



FACULTAD DE DERECHO

ALCANCE Y REPERCUSIONES JURÍDICAS DE LA INSTITUCIÓN DE LAS
SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS Y SU AFECTACIÓN
A LA PROPIEDAD PRIVADA

Autora

Carolina Alejandra Solá Pérez

Año
2020



FACULTAD DE DERECHO

ALCANCE Y REPERCUSIONES JURÍDICAS DE LA INSTITUCIÓN DE LAS
SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS Y SU AFECTACIÓN A LA PROPIEDAD
PRIVADA

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogado

Profesor guía

Msc. José Gabriel Terán Naranjo

Autora

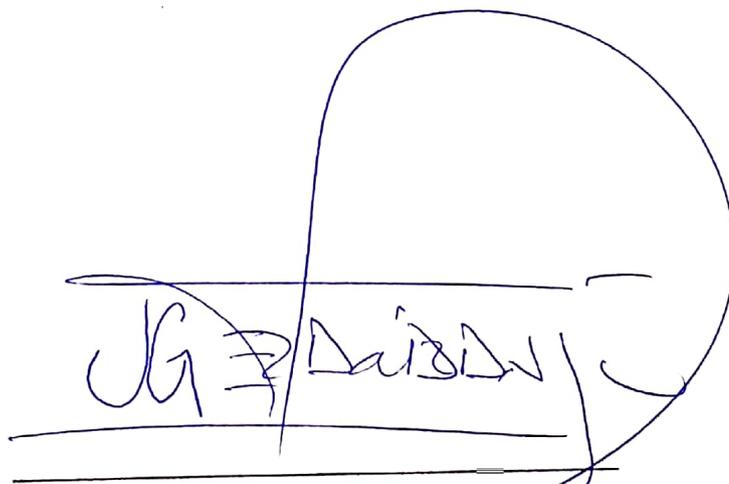
Carolina Alejandra Solá Pérez

Año

2020

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

"Declaro haber dirigido el trabajo **"Alcance y repercusiones jurídicas de la institución de las servidumbres administrativas y su afectación a la propiedad privada"**, a través de reuniones periódicas con la estudiante **Carolina Alejandra Solá Pérez**, en el semestre **2020-20**, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación".

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'JG Terán Naranjo', is written over three horizontal lines. A large, loopy flourish extends from the right side of the signature, looping back up and around the top of the signature.

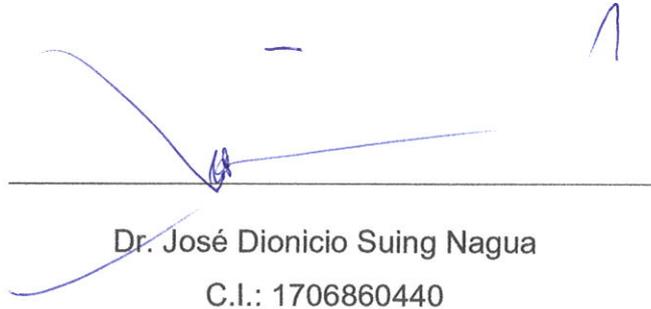
José Gabriel Terán Naranjo

Master en Derecho de la Empresa y de los Negocios

C.C.: 0502272792

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

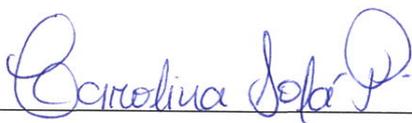
“Declaro haber revisado este trabajo, **“Alcance y repercusiones jurídicas de la institución de las servidumbres administrativas y su afectación a la propiedad privada”**, de la estudiante **Carolina Alejandra Solá Pérez**, en el semestre **2020-20**, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.



Dr. José Dionicio Suing Nagua
C.I.: 1706860440

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.



Carolina Alejandra Solá Pérez

C.I.: 171925967-1

AGRADECIMIENTOS

A Dios: mi fortaleza y mi motor.

A mis padres Alicia y Jaime quienes con su amor, paciencia y esfuerzo han hecho posible la realización de este sueño.

Por inculcar en mí su ejemplo de trabajo y valentía, de no rendirse ante ninguna adversidad, por ser mi roca y mi luz.

A mi Luis, mi angelito del cielo, por guiarme y levantarme, por no permitirme decaer, por tu presencia en mi vida, por tu infinito amor.

DEDICATORIA

A mis padres, por darme esta oportunidad de vida, por su amor.

A ti mamá, para ti especialmente va dedicado este esfuerzo, por tu temple y tu valor para superar los obstáculos de la vida.

Eres mi fuente inagotable de luz.

Te mereces este logro y todos.

A ti papá, que desde pequeña me enseñaste, que el amor y la humildad son las fuerzas más poderosas, las que más puertas abren.

Por eso, por tu amor, aún después de tu partida.

A mi sobrino Nico, por ser mi inspiración, mi coraje.

A ti mi Luchito.

Mi fuerza, mi valor, mi estrella.

RESUMEN

El presente ensayo pretende realizar un acercamiento al problema jurídico existente dentro de la figura de las servidumbres administrativas, particularmente aquellas de carácter gratuito, que son cargadas por razón de utilidad pública en beneficio de la colectividad, y que, consecuentemente limitan el derecho individual de aquellos a quienes se les impone. Por tanto, la presente investigación tiene como objetivo general revisar las funciones asignadas a nivel constitucional al derecho de propiedad, mismas que, a su vez se traducen en limitaciones. Para llegar a ello, iniciaremos realizando un análisis de la evolución del derecho de propiedad en la Constitución de la República del Ecuador, pasando por las limitaciones del mismo; apartando un capítulo exclusivamente para revisar la figura de las servidumbres administrativas como institución que afecta derechos subjetivos y su carácter de inminente indemnización, tema que será revisado tomando en cuenta el caso EPMAPS que fue judicializado (PORRAS Vs. EMAAPQ.)

