



**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK ECUADOR
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS**

Trabajo para la obtención del título de

**MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL Y LITIGACIÓN
ORAL**

**“La orden de ocupación inmediata en el procedimiento
expropiatorio vigente en la LOSNCP y el COGEP”**

Realizado por:

Pablo Guillermo Durán Chávez

Tutor de tesis

Mgs. Diego Patricio Gordillo Cevallos

Quito, Marzo 22 del 2019

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, PABLO GUILLERMO DURÁN CHÁVEZ, con cédula de identidad No. 1718415795, declaro bajo juramento que el trabajo aquí desarrollado es de mi autoría, que no ha sido previamente presentado para ningún grado a calificación profesional; y, que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración, cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondiente a este trabajo, a la Universidad Internacional SEK Ecuador, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

PABLO GUILLERMO DURÁN CHÁVEZ

C.C. 1718415795

DEDICATORIA

A mis tíos Pablo y Claudia, con quienes a más de los lazos consanguíneos, de afinidad y del padrinazgo que nos unen, nos ampara la lealtad como virtud inquebrantable de esta relación.

A ellos dedico el presente trabajo de investigación, en razón de haber sido las personas que a falta de mi madre –quien por procurarme lo necesario tuvo que trabajar-, estuvieron y están para mí incondicionalmente.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por permitirme seguir caminando y cosechando lo que algún día sembré.

A mis abuelos Guillermo (+) y Consuelo, por haber sido el puntal de la casa.

A mi madre Clara, te agradezco la vida, tú amor y apoyo incondicionales.

A mi padre Pablo, a quien honro y agradezco por haberme dado la vida.

A mis hermanas Gabriela y Daniela, por haberme dado razones suficientes para seguir adelante, mis sobrinas: Martina, Alejandra y Luciana.

A mi esposa Paulina, por tu paciencia, soporte y acompañamiento durante este proceso.

A mi hijo Juan Pablo, por ser mi motivación y por el tiempo que has sacrificado por verme culminado.

Al doctor Diego Gordillo Cevallos, por su guía y dedicación en el desarrollo del presente trabajo.

A la doctora María Luisa Bossano, por el apoyo y gestión brindados.

A los doctores Pablo Zambrano y Gabriel Galán, por su tiempo en la revisión de la presente tesis.

Gracias

ÍNDICE GENERAL

DECLARACIÓN JURAMENTADA.....	II
DEDICATORIA	III
AGRADECIMIENTOS	IV
ÍNDICE GENERAL	V
RESUMEN	VII
ABSTRACT	VIII
INTRODUCCIÓN.....	IX
Capítulo I.....	11
La Administración Pública	11
Antecedentes remotos.....	11
Potestades de la Administración Pública.....	16
El acto administrativo.....	22
Capítulo II.....	28
La Contratación Pública Ecuatoriana	28
La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.....	31
Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública	32
Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública	34
El Sistema Nacional de Contratación Pública	37
Principio de legalidad	39
Principio de transparencia	39
Principio de responsabilidad.....	40
Principio de economía	41
Principio de interés público	41

Procedimientos especiales.- Adquisición de bienes inmuebles.....	41
Capítulo III.....	46
Procedimientos	46
Utilidad Pública	48
Interés social.....	49
Sujetos de la declaratoria de utilidad pública o interés social	50
Expropiación.....	51
Expropiación urgente.....	53
Pago por consignación.....	55
Ocupación temporal.....	59
Ocupación inmediata	60
CONCLUSIONES	63
BIBLIOGRAFÍA	66

RESUMEN

El presente trabajo de investigación realiza un análisis jurídico de la orden de ocupación inmediata en el procedimiento expropiatorio vigente en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP) y el Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

En el primer capítulo se efectúa una breve génesis de la administración pública ecuatoriana, sus antecedentes, las potestades que tiene la administración pública, principalmente, la reglada y la discrecional y el acto administrativo. El segundo capítulo se refiere a la contratación pública ecuatoriana, la LOSNCPP y sus reformas, el Sistema Nacional de Contratación Pública, los principios que rigen para la declaratoria de utilidad pública o interés social, así como para la expropiación y el procedimiento especial de adquisición de bienes inmuebles contemplado en la LOSNCPP. El tercer y último capítulo desarrolla la parte adjetiva de la declaratoria de utilidad pública o interés social, la expropiación, su urgencia, el pago por consignación y la ocupación temporal e inmediata.

Finalmente, se redactan las conclusiones a las cuales se llegaron con el estudio, respondiendo al objetivo general y específico de la tesis.

Palabras clave:

Ocupación inmediata

LOSNCPP

COGEP

Declaratoria de utilidad pública

Expropiación

Consignación

ABSTRACT

The objective of this research is to make a legal analysis of the immediate occupation order, within the expropriation procedure in force in the Organic Law of the National System Government Procurement (LOSNCP) and in the General Organic Code of Processes (COGEP).

The first chapter contains a brief description of the Administrative Act and the Ecuadorian Public Administration, its backgrounds, its power, mainly the ruled and discretionary ones. The second chapter refers to the Ecuadorian Public Procurement, the LOSSNCP and its reforms. It also covers the National Public Procurement System, the principles that govern the declaration of public utility or social interest, also analyzes the expropriation and the special procurement procedure in force in the LOSNCP. The third and the last chapter develops the adjective part of the declaration of public utility or social interest, expropriation, its urgency, the payment by consignment and the temporary and immediate occupation.

Finally, the conclusions of this research are presented responding to the general and specific objective of this thesis.

Key Words:

Immediate occupation

Organic Law of the National Procurement System (LOSNCP)

General Organic Code of Processes (COGEP)

Declaration of Public Utility

Expropriation

Consignment

INTRODUCCIÓN

El Estado dentro de su concepción, ha tenido varios objetivos, entre estos, contratar la ejecución de obras, prestación de servicios, adquisición o arrendamiento de bienes, entre otros, tendientes a satisfacer necesidades públicas. En virtud de este objetivo, el Estado ejecuta planes para el desarrollo nacional, con la finalidad de erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y distribuir equitativamente los recursos y la riqueza.

En razón de dichos fines, el Estado en uso de sus prerrogativas, y a fin de ejecutar obras públicas en beneficio de los administrados, puede declarar de utilidad pública e interés social, los bienes inmuebles que considere necesarios para el cumplimiento de sus fines.

En dicho contexto, el Pleno de la Asamblea Nacional Constituyente, a través de Registro Oficial Suplemento No. 395 de 04 de agosto de 2008, expidió la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP), la cual derogó expresamente a la Ley de Contratación Pública que rigió en nuestro país aproximadamente 18 años. La referida norma recoge en su **CAPÍTULO V PROCEDIMIENTOS ESPECIALES, SECCIÓN III DE LA ADQUISICIÓN DE BIENES INMUEBLES** a la institución jurídica conocida como expropiación.

La LOSNCP ha sido objeto de varias reformas por parte de la Asamblea Nacional, que ha tratado de llenar los vacíos legales de esta legislación relativamente nueva. Una de ellas, referente a la adquisición de bienes inmuebles, cuyo procedimiento estaba previsto en el Código de Procedimiento Civil y actualmente en el COGEP.

La normativa vigente presenta ciertas contradicciones, que inducen tanto a la Administración Pública (entidades expropiantes) como a los administrados (expropiados), a cometer ciertos errores en los procedimientos de expropiación y consignación, respectivamente.

La LOSNCP prevé que, en el evento de no llegarse a un acuerdo directo entre las partes,

en lo referente al precio del inmueble, se podrá impugnar el acto administrativo de expropiación (precio), de conformidad con el trámite para el juicio de expropiación establecido en el COGEP.

Por otro lado, el COGEP, recoge la figura de la expropiación urgente, término de carácter muy subjetivo, que no se encuentra definido por ningún cuerpo legal; lo cual, se vuelve discrecional para las entidades expropiantes, respecto de la calificación de una expropiación.

En este sentido, si hablamos de la inexistencia de un juicio de expropiación, debemos cuestionar por qué razón el COGEP, señala que: en caso de expropiación urgente la o el juzgador al momento de calificar la demanda ordenará la ocupación inmediata del inmueble, siempre que a la demanda se acompañe el precio fijado en el avalúo comercial municipal.

Por su parte, la LOSNCP, abre la posibilidad de que, con acuerdo o sin acuerdo, una vez declarado un bien inmueble de utilidad pública e interés social, puede ocuparse inmediatamente el mismo, la única condición, es el pago o la consignación. El problema radica, en la competencia de la orden de ocupación inmediata; debe hacerlo un Juez, o puede hacerlo la propia entidad en uso de sus facultades.

Capítulo I

La Administración Pública

El presente trabajo de investigación se basa en un problema originario de la administración pública ecuatoriana, por lo que, cabe hacer referencia brevemente al proceso histórico. A través del tiempo, de los aciertos y desatinos que ha vivido nuestra administración pública, es posible identificar los siguientes períodos en que ésta se ha desarrollado.

Antecedentes remotos

En el Incario, el aparecimiento de la administración pública podía encontrarse en las formas primarias de organización de los movimientos indígenas, que vivieron en lo que actualmente constituye el territorio nacional, dichas formas, se caracterizaron por su simplicidad, surgidas de un sistema autóctono de valores. Este período, no tuvo cambios significativos orgánicamente, en razón de que, no se logró someter íntegramente a los pueblos de ese territorio; sin embargo, dicho sometimiento, trajo consigo nuevas costumbres, actividades, lengua y normas reguladoras (Rodríguez C. , 1987).

En la Colonia, específicamente en América, la Corona, con la finalidad de administrar de manera centralizada las riquezas de los pueblos, así como los aspectos: políticos, jurídicos y económicos, creó el Real y Supremo Consejo de Indias, órgano superior de última instancia encargado del tema político-social; y, la Casa de Contratación, órgano superior en materia económica financiera. Asimismo, se establecieron los Virreynatos y entre ellos el del Perú, al cual perteneció Quito en calidad de Tenencia de Gobernación (Rodríguez C. , 1987).

En 1563 se expide la Cédula Real, documento que estableció la organización territorial y político-administrativa de la Real Audiencia de Quito, dándole como territorios, a Jaen, Mainas y Quijos; y, determinando como Distrito, la provincia de Quito (Ontaneda, 1904).

Es importante destacar la influencia que tuvo la administración pública española en la

época colonial, lo cual puede colegirse en toda la formación organizativa que mantuvo en dicha época nuestro país, esto es, la centralización y unificación de todo el aparato estatal.

A partir del año 1789 con la revolución francesa, se marca un hito en la administración pública, es el nacimiento, formación y consolidación del derecho administrativo; revolución que, marcó el fin del feudalismo y del absolutismo.

Puede afirmarse que la filosofía política y la concepción del Estado que se impusieron con la Revolución Francesa, constituyen la fuente próxima del derecho administrativo. En ese sentido, podemos decir que el concepto de Estado de derecho, que constituyó uno de los principios rectores de esa Revolución, fue, a su vez, el punto de partida de esa rama del derecho (Rodríguez L. , 2005, pág. 295).

A partir de la revolución francesa, comienza la etapa de la República, muestra de toda esta formación organizativa, es la expedición de la Constitución Política Española de 1812, decretada para el buen gobierno y recta administración del Estado. Posteriormente, se expide la Constitución Gran Colombiana de 1830, cuya innovación, amén de la revolución francesa, es la división de poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, los tres, consagrados en la referida Constitución.

Cuando nació el Ecuador en 1830, el territorio efectivo que controlaba la autoridad estatal era el que giraba alrededor de los centros regionales Quito, Guayaquil y Cuenca. En 1832, el Ecuador tomó posesión oficial de las islas Galápagos, que denominaron archipiélago de Colón. (Ayala, 2003, pág. 204)

La Revolución Francesa como cabeza del rompimiento al viejo orden absolutista, trajo consigo grandes innovaciones, tales como: la inviolabilidad de la propiedad privada, el sistema de codificación, entre otros; éste último, con la finalidad de poner a disposición del mundo entero, un catálogo sencillo de normas jurídicas, que permita a los hombres gozar de plenitud de libertad y tener unos con otros un principio de igualdad (Monroy, 1991).

Posteriormente, se determinó la organización política, territorial y administrativa de una nación denominada Colombia, constituida por las provincias del Virreinato de la Nueva Granada y la Capitanía General de Venezuela. La Carta Constitucional en referencia, contempló como parte del Ministerio de Estado, a los siguientes departamentos: del Interior y Justicia; de Hacienda; de Guerra y Marina; y, de Relaciones Exteriores.

El 09 de julio de 1925, tuvo lugar en nuestro país un hecho histórico que se caracterizó por su carácter reformista, este hecho, es la revolución juliana. Entre los años 1925 – 1931, bajo la administración del doctor Isidro Ayora, se instauraron medidas de cambio en el sistema administrativo ecuatoriano, lo que provocó la expedición de varios cuerpos normativos, entre los que cabe mencionar: la Ley Orgánica de Hacienda, la Ley de Régimen Monetario, la Ley General de Bancos, la Ley Orgánica de Aduana, la Ley de Jubilación, entre otros, así como también, se crearon organismos tales como la Junta Monetaria, el Banco Central, la Contraloría General y la Superintendencia de Bancos.

