del texto constitucional siendo necesario la promulgación y el desarrollo de leyes que definan y busquen el cumplimiento de la función ambiental, situación que fue solventada por medio de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, la cual nos entrega una definición de esta figura a través de lo dispuesto en su artículo 12, el cual señala lo siguiente:

Art. 12.- De la función ambiental. La propiedad de la tierra rural deberá cumplir con la función ambiental. En consecuencia, deberá contribuir al desarrollo sustentable, al uso racional del suelo y al mantenimiento de su fertilidad de tal manera que conserve el recurso, la agrobiodiversidad y las cuencas hidrográficas para mantener la aptitud productiva, la producción alimentaria, asegurar la disponibilidad de agua de calidad y contribuya a la conservación de la biodiversidad. El sistema productivo existente en el predio permitirá optimizar la relación de las actividades agrarias con las características biofísicas del ambiente natural. El cumplimiento de la función ambiental conlleva también el respeto a los derechos ambientales individuales, colectivos y los derechos de la naturaleza (...)

(...) Cumple la función ambiental la tierra rural de propiedad privada o comunitaria dedicada a conservación de recursos naturales renovables

reconocidos por la autoridad competente, tales como áreas bajo incentivo estatal para la conservación, protección o producción forestal reguladas legalmente, recreación o actividades ecoturísticas (...). (Nacional A., 2016)

Si bien este artículo no nos otorga un concepto claro de función ambiental, si nos entrega los elementos necesarios para considerar cuando se cumple esta función, como el empleo de acciones tendientes a evitar la contaminación ambiental, de fuentes hídricas, forestales, además de la conservación de aquellos recursos renovables, el cumplimiento de las leyes ambientales, la aplicación de técnicas que eviten la erosión, la compactación del suelo agrícola, y por último se encarga también de fijar los parámetros a través de los cuales se podrá verificar el cumplimiento de esta función.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

El derecho a la propiedad, consagra el corolario final de la libertad del hombre dentro de un Estado de Derechos, puesto que su naturaleza como derecho subjetivo ha sido reconocida dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, esto no implica que debamos entenderlo bajo las antiguas consideraciones las cuales lo describen como un derecho absoluto, de corte liberal e individual, sino que por el contrario, este debe armonizar con el ejercicio de los demás derechos y bajo las nuevas concepciones de propiedad se reclama a su titular, un ejercicio responsable y sobre todo tendiente a cumplir la función social y ambiental que conlleva.

De igual manera, no solo merece un respeto irrestricto por parte de los demás conciudadanos sino también por parte del Estado y sus instituciones dependientes o autónomas, consagrando como un principio básico y una regla general su inviolabilidad, no obstante, bien es sabido que toda regla tiene su excepción, tratándose en el presente caso la figura de la expropiación, siendo necesario para su aplicación, el cumplimiento de una serie de actos enmarcados dentro de un proceso determinado por la ley y una serie de requisitos o presupuestos de legitimidad como lo es la declaratoria de utilidad pública o interés social y nacional, la previa justa valoración, indemnización y su respectivo pago.

Si bien el constituyente ecuatoriano de 2008 entendió de manera correcta esta excepción, los legisladores encargados de desarrollar este mandato constitucional, no lograron elaborar una normativa legal adecuada para su aplicación y que sea acorde a los parámetros constitucionales, consecuencia de aquello, hemos podido evidenciar que no existe un criterio adecuado que defina el elemento funcional del justo precio y peor aún, un adecuado proceso de determinación dentro de la esfera judicial, resultando en una mera apariencia o formalidad que la entidad expropiante debe seguir para ocultar una especie de confiscación, puesto que, es evidente que de manera previa el juzgador competente se encuentra obligado a declarar en su sentencia un precio fijado con anterioridad por la propia administración y el cual no responde, en la mayoría de los casos, con la realidad económica.