ABSTRACT

This essay intends to make an approach to the existing legal problem within the figure of administrative easements, particularly those of a free nature, which are charged for reasons of public utility, for the benefit of the community, and that, consequently limit the individual right of those to whom it is imposed. Therefore, the present investigation has as a general objective to review the functions assigned at constitutional level to the right of property, which, in turn, translate into limitations. To achieve this, we will begin by carrying out an analysis of the evolution of the property right in the Constitution of the Republic of Ecuador, through its limitations, leaving a part a chapter exclusively to review more in detail the figure of administrative easements as an institution that may affect people`s subjective rights, and it`s mandatory indemnizatory rate, subject that will take place above the analysis of the already judicialized EPMAPS case (PORRAS vs. EMAAPQ).

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO I. EL EJERCICIO DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA	2
1.1. El Estado y la Administración Pública	2
1.2. Las Potestades de la Administración Pública.....	5
1.2.1 Definición	5
1.2.2. Tipos de potestades.....	6
1.2.2.1. La facultad exorbitante	6
1.2.2.2. Potestad de interpretación unilateral	7
1.2.2.3. Potestad de modificación unilateral	8
1.2.2.4. Potestad Rescisoria.....	8
2. CAPÍTULO II. DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA EN EL ECUADOR	10
2.1 Breve repaso de la institución de la propiedad privada en los marcos constitucionales de los años: 1830, 1835, 1906, 1929, 1967, 1998 y 2008.....	10
2.2 Breve repaso de la institución de la propiedad privada en el Código Civil ecuatoriano.....	17
2.3. Definición y contenido esencial del derecho de propiedad privada.....	19
2.4. Definición de bien. Bienes nacionales: De uso público y de dominio público	21
2.5. El dominio público frente al dominio privado	24
3. CAPÍTULO III. LIMITACIONES A LA PROPIEDAD PRIVADA EN INTERÉS PÚBLICO: SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS.....	27

3.1. Breve comparación entre limitación y restricción a la propiedad privada en interés público.....	27
3.2. Clasificación y contenido de las limitaciones a la propiedad privada en razón del interés público	29
3.2.1. Ocupación Temporánea	29
3.2.2. El Decomiso.....	30
3.2.3. Servidumbre Administrativa	30
3.2.4. La Confiscación	34
3.2.5. La Expropiación	35
3.3. El interés público frente a la obligatoriedad de indemnización por parte del Estado.....	38
3.4. Cuadro comparativo de figuras afines limitativas del dominio y las servidumbres administrativas	40
3.5 Casos en que cabe una indemnización por la imposición de servidumbres administrativas	41
3.6 Procedimiento de imposición de servidumbres.....	42
3.7 Caso EPMAPS.....	43
4. CONCLUSIONES.....	47
REFERENCIAS	49

INTRODUCCIÓN

El presente ensayo académico de titulación tiene como principal objetivo hacer un análisis tanto doctrinario como normativo de la figura de las servidumbres administrativas y la incidencia que tienen éstas en el ámbito privado, al ser las mismas un derecho real que se constituye a favor de una entidad pública ocasionando un desmembramiento, gravamen o limitación en la plenitud jurídica de un bien determinado propiedad de un particular.

Me he sentido motivada a la investigación del tema que presento en este documento debido a que en mis años de estudios universitarios me he encontrado con maestros que más allá de enseñarme la letra de la norma, me han enseñado a cuestionarme cuando aquella es únicamente un instrumento legal de imposición y medio de la Administración para hacer uso de su arbitrariedad; como sucede en el caso que presento al finalizar el capítulo tres que trata de las Servidumbres Administrativas que impone la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento “EPMAPS-AGUA DE QUITO”.

A fin de abordar esta investigación de una manera ordenada, he dividido el presente documento en tres capítulos que buscan delimitar el espacio jurídico que se ve inmerso en la problemática a desarrollar, haciendo un análisis en el primer apartado, de las potestades que le son propias a la Administración Pública, haciendo especial énfasis en aquella que hace posible su actuar impositivo frente a los administrados, como es la potestad exorbitante o cláusula exorbitante, cuando nos referimos a contratos o actos administrativos. Un segundo capítulo que trata de historia constitucional, que hará hincapié en los avances que allí se han incorporado sobre el derecho de propiedad y cómo éste se ha visto revolucionado, otorgándole funciones y requisitos; para en un tercer apartado referirnos a la problemática que trae consigo una imposición arbitraria sobre un bien privado, que muchas veces no ve una justa indemnización a causa de ser una prerrogativa estatal, afectando derechos subjetivos de los administrados.

1. CAPÍTULO I. EL EJERCICIO DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA

1.1.- El Estado y la Administración Pública

Dentro del rol que cumple la Administración Pública en el Estado, cabe preguntarse qué límites encuentra en su actuar ante los administrados, y, para llegar a ello se debe entender en primer lugar qué es el Estado y cuáles son las funciones que éste cumple para así poder concatenarlo al rol que la Administración Pública como tal desempeña. Una vez se haya comprendido la definición de “Estado”, se encontrará más beneficiosa y completa la explicación de “Administración”, para ello nos referiremos a lo mencionado por el autor Vladimiro Naranjo, (2000, p. 72) que cita a Biscaretti Di Ruffia, cuando este dice que el “Estado es un ente social que se forma cuando en un territorio determinado se organiza jurídicamente un pueblo que se somete a la voluntad de un gobierno.”

Si bien entendemos que, tanto las sociedades como tal, las personas que las conforman, y las normas que las rigen, se forjan y van encontrando variaciones a través del paso del tiempo, así mismo sucede con ciertas definiciones que, si bien se mantienen en esencia, encuentran varios cambios de forma. Así, el significado de Estado ha ido variando a través de los años, y así lo menciona Vladimiro Naranjo (2003,p.76-77). “Fue en Grecia donde se desarrolló, por primera vez, una organización política que, en cierta forma, prefiguraba al Estado moderno dentro del marco de la ciudad, a la cual se denominó *polis*. (...) Es en la ciudad solamente donde el hombre es un ser jurídico; fuera de ella no hay ni seguridad, ni libertad, ni aun humanidad.”. Luego, en Roma, se denominó *civitas* a la “comunidad organizada socialmente, término que también significa *ciudad*. Luego, con la expansión del imperio romano, llegó otra expresión que calificaba la nueva situación de dominio público sobre el gran territorio conquistado: la de *imperium*, que encerraba la idea de Estado.