Es importante señalar que, el propósito no fue transformar el funcionamiento de la administración pública, sino reorganizarla, lo cual conllevó varias reformas jurídicas trascendentales.

Para el caso que nos ocupa, es indispensable hacer referencia a la Ley Orgánica de Hacienda, decretada por el Senado y Cámara de Diputados de la República del Ecuador de 1863, vigente hasta 1927.

Entre los años señalados, específicamente, un mes antes de la revolución juliana, banqueros y comerciantes guayaquileños en carta dirigida al Presidente de la República de ese entonces, Gonzalo S. Córdova (derrocado el 09 de julio de 1925), expresaron la necesidad de contratar al profesor Edwin Walter Kemmerer (economista estadounidense, profesor de Economía en la Universidad de Princeton, contratado como asesor financiero y económico por los gobiernos de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México y Perú, con el

fin de consolidar la estabilidad monetaria), a fin de que reorganice, principalmente, las finanzas del país. Para el efecto, entre octubre de 1926 y marzo de 1927, se contrató una comisión integrada por expertos en tributación, contabilidad gubernamental y procedimientos de presupuesto, banca comercial, administración de aduanas, entre otros, comisión que se denominó Kemmerer; y, que sería la responsable de las reformas no solo en el ámbito monetario y bancario, sino también en lo que respecta a la hacienda pública y la modernización y fortalecimiento de instituciones y procedimientos (Almeida, 1994).

El 16 de noviembre de 1927 mediante Registro Oficial No. 488, se promulgó la Ley Orgánica de Hacienda, derogando expresamente en su artículo 272 a la Ley Orgánica de Hacienda de 21 de octubre de 1863. La Ley prenombrada resuelve crear la Dirección de Suministros para que se encargue de adquirir y suministrar a los departamentos y oficinas los materiales que se necesiten para el uso del Gobierno.

El hecho más importante respecto a la administración pública; y, particularmente del derecho público, es la creación del Tribunal Contencioso Administrativo en el año de 1954, donde nace la Jurisdicción Contencioso Administrativa; Tribunal con sede en la ciudad de Quito y jurisdicción en todo el territorio nacional. El 18 de marzo de 1968, se publicó en Registro Oficial No. 338, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y, posteriormente en el año 1992 se crean los Tribunales Contenciosos Administrativos y se los integra a la Función Judicial.

En el año 1977, se expide la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC), instrumento que en su parte considerativa realiza una breve génesis de lo que fuera el control y administración financiera hasta el año 1928. En el número 5.8, enuncia las reformas efectuadas en materia de contratación pública, tales como el informe del señor Contralor General en todo contrato que suponga el egreso de fondos públicos, así como el requisito de contar con disponibilidad de fondos, previo a la celebración de cualquier contrato

público.

Con la expedición de la Constitución de la República vigente (octubre de 2008), se establece en su artículo primero, una nueva forma de organización del Estado, esto es, un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico, organizado en forma de república y gobernado de manera descentralizada; lo que significa que, se incorporan nuevas competencias para las municipios, cantones y parroquias, hoy denominados gobiernos autónomos descentralizados, entes regulados por el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD.

Tradicionalmente el país, prácticamente desde su nacimiento como república, se ha organizado en provincias, cantones y parroquias. Así, la denominada “*división político administrativa*” cumplía dos finalidades, una viabilizar la representación política como la designación de legisladores provinciales, de consejeros o concejales y dos, la administración del Estado, pues, cada nivel territorial, implicaba una forma de organización administrativa que actuaba en el territorio, ya dependiente del nivel central, a través de lo que se denominaba el “*régimen seccional dependiente*”, ya con ciertos niveles de autonomía, lo que constituía el “*régimen seccional autónomo*”, integrado por consejos provinciales y municipios. Ahora, la norma constitucional trae una forma de organización del territorio que la diferencia de la tradicional por la presencia de las denominadas “*regiones autónomas*” y la posibilidad de institucionalizar las “*circunscripciones territoriales indígenas*”, dentro de los denominados regímenes especiales, ya reconocidos por la anterior Constitución, que incluye además a los distritos metropolitanos autónomos y la provincia de Galápagos. (Suing, 2010, pág. 18 y 19)

La nueva orientación territorial del Estado apunta a que la acción de los distintos

niveles de gobierno que tradicionalmente han regido y en alguna medida, se mantiene tanto en la Constitución vigente como en el flamante COOTAD, se traduzca gradualmente en la conexión horizontal de las regiones a fin de disminuir los desequilibrios territoriales, reconociendo la existencia de provincias extremadamente pobres y otras con alta concentración de riqueza. (Espinosa, 2012)

Como se puede inferir, a partir del año 1830 nuestro país contó con una Ley Orgánica de Hacienda, instrumento que regulaba el proceso y procedimiento público. A partir de la Constitución del 2008, resulta necesario la reforma o derogatoria de los cuerpos normativos vigentes a esa fecha, así como la expedición de nuevos instrumentos normativos, tal es el caso de la Ley de Régimen Municipal, la LOAFYC, el COOTAD, el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, el Código Orgánico Monetario y Financiero, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la Ley de Modernización del Estado, el Código Orgánico Administrativo, entre otros.

Potestades de la Administración Pública

Jorge Zavala Egas (2011), señala que potestad es “el poder público único del Estado, dosificado y distribuido para su efectivo ejercicio, en el cumplimiento de fines específicos, entre varios órganos, además, sometido al Derecho formal positivo, en el ámbito del cual, éste, siempre tiene la última palabra” (p. 235).

Por su parte Secaira (2004) define a la potestad pública, refiriéndose a esta como “la manifestación distributiva del poder del Estado” (p. 124). Las potestades que tiene la Administración Pública son variadas, para el caso que nos ocupa, la adquisición de bienes inmuebles (expropiación), podemos ubicarlas por la forma de atribución de dicha potestad, es decir, existe normativa de carácter reglada y también discrecional.

La potestad reglada, está dada por el principio de legalidad o también conocido como de sujeción a la ley, que se traduce en que, en derecho público solo podemos hacer lo que está

expresamente permitido; este principio, lo encontramos desde los inicios del Estado, en la obra intitulada origen de la familia, la propiedad privada y el Estado, la cual contiene un análisis histórico en el que se evidencia dentro de la Gens Iroquesa, las primeras manifestaciones de legalidad, entre estas, postulados como: “*lo que estaba fuera de la tribu, estaba fuera de la ley*” (Engels, 1999).

Rodríguez (2017) afirma: “En sentido práctico, el principio de legalidad constituye una limitación a la actividad de la administración, por cuanto significa que ella no puede hacer todo cuanto quiera sino solamente aquello que le permita la ley” (p. 105).

Gamero y Fernández (2017), respecto de la potestad administrativa señalan que:

(...) la potestad administrativa es un poder jurídico unilateral, reconocido para la satisfacción del interés general, sometido a la ley, a control jurisdiccional y a garantías de alcance constitucional, cuyo ejercicio es obligado para su titular, quien la ostenta en virtud de una atribución articulada conforme al principio de legalidad (p. 74).

En esa misma línea, Pérez Portilla -como se citó en Islas (2009)-, sostiene que:

(...) el principio de legalidad demanda la sujeción de todos los órganos estatales al derecho; en otros términos, todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales debe tener apoyo estricto en una norma legal, la que, a su vez, debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución (p. 102).

Dicho principio, se encuentra consagrado en el artículo 226 de nuestra Constitución, que manda: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley (...)”.

Consecuentemente, existe una potestad reglada cuando la disposición legal que atribuye la

potestad define clara, completa e integralmente los elementos de hecho y las consecuencias jurídicas de la decisión administrativa; y, existe potestad discrecional, cuando las atribuciones dadas por la potestad administrativa, no señala de forma clara, completa y precisa, los supuestos fácticos o las consecuencias jurídicas de tales presupuestos, de tal manera que, en esos casos, la administración goza de cierta libertad de apreciación o de juicio para determinar la solución que debe adoptar entre las diversas probabilidades que se derivan de la ley (Rodríguez L. , 2017).

La potestad reglada limita a la Administración a la comprobación del supuesto fáctico o de hecho que se encuentra total y acabadamente descrito en la norma y, por tanto, declarar y aplicar la consecuencia jurídica que también la Ley ha determinado en forma completa. En la potestad discrecional, siempre existirá una dosis de subjetividad que es la que completa la figura legal que determina el ejercicio de la potestad o su específico contenido. (Zavala, 2011, págs. 257 - 258)

Es importante señalar que la potestad discrecional no puede ser asumida *per se* por parte de la administración pública, si no existe la potestad reglada; es decir, la discrecionalidad de la ley es inmanente a la potestad reglada. Zavala Egas, considera respecto de esta aseveración, que:

Para ser verdadera debe consignar cuáles son los elementos que siempre son reglados por la Ley en toda potestad discrecional y sostienen los profesores españoles que éstos son: 1) La existencia misma de la potestad; 2) Su extensión (que nunca podrá ser absoluta...); 3) El fin, porque todo poder conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser una finalidad pública y, concluyen afirmando, que el ejercicio de toda potestad discrecional es una complejo de elementos determinados y de otros

configurados por la apreciación subjetiva de la Administración que ejecuta. (Zavala, 2011, págs. 258 - 259)

Esta atribución de potestades, poderes o prerrogativas, es parte del obrar administrativo, consecuencia de la observancia y aplicación de una norma dictada previamente; sin embargo, quien la crea, no siempre tendrá presente ni a su alcance, todas las alternativas y casuísticas que se generarán alrededor de determinada hipótesis jurídica, lo que evidentemente provocará que el administrador público en su resolución, se enfrentará a una serie de circunstancias de oportunidad y conveniencia que el legislador ni siquiera se imaginó al momento de confeccionar la norma (Morales, 2011).

El ejercicio de la potestad pública de expropiar, se prevé en el artículo 323 de nuestra Carta Fundamental, al disponer que, con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, pueden declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley.

Ahora bien, como podemos observar, la potestad para expropiar es eminentemente reglada. A continuación, demostraremos a manera de ejemplo, uno de los casos en que el procedimiento para expropiar, así como la forma de instrumentarlo, puede considerarse discrecional.

La LOSNCP determina en su artículo 58, lo siguiente:

“(...) **Declaratoria de utilidad pública.-** Cuando la máxima autoridad de la institución pública haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble, necesario para la satisfacción de las necesidades públicas, procederá a la declaratoria de utilidad pública y de interés social de acuerdo con la Ley (...)”.

Por su parte, el Reglamento General a la LOSNCP, establece que:

“**Art. 62.- Declaratoria de utilidad pública.-** Salvo disposición legal en contrario, la

declaratoria de utilidad pública o de interés social sobre bienes de propiedad privada será resuelta por la máxima autoridad de la entidad pública, con facultad legal para hacerlo, mediante acto motivado en el que constará en forma obligatoria la individualización del bien o bienes requeridos y los fines a los que se destinará. Se acompañará a la declaratoria el correspondiente certificado del registrador de la propiedad.

(...)

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

La LOSNCP no prevé cual es el instrumento legal a través del cual se perfecciona la declaratoria de utilidad pública o interés social; su Reglamento General, tampoco lo hace, únicamente, se menciona en el último inciso del artículo 62, que la resolución será inscrita en el Registro de la Propiedad. En este caso, nos encontramos frente a una potestad discrecional de la administración pública, en el sentido de que, debemos asumir que el acto motivado -al cual hace mención el referido artículo-, es un acto administrativo, que se instrumenta a través de una resolución.

Cabe destacar que la norma jurídica en materia de contratación pública, debe ser expresa, ya que el principio de legalidad, es uno de los pilares sobre los cuales se asienta esta rama del derecho; asimismo, la LOSNCP, determina en el numeral 3 del artículo 9, que es objetivo prioritario del Estado, en materia de contratación pública, el garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública.

De lo expuesto podemos colegir que, en ciertos procesos y procedimientos de la contratación pública, existe discrecionalidad. Dicha potestad, aplicada en legal y debida

forma, puede resultar muy favorable para la exteriorización de la voluntad de la administración pública, el problema radica cuando supera esta discrecionalidad, se convierte en arbitrariedad.

Para el efecto, en nuestro país, el COA, ha tratado de implantar un candado al tema de la arbitrariedad, recogiendo en su artículo 18, un principio denominado de interdicción de la arbitrariedad, que obliga a que los organismos que conforman el sector público, emitan sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad y no puedan realizar interpretaciones arbitrarias. Adicionalmente, reconoce que el ejercicio de las potestades discrecionales, deberá observar los derechos individuales, el deber de motivación y la debida razonabilidad.