Por tal razón, es evidente la violación flagrante de los derechos del administrado a la propiedad, debido proceso y al justo precio, es por eso, que sostenemos la imperiosa necesidad de realizar una reforma integral a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de

Contratación Pública y al Código Orgánico General de Procesos, para que en un primer momento se elimine de la norma sustantiva la obligación de sujeción al avalúo catastral al cual se encuentra sometido el juzgador al momento de determinar el justo precio, y en segundo lugar que la norma adjetiva incorpore las reglas especiales y concernientes a regular este trámite judicial de manera más precisa, adecuándolo a los criterios y estándares establecidos por el Derecho Internacional, debido a la importancia que tiene respecto de uno de los derechos fundamentales y básicos del ser humano como lo es la propiedad.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional Constituyente. (1789). Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Francia: Asamblea Nacional Constituyente.
- Alessandri Rodríguez, A., & Somarriva Undurraga, M. (1974). *Los Bienes y los Derecho Reales*. Santiago de Chile: Nacimiento.
- Alomoto Cepeda, B. (2018). El derecho al justo precio en los procesos de expropiación en la Legislación. Quito: Universidad Central del Ecuador.
- Asamblea Nacional. (1938). *Constitución Política de la República del Ecuador*. Ecuador: Asamblea Nacional.
- Asamblea Nacional. (1938). *Constitución Política de la República del Ecuador*. Ecuador: Asamblea Nacional.
- Asamblea Nacional. (2020). *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución del Ecuador*. Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (1929). *Constitución Política del Ecuador*. Ecuador: Asamblea Nacional del Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2010). *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2016). *Ley Orgánica de Cultura*. Quito: Asamblea Nacional.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2018). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Batista, E., & Coral, J. (2010). La función social de la propiedad: la recepción de León Duguit en Colombia. *Criterio Jurídico*, 59-90.
- Carrión, E. (1973). *Curso de Derecho Civil* (2a ed.). Quito: Fray Jodoco Ricke.
- Castillo, L. Y. (2017). La expropiación: concepto, elementos y procedimiento. En A. Bueno, J. Cuesta, M. Izquierdo, M. López, L. M. Castillo, M. R. Puig, . . . M. R. Zamora., *Derecho Administrativo: modos y medios de la actividad administrativa*. Madrid: Tecnos.
- Chironi, G., & Albello, L. (1904). *Tratatto di Diritto Civile Italiano* (Vol. I). Torino: Fratelli Bocea.
- Congreso Constituyente. (1830). *Constitución del Estado del Ecuador*. Riobamba: Congreso Constituyente.
- Congreso Nacional. (2019). *Código Civil*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Constituyente, A. N. (1946). *Constitución Política de la República del Ecuador*. Quito: Asamblea Nacional Constituyente.

- Constituyente, A. N. (2016). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Ecuador: Asamblea Nacional Constituyente.
- Convención Nacional del Ecuador. (1835). *Constitución de la República del Ecuador*. Ambato: Convención Nacional.
- Cordero, E. (2008). De la Propiedad a las Propiedades. La Evolución de la Concepción Liberal de la Propiedad. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.*, 493-525.
- Devis Echandía, H. (1984). *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Devis Echandía, H. (2002). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogota: Temis.
- Diccionario panhispánico del español jurídico*. (18 de Febrero de 2020). Obtenido de <https://dpej.rae.es/lema/indemnizaci%C3%B3n>
- Dromi, R. (2004). *Derecho Administrativo* (10° ed.). Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Duguit, L. (1915). *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*. Madrid : Francisco Beltrán .
- Echeverri, Á. (1997). *Teoría Constitucional y Ciencia Política*. Bogota: Ediciones Librería del Profesional.
- Ecuador, C. C. (s.f.). *Sentencia N° 009-17-SCN-CC*. Corte Constitucional del Ecuador.
- Escobar Rozas, F. (1998). El derecho subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura. *Ius et Veritas*, 280-298.
- Estado, A. E. (24 de Febrero de 2021). *Boletín Oficial del Estado*. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1954-15431&p=20151031&tn=2>
- Fallo No. 09-2003, Fallo No. 09-2003 (Corte Suprema de Justicia 26 de mayo de 2003).
- Fallo No. 505-99, Fallo No. 505-99 (Corte Suprema de Justicia 6 de octubre de 1999).
- Fernández Ruiz, J. (2016). *Derecho Administrativo*. Ciudad de México: Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México (INEHRM).
- Flores Jaramillo, R. (2015). *La expropiación por causa de utilidad pública: estudio comparado de las legislaciones ecuatoriana y española*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid .
- García de Enterría, E., & Ramón Fernández, T. (1993). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas S.A.
- García, H. C. (2006). *Teoría del Negocio Jurídico*. Cuenca: Universidad del Azuay.
- González, M. P. (2016). La doctrina del Justo Precio, desde Aristóteles hasta la escuela moderna subjetiva del valor. *Economía y Sociedad*, 60-79.
- Gordillo, A. (1967). *Derecho administrativo de la economía: Parte general*. Buenos Aires: Ediciones Macchi.
- Humanos, C. I. (18 de Marzo de 2021). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=292