La noción de Estado permaneció durante la Edad Media, y entre los siglos XIII y XVI, hasta la época del Renacimiento, “el tránsito del feudalismo al Estado

moderno, como fenómeno de desplazamiento de ciertas funciones o actividades fundamentales para la vida de la comunidad”. (Naranjo, 2003, p. 78)

Una vez entendida la definición de Estado, revisemos la de administración pública. Tal como señala la tratadista Ana Pérez (Perez , 2014) ésta puede considerarse:

“Como la que tiene la gestión de los asuntos respecto a las personas, de los bienes y de las acciones del ciudadano como miembro del Estado, y de su persona, sus bienes y sus acciones como incumbiendo al orden público. (...) Dicha administración, por principio, es una cualidad del Estado y sólo se puede explicar a partir del Estado.” (Perez & Molina , 2014)

De lo que se desprende que, éste es una construcción política y social en la que una gran parte del pueblo se somete a las decisiones de otra llamada gobernante. Entonces, ¿qué es la Administración Pública y cuál es su función? De las mismas conceptualizaciones de Estado y de Administración dadas, y que se encuentran conectadas y nacen casi a la par, se entiende que para que las decisiones del gobernante sean traducidas y puestas en marcha, se necesita de una organización (*persona jurídica*) que dé lugar a la ejecución de aquello, de allí nace la Administración Pública, entendida entonces como una rama estatal que lo que hace es dar funcionalidad al Estado y dotarlo de las herramientas necesarias para llegar a una sociedad que sea capaz de caminar por sus propios pies.

Como Morales Tobar menciona en su libro Manual de Derecho Procesal Administrativo (2011, pp.65), citando a Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández, “hay que mirarle a la Administración Pública, como una persona jurídica, para desde esa visión entender su real desenvolvimiento y funcionamiento como actividad del poder público”.

Respecto del alcance de la aproximación que realiza Morales Tobar de administración pública y de persona jurídica, es pertinente hacer mención del significado de éste segundo, persona jurídica y de la diferencia existente con el término personalidad jurídica, por lo que el documento de autoría del Dr. Vinicio Palacios *Personalidad y Personería jurídica*, entra en discusión. Palacios dice que el debate entre personalidad y personería jurídica empieza cuando intervienen instituciones públicas, y hace mención del artículo 564 del Código Civil, que dice que personalidad y personería jurídica son ambas componentes de la persona jurídica; y, realiza la siguiente interpretación: “*Personalidad*, implica que se le permite a la persona ser titular y desarrollar actividades jurídicas, mas no le permite defenderse por sí.”

“*Personería*, se entiende como la capacidad legal de comparecer a juicio, de representación legal y suficiente para litigar.” (Palacios, 2015)

En ese orden de ideas, entendiendo a la administración pública como una persona jurídica y volviendo al concepto de Estado, (conformado por pueblo y territorio), éste ejerce una especie de poder de dominación y, la Administración Pública es la responsable de encausar y orientar ese accionar, dictando normas de cumplimiento imperativo; tiene la facultad de ejercer la coacción para lograr la efectiva aplicación de las medidas que haya establecido, procurando siempre el bien común.

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 225 refiriéndose al sector público, sobre aquello que éste comprende, encuadra a la administración como una persona jurídica desde un rango constitucional, respecto de ello, el autor Morales Tobar (2011, pp. 66) cita a Javier Robalino cuando éste propone que “las normas constitucionales nos proporcionan el motor del sistema estatal y democrático, el cual requiere de otros aditamentos para que la maquinaria administrativa sea operativa, mismos que provendrían principalmente del Derecho Administrativo.”

Debe comprenderse entonces que la Administración Pública, compuesta por los órganos y entidades que ejercen esta actividad administrativa, vinculados al ejercicio de las diversas funciones del Estado, no siempre cuentan con personería jurídica, pero sí con personalidad jurídica, lo que hace que sea el sujeto que es quien ejerce su función sea responsable por los actos, contratos y demás actuaciones administrativas que del mismo emanen.

La administración necesita estar dotada de ciertas prerrogativas que le permitan su accionar en una esfera concreta y que se vean reflejadas en la satisfacción de los intereses generales, estas prerrogativas son conocidas como *potestades*.

1.2. Las Potestades de la Administración Pública

1.2.1 Definición

José Bermejo Vera, (1994, págs. 65-112) en el libro Derecho Administrativo, Parte Especial, señala, refiriéndose a las potestades administrativas, que es el ordenamiento jurídico el que “otorga a las Administraciones unos poderes derivados de permanente aplicación para la consecución de los objetivos genéricos, constitucionalmente atribuidos, y objetivos específicos, legalmente asignados, que posibilitan la realización de sus actuaciones, incluso frente a la legítima oposición de los particulares. (...) el ejercicio de este tipo de poderes está condicionado por el principio de legalidad.” De lo mencionado, se debe rescatar como base al mencionado principio de legalidad, ya que al tratarse de una potestad de la administración, ésta no puede existir sin previa habilitación regulada por el ordenamiento jurídico, tal es así que ningún actuar de la administración puede considerarse como legítimo si no se encuentra expresado previamente en una norma escrita.

Juan Carlos Cassagne en su libro Derecho Administrativo, citando a García de Enterría, menciona que “la Administración ya no se presenta como mera

ejecutora de normas que le son impuestas sino que es a la vez, en mayor o menor medida, fuente de normas autónomas, lo cual no implica desconocer, desde luego, que la ley formal siga enmarcando la generalidad de la actuación administrativa, operando sobre la Administración en forma directa, o bien, limitando, determinando o excluyendo, la potestad reglamentaria de la Administración.” (Cassagne, 2006, pp. 27).