En el año 2002 (vigente a la presente fecha), se expidió el instrumento denominado “Reglamento para el control de la discrecionalidad”, el cual ordena en su artículo 2, que la potestad discrecional de la administración pública en la producción de actos administrativos, se encuentra justificada en la presunción de racionalidad con que aquella se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos a tener en cuenta en su decisión, a fin de que la potestad discrecional bajo la cual actúa, no sea arbitraria, ni sea utilizada para producir una desviación de poder, sino antes al contrario, ha de motivarse en una situación fáctica probada; valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine; e, interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue.

De igual forma determina que la discrecionalidad respaldada por el derecho, implica para el órgano público, la elección de una entre varias opciones igualmente válidas, siempre y cuando se encuentre dentro de los límites de la potestad y de la competencia del órgano.

Asimismo, el artículo 11 del instrumento en referencia, prevé que la discrecionalidad se encuentra íntimamente ligada con la proporcionalidad, al señalar que: las medidas que el acto

discrecional involucre, deben ser proporcionalmente adecuadas a la finalidad perseguida. En dicho contexto, es necesario hacer referencia de manera breve, a la proporcionalidad.

A fin de entender la teoría de la ponderación, también llamada de pesos y contrapesos, o simplemente de proporcionalidad, resulta preciso explicar la base de la teoría de las normas, particularmente, las reglas y los principios.

Las reglas son mandatos definitivos, que en su mayoría, ordenan algo para el caso de que satisfagan determinadas condiciones. Lo decisivo es que, si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe aplicarse de manera exacta de como manda; si se lo hace, la regla se cumple, caso contrario, se incumple. Consecuentemente, las reglas pueden cumplirse o incumplirse. Los principios por su parte, son mandatos de optimización, es decir, también son normas, que ordenan que algo se realice de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas (Alexy, 2008).

Alexy (2008), concluye que tanto reglas como principios son categorías del género norma. En esa línea, no hay espacio para confusión alguna. Tanto las reglas como los principios son enunciados prescriptivos que disponen, prohíben o permiten determinados actos humanos.

El uso de este principio se ha ido extendiendo al examen de las intervenciones legislativas, administrativas, judiciales y de los particulares sobre todos los derechos fundamentales, en el que su tercer elemento, es decir, la ponderación, se ha vuelto casi imprescindible.

El principio de proporcionalidad está compuesto por tres subprincipios: a) idoneidad; b) necesidad; y, c) proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir.

El acto administrativo

La administración pública emite y ejecuta actos de variada condición, es por ellos que su estudio es de suma importancia en el derecho administrativo, en razón que, de ellos emana la voluntad de la administración pública (Secaira, 2004).

Entre las formas más comunes de expresión jurídica de la administración pública, tenemos: los actos administrativos, los hechos administrativos y los actos de simple administración.

Uno de los rasgos que caracteriza a la actividad administrativa contemporánea consiste en la injerencia progresiva del Estado en campos antaño reservados a la iniciativa individual. El Estado de nuestros días no se contenta ya con ser un mero espectador pasivo de cuanto acontece a su alrededor sino que interviene en nuevos y variados sectores tanto, por ejemplo, cuando impulsa y promueve el desarrollo de actividades vinculadas a la prosperidad y bienestar de sus habitantes como en aquellos supuestos en que realiza una acción limitativa de los derechos individuales con una finalidad de interés público (Cassagne, 2018, págs. 575 - 576).

Uno de los sectores donde interviene el Estado, con el afán de impulsar y promover el desarrollo, satisfacer necesidades públicas, tales como propiciar programas de urbanización y vivienda de interés social, construcción, ampliación o remodelación de obra pública, entre otros, es en la adquisición de bienes inmuebles.

El Estado interviene en la expropiación de bienes inmuebles, siempre y cuando, existan causas de utilidad pública e interés social; una vez que determine dichas causas, emite un acto motivado, a través del cual exterioriza su intención de declarar de utilidad pública e interés social un determinado bien inmueble. Este acto motivado, corresponde a la definición de acto administrativo, tal y como lo demostraremos a continuación:

La noción de acto administrativo cumple meramente una función metodológica y sistematizadora dentro del derecho administrativo; está desprovista, en consecuencia, de caracteres dogmáticos que exijan arribar a una definición determinada como única válida y verdadera; en verdad, son admisibles tantas definiciones de acto administrativo como sistemas doctrinarios existan en el derecho público, y ellas serán

válidas en cuanto armonicen dentro del sistema conceptual en que se las ubica (Gordillo, 2004, pág. 193).

Actualmente, en nuestro país, la situación del derecho administrativo, se transformó formidablemente, a raíz de la vigencia del COA. La definición y creación de ciertas instituciones, son distintas de las que existían al momento de promulgarse el referido cuerpo legal.

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), define al acto administrativo como “toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”.

Por su parte el COA, complementa la definición ut supra, señalando que: “es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa (...)”.

Como podemos apreciar, el COA, establece que el acto administrativo no solo produce efectos jurídicos individuales de forma directa, sino también generales. Asimismo, una de las innovaciones que trae consigo el COA, es que, se considera acto administrativo, siempre y cuando se agote con su cumplimiento y de forma directa.

En tal virtud, consideramos menester efectuar un análisis de los elementos del acto administrativo; y, esencialmente, determinar si el acto motivado, al que hacen mención la LOSNCP y el COOTAD, respecto de la declaratoria de utilidad pública e interés social, corresponde a un acto administrativo, o se encasilla en otra de las formas de actuación administrativa.

Como bien lo enuncia la norma, la declaratoria de utilidad pública o interés social, es una **declaración**, ya que, la administración pública expresa su decisión administrativa de manera formal y motivada. Con la vigencia del COA, dicho acto, debe expedirse por cualquier medio

documental, físico o digital, cuya constancia formará parte del expediente administrativo; para el caso de la declaratoria de la referencia, debe ser a través de un medio físico, a fin de cumplir con el supuesto establecido en el inciso quinto del artículo 58 de la LOSNCP, esto es, la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Una de las características del acto administrativo, que ha causado bastante polémica a nivel doctrinario, es la **unilateralidad**, la gran mayoría de tratadistas –con quienes compartimos criterio-, consideran que el acto administrativo es unilateral; sin embargo, hay otros, como el padre del derecho administrativo mexicano –Jorge Fernández Ruíz-, quien al distinguir al acto administrativo, señala que:

Pese a su diversidad, los actos administrativos pueden catalogarse de varias maneras; por ejemplo, en atención al número del acto, se clasifican en bilaterales y unilaterales; en cambio, en razón de los sujetos a quienes afecta, se distinguen los actos individuales de los generales. (Fernández J. , 2009, pág. 161)

No obstante de lo señalado, la declaratoria de utilidad pública e interés social, es unilateral, debido a que, la resuelve y suscribe, la autoridad competente de la administración pública.

En la obra Curso de Derecho Administrativo, Secaira (2004), describe al elemento **voluntad**, como “(...) la capacidad legal que tiene la administración pública para decidir sobre asuntos de su competencia; es el ánimo administrativo para hacer alguna cosa, siempre sujeto a la ley y en función del bien común” (p.180). Este elemento, va fusionado con el de la **competencia**, ya que la condición de la voluntariedad, no puede ser ejercida por cualquier servidor de la administración pública; sino que, debe ser efectuada en ejercicio de una función administrativa.

El autor *ibídem*, manifiesta que los actos administrativos tienen la característica de ser ejecutorios; es decir, la administración emisora de la decisión tiene la capacidad de hacerla

cumplir inmediatamente, siempre y cuando hayan sido publicitados en forma legal, mediante la notificación respectiva al administrado a quien va dirigida la resolución. Es decir los **efectos jurídicos** se generan al momento mismo de haberse expedido la decisión pública y de notificada a quien va dirigida.

En el caso de la declaratoria de utilidad pública e interés social, inexorablemente debe cumplirse con este elemento, debido a que la LOSNCP manda en el inciso tercero del artículo 58 que, la declaratoria debe ser notificada a los propietarios, posesionarios y a los acreedores hipotecarios de los bienes a ser expropiados, dentro de los tres días de haberse expedido la referida declaratoria, con lo cual, causa efectos jurídicos individuales.

El siguiente elemento, es una de las innovaciones del COA, en razón de que ni la doctrina, ni el ERJAFE, ni el COOTAD, consideran a este elemento. Nos referimos a que, para que ser considerado como acto administrativo, este, debe **agotarse con su cumplimiento y de forma directa**, en el caso de la declaratoria de utilidad pública e interés social, procesalmente éste acto, no se agota con su cumplimiento, ya que, posterior a ello, se tienen dos opciones: la primera, buscar un acuerdo entre las partes que permita transferir el dominio al Estado para continuar con el objetivo de la declaratoria; y, la segunda, en el evento de no llegar a un acuerdo, se emite un nuevo acto administrativo, la expropiación.

Sin embargo de lo manifestado, la declaratoria de utilidad pública e interés social, agota otros fines en sí misma, más allá del derecho de propiedad de los afectados, verbigracia, al momento de la inscripción de la declaratoria en el Registro de la Propiedad, se cancelarán las inscripciones respectivas, en la parte correspondiente, de tal forma que el inmueble queda libre y privado de inscribir cualquier gravamen, a excepción del que requiera la entidad que emitió la declaratoria de utilidad pública e interés social.

Finalmente, existe un elemento de singular importancia que el COA no recogió en su definición -pero si como un requisito de validez-, este es, la **motivación**. La propia LOSNCP

y el COOTAD, coinciden en que la declaratoria de utilidad pública e interés social, debe ser resuelta a través de un acto debidamente motivado, por lo que, es necesario referirnos a este elemento amparado constitucional y legalmente.

Nuestra Constitución reza en su artículo 76 que, en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá, entre otras, el derecho a la defensa, mismo que contiene intrínsecamente, la garantía de que las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. Asimismo, el referido enunciado describe de manera general lo que conlleva que una resolución carezca de motivación, esto es, cuando en la resolución no se han enunciado las normas o principios jurídicos en que se funda y no se ha explicado la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho; situación que, acarreará la nulidad de dicho acto.

Por su parte el COA, considera que un acto administrativo es motivado, cuando: a) Se ha señalado la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance; b) La calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo; y c) La explicación de la pertinencia del régimen jurídico aplicable invocado en relación con los hechos determinados.

La Corte Constitucional del Ecuador respecto de la motivación, ha señalado en la sentencia número 039-15-SEP-CC, Caso No. 2223-13-EP de 11 de febrero de 2015, lo siguiente: “(...) Por lo tanto, la motivación no consiste únicamente en el anuncio de hechos, normas y su confrontación; sino que debe sustentarse, bajo parámetros que permitan evidenciar la utilización de la lógica y la argumentación jurídica, y que las partes y el auditorio social en general, adviertan que la decisión adoptada ha sido fruto de un verdadero ejercicio intelectual (...).”

Como podemos dejar demostrado en el presente capítulo, el Estado, a través de la administración pública, es el encargado de la justicia social, entiéndase a ésta, como la

relación generada entre los miembros de la sociedad, la administración de la toma de decisiones de una sociedad, la satisfacción de bienes, obras o servicios en beneficio de la sociedad, entre otras. En dicho encargo, ejercido a través del mandato, la administración pública se halla investida de ciertas potestades, en algunos casos regladas y en otros discrecionales.

La declaratoria de utilidad pública o interés social, así como la declaratoria de expropiación, contienen todos los elementos de un acto administrativo, por lo tanto, de conformidad con lo que manda el artículo 173 de nuestra Carta Primera, pueden impugnarse en sede administrativa o judicial.

Capítulo II

La Contratación Pública Ecuatoriana

Históricamente, la administración pública funcionaba como un aparato meramente represor y al servicio del monarca absoluto, sin someterse a normas jurídicas en su funcionamiento. La Administración moderna, comienza a girar entorno a actividades públicas, sin tomar en cuenta la actividad privada, razón por la cual las normas jurídicas que regulaban su funcionamiento, debían ser aplicadas exclusivamente a la administración pública.

Estas normas, eminentemente públicas, al irse desarrollando e incrementando con el paso del tiempo, dieron lugar al nacimiento de una rama especial del derecho, el derecho administrativo; con carácter regulador del funcionamiento y de los derechos y deberes de la administración pública, a diferencia del derecho privado, cuyo ámbito se circunscribía a las relaciones entre los particulares.

En estas primeras apariciones del derecho administrativo, no existían los contratos administrativos como institución jurídica específica, ya que el aparato administrativo era autosuficiente para atender por sí mismo las necesidades de la sociedad. En este sentido, vale

la pena cuestionarse sobre el surgimiento de los contratos administrativos como contratos dotados de una regulación distinta a la de los contratos privados.