- Hunter, I. (2017). Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil? *Ius et Praxis*, 247-272.
- Jefatura del Estado. (1954). *Ley de expropiación forzosa*. España: Boletín Oficial del Estado.
- Juicio Especial de Expropiación, 18334-2014-1825 (Corte Provincial de Justicia de Tungurahua Miércoles de Julio de 2015).
- Lengua, R. A. (4 de Febrero de 2020). *Real Academia Española de la Lengua* . Obtenido de <https://dle.rae.es/precio>
- Martínez Roldán, L., & Fernández Suárez, J. (2006). *Curso de Teoría del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Monereo, J., & González, J. C. (2005). León Duguit (1859-1928). Jurista de una sociedad en transformación. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 483-551.
- Municipio de Cayambe vs Laura Jiménez Gómez, 1030-2009 B.T.R (Corte Nacional de Justicia 5 de Octubre de 2010).
- Nacional, A. (2016). *Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Nacional, C. (2005). *Código de Procedimiento Civil*. Ecuador: Congreso Nacional.
- Núñez Pacheco, M. (2013). *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería*. Quito : Corporación Editora Nacional.
- Organización de las Naciones Unidas. (18 de Mayo de 2021). *Naciones Unidas*. Obtenido de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights#:~:text=Elaborada%20por%20representantes%20de%20todas,todos%20os%20pueblos%20y%20naciones>.
- Parada, R. (2012). *Derecho Administrativo I*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.a.
- Parejo, R., & Rodríguez, J. (1967). *Lecciones de dominio público*. Madrid: Ediciones Instituto Católico de Artes e Industrias.
- Pasquale, M. F. (2014). La función social de la propiedad en la obra de León Duguit: una re-lectura desde la perspectiva historiográfica. *Historia Constitucional*, 93-111.
- Pazmiño, D. (2013). *El dominio público hidráulico y los gobiernos autónomos descentralizados en el derecho administrativo iberoamericano*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Peréz Pejic, G. (2014). Primer ensayo sobre la función ambiental de la propiedad. *Lecciones y Ensayos*, 129-169.
- Pérez, E. (2009). *Derecho Administrativo Tomo II* (3a ed.). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pérez, M. d. (2014). La Función Social de la Propiedad Privada. Su Protección Jurídica. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 18-47.
- Planiol, M., & Ripert, G. (1998). *Derecho Civil* (Vol. 8 (Clásicos del Derecho)). México: Oxford.

- Público, S. d. (2014). *Manual del proceso de expropiación de bienes inmuebles*.
- Quinzacara, E. C. (2008). De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.*, 493-525.
- S. d. (5 de Agosto de 2014). Manual del Proceso de Expropiación de Bienes Inmuebles.
- Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, 12.054 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 15 de Mayo de 2011).
- Serna Vallejo, M. (2005). Los bienes públicos: Formación de su régimen jurídico. *Anuario de historia del derecho español*, 967-1012.
- Siches, L. R. (1986). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Editorial Porrúa .
- Torres, G. C. (2014). *Diccionario Jurídico Elemental*. Bogotá: Heliasta.
- Villar, J. (1964). La Translación del "Justum Pretium" a la Esfera de la Expropiación Forzosa. *Revista de administración pública*, 161-194.
- Weimar, A. N. (1930). *Constitución del Imperio Aleman*. Zaragoza : Athenaeum.