De lo mencionado en los párrafos que preceden, podemos inferir que los poderes que la Ley confiere directamente a las Administraciones Públicas las faculta para realizar actos con fines de interés general o público. Se sitúan en una posición de supremacía que, además, permite constituir, modificar o extinguir situaciones jurídicas, de las que son titulares activos los administrados; finalmente, ésta impone obligaciones de forma unilateral e incluso lo puede hacer sin contar con su voluntad o consentimiento. Entre las distintas potestades, conceptualizaremos que compete al tema de este ensayo.

1.2.2. Tipos de potestades

1.2.2.1. La facultad exorbitante

Para García & Fernández “La justificación de estos poderes radica en el hecho evidente de que la Administración no puede legalmente desentenderse de la marcha de las actividades o servicios que son de su competencia” (2011, p.767). Las potestades exorbitantes de la Administración Pública en la actividad convencional del Estado se justifican sobre la base de la tutela y prevalencia del interés colectivo por sobre el interés particular, éstas asumen la forma de prerrogativas denominadas cláusulas exorbitantes de derecho privado, a través de las cuales la Administración podría modificar unilateralmente las condiciones del contrato administrativo “ius variandi” durante la etapa de ejecución, prescindiendo de la voluntad del particular.

Las prerrogativas exorbitantes, contenidas en las cláusulas inusuales del derecho común, propias del derecho público, permiten asegurar los intereses

públicos vinculados con la ejecución del contrato administrativo, mismas que para los profesores García y Fernández (2011, pp.766-774), Salguero (1983, pp. 83-100) han sido clasificadas teóricamente de la siguiente forma: potestad de interpretación unilateral, potestad de dirección y control, potestad de modificación unilateral, potestad sancionatoria y potestad rescisoria. Es característico de esta potestad que, al tratarse de contratos administrativos, estas cláusulas no hayan quedado insertas literalmente en el texto del contrato, de darse este supuesto, deben entenderse intrínsecas en el mismo, ya que aquellas son, como su nombre refiere *potestativas* y exclusivas del Estado. Y podemos definir las como sigue.

1.2.2.2. Potestad de interpretación unilateral

La dinámica del actuar de la Administración Pública es de carácter complejo, dado que posee la facultad de imponer su imperio sobre derechos particulares, con la finalidad de precautelar el bienestar de la generalidad, así, puede verse inmersa en la afectación de derechos subjetivos. Esta potestad que tiene la Administración de interpretar unilateralmente ya sea actos administrativos debidamente motivados o contratos celebrados con los administrados, por ende aquellas estipulaciones contenidas en ellos, tiene un carácter meramente subsidiario ya que devienen de discrepancias que emanan de aquellos y que, deben resolverse para así evitar la paralización de un servicio público o en su defecto iniciar con la construcción de los medios necesarios para proveerlo.

Cuando las partes contratantes no coinciden con la interpretación del contrato administrativo, aquello corresponde a la Administración, por ser quien mejor conoce el sentido del acuerdo convencional, ya que ha sido su redactora. La Administración se reserva la potestad para interpretarlo unilateralmente. Para Salguero (1983, p. 30) “(...) todo contrato administrativo tiene como finalidad la satisfacción de una necesidad común, un interés público y general (...)”, y por lo tanto debe evitar la suspensión en la construcción de una obra o la prestación de un servicio público en perjuicio de los intereses y los recursos públicos.

1.2.2.3. Potestad de modificación unilateral

Consiste en la facultad especial que tiene la Administración para modificar unilateralmente los términos del contrato administrativo, en virtud del interés colectivo, y cuyos efectos alteran directamente su ejecución y prestaciones. Para Jinesta “la Administración Pública contratante puede unilateralmente modificar, aumentar o disminuir, por razones imprevisibles al iniciarse el procedimiento de contratación o durante la ejecución contractual, el objeto del contrato para la satisfacción plena del interés público” (2010, pp. 356 y 357)

El poder de modificación unilateral que posee la Administración Pública no puede ser de ninguna manera discrecional; ya que de ser así, podría sustraerse compromisos contractuales por su simple voluntad; por lo que, para poder hacerlo, deberá tener como justificación aquel cambio de circunstancias que alteraron las condiciones originales del contrato y la correspondiente indemnización compensatoria al particular, para restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato provocado por la modificación. Entendemos que, esta prerrogativa debe y únicamente puede adoptarse cuando sobrevienen circunstancias en las que la prestación del servicio público pueda verse afectado o lo que sería peor, paralizado, y para poder surtir efecto, la entidad pública, deberá emitir acto administrativo motivado respecto de las nuevas condiciones, supresión o adición de obras, servicios o trabajos.

1.2.2.4. Potestad Rescisoria

Para Diez M (1963, pp. 572-575), ésta es aquella facultad especial que tiene la Administración para disponer unilateralmente y en cualquier momento la rescisión del contrato administrativo. En unos casos por incumplimiento del co contratante y en otros cuando convenga al interés público, esto, previo a la correspondiente indemnización por todos los gastos comprometidos y beneficios no recibidos por parte del co contratante. En ciertas ocasiones resulta más oneroso rescindir el contrato que llegar hasta su ejecución. La rescisión debe ser el último recurso a seguir por las implicaciones que conlleva.

Además de esta clasificación, José Bermejo Vera determina otra, dentro de la cual menciona la potestad expropiatoria por causa de utilidad pública e interés social, diciendo que “la expropiación forzosa es una fórmula mediante la que los poderes públicos competentes despojan de sus bienes y derechos o intereses de contenido patrimonial, total o parcialmente, e incluso temporal o definitivamente, a sus titulares legítimos.”

“La función social actúa como elemento justificativo de las delimitaciones legales de la propiedad, la utilidad pública y el interés social son causas justificativas del abatimiento o despojo de la misma por medio del ejercicio de la potestad expropiatoria de las Administraciones” (Bermeo, J. 1994, pp. 67).

Mediante esta breve explicación, y de lo que se entiende a través de la lectura de los autores citados sobre la expropiación en el Derecho Español y que no se encuentra muy distante de lo dicho al respecto en la doctrina ecuatoriana, podemos introducirnos en el tema central a tratar en este ensayo, las servidumbres administrativas, y más a detalle en aquellas que impone la Administración de manera gratuita.