Para llegar a la actuación pública actual, fue crucial que se denotara un proceso evolutivo desde la intervención administrativa hasta dicha actuación pública, tomando en cuenta las áreas que afectan al normal y correcto funcionamiento de la sociedad, dentro de lo cual se encuentran las siguientes etapas:

El Estado moderno como consecuencia de la revolución francesa se tornó liberal, lo cual suponía una amputación de la administración en los asuntos privados. Esto, unido a la revolución industrial que tuvo lugar a lo largo del siglo XIX, dio paso a lo que hoy conocemos como capitalismo, que con el transcurso del tiempo ubicó una situación insostenible de explotación entre ciudadanos.

La resultante de este proceso, provocó que la mayoría de países europeos, formaran grupos prerrevolucionarios que, reaccionando contra el liberalismo capitalista, propugnaban el predominio absoluto de los intereses de la sociedad, de lo colectivo y, por tanto, del Estado sobre los intereses particulares de cada individuo. Tras estos estallidos revolucionarios, la concepción del Estado empieza a evolucionar en primer lugar hacia lo que conocemos como Estado Social de Derecho; y, en el caso del Ecuador, a partir del año 2008, un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

El avance y el progreso de dichas actuaciones públicas, provocó que el Estado a través de sus instituciones, utilice la contratación pública con particulares, a efectos de atender las necesidades públicas de determinados servicios, bienes u obras, lo que dio lugar al nacimiento de la contratación pública.

Para el cabal entendimiento de las circunstancias históricas, administrativas y jurídicas que inspiraron la modificación del régimen contractual público en el Ecuador, hasta concretarse la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es

indispensable hacer referencia a la Ley Orgánica de Hacienda, decretada por el Senado y Cámara de Diputados de la República del Ecuador de 1863 (vigente hasta 1927). La referida norma disponía en su artículo 124, que: “Poder Ejecutivo.- Ni por sí, ni por medio de sus agentes [sic], podrá perfeccionar ningún contrato, sin que ántes [sic] haya sido publicado por la prensa con cierta anticipación en el periódico oficial si lo hubiere, o en una hoja suelta, y todo contrato que se celebre sin este requisito será nulo.”.

El 16 de noviembre de 1927 mediante Registro Oficial No. 488, se promulgó la Ley Orgánica de Hacienda, derogando expresamente en su artículo 272 a la Ley Orgánica de Hacienda de 21 de octubre de 1863. La Ley prenombrada resuelve crear la Dirección de Suministros para que se encargue de adquirir y suministrar a los departamentos y oficinas los materiales que se necesiten para el uso del Gobierno. Cabe señalar que el artículo 268 guarda el contenido del artículo 124 de la derogada Ley, con la inclusión de que, como requisito para perfeccionar cualquier contrato público, debe ejecutarse bajo la figura de licitación.

Posteriormente en el año 1977, se expidió la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC), instrumento que en su parte considerativa realiza una breve génesis de lo que fuera el control y administración financiera hasta el año 1928. En el número 5.8, enuncia las reformas efectuadas en materia de contratación pública, tales como el informe del señor Contralor General, en todo contrato que suponga el egreso de fondos públicos, así como el requisito de contar con disponibilidad de fondos, previo a la celebración de cualquier contrato público.

La Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas de 1974 ya se refería a una Ley de Contratación Pública, la cual finalmente se expidió en 1990 que, con varias reformas, se encontraba vigente como Codificación de la Ley de Contratación Pública (2001), hasta agosto de 2008, en que se expiden la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Pérez E. , 2009, pág. 741).

El Pleno de la Asamblea Nacional Constituyente, el 04 de agosto de 2008, expidió la Nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, derogando expresamente la Ley de Contratación Pública que rigió en el país por el espacio de dieciocho años. Dicha norma ha sido objeto de sendas reformas, entre la cuales principalmente tenemos: a) Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; b) Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública; c) Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera.

Es importante citar a la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestaciones de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada de 1993 y su Reglamento, que introdujo normas respecto de otras modalidades de contratación administrativa, tales como los contratos de concesión de obra y servicio público, a los cuales no les es aplicable la normativa sustantiva y adjetiva de contratación pública. Sin embargo, la referida norma, fue derogada por el Código Orgánico Administrativo, tras su entrada en vigencia el 07 de julio de 2018.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

El Pleno de la Asamblea Nacional Constituyente, considerando la necesidad de crear un Sistema Nacional de Contratación Pública, que armonice a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución para la contratación de bienes, obras y servicios incluidos los de consultoría, que se realicen con recursos públicos, expidió el 04 de agosto de 2008, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la cual fue promulgada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de la misma fecha.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1700 de 30 de abril de 2009, se expidió el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante

RGLOSNCNCP), publicado en el Registro Oficial Suplemento Nro. 588 de 12 de mayo del 2009, estableciendo así la nueva normativa procedimental en la cual se han enmarcado todas las contrataciones del sector público, lo cual entendemos ha generado mayor agilidad en los procesos de contratación, una participación activa de proveedores; aunque el ahorro de recursos no logre una afirmación rotunda.

La LOSNCP, ha sido objeto de constantes reformas por parte de las autoridades legislativas, las cuales han tratado con mayor o menor acierto, de adecuarla a la realidad administrativa y contractual de nuestro país. Con la expedición de la Ley Orgánica Reformatoria de la LOSNCP en el Registro Oficial Suplemento No. 100 de 14 de octubre de 2013, se reformó a esa normativa, consecuentemente, el RGLOSNCNCP, expedido mediante Decreto Ejecutivo 1700, que asimismo derogó el Reglamento inicial de la LOSNCP expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 1248 y publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 399 de 8 de agosto de 2008, a la fecha, ha sido modificado.

Por otro lado, el SERCOP, en cumplimiento de lo dispuesto en la disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica Reformatoria de la LOSNCP, el 31 de agosto de 2016, expidió la Resolución Nro. RE-SERCOP-2016-0000072, que contiene la codificación y actualización de todas las resoluciones emitidas por el INCOP y SERCOP, respectivamente, la cual a la presente fecha, también ha sido objeto de varias modificaciones.

Finalmente, el 20 de marzo de 2017, se publicó en el Registro Oficial Suplemento Nro. 966, la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, la cual sustituyó en su totalidad, al contenido del artículo 58 de la LOSNCP y su Reformatoria, el cual, es el objeto del presente trabajo de investigación.

Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

El Pleno de la Asamblea Nacional Constituyente, considerando la necesidad de introducir reformas a la LOSNCP, para profundizar la transparencia en los procesos de contratación

pública, incluir a los actores de la economía popular y solidaria y generar beneficios al conjunto de la sociedad, propuso entre otras, la reforma del artículo 58 de la LOSNCP, en los siguientes términos:

Como primera reforma, se propone cambiar el texto del segundo inciso que disponía: “Perfeccionada la declaratoria de utilidad pública o de interés social, se buscará un acuerdo directo entre las partes, por el lapso máximo de noventa (90) días.”.

La esencial modificación que realizan, es incorporar como condición de la declaratoria de utilidad pública a interés social, a la figura de la ocupación inmediata del bien inmueble objeto de la expropiación; independientemente, del acuerdo directo que se llegue a tener o no entre las partes. Dicha figura será analizada en el capítulo III del presente trabajo.

Asimismo, se propone cambiar el séptimo inciso del artículo en referencia, en el sentido de que, si no fuera posible llegar a un acuerdo entre las partes, se procederá conforme al juicio de expropiación, en el cual, el Juez en su resolución, no estará obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Municipalidad; sin embargo, en ningún caso, la orden de pago podrá superar a 1.4 veces el valor de la propiedad.

Mediante oficios Nro. AN-CEGADCOT-230-11 de 21 de septiembre de 2011, y Nro. AN-CEGADCOT-264-12 de 23 de enero de 2012, suscritos por la Comisión Especializada Permanente de Gobiernos Autónomos, Descentralización, Competencias y Organización del Territorio, se remitió al Presidente de la Asamblea Nacional de ese entonces, los documentos denominados “informe para primer y segundo debate, respectivamente, del proyecto de Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”; documentos que dentro de los puntos de análisis de los proyectos presentados, describen los cambios propuestos a la LOSNCP.

Es importante señalar que, en la revisión efectuada a todos y cada uno de los puntos referidos por la Comisión prenombrada, se coligió que en ninguno de ellos, se hizo referencia

a la modificación del artículo 58 de la LOSNCP.

Mediante oficio Nro. T.1056-SNJ-13-753 de 29 de agosto de 2013, el Presidente Constitucional de la República, a esa fecha, remitió a la Presidenta de la Asamblea Nacional de ese entonces, la objeción parcial al proyecto de Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Dentro del análisis efectuado por el Ejecutivo, no se analiza la figura de la ocupación inmediata; no obstante, se destaca en el número 3, el análisis referente a que el precio final de los bienes inmuebles, objeto de la expropiación, no puede estar sujeto a criterio del Juez, como lo disponía la LOSNCP en el inciso séptimo del artículo 58, esto es: “(...) El Juez en su resolución no está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad.”.

La justificación del Ejecutivo para proponer el cambio del inciso de la referencia, en el sentido de que, el Juez si está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Municipalidad, es que, el Municipio, es la entidad competente y responsable de definir el precio de los bienes inmuebles, situación que la ejecuta con base en elementos técnicos y objetivos.

Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública

El Pleno de la Asamblea Nacional, considerando que era necesario homologar las normas sobre expropiación contenidas en la LOSNCP, el COOTAD y otras normas relacionadas, propuso entre otras, la reforma integral del artículo 58 de la LOSNCP. Para el tema objeto del presente trabajo, se analizarán las reformas atinentes a la orden de ocupación inmediata, así como a la falta de acuerdo en el precio del inmueble.

Con la reforma, el plazo que tiene la institución pública requirente, para buscar un acuerdo directo entre las partes, ya no será de 90 días, sino de 30; y, para que proceda la ocupación inmediata del bien inmueble objeto de la declaratoria, constituye un requisito el pago previo o la consignación en caso de no existir acuerdo.

En el evento de existir falta de acuerdo directo entre las partes, la reforma manda que la institución pública requirente, deba emitir el acto administrativo de expropiación considerando como precio, el valor que establezca el avalúo catastral de la respectiva municipalidad. Dicho acto será impugnado por el afectado ante los jueces de lo contencioso administrativo, exclusivamente en cuanto al precio; y, se observará el trámite previsto para el juicio de expropiación en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

A continuación es necesario analizar los debates previos a la promulgación de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, en razón de que se dispone que el trámite previsto para el juicio de expropiación, es el que consagra el COGEP; no obstante, en dicho cuerpo normativo, no se prevé a la expropiación, como una acción en el procedimiento contencioso administrativo. Sin embargo, se contemplan también a las del pago por consignación y a las controversias en materia de contratación pública.

Cabe destacar que, el COGEP según su ámbito de aplicación, es un cuerpo normativo que regula la actividad procesal más no establece competencias, ya que las mismas las regula el Código Orgánico de la Función Judicial, por ello dispone en su artículo 327 que, todas las acciones contencioso administrativas se tramitarán en procedimiento ordinario, salvo las acciones relativas al silencio administrativo positivo y las de pago por consignación que se tramitarán en procedimiento sumario. Es allí donde nace el primer problema de la reforma, en razón de que, como acciones que pueden tramitarse en procedimiento sumario, están las controversias generadas por falta de acuerdo en el precio a pagar por expropiación; y, como acciones contenciosas administrativas que se tramitarán en procedimiento ordinario, están las controversias en materia de contratación pública.

Por lo tanto, al ser la adquisición de bienes inmuebles, un procedimiento de contratación pública, que conlleva una posible expropiación y consignación de pago, debería a mi entender tramitarse bajo el procedimiento ordinario.

Mediante oficio Nro. 571-2015 AN-CEGADCOT de 12 de marzo de 2015, la Comisión Especializada Permanente de Gobiernos Autónomos, Descentralización, Competencias y Organización del Territorio, remitió para primer debate a la Presidenta de la Asamblea de ese entonces, el Proyecto de Ley Reformativa a la LOSNCP y al COOTAD. El referido informe, tiene por objeto, entre otras cosas, solucionar los problemas vinculados con la especulación del suelo que limitan la gestión expropiatoria del Estado y retrasan la ejecución de obras públicas impulsadas por el Gobierno Central, así como homologar las disposiciones contenidas sobre expropiaciones en el COOTAD y en la LOSNCP.

De la revisión efectuada al informe para primer debate, se desprende que se realizó un análisis para la determinación del justo precio, las incorporaciones referentes al anuncio del proyecto, la recuperación de la plusvalía, la homologación de las normas del COOTAD con la LOSNCP, pero no se evidenciaron temas de relevancia procesal, como es, el que el COGEP, no prevé un juicio de expropiación; o, por qué es necesario ordenar la ocupación inmediata de un bien inmueble declarado de utilidad pública e interés social; y, quién es la autoridad competente para disponerlo.

Mediante oficio Nro. 154-2016-AN-CEGADCOT de 09 de diciembre de 2016, la Comisión Especializada Permanente de Gobiernos Autónomos, Descentralización, Competencias y Organización del Territorio, remitió para segundo debate a la Presidenta de la Asamblea de ese entonces, el Proyecto de Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, cuyo objeto fue reformar varios cuerpos normativos vinculados con la contratación de obra pública y de esta manera optimizar esos procesos, garantizando su eficiencia técnica y económica, precautelando los recursos públicos. Del análisis realizado al informe precitado, se desprende que, este documento, tampoco consideró temas de trascendencia procesal, como los invocados en el párrafo anterior.

Mediante oficio Nro. T.6659-SGJ-17-0103 de 08 de febrero de 2017, el Presidente

Constitucional de la República, remitió a la Presidenta de la Asamblea Nacional de ese entonces, la objeción parcial al proyecto de Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública.

Dentro del análisis efectuado por el Ejecutivo, entre otras cosas, recoge la figura de la ocupación inmediata, en el sentido de que, sería adecuado fijar una regla para la procedencia de esta figura, esto es, la posibilidad de que el afectado, pueda retirar el valor consignado en cualquier momento, sin perjuicio de continuar con la impugnación del precio en vía judicial.

Es importante señalar que la reforma en análisis, propuso la derogatoria de los artículos 448 al 459 y 487 del COOTAD, los cuales contenían el procedimiento de expropiación. De esta manera, la reforma estableció que para la determinación del justo precio, así como para el procedimiento y demás aspectos relativos a la expropiación, se aplicará lo dispuesto en la LOSNCP.

En virtud de lo expuesto, se puede concluir que pese a existir trascendentales reformas a la LOSNCP, no existe una debida exposición y explicación de motivos, que permitan entender procesalmente, quien es la autoridad competente para emitir la orden de ocupación inmediata de un bien inmueble declarado de utilidad pública e interés social; y, que acción o procedimiento debe aplicarse para tramitar los conflictos en materia de expropiación: procedimiento sumario (pago por consignación – falta de acuerdo en el precio a pagar por expropiación); o, procedimiento ordinario (controversias en materia de contratación pública) lo cual afecta la seguridad jurídica tanto de los administrados como de las entidades del sector público.

El Sistema Nacional de Contratación Pública

Con la vigencia de la LOSNCP, nace el Sistema Nacional de Contratación Pública – SNCP-, que es el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración

y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes. Forman parte del SNCP las entidades sujetas al ámbito de esta Ley.

El SNCP, cuyo órgano rector es el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), tiene entre sus objetivos prioritarios, el de garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública, sin embargo de ello, como se analizó en el capítulo primero del presente trabajo, existe mucha discrecionalidad aún, en ciertos aspectos de la normativa.

El SERCOP entre sus atribuciones, tiene la de dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la LOSNCP, por lo que, podría ser el órgano que aclare o complemente los vacíos que existen, en cuanto a la orden de ocupación inmediata.

El artículo 1 de la LOSNCP, constituye el ámbito de aplicación de dicha norma, determinando los principios y normas que todos los organismos y dependencias del sector público, deben observar y aplicar, cuando requieran contratar la adquisición o arrendamiento de bienes, la prestación de servicios, incluidos los de consultoría y la ejecución de obras públicas.

La LOSNCP dispone en su artículo 4 que, para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella se deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional. Asimismo, el artículo 5, determina que, los procedimientos y contratos sometidos a la LOSNCP, se interpretarán y ejecutarán conforme los principios previstos en el artículo 4 y tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato.

De los principios referidos, únicamente dos son aplicables al objeto del presente trabajo: el de legalidad y el de precautelar el interés público. Sin embargo, existen otros principios propios del derecho administrativo, que deben observarse para el tema de la declaratoria de

utilidad pública e interés social, así como para la expropiación.

A continuación, se analizarán dichos principios, que en algunos casos, si bien no constan de manera expresa en la Ley, se los puede identificar tácitamente en su articulado.

Principio de legalidad

Las actuaciones en derecho público se encuentran determinadas en varias disposiciones legales, en el caso del principio de legalidad que establece la –LOSNCP-, es un principio constitucional, mismo que se encuentra consagrado en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador. Pérez (2011), señala que este principio, también conocido como de habilitación legal previa, establece que en derecho público solo puede hacerse aquello que está expresamente establecido y previsto en la Ley.

En consecuencia, debemos entender que todas las actuaciones realizadas dentro de cualquiera de las etapas de la contratación pública (preparatoria, precontractual, contractual, y post contractual), deben estar sujetas a las disposiciones legales que establezca la materia; en el caso de la Contratación Pública, deberá observarse la LOSNCP, su Reglamento General, las Resoluciones que para el efecto haya emitido el SERCOP y el Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública.

Principio de transparencia

Este principio puede ser identificado desde dos aristas: la primera, ha sido claramente establecida por el SERCOP y la Superintendencia de Control y Poder del Mercado, en el Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública, desde el punto de vista de garantizar que la actividad y la gestión de la administración pública se realicen bajo la moral y la ética, y que los procedimientos de contratación pública se lleven de manera imparcial, de acuerdo con las prácticas de la honestidad y la justicia. La transparencia promueve el diáfano obrar del Estado y sus instituciones, y se ha constituido en la mejor estrategia para eliminar la corrupción.

El segundo, debe ser visto desde la motivación.

Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa (...) La motivación como es obvio, hace parte del más elemental deber del administrador de la cosa pública, la cual permite auscultar la verdadera finalidad de la actividad negocial, y controlar jurisdiccionalmente tal decisión en el evento de que medie falsa motivación o desviación de poder (Rico, 2007, pág. 636).

Principio de responsabilidad

Este principio, al igual que el de legalidad, son principios constitucionales que todo servidor público o autoridad que actúe en ejercicio de una potestad estatal, debe observar de manera irrestricta.

El artículo 227 de nuestra Constitución, reza que ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por omisiones, y serán responsable administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Por su parte, el inciso tercero del artículo 99 de la LOSNCP, manda que la máxima autoridad de la entidad, así como los funcionarios o servidores de la misma que hubieren intervenido en cualquiera de las etapas de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuniariamente responsables por el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley, sin perjuicio, de ser el caso, de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución contractual y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato (Rico, 2007, pág. 639).

Principio de economía

El principio de economía, puede ser visto de varios enfoques, para el tema de análisis, será enfocado desde la obligación de la institución pública de contar con los recursos presentes o futuros, que le permitan honrar las obligaciones de pago que se deriven de la declaratoria de utilidad pública e interés social.

Este principio, también conocido como de respaldo presupuestal, se encuentra previsto en el artículo 24 de la LOSNCP y 27 de su Reglamento General. Asimismo, el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas en su artículo 115 determina esta obligación; y, específicamente para la declaratoria de utilidad pública, el inciso segundo del artículo 58 de la LOSNCP, manda como documento habilitante para adjuntar a la declaratoria, la certificación presupuestaria acerca de la existencia y disponibilidad de los recursos necesarios para el efecto.

Principio de interés público

Se tendrá en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados, lo cual constituye una nueva regla de hermenéutica para solucionar las diferencias contractuales o llenar vacíos o diferencias en los pliegos de condiciones, términos de referencia y en la misma Ley (...) (Rico, 2007, pág. 644).

Procedimientos especiales.- Adquisición de bienes inmuebles

En el presente apartado, analizaremos la declaratoria de utilidad pública e interés social de bienes inmuebles que no sean rurales con fines agrarios, en razón que dicha expropiación, no se encuentra regulada por la LOSNCP.

El artículo 605 del Código Civil (CC) define a los bienes inmuebles, como fincas o bienes raíces, que son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y

minas y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios y los árboles. Las casas y heredades se llaman predios o fundos.

La Constitución de la República en su artículo 323 dispone que, con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social o nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la Ley.

En dicho contexto, las entidades públicas que requieran para el cumplimiento de sus fines, declarar de utilidad pública e interés social determinados bienes inmuebles, deben hacerlo al margen de lo que dispone el artículo 58 y siguientes de la LOSNCP, 62 y 63 de su Reglamento General y 15 de la Resolución Nro. 072, expedida por el SERCOP el 31 de agosto de 2016.

A continuación se evidenciará que, los artículos de las normas adjetivas y sustantivas, de la misma materia, tienen inconsistencias en su contenido.

Respecto del artículo 58 y siguientes de la LOSNCP, está clara su procedencia. Cuando la máxima autoridad de la institución pública haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble necesario para la satisfacción de las necesidades públicas, deberá emitir un acto administrativo debidamente motivado, el cual será notificado dentro de 3 días luego de haberse expedido y deberá estar acompañado del certificado del Registro de la Propiedad, el avalúo establecido por la Municipalidad, la certificación de recursos correspondiente y el anuncio del proyecto en el caso de que dicha declaratoria, sea para la ejecución de una obra pública.

Posteriormente, se remitirá al Registro de la Propiedad, a fin de que se efectúen la inscripción y trámites correspondientes, necesarios para que el inmueble quede libre y no sea objeto de ningún acto traslativo de dominio o gravamen, a excepción del requerido por la

institución pública expropiante. Perfeccionada la declaratoria de utilidad pública e interés social, es decir, inscrita en el Registro de la Propiedad, la institución pública puede entrar a ocupar de forma inmediata el bien inmueble; sin embargo, la normativa no prevé quién es la autoridad competente para ordenar dicha ocupación.

La institución pública hasta por 30 días, buscará un acuerdo directo entre las partes, en el cual, tiene la facultad de pagar como justo precio, el avalúo catastral fijado por la municipalidad, más el 10%. En el evento de llegar a un acuerdo en cuanto al precio, se procederá con la formalización y legalización de la transferencia de dominio respectiva.

En caso de no existir acuerdo en el precio, la entidad pública procederá a emitir un nuevo acto administrativo motivado, esto es, la expropiación, cuyo precio será el avalúo que haya determinado la municipalidad sin considerar el 10%. El expropiado, podrá impugnar dicho acto, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, donde entramos a un nuevo problema procesal, qué tipo de procedimiento acoger para la tramitación de la expropiación. La LOSNCP manda que se lo haga de conformidad al trámite para el juicio de expropiación previsto en el COGEP, no obstante, como ya ha sido señalado, dicho cuerpo legal no considera a la expropiación como una acción o como un juicio.

Por lo que, cabe preguntarse si el acto administrativo de expropiación, al ser impugnable de acuerdo con el artículo 173 de nuestra Constitución, cuál es la vía para ejercitar mi derecho de impugnación.

Es la de plena jurisdicción o subjetiva, en razón de que a través del acto administrativo de expropiación se afecta mi derecho al pago de un justo precio por la expropiación; o, es una acción especial que debe tramitarse como controversias en materia de contratación pública. Cuestionamientos que valen la pena determinar, a efectos de establecer cuál es la oportunidad para presentar este tipo de acciones contenciosas, al amparo de lo prescrito en el artículo 306 del COGEP.

Juan Carlos Benalcázar (2007), al referirse al pasado recurso contencioso administrativo subjetivo o de plena jurisdicción, catalogado hoy en el COGEP como acción, señala que la necesidad de proteger al administrado frente a los excesos del poder público fue percibida por la sensibilidad del pensamiento francés desde los orígenes del proceso contencioso administrativo. Inicialmente, este se configuró con un carácter subjetivo, ya que se dirigió principalmente a la defensa de derechos individuales. Es el famoso recurso de plena jurisdicción, que muestra al juez administrativo con las mismas atribuciones que cualquier otro, en cuanto tiene la misión y operación común de tutelar derechos.

Existe antinomia de normas, ya que por un lado se dispone que todas las acciones contenciosas administrativas (controversias en materia de contratación pública) se tramiten en procedimiento ordinario; y, por otro, se exceptúan a las del pago por consignación (falta de acuerdo en el precio a pagar por expropiación) que se tramitará en procedimiento sumario.

Es importante aclarar que, en las acciones especiales de pago por consignación, no se discute el precio que ha sido consignado, únicamente, se comparece para la aceptación y reconocimiento de que se ha realizado dicho pago, so pena de extinguir la obligación, en el evento de la no comparecencia; mucho menos se analiza o abaliza, la orden de ocupación inmediata. La acción para tramitar las controversias generadas por falta de acuerdo en el precio a pagar por expropiación, se tramitan –según el artículo 332 número 9-, a través del procedimiento sumario.

Ahora bien, una vez que ha sido analizada la LOSNCP en cuanto al tema objeto del presente trabajo, debe ser confrontada con el Reglamento General y la Resolución emitida por el SERCOP.