Para hablar de servidumbres, debemos referirnos a las limitaciones al derecho de propiedad, a lo que se entiende por propiedad doctrinariamente y al contenido de lo que dicta sobre ella la Carta Suprema Ecuatoriana, además de las funciones que aquella figura debe cumplir dentro de la sociedad. Roberto Dromi dice que “el derecho de propiedad no es absoluto, porque ningún derecho reconocido en la Constitución puede revestir tal carácter. (...) El derecho de propiedad es exclusivo por cuanto dos personas no pueden tener en el todo el dominio de una cosa. Puede ser imperfecto, si la cosa que forma su objeto está gravada con un derecho real a favor de terceros: servidumbre” (Dromi, R. 2015, pp. 164)

De lo mencionado en los párrafos que preceden, podemos inferir que si bien las servidumbres administrativas nacen de las reglas del derecho público y consisten precisamente en un actuar de la administración, reglas que distan

totalmente del régimen propio de la contratación pública y al que pertenecen las cláusulas exorbitantes arriba referidas, no podemos dejar de lado el conjunto de prerrogativas que lleva implícita la administración pública en su actuar y que devienen de un interés general en función de los requerimientos de esta misma colectividad; aquellas también se entienden como exorbitantes debido a que facultan al poder administrativo a proceder según conveniencia de aquel interés general.

Una vez ha sido revisado el papel que cumple la Administración Pública dentro del Estado y comprendido todas aquellas potestades que le son propias y que revisten a sus actuaciones de una suerte de licitud, podemos pasar a analizar el contenido del derecho de propiedad privada en el Ecuador, los principales cambios que éste ha visto incorporar tanto legalmente como constitucionalmente, y así tener una mejor perspectiva de hasta dónde los derechos fundamentales individuales se mantienen como tales.

2. CAPÍTULO II. DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA EN EL ECUADOR

2.1 Breve repaso de la institución de la propiedad privada en los marcos constitucionales de los años: 1830, 1835, 1906, 1929, 1967, 1998 y 2008

Con el fin de realizar un análisis del concepto de Derecho de Propiedad que hoy en día reconoce nuestra Carta Constitucional, se debe revisar la historia normativa del Ecuador. Nuestro país ha visto nacer a 19 constituciones, empezando su vida como República con la de Riobamba, en 1830. La normativa constitucional escogida para ser objeto de análisis de este apartado del presente ensayo corresponde a aquella en la que, de acuerdo a mi criterio, se ha visto una suerte de cambios de fondo, ésta ha visto su paso desde la vulneración y desconocimiento de ciertas prerrogativas que nos han correspondido como ciudadanos desde siempre, hasta el reconocimiento de derechos y la posibilidad de garantizar los mismos. El derecho de propiedad es uno de ellos. Con el paso del tiempo este derecho ha visto reconocidos y apropiados ciertos conceptos que en un principio normativo no eran propios de

toda la población porque la propiedad era tratada como el privilegio de unos pocos y se proclamaba absoluta. Hoy en día el derecho de propiedad es un derecho que se reconoce a todo ciudadano y que cuenta tanto con restricciones como límites y funciones a tomar en consideración.

De acuerdo a lo mencionado en el párrafo que precede y en torno al tema que compete a este ensayo, revisaremos las variantes y las construcciones jurídicas que se han incorporado en las Constituciones mencionadas.

Así tenemos la primera, la Constitución de 1830, documento que dio nacimiento a la República del Ecuador, y que en su artículo 62 establecía:

“Nadie puede ser privado de su propiedad, ni ésta aplicada a ningún uso público sin su consentimiento y sin recibir justas compensaciones a juicio de buen varón. Nadie está obligado a prestar servicios personales que no estén prescritos por ley. Todos pueden ejercer libremente cualquier comercio o industria que no se oponga a las buenas costumbres.” (Cancillería de Ecuador, 1830)

La Constitución de 1830, conservadora, concebía a la propiedad como absoluta y prohibía todo tipo de confiscación, además implementó la expropiación por causa de utilidad pública mediando una indemnización al propietario, lo que para la época es considerado un gran avance. Dicha Constitución exigía “para ser ciudadano”, y lo coloco entre comillas porque no toda la población podía serlo como veremos más adelante; tener ciertas características económicas como era la de contar con una propiedad de 300 pesos. En esa época no se le otorgaba ningún tipo de función a la propiedad, más bien eran los ciudadanos quienes debían detentar características especiales en torno a esta para poseerla.

“El constitucionalismo de la República oligárquico-terrateniente” es como Juan Paz y Miño, profesor e historiador de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador manifiesta se vivió el primer siglo republicano en el Ecuador, en su

texto *Constituyentes, Constituciones y Economía* (2007, p. 3). Allí, Paz y Miño recuerda cómo se vivió una república para ciudadanos sin ciudadanos donde “el primer Congreso constituyente del Ecuador excluyó de la ciudadanía al 90% de la población nacional (...)”, una Constitución cuyas normas estaban hechas por y para la clase dominante. Tiempo después, con la visión liberal de Vicente Rocafuerte, se buscó orden y un sentido de “modernización nacional” en palabras de Paz y Miño (2007, p. 6), estableciendo como limitación en torno al derecho de propiedad, una de las motivaciones contemporáneas que la Administración ha determinado para imponer el tema que concierne este ensayo, las servidumbres. Ésta salvedad fue incorporada en la Constitución, así:

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

Al realizar un estudio de las Constituciones nacionales, en las que vemos incorporados avances importantes respecto del derecho de propiedad, no podemos dejar de lado aquellas consideradas como *liberales*. La Constitución de 1906, impulsada de la mano del General Eloy Alfaro Delgado constituyó una profunda transformación y es considerada aún al día de hoy una herencia histórica de liberación social, cultural, política y ambiental que consolidó derechos y garantías fundamentales para las y los ecuatorianos; sus logros se tradujeron en cambios y avances que realmente incorporaron progresos retrasados pero necesarios en nuestra sociedad.