El artículo 62 del RGLOSNCP, no contiene mayores elementos procedimentales, que deban ser considerados para el análisis de nuestro caso en concreto, situación que no ocurre con el artículo 15 de la Resolución Nro. SERCOP-0000072. La referida norma, manda que en

los procedimientos de adquisición de bienes inmuebles, se publiquen a través del Portal Institucional del SECOP (www.compraspublicas.gob.ec), la siguiente documentación:

- Aprobación emitida por el Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, INMOBILIAR, de ser aplicable;
- Resolución de declaratoria de utilidad pública o de interés social de propiedad privada en la cual se individualice el bien o bienes requeridos y los fines a los cuales se destinará;
- Documento emitido por la autoridad competente que certifique el avalúo del bien inmueble por adquirir;
- Demanda de expropiación y su sentencia, si no hubiere existido un acuerdo directo entre la entidad y el propietario del inmueble; y,
- Escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad.

Como se puede apreciar, la Resolución precitada, considera que dentro de la declaratoria de utilidad pública e interés social -si no ha existido acuerdo directo entre las partes-, exista demanda de expropiación. Como se ha demostrado a lo largo del presente capítulo, ya no existiría juicio de expropiación sino al parecer, cabría una acción de plena jurisdicción a la resolución que declara la expropiación por efecto del artículo 173 de la Constitución, en la cual –únicamente se impugnaría el precio-, pero podrían considerarse otras razones que afectan al derecho subjetivo del accionante, tales como: falta de motivación del acto administrativo; no existencia de recursos presentes o futuros para la consignación o pago; capacidad legal de la autoridad administrativa que emitió el acto.

El SERCOP, en uso de sus atribuciones ha codificado y actualizado las resoluciones emitidas en su momento por el INCOP (ahora SERCOP), con lo cual, dio cumplimiento al mandato contenido en la disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica Reformatoria de la LOSNCP. Sin embargo, esta codificación y actualización, debe ser enmendada, al igual que el Reglamento General y la propia LOSNCP; no obstante, a fin de subsanar las

inconsistencias que se han identificado en el presente trabajo, debería el SERCOP emitir una nueva resolución, que permita aclarar la no existencia de un juicio de expropiación; y, la potestad que tienen las máximas autoridades de las instituciones públicas requirentes, de motivadamente, ordenar la ocupación inmediata de un bien inmueble declarado de utilidad pública e interés social.

Capítulo III

Procedimientos

El mundo desde sus inicios se ha visto involucrado en la necesidad de vivir en sociedad, la cual debió ser regulada a partir de los diferentes estadios prehistóricos de cultura, tales como el Salvajismo y la Barbarie. Posteriormente en la Civilización, se ve la necesidad de perfeccionar las regulaciones de la sociedad con la finalidad de que el derecho y la justicia sean los pilares sobre los cuales se asiente el Estado.

Engels (1999), realiza un análisis histórico al origen de la familia, la propiedad privada y

el Estado, en el cual, se evidencia dentro de la Gens Iroquesa, las primeras manifestaciones de legalidad, entre estas, postulados como: “*lo que estaba fuera de la tribu, estaba fuera de la ley*”, es decir, los referidos estadios en sus diferentes etapas, agotados del robo de propiedades, la violencia, la traición, entre otros, iban poco a poco sintiendo la necesidad de normar sus costumbres, a fin de entrar en una sociedad civilizada; esta sociedad, ahora estaría a cargo del Estado y sería regulada por el derecho.

El derecho se encuentra entonces frente a conflictos que debe solucionar, pues su finalidad reguladora es, justamente, componer estas controversias. El derecho (objetivo) impone normas de conducta; sin embargo, la simple producción y dictado de esas normas no es suficiente, pues los individuos pueden desconocerlas, por lo que debe establecerse el mecanismo para que se respeten. (Véscovi, 2006, pág. 1)

Es así que nacen diversas formas para solucionar los conflictos, tales como: la mediación; el arbitraje; la transacción; la conciliación; y, el proceso. El proceso es una forma de solucionar un conflicto, sometido a la decisión de un tercero imparcial (Juez), quien con los argumentos, pruebas, alegatos y medios legales disponibles -que son presentados oportunamente-, toma una decisión que pone fin al conflicto. Esta forma de resolver el problema, también conocida como heterocomposición (término que fue creado por Carnelutti y que debe ubicarse dentro del derecho procesal), se presta a través del Estado mediante su función jurisdiccional; el medio para realizar dicha función es el proceso y las normas que lo regulan, el derecho procesal (Véscovi, 2006).

Dentro del derecho procesal encontraremos un sinnúmero de instituciones jurídicas, propias de cada rama del derecho; no obstante, para los temas que nos ocupan: adquisición de bienes inmuebles; actos administrativos de declaratoria de utilidad pública o interés social, de expropiación; y, pago por consignación, nos referiremos únicamente al ámbito procesal administrativo.

Como se analizó en el segundo capítulo del presente trabajo de investigación, la adquisición de bienes inmuebles es un procedimiento previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), que debe cumplir con varios supuestos legales, entre estos, la declaratoria de utilidad pública o interés social.

El análisis realizado comprendió la parte dogmática de la norma, ahora, el estudio se centrará en la doctrina y casos prácticos que permitirán evidenciar los vacíos legales que tiene la orden de ocupación inmediata en el procedimiento expropiatorio vigente en la LOSNCP y el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), así como, las propuestas que permitan llenar esos vacíos legales.

Primeramente, se recogerán ciertos conceptos que la doctrina reconoce como utilidad pública e interés social, instituciones que permitirán entender que la causa y fin de la expropiación es de naturaleza instrumental, ya que esta ordenada para servir a un fin o interés público legalmente especificado, y que fundamenta que los actos sean en ejercicio de esa potestad. Dicho de otro modo, el fin de la expropiación no es la mera privación del bien inmueble, sino el destino que se le dará con posterioridad a su expropiación (Gamero, 2017).

Utilidad Pública

Originalmente, la expropiación se vincula con la ejecución de obra pública, la cual posteriormente prestará un servicio público y se constituirá en un bien de uso público o en un bien afectado al servicio público, de ahí la denominación de utilidad pública (Pérez E. , Manual de Derecho Administrativo, 2010).

La definición de un bien de uso público y un bien afectado al servicio público, la dan los artículos 417 y 418, respectivamente, del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización (COOTAD), cuya diferencia radica en que: el primero, es utilizado por los particulares de manera directa y general, en forma gratuita y estos bienes no figuran en el balance del GAD respectivo; y, el segundo se encuentra adscrito

administrativamente a un servicio público de competencia del gobierno autónomo descentralizado o que se han adquirido o construido para tal efecto y figuran en el balance del GAD correspondiente. Garrido Falla (2012), afirma que:

La utilidad pública se entiende implícita: a) En relación con la expropiación de inmuebles en todos los planes de obras y servicios del Estado de las Comunidades, provincia y municipio; y, b) En relación con las obras y servicios que, para el cumplimiento de sus fines, realizan las empresas a las que se haya concedido el título de interés nacional. (p.296)

Es decir, un bien inmueble es declarado de utilidad pública, cuando del análisis que realice la institución pública, se justifique que va a servir para ejecutar una obra pública, cuya finalidad será satisfacer las necesidades de bienes y servicios públicos; obviamente, esta necesidad y utilidad, serán las que permitan motivar la expedición del acto administrativo.

Interés social

Nuestra Carta Magna en su artículo 323 manda que, con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, se podrá declarar de utilidad pública o interés social un determinado bien inmueble. Complementariamente, el COOTAD en su artículo 446 considera también que se declare de utilidad pública o interés social, con el objeto de propiciar programas de urbanización y de vivienda de interés social.

En palabras de Pérez (2010), se conciben finalidades adicionales para la expropiación, incluyendo aspectos socio-económicos y políticos, que amplían su ámbito también al interés social, como son las expropiaciones de la reforma agraria, el desarrollo urbano e incluso la conservación del medio ambiente y el desarrollo sustentable (p.135).

Una vez que se han definido las circunstancias por las cuales se puede declarar a un bien inmueble de utilidad pública o interés social, es necesario establecer los sujetos que intervienen en tal declaratoria.

Sujetos de la declaratoria de utilidad pública o interés social

Gamero Casado y Fernández Ramos (2017), afirman que: “La relación jurídica que origina la expropiación forzosa se establece necesariamente entre dos sujetos: uno activo –expropiante- y otro pasivo –expropiado-. Pero eventualmente puede concurrir un tercer sujeto –beneficiario-“(p.882).

En nuestro país, previo a la expropiación, debe declararse el bien inmueble de utilidad pública o interés social, hecho que, permitirá durante 30 días, buscar un acuerdo directo entre las partes, de no lograrse dicho acuerdo, se emitirá el acto de expropiación. Por lo tanto, en este primer momento -declaración de utilidad pública o interés social-, existirán al menos 2 sujetos: el activo, en este caso el Estado a través de la institución pública requirente del bien inmueble; y, el pasivo o afectado.

A este último se lo denomina así, en razón de que la administración pública afecta al administrado en su derecho a la propiedad privada, ya que –nuestra legislación- prevé que después de instrumentada y formalizada tal declaratoria, la institución pública puede ocupar de forma inmediata el inmueble.

Esta aclaración respecto de la calidad del sujeto, se la realiza en el sentido de que, para efectos de la declaratoria de utilidad pública o interés social, se le denominará afectado; y, en el evento de no llegarse a un acuerdo directo entre las partes, se emitirá el acto de expropiación, en donde la calidad del sujeto será de expropiado.

La doctrina reconoce a un tercer sujeto, el beneficiario, pero en esta primera parte del proceso de adquisición de bienes inmuebles, no existe tal sujeto, en razón de que aún no se ha ejecutado la obra que permita satisfacer la necesidad pública, por lo tanto, no se podría hablar de un beneficiario.

Habiendo establecido las causas por las que puede declararse de utilidad pública o interés social, así como los sujetos que intervienen en la misma, es necesario señalar que, existen

más elementos que forman parte de la referida declaratoria, tales como el anuncio del proyecto, el justo precio, posibles vicios o nulidades del acto administrativo de declaración, entre otras, las cuales no serán objeto de análisis en el presente trabajo, a excepción de las figuras del pago por consignación y la ocupación inmediata, las cuales serán estudiadas en los siguientes acápite.

Expropiación

Una vez que el Estado durante 30 días posteriores a la declaratoria de utilidad pública o interés social, ha fracasado en la búsqueda de llegar a un acuerdo directo con el sujeto pasivo, -en cuanto al precio del bien inmueble-, se han agotado algunas de las formas de autocomposición y transacción que hubieran permitido sanear el conflicto; en cuyo caso, iniciará la forma de heterocomposición que permita solucionar el conflicto, esto es, el proceso.

El proceso conjuntamente con la acción y la jurisdicción, conforman una trilogía estructural, sobre la cual se asienta el derecho procesal, dicho enunciado se debe al tratadista Podetti (Belaunde, 2017).

Según Vécovi (2006), la acción constituye un derecho o poder jurídico que se ejerce frente al Estado para reclamar la actividad jurisdiccional.

Oswaldo Gozaíni (2015), señala que la constitucionalización del proceso supone crear condiciones que permitan entender lo que es “debido”. No se trata del aseguramiento mínimo del derecho a la defensa, sino de una construcción específica que comienza desde la entrada al proceso y continúa a través de toda la instancia culminando con el derecho a una sentencia suficientemente motivada, que pueda ser ejecutada y cumplida como los jueces han ordenado.

La expropiación viene a ser, como su nombre lo indica, un medio por el cual el Estado, impone a un particular la cesión de su propiedad por existir una causa de utilidad pública y mediante la compensación que al particular se le otorga por la

privación de esa propiedad. (Fraga, 2007, pág. 375)

La LOSNCP le franquea al sujeto pasivo, el derecho de impugnar a través de la jurisdicción contenciosa administrativa, el acto administrativo de expropiación, únicamente en cuanto al precio, para lo cual –determina la norma-, seguirá el trámite para el juicio de expropiación previsto en el COGEP.

En el COGEP no existe juicio de expropiación; sin embargo, dentro del procedimiento contencioso administrativo previsto en el artículo 326 se encuentran las acciones subjetivas o de plena jurisdicción y las acciones especiales, dentro de las cuales se prevé al pago por consignación; y, a las controversias en materia de contratación pública. Dichas acciones según el artículo 327, se tramitarán en procedimiento ordinario, a excepción del pago por consignación, cuya procedencia se encuentra dispuesta en el numeral 9 del artículo 332 del COGEP, esto es, las controversias generadas por falta de acuerdo en el precio a pagar por expropiación. Finalmente, el artículo 334 del COGEP, también considera dentro de los procedimientos voluntarios, al pago por consignación.

De lo señalado se concluye que, tanto la LOSNCP como el COGEP, tienen inconsistencias en la parte procesal de esta institución jurídica. La LOSNCP manda a que se aplique un juicio que no tiene cabida en el COGEP; y, éste nos da un abanico de posibilidades procesales para su tramitología.

Por lo tanto, es necesario que el SERCOP, en su calidad de organismo rector de la contratación pública, y como tal, responsable de asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública, que entre otros, son: garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública; agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna; mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y

de los organismos seccionales; y, modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado, realice un análisis de la problemática que está causando la aplicación del procedimiento de adquisición de bienes inmuebles, constante en el artículo 58 y siguientes de la LOSNCP.

Sin embargo de lo expuesto, mientras esta propuesta se analiza, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con lo previsto en el numeral 6 del artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial, debería expedir una resolución de carácter general y obligatoria, con relación a la duda u oscuridad que presentan la LOSNCP y el COGEP, principalmente, en la parte procesal de las declaratorias de utilidad pública o interés social; orden de ocupación inmediata; expropiación; y, pago por consignación.

Expropiación urgente

Dentro de la institución de la expropiación, el legislador ha decidido que esta puede ser urgente, en cuyo caso, establece el COGEP en el inciso cuarto del artículo 146, que el juzgador al momento de calificar la demanda, ordenará la ocupación inmediata del bien inmueble, siempre y cuando, se acompañe el precio fijado en el avalúo comercial municipal.

Se evidencian nuevas inconsistencias del COGEP, tales como: qué tipo de acción debo plantear para que se ordene la ocupación inmediata; quién ordena la ocupación inmediata; y, si debe preceder a la demanda inicial otra para consignar el precio.

La LOSNCP dentro de las adquisiciones de bienes inmuebles, no contempla casos de expropiación urgente, de hecho, el propio COGEP la recoge en un solo inciso; empero, la doctrina si se ha pronunciado respecto de esta figura.

Allan Brewer (2013), manifiesta:

Cuando la autoridad expropiante considera que la ejecución de la obra o actividad que motiva la expropiación sea de urgente realización, la entidad expropiante puede solicitar en la demanda respectiva, al Tribunal a quien corresponda conocer el juicio

de expropiación, que acuerde la ocupación previa de los inmuebles a expropiar por parte de la entidad expropiante. (p.495)

No hay mucho que decir respecto de la expropiación urgente, debido a que no es una institución de connotada importancia, a decir de muchos doctos, es una simple particularidad del sistema de pago de la indemnización expropiatoria (García de Enterría, 2002). Sin embargo, debe hacerse notar que en nuestro país, las dos últimas décadas se realizaron expropiaciones urgentes, motivadas por la premura en la ejecución de proyectos de inversión (obras públicas); y, consecuentemente, la ejecución presupuestaria.

Es importante señalar que, la justificación que se argumentaba para darles esta característica de urgente, era simplemente que el país requería obra pública (escuelas del milenio, casas de la justicia, hospitales, unidades de policía comunitaria, intercambiadores, vías públicas, polideportivos, universidades, entre otros), proyectos que evidentemente fueron camuflados tras una necesidad pública emergente, pero que hoy por hoy, la Contraloría General del Estado, está observando y determinando responsabilidades en este tipo de procedimientos.

Sánchez Morón (2017), manifiesta que la declaración como urgente de la ocupación de los bienes afectados por la expropiación, debe ser declarada por autoridad competente y a través de acto administrativo válido. Es decir, como parte de la valides del acto administrativo, este deberá contener la motivación suficiente que justifique la urgencia. No obstante de ser legal y permitida esta figura jurídica, violenta algunos derechos de los propietarios, tales como: el de propiedad indiscutiblemente, el debido proceso, la indemnización previa, entre otros.

Cabe recalcar que, la LOSNCP ni el COGEP no prevén de forma expresa los supuestos legales que han de cumplirse para la procedencia de este tipo de expropiaciones, sin embargo son figuras constantes en la ley.

Considero que la figura de la expropiación urgente, fácilmente podría argumentarse en

acciones judiciales por despojo, siendo este, la acción de privar a una persona de lo que goza y tiene. Es importante aclarar la importancia de esta institución jurídica (despojo), no obstante, no será profundizada en el presente trabajo de investigación, por no corresponder a un procedimiento de la LOSNCP.

Para el presente caso, la fundamentación de la urgencia con la cual debe hacerse una expropiación, no puede ser declarada de manera subjetiva, sino que, debe ser justificada de manera técnica, económica y jurídica, con la finalidad de evitar que la administración pública, sea sujeto de establecimiento de responsabilidades ulteriores. Circunstancialmente, una vez que la administración pública cuente con la motivación suficiente que le permita acogerse a este tipo de procedimiento, considero que a la par de la expedición del acto administrativo correspondiente, debe garantizar que el precio que va a consignar, sea entregado de manera previa, justa y suficiente como para que el administrado, por una parte comprenda la importancia de la ejecución del proyecto; y, por otra, pecuniariamente satisfaga de alguna manera, el sacrificio de su derecho patrimonial.

No obstante de lo señalado, la urgencia de una expropiación siempre le corresponderá calificar a la administración pública, por lo que, este tipo de expropiaciones, en ocasiones, podrán verse aparentadas como en beneficio del interés público, cuando realmente son políticas. En todo caso, al ser la expropiación urgente, declarada mediante acto administrativo, éste debe contener la motivación suficiente, que le permita a la administración pública, satisfacer necesidades públicas y no atentar derechos que consecuentemente acarren nulidades.

Pago por consignación

El artículo 1615 del código civil ecuatoriano, reconoce a la consignación como el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla, y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona. Dichas

formalidades, son: a) Capacidad; b) Cumplimiento de condiciones; c) Que se ofrezca ejecutar el pago en el lugar debido; y, d) Requerimiento ante el Juez competente.

La naturaleza del pago por consignación, es extinguir la obligación, la cual para el caso de la expropiación, es hacer cesar el derecho de propiedad del administrado; el COGEP y la LOSNCP, inducen nuevamente a un error en el planteamiento de esta acción, ya que el administrado pretende que a través de este tipo de acciones (pago por consignación), se entre a discutir el justo precio del bien inmueble expropiado, cuando lo correcto es plantear una acción de controversia generada por falta de acuerdo en el precio a pagar por la expropiación, al amparo de lo previsto en el numeral 4 del artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial y numeral 1 del artículo 326 del Código Orgánico General de Procesos.

Con el código de procedimiento civil (CPC), la consignación era un mero trámite, actualmente con el COGEP, el pago por consignación es un procedimiento judicial voluntario que se inicia a solicitud de parte, debiendo cumplirse con los mismos requisitos establecidos para la demanda.

Pérez (2010) manifiesta que con el CPC, para que proceda el juicio de expropiación y la orden de ocupación inmediata, era necesario que la institución pública expropiante, consigne en un juzgado de lo civil, el valor del avalúo realizado. El expropiado de considerarlo pertinente, podía retirar del juzgado el valor propuesto y consignado de la expropiación, sin perjuicio de retirar la diferencia del valor final que determine el juez en sentencia. La falta de consignación de esta diferencia, dentro de tres meses desde la última notificación, facultaba al Juez para declarar, a solicitud del expropiado, sin lugar a la expropiación.

En *stricto sensu*, el pago por consignación debería funcionar de la siguiente manera: Se declara motivadamente de utilidad pública o interés social el bien inmueble requerido por la administración pública, se busca un acuerdo directo entre las partes hasta por 30 días; si hay acuerdo, se procede con el pago, cuyo monto será el valor catastral más el 10%,

posteriormente se formaliza la transferencia de dominio; si no hay acuerdo, se consigna el pago (a través de un procedimiento voluntario) por el valor del avalúo catastral sin considerar el 10%, se emite el acto administrativo de expropiación y se ordena la ocupación inmediata del bien inmueble. En el presente caso el administrado puede proponer una acción contencioso administrativa de plena jurisdicción o subjetiva, a fin de que se discuta el justo precio a pagar por la expropiación, sin perjuicio de que el administrado retire el pago consignado por el ente público y discuta la diferencia; así como, la ocupación inmediata del bien inmueble por parte de la administración pública.

Actualmente, la administración pública expropiante, tiene problemas procesales en la ocupación inmediata de los bienes inmuebles objeto de expropiación, en razón de que le solicitan al Juez que conoce la acción de pago por consignación, disponga la ocupación inmediata; obviamente, el Juez, en apego a sus competencias, atribuciones y responsabilidades, no puede ordenar tal medida, lo que ocasiona que la entidad pública consigne el valor, pero no ocupe el inmueble.

Es importante señalar que al amparo de lo que dispone la LOSNCP, el pago por consignación constituye un requisito para la ocupación inmediata. Hay que entender que la figura de ocupación inmediata, es parte del proceso de declaratoria de utilidad pública o interés social; exista o no acuerdo, la administración pública puede ocupar de forma inmediata, siempre y cuando consigne el pago respectivo.

En dicho contexto, una vez consignado el pago a través del Juez competente y sustanciada la causa en legal y debida forma, la entidad pública en ejercicio de su facultad discrecional, podría ordenar mediante acto administrativo válido, la ocupación inmediata del bien inmueble. La discrecionalidad de la administración pública para ordenar la ocupación inmediata, se da en razón de que el Juez que resuelve la consignación, en función del principio de legalidad, no puede ejecutar más allá de lo que la Ley le permite.

En la actualidad, tal y como se encuentra la disposición de la LOSNCP respecto de la declaratoria de utilidad pública o interés social, nos induce a pensar que quien debe ordenar la ocupación inmediata, es la máxima autoridad de la entidad pública o su delegado. Dicha posición, se puede evidenciar dentro del proceso No. 18803-2018-00165 que siguió el Alcalde del GADMU del Cantón Pujilí y que se sustanció en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el Cantón de Ambato, en el cual dentro de sus actos de proposición, se argumenta entre otras cosas, lo siguiente:

Mediante Resolución Administrativa Nro. 041 de 13 de septiembre del 2016, el Alcalde **declaró de utilidad pública con fines de ocupación inmediata** a favor del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Pujilí un bien inmueble necesario para la satisfacción de los intereses públicos (Énfasis añadido).

Asimismo, procedió a presentar la demanda correspondiente para consignar el pago conforme lo prevé la normativa legal vigente. El señor Juez de la Unidad Judicial Multicompetente Civil con sede en el Cantón Pujilí avocó conocimiento de la causa y en función de los artículos 58.2 de la LOSNCP y 147 numeral 1 del COGEP, inadmitió a trámite la demanda, ordenó la devolución de los anexos y dispuso el archivo del expediente.

Posteriormente, el Alcalde **a través de un procedimiento voluntario solicitó al Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario** con sede en el Cantón de Ambato, sustancie el pago por consignación, a fin de que proceda el GADMU del Cantón Pujilí con la ocupación inmediata (Énfasis añadido).

Como se puede apreciar en el referido proceso, el pago por consignación fue desechado – sin mayor motivación-, por el Juez civil, argumentando incompetencia. Sin embargo, del análisis realizado al COGEP, específicamente a los artículos 324 y 336, el pago por consignación es un procedimiento voluntario, excepto cuando la o el consignador o

consignatario sea el sector público comprendido en la Constitución de la República, en cuyo caso el procedimiento es contencioso administrativo.

En el caso objeto de análisis, se puede apreciar los errores a los que la LOSNCP y principalmente el COGEP, inducen al momento de plantear la demanda de pago por consignación. Asimismo, posteriormente a la inadmisión, devolución de anexos y archivo del expediente, se presenta una acción ante la jurisdicción contenciosa administrativa; pero, fundamentando nuevamente, que la acción siendo contenciosa administrativa, se sustanciará a través del procedimiento voluntario previsto en el artículo 334 del COGEP.

Ocupación temporal

La ocupación temporal no es parte del proceso de declaratoria de utilidad pública o interés social; únicamente, es una figura temporal que permite a la administración pública ocupar momentáneamente, determinado espacio de un bien inmueble, a fin de contar con los espacios físicos suficientes, que permitan a la entidad expropiante o al contratista, establecerse en ellos, para la ejecución de la obra pública.

No obstante de aquello, la ocupación temporal de un bien inmueble, o parte de él, que afecta al administrado, debe ser retribuida a este tomando en cuenta que se trata de una propiedad privada.

Para el efecto, la LOSNCP contempla este tipo de situaciones, enfatizando que por esta ocupación, por más temporal que pueda ser, debe indemnizarse al administrado, aplicando los principios de equidad y justo precio.