Aquella Carta Magna nos consagró como un Estado laico, democrático y representativo, con tres poderes. Proclamó una revolución educativa, reconoció derechos fundamentales, entre los principales, la libertad individual, personal,

de conciencia y de pensamiento, el derecho a la propiedad, libertad de trabajo y de industria. Ahora, sobre el estudio del derecho de propiedad, aquel a analizar en este capítulo, la Constitución de 1906 mantuvo lo dictaminado por las cartas constitucionales anteriores, respecto de la necesidad de existencia de una “utilidad pública” para los casos de imprescindible expropiación y respecto de la irrecusable indemnización.

Luego, en la Constitución de 1929 conocida como la Constitución Juliana y con Isidro Ayora como presidente interino, introdujo el concepto de propiedad en función social “con las restricciones que exijan las necesidades y el progreso sociales” a favor de “los intereses generales del Estado, del desenvolvimiento económico nacional y del bienestar y salubridad públicos.” Documento en el que por primera vez se incluía dentro del derecho de propiedad el término *servidumbre*, contemplándola en los casos que “exijan las necesidades y el progreso social” (Art. 151:14 Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 138, 1929); pero sin señalar una indemnización por la imposición de este tipo de limitación.

Más tarde, en la Constitución de 1967, se estableció que: “Artículo 47.- El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada **mientras ésta cumpla con la función social que le es inherente**. La ley regulará su adquisición, uso, goce y disposición, y facilitará el acceso de todos a la propiedad”. Por su parte, el mismo texto constitucional estimaba que era posible una limitación al derecho de propiedad por mandato judicial o por expropiación mediando la utilidad pública o una razón de interés social. Esta limitación podía dictaminarse únicamente por el Estado y entidades de derecho público, y se les reconocía a los afectados una indemnización exceptuando los casos en que la ley no la establezca. Este precepto se mantuvo en la Carta Suprema de 1998, así lo estableció el artículo 30, manteniendo que la propiedad es reconocida en cualquiera de sus formas y “mientras cumpla su función social”, convirtiendo este mandato en un requisito para reconocer a la propiedad como privada. La Constitución de 1998 es importante desde varias

perspectivas. Con ésta se dio el paso del Estado absoluto al Estado legal y ello implicaba una división de poderes, legislativa, ejecutiva y judicial. Así, el poder ya no estaría concentrado en una sola persona porque justamente este hecho era el que tornaba arbitrario e injusto al Estado absoluto en donde el rey era el titular del poder, pero lo que sucede en el estado legal, es que la titularidad del poder pasa de ser ejercida por el Rey a ser ejercida por el legislativo, mismo que mediante leyes controlaba al ejecutivo y al judicial.

Otro de los aspectos destacables de la Constitución de 1998 es que, y cito al Dr. Ramiro Ávila Santamaría cuando en su texto *Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia* menciona que mediante esta carta constitucional “se estableció que el Ecuador es un Estado social de derecho”. El término *estado social de derecho* o *estado legal de derecho* viene justamente del asidero legal que se les otorgaba a las normas, es decir, en este modelo “la ley determina la autoridad y la estructura de poder” lo que básicamente involucraba que únicamente se podía hacer lo que la Ley permitía y mediante ésta eran definidos y reconocidos derechos, competencias e incluso garantías, es decir que existía un sometimiento absoluto a la ley; en el estado legal conforme el principio de legalidad, la Constitución debía adecuarse al contenido de lo que se encontraba dictaminado por leyes como el Código Civil o el Penal (2005, pp. 20-211)

Esto quiere decir que la ley era el fundamento del poder y era necesaria previa a su ejercicio. La Constitución era únicamente un documento formal ya que los derechos se concedían y limitaban haciéndolos positivos mediante los Códigos Civil y Penal. La ley establecía las bases y actuaciones del Estado y al mismo tiempo ponía límites y restricciones a las libertades de los ciudadanos.

Finalmente, con la Constitución de Montecristi, vigente a esta fecha, publicada en el Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008, que se proclamó como “constitucional de derechos y justicia”, el legislador generó un avance importantísimo en materia de reconocimiento de derechos en un sentido

material, ésta a diferencia de la constitución del 98 que defendía el estado legal, determina, ordena, establece el contenido de las leyes. En palabras de Ramiro Ávila (2008, p. 22). “la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental”, es decir que ya no es necesaria una ley previa que avale lo normado en la constitución, sino que por el contrario las leyes deben encontrarse acorde a la Norma Suprema y cuando ocurriere lo contrario éstas serían contrarias al orden constitucional y por tanto ilegítimas. La constitución de Montecristi dota a todos los derechos de una misma jerarquía, por lo que el papel del juez pasa a ser preponderante al tener que aplicar principios constitucionales a la hora de valorar el peso que se le deberá otorgar a un derecho respecto de otro. (Ávila, 2008, pp. 28-32)

Respecto del régimen de derecho de propiedad, el mandato constitucional del 2008 lo aborda en el TÍTULO II DERECHOS, Capítulo sexto, *derechos de libertad*, así: “reconoce y garantiza a las personas el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.” (Constitución de la Republica del Ecuador, 2008)

Y, al hablar de propiedad, es importante también referirnos al alcance económico que se encuentra implícito dentro del concepto. Antes de ubicarnos en el marco normativo ecuatoriano que trata sobre la calidad económica del derecho en sí, debemos darle un significado al término *Constitución económica*; José Bermejo Vera (1994, p. 641) lo define como “las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, o, dicho de otro modo, para el orden y proceso económico.” Es decir que, se trata de preceptos constitucionales que buscan dar un cauce y proponer límites a la acción económica del Estado. (2015, p.135), nos dice respecto del derecho de propiedad y su carácter económico que “el derecho de propiedad es un derecho constitucional económico relativo, sujeto al cumplimiento de tres

funciones básicas como son la social, ecológica o ambiental y el interés general, público y bien común o “buen vivir”.

De las últimas dos disposiciones contenidas en la Carta Magna, se desprende que el Estado le reconoce al individuo/ciudadano, el derecho de propiedad con el fin de satisfacer sus necesidades esenciales, pero imponiéndole limitaciones. El Estado obliga al ciudadano a que su bien tenga una función social y una responsabilidad ambiental, en aras de alcanzar el bienestar colectivo (mismo que está supeditado a la utilidad pública).

El derecho a la propiedad privada lo encontramos tipificado en el artículo 21 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que consagra este derecho, y así mismo el numeral 2 del citado Cuerpo Legal, dice que: “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la Ley”, tal como menciona la tratadista María del Carmen Jácome en el texto de la Revista de Derecho No. 21 de la UASB. (Jácome, 2014, pp. 55-56)

Así mismo, María del Carmen Jácome (2014) realiza un análisis del derecho de propiedad privada a partir del caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, que llegó a ser observado y sentenciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, condenándose al estado ecuatoriano por la violación de varios derechos, entre ellos el de propiedad privada. La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce en el artículo 21 de su normativa justamente esta potestad que tiene la ley para subordinar el derecho de propiedad privada al interés social, cuando éste lo amerite, y en el sentido del alcance de estas razones de interés general, se pronunció así:

“De manera análoga al interés social, esta Corte ha interpretado el alcance de las razones de interés general comprendido en el artículo 30 de la Convención Americana (alcance de las restricciones), al señalar

que “el requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del “bien común”, concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es “la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y materialmente y alcanzar la felicidad” (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre)

Por otra parte, la sentencia señala *“no es necesario que toda privación o restricción al derecho de propiedad esté señalado en la ley, sino que es preciso que esa ley y su aplicación respeten el contenido esencial del derecho a la propiedad privada. Este derecho supone que toda limitación a este debe ser excepcional.”*

Mediante este pronunciamiento la CIDH hace eco de la relevancia del deber que tienen las sociedades democráticas de reconocer el derecho de propiedad privada como un derecho fundamental para la prevalencia del bien común, aun cuando pueden existir situaciones en las que este derecho deba verse mermado, siempre se lo hará precautelando los derechos subjetivos de los ciudadanos mediante la garantía de un debido proceso.

2.2 Breve repaso de la institución de la propiedad privada en el Código Civil ecuatoriano

El artículo 599 de la Codificación del Código Civil, publicado en el Registro Oficial Suplemento 46, de 24 de junio del 2005, determina en el TÍTULO II, DEL DOMINIO que: “El dominio, que se llama también propiedad, es un derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social (...)” (Codigo Civil Ecuatoriano, 2005)

Según la definición que nos da el Código Civil, se considera a la propiedad y al dominio como sinónimos, sin embargo, en este ensayo nos referiremos a la propiedad como género y al dominio como un atributo otorgado al propietario de un bien. El dominio, según Genaro Eguiguren, en su libro Derecho de propiedad en el Ecuador, “es un “derecho”, es decir, un privilegio o poder que una persona, el dueño, el titular del derecho, tiene y del que puede beneficiarse; y por ser “real” recae sobre una cosa, por ende, el poder que da tal derecho se ejerce sobre un objeto y el beneficio o privilegio que supone el derecho proviene de la cosa sobre la que recae el “derecho real”” (Eguiguren, 2008, pp. 56). De esta definición podemos excluir a las personas, ya que hablamos de un derecho real; excluimos a las cosas incorpóreas (el derecho de dominio que recae sobre ellas es especial). A propósito, el dominio se adquiere mediante cinco “modos”: la Ocupación, la Adhesión, la Tradición, la Sucesión por causa de muerte, y la Prescripción Adquisitiva de Dominio.

De lo mencionado en párrafos anteriores, podemos resumir que la propiedad se entiende como un derecho inherente a las personas sobre sus bienes y, por tanto, debe ser respetado por terceros, incluyendo dentro de esta categoría a la administración pública. De los bienes como están contemplados en nuestra normativa y los diferentes tipos hablaremos más adelante.

En la célebre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada el 2 de octubre de 1789, por la Convención Francesa, tras una afirmación igualitaria de halago popular: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”, en el artículo 2 se proclama a la *propiedad*, junto con la libertad, seguridad y resistencia a la opresión, como un derecho natural a imprescriptible del hombre. Luego, el artículo 17 del mismo cuerpo legal, menciona que: “Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, no puede privarse de él a nadie, salvo cuando lo exija evidentemente la necesidad pública, justificada por los medios legales y previa indemnización equitativa.” (Cabanillas, 2006)

2.3. Definición y contenido esencial del derecho de propiedad privada.

El reconocimiento que en general hace la norma del derecho de propiedad en todas sus formas no es únicamente declarativo, sino que son conceptos y mandatos encaminados y dictados con el fin proteger la facultad individual que prevé este derecho de acceder, tener, usar, gozar y disponer libremente de un bien y que así mismo, se encuentran anclados al cumplimiento de la cláusula obligacional de ejercer este derecho observando la función y responsabilidad social y ambiental, y los posibles fines de utilidad pública o interés social y nacional.

Roberto Dromi (1985, p. 330) nos dice que *“el término propiedad se aplica para todo género de derechos susceptibles de apreciación pecuniaria, es decir, a los bienes.”* Con el paso del tiempo este derecho ha ido encontrando limitantes para su libre y pleno ejercicio, tanto público como privado. Dromi usa como ejemplo el artículo 2513 del Código Civil argentino, que establece que mediante la obtención del derecho de propiedad, se le otorga a su titular distintas capacidades y prerrogativas como la de poseer la cosa, disponer de ella, usarla o gozarla”.

Las limitaciones a la propiedad comprenden dos grandes esferas de derecho: el público y el privado, es decir que este derecho se encuentra regulado tanto por la ley civil como por la administrativa y la base de estas limitaciones es una sola: el interés común.

María del Pilar Pérez Álvarez en la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, titulada *La función social de la propiedad privada. Su protección jurídica*, señala que *“la concepción actual de la propiedad deriva de la idea liberal que tuvo el Derecho romano sobre el derecho real de propiedad que otorgaba a su titular las más amplias facultades sobre la cosa limitándolas, únicamente, en lo estrictamente necesario para salvaguardar el interés general o para proteger las relaciones de vecindad”* (Perez M. , 2014, pp. 19-21). En el

texto, la autora aborda al derecho de propiedad desde una visión doctrinaria e histórica del concepto. Dice que se concebía a la propiedad como un derecho de carácter absoluto, en el sentido de que este derecho le concede a su titular todas las prerrogativas y facultades que éste pudiera ejercer sobre la cosa frente a los demás, es decir que es *erga omnes*, aunque con las limitaciones propias de estas facultades como son el interés general o para impedir al propietario realizar determinadas actividades que pudieran perturbar el disfrute de las propiedades vecinas.

Siendo la confiscación, prohibida por la ley, muchas personas han tenido que vivir el irrespeto a lo que dicta la norma y el mal actuar de las administraciones, así sucedió en el caso de la familia Ramírez, aquí en la ciudad de Quito. Luis Jorge Ramírez Enríquez presentó ante la Corte Constitucional una Acción Extraordinaria de Protección, sentencia No. 1773-11-EP, aduciendo que la sentencia dictada “vulneró sus derechos constitucionales a la seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, principios de aplicación de los derechos, supremacía de la Constitución y derecho a la propiedad”. El accionante alegó que el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito vulneró sus derechos constitucionales, entre otros a la vivienda, propiedad privada y prohibición de confiscación cuando en el año 2004 la Municipalidad de Quito, “ilegalmente comenzó a realizar trabajos de ensanchamiento del callejón existente al costado “este” del referido inmueble, procediendo a derrocar su vivienda, sin haber existido declaratoria de utilidad pública o la entrega de una justa indemnización”.

Ante lo sucedido, la sentencia de la CC manifiesta que en su momento, los afectados realizaron las debidas denuncias ante la Administración Zonal y Defensoría del Pueblo sin haber obtenido resultado alguno, ante esto, el actor presentó una acción de protección que en primera instancia fue aceptada pero que posteriormente fue apelada por el Municipio de Quito, dando como resultado revocar la decisión y desechar la acción de protección. Claramente existía una vulneración de los derechos fundamentales del actor ya que

derrocar un inmueble sin mediar declaratoria de utilidad pública y un justo pago, constituye un acto que ocasiona daños al titular del dominio, además de la situación en específico que vivía esa familia y que tampoco fue valorada.

Lo que la Corte Constitucional consideró respecto de la vulneración al derecho de propiedad privada es la siguiente: *“la expedición de la Constitución del año 2008 significó sin lugar a duda el posicionamiento de un nuevo marco constitucional cuyo fin principal es la protección de derechos constitucionales. Para ello, la Constitución de la República eliminó las categorizaciones de derechos que se evidenciaban en anteriores constituciones y paso a establecer una igualdad jerárquica de todos los derechos, y en consecuencia una protección integral de estos.”* La Corte hace eco además de lo reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en lo relativo al derecho de propiedad, y cita el artículo 21 de esta carta de derechos, así:

“1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.”

El análisis emitido por la CC en este sentido justifica la función y responsabilidad ambiental a la cual va a destinarse a la propiedad, y que en caso no se cumpla con esta serie de requisitos el actuar de la administración se torna en una práctica inconstitucional y confiscatoria.

2.4. Definición de bien. Bienes nacionales: De uso público y de dominio público.

La normativa respecto de los bienes en el Ecuador se encuentra regulada en el Libro II del Código Civil bajo el título *“De los bienes y de su dominio, posesión,*

uso, goce y limitaciones". Nuestro Código Civil contiene la clasificación de los mismos mas no proporciona una definición como tal. Nos dice Genaro Eguiguren (2008, p. 15-16) que, para hablar de "bien" hay que hablar de "cosa" que es también la línea que ha tomado el legislador ecuatoriano al tomar ambos términos como sinónimos. Eguiguren dice que "cosa" es lo genérico y "bien" es la especie, que las cosas se distinguen de las personas y que son aquellas *"de las que el hombre se interesa y al hacerlo pueden surgir conflictos"* Ahora, *"cosas", son todo aquello que sin ser persona, por su escasez y utilidad le interesan al hombre, al punto de pretender que los beneficios que de ellas provienen tengan exclusividad para él y ninguno otro pueda servirse de ellas, es decir, que sean apropiables"*

Los bienes, para que puedan considerarse como tales, deben ser susceptibles de apropiación y encontrarse dentro del comercio. Por ejemplo, una cosa que ha sido abandonada y que no se sospecha que tenga dueño es un bien objeto de apropiación, mediante uno de los modos de adquirir el dominio: la Ocupación; por su parte, un órgano del cuerpo humano al encontrarse fuera del comercio no cumple con la característica de ser apropiable ni se encuentra dentro del comercio por lo que no cumple con las características ser considerado como un bien.

Ahora, ¿a qué bienes se les otorga la categoría de nacionales? El artículo 604 de nuestro Código Civil, hace una distinción entre bienes nacionales y bienes nacionales de uso público o bienes públicos de la siguiente manera:

"Art. 604. – Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Asimismo, los nevados perpetuos y las zonas de territorio situadas a más de 4.500 metros de altura sobre el nivel del mar.

Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes se llaman bienes del Estado o bienes fiscales.” (Código Civil Ecuatoriano, 2005)

Los bienes nacionales son aquellos cuyo dominio le pertenece a la nación toda y éstos, a su vez se clasifican en dos categorías a saber: bienes nacionales de uso público entendiéndose por estos a aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación; y bienes fiscales o del Estado, refiriéndose a aquellos cuyo uso no pertenece a todos los habitantes de la nación. Los bienes nacionales son aquellos sobre los que el Estado ejerce ciertas potestades y regímenes administrativos.

Los bienes nacionales de uso público o bienes públicos son aquellos que no pertenecen al patrimonio privado del Estado. Miguel Marienhoff cita a García De Enterría (1960. p.56) y manifiesta que, la titularidad de los bienes que conforman el dominio público pertenece al pueblo y no al Estado. Dice que el Estado no puede ser dueño de sí mismo, al ser sus elementos esenciales el pueblo