Allan Brewer (2013), señala que uno de los efectos jurídicos de la expropiación, es la posibilidad por parte de los entes públicos o sus concesionarios, de ocupar temporalmente otros bienes distintos al expropiado. Esta ocupación debe durar el tiempo absolutamente indispensable; y, obviamente quien ocupa temporalmente una propiedad ajena, debe indemnizar al propietario de los perjuicios que le causen. (p.511 – 512)

Asimismo, Brewer (2013), muy claramente diferencia entre la ocupación temporal y la ocupación inmediata o conocida también como previa, señalando:

- a) Respecto al bien ocupado: en la ocupación previa, es objeto de esta ocupación el mismo bien que se expropia, y en la temporal, son los inmuebles colindantes;
- b) Por la finalidad: se ocupa previamente un inmueble cuando hay que realizar urgente e inmediatamente la obra; se efectúa la ocupación temporal para hacer estudios a fin de recoger datos para la elaboración del proyecto, replanteo de la obra, etc.;
- c) Respecto al tiempo de ocupación, la ocupación previa es permanente y la temporal es sólo por seis meses;
- d) Por la autoridad pública que autorice la ocupación: en la ocupación previa, conoce de ésta el juez que va a conocer el juicio de expropiación; en la ocupación temporal, es el Gobernador del Estado, Territorio Federal o Distrito Federal respectivo;
- e) Por el plazo: en la ocupación previa no existe plazo determinado para proceder a la ocupación; en la temporal, existe un plazo de diez días por lo menos;
- f) Por el objeto: en la ocupación previa es evitar retardos en la ejecución de la obra; en la ocupación temporal es evitar la expropiación de inmuebles colindantes;
- g) Por las consecuencias: la ocupación temporal lleva consigo un derecho a indemnización para el propietario del inmueble, y en la previa no existe este derecho por el hecho de la ocupación. (p.511 – 512)

Ocupación inmediata

La ocupación inmediata del bien expropiado, previo a la fijación y pago del justo precio, no puede hacerse sin realizar, al menos, los siguientes trámites: a) Efectuar un levantamiento entre los interesados, lo cual se dejará constancia en un acta, en la que se ha de describir detalladamente el bien inmueble objeto de la expropiación, especialmente los relativos al valor de los perjuicios derivados de la rápida ocupación; b) Formulación por parte de la

Administración de que se ha realizado la consignación previo a la expropiación; y, c) Efectuado el pago o depósito, la Administración en el plazo de 15 días procederá a la ocupación del bien inmueble expropiado. (García de Enterría, 2002, pág. 287)

Como puede apreciarse, la doctrina detalla los pasos que han de considerarse para la ocupación inmediata, situación con la que se desarrollaban las expropiaciones con el código de procedimiento civil; sin embargo, la orden de ocupación inmediata demoraba al ser ordenada por el Juez, y es totalmente comprensible ya que, el Juez por un lado, tenía que trasladarse *in situ* al lugar de la diligencia, así como continuar impartiendo justicia en las innumerables causas que les eran asignadas. Cabe destacar que, inclusive los señores jueces sobrepasaban el tiempo de 15 días para ordenar la ocupación inmediata, mucho menos lo hacían, si no existía el impulso de la causa por parte de la entidad pública expropiante.

Con todas estas consideraciones –que no fueron objeto de análisis para las reformas a la LOSNCP-, se plasma la discrecionalidad en la orden de ocupación inmediata, institución que, a mi juicio –previa reforma-, puede ser ordenada en el acto administrativo de declaratoria de utilidad pública e interés social; no obstante, deberá ser ejecutada, una vez que mediante la acción contencioso administrativa correspondiente, se haya consignado el pago respectivo.

El presente criterio, ha sido respaldado en función del pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, constante en los extractos de consultas realizados al ente asesor, publicados en el Registro Oficial Nro. 228 de 24 de abril de 2018, que respecto a la consulta del GADMU Santo Domingo, con relación al inmueble declarado de utilidad pública: ocupación inmediata, manifestó:

“(…) a los gobiernos autónomos descentralizados, que según los artículos 446 y 447 del COOTAD, tienen la potestad de emitir la declaratoria de utilidad pública y la ulterior expropiación, de conformidad con la previsiones de los artículos 58 y 58.1 y siguientes de la LOSNCP, mediante resolución debidamente motivada, les compete a

través de su máxima autoridad ejecutiva, que de conformidad con el artículo 9 del COOTAD **corresponde a gobernadores regionales, prefectos, alcaldes cantonales o metropolitanos**, declarar urgente la expropiación y **ordenar la ocupación inmediata del inmueble**, una vez que se cumplan las condiciones determinadas en el citado Art. 58.1 de la LOSNCP, referidas al pago previo del precio o la consignación del mismo, en caso de no existir acuerdo entre las partes y sin perjuicio de cualquier resolución judicial posterior.” (Énfasis añadido).

Los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado, de conformidad con los artículos 237 numeral 3 de la Constitución de la República y literal e) del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, son vinculantes y obligatorios para la administración pública; sin embargo, en virtud del principio de reserva y jerarquía de ley, considero a mi entender, que un pronunciamiento no puede llenar un vacío legal, más aún cuando se trata de potestades públicas que de acuerdo con el principio de legalidad, deben estar declaradas como tal, de forma expresa en la Ley.

Cabe destacar que las consultas efectuadas a la Procuraduría General del Estado, son absueltas, vinculantes y obligatorias para el ente público que las requiere; a mi juicio, no pueden ser utilizadas como vinculantes y obligatorias para casos análogos. Esto conllevaría, a que cada entidad previa a la declaratoria de utilidad pública o interés social, realice la consulta a la Procuraduría General del Estado, al margen de lo previsto en el artículo 13 de su Ley Orgánica.

Esta tramitología, brindaría seguridad jurídica a la administración pública, pero retardaría el tiempo que tiene ésta para cumplir con la satisfacción de los intereses públicos, más aún, si se trata de una expropiación urgente.

CONCLUSIONES

- 1.** El hecho más importante respecto a la Administración Pública, es la creación del Tribunal Contencioso Administrativo en el año de 1954, donde nace la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

2. La Administración Pública manifiesta de forma distributiva el poder del Estado, a través de las potestades públicas. Entre estas, potestades regladas y discrecionales. La potestad discrecional es inmanente a la potestad reglada.
3. Es reglada cuando la disposición legal que atribuye la potestad define clara, completa e integralmente los elementos de hecho y las consecuencias jurídicas de la decisión administrativa; y, es discrecional, cuando las atribuciones dadas por la potestad administrativa, no señala de forma clara, completa y precisa, los supuestos fácticos o las consecuencias jurídicas de tales presupuestos, de tal manera que, en esos casos, la administración goza de cierta libertad de apreciación o de juicio para determinar la solución que debe adoptar entre las diversas probabilidades que se derivan de la ley.
4. Una de las formas de exteriorización de la voluntad que tiene la Administración Pública, es a través de los actos administrativos, los cuales deben contener elementos para ser considerados como tal, estos son: declaración, unilateralidad, voluntad, competencia, efectos jurídicos, agotarse con su cumplimiento y de forma directa y motivación.
5. El Estado a través de la administración pública es el encargado de la justicia social. En dicho encargo, ejercido a través del mandato, la administración pública se halla investida de potestades, en algunos casos regladas y en otros discrecionales, lo cual le faculta para expedir actos administrativos, tales como la declaratoria de utilidad pública o interés social y la expropiación.
6. La declaratoria de utilidad pública o interés social, así como la declaratoria de expropiación, contienen todos los elementos de un acto administrativo, por lo tanto, de conformidad con lo que manda el artículo 173 de nuestra Carta Primera, pueden impugnarse en sede administrativa o judicial.

7. El COGEP según su ámbito de aplicación, es un cuerpo normativo que regula la actividad procesal más no establece competencias, ya que las mismas las regula el Código Orgánico de la Función Judicial.
8. Pese a existir trascendentales reformas a la LOSNCP, no existe una debida exposición y explicación de motivos, que permitan entender procesalmente, quien es la autoridad competente para emitir la orden de ocupación inmediata de un bien inmueble declarado de utilidad pública e interés social; y, que acción o procedimiento debe aplicarse para tramitar los conflictos en materia de expropiación.
9. Un bien inmueble debe ser declarado de utilidad pública cuando se justifique que va a servir para ejecutar una obra pública, cuya finalidad será satisfacer las necesidades de bienes y servicios públicos.
10. Un bien inmueble debe ser declarado de interés social cuando se justifiquen aspectos socio-económicos, políticos y sociales, tales como desarrollo urbano y sustentable y medio ambiente.
11. La LOSNCP y el COGEP tienen inconsistencias en la parte procesal de las instituciones jurídicas de declaratoria de utilidad pública o interés social y de la expropiación.
12. La ocupación temporal y la ocupación inmediata son figuras propias de la expropiación.
13. En la ocupación inmediata, el objeto es el mismo bien que se expropia, mientras que en la temporal, son el o los inmuebles colindantes.
14. Se ocupa inmediatamente un inmueble cuando hay que realizar urgente e inmediatamente la obra; se efectúa la ocupación temporal para hacer estudios a fin de recoger datos para la elaboración del proyecto, replanteo de la obra, entre otras.
15. La ocupación inmediata es permanente y la temporal como lo señala su palabra, es por un tiempo establecido.

16. No está definido ni en la LOSNCP ni en el COGEP, quien es la autoridad competente para ordenar la ocupación temporal o la inmediata.
17. La ocupación inmediata es para evitar retardos en la ejecución de la obra; en la ocupación temporal es evitar la expropiación de inmuebles colindantes.
18. La ocupación temporal da derecho a indemnización, la inmediata es parte de la expropiación, en la cual se paga el justo precio por el bien, más no por la ocupación.
19. El ente público que declara de utilidad pública o interés social un determinado bien inmueble, tiene 30 días para llegar a un acuerdo directo, caso contrario tendría que declarar la expropiación. Sin perjuicio de llegar al acuerdo referido, la institución pública –según la Procuraduría General del Estado-, puede ordenar la ocupación inmediata del bien inmueble, sin que sea necesario acudir ante un Juez competente para su prosecución. Obviamente, al amparo de lo prescribe la LOSNCP deberá haber consignado de manera previa el pago respectivo, para lo cual ejercitará una acción contencioso administrativa. Una vez que se haya sustanciado este procedimiento, se podrá ocupar el bien inmueble.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2008). La fórmula del peso. En M. Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pág. 14). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Almeida, R. (1994). *Kemmerer en el Ecuador*. Quito: FLACSO.
- Ayala, E. (2003). Centralismo y Descentralización en la Historia del Ecuador del pasado a la situación actual. *Revista Ecuatoriana de Historia*, 204.
- Belaunde, D. G. (2017). Derecho Procesal Constitucional. *Archivos Jurídicos UNAM*, 18.
- Benalcázar, J. C. (2007). *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*. Quito: Fundación Andrade & Asociados.
- Brewer, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Thomson Reuters.
- Cassagne, J. (2018). *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Thomson Reuters.
- Engels, F. (1999). *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*. México D.F.: Porrúa S.A.
- Espinosa, S. (2012). La organización territorial y gobierno a la luz de la Constitución de la República y el COOTAD. En M. M. Tobar, *La nueva organización territorial y el nuevo modelo de descentralización en el Ecuador* (pág. 121 y 122). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Fernández, E. G. (2017). *Manual básico de Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos.
- Fernández, J. (2009). *Derecho Administrativo del Distrito Federal*. México: Porrúa.
- Fraga, G. (2007). *Derecho Administrativo*. México: Porrúa.
- Gamero, F. (2017). *Manual Básico de Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos.
- García de Enterría, E. (2002). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Garrido, F. (2012). *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos.
- Gordillo, A. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo*. México: Porrúa.
- Gozaíni, O. (2015). *Principios y elementos del derecho procesal constitucional*. Quito: Cevallos Editora jurídica.
- Islas, R. (2009). Sobre el principio de legalidad. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 102.
- Monroy, J. L. (1991). La Revolución francesa de 1789 y su influencia en el derecho civil mexicano. En U. N. México, *Bicentenario de la Revolución Francesa* (pág. 168). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- Morales, M. (2011). *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Quito: Corporación de Estudio y Publicaciones.
- Ontaneda, V. (1904). *Antiguo Litigio*. Quito: Escuela de Artes y Oficios.
- Pérez, E. (2009). *Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pérez, E. (2010). *Manual de Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pérez, L. y. (2011). *Manual de Contratación Pública*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Rico, L. (2007). *Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal*. Bogotá: Leyer.
- Rodríguez, C. (1987). *Administración Pública Ecuatoriana*. Quito: ILDIS.
- Rodríguez, L. (2005). La explicación histórica del derecho administrativo. En M. López, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruíz* (pág. 295). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rodríguez, L. (2017). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis.
- Sánchez, M. (2017). *Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos.
- Secaira, P. (2004). *Curso de Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Universitaria.
- Suing, J. (2010). *Gobiernos Autónomos Descentralizados*. Loja: UTPL.
- Véscovi, E. (2006). *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Temis S.A.
- Zavala, J. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Perú: Edilex S.A.

Normas legales consultadas:

- Constitución de la República del Ecuador.
- Código Orgánico de la Función Judicial.
- Código Orgánico General de Procesos.
- Código Orgánico Administrativo.
- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización – COOTAD.
- Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública – LOSNCP
- Código Civil.

Reglamento General a la LOSNCP.

Reglamento para el control de la discrecionalidad.

Código de Procedimiento Civil.

Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de
Contratación Pública.

Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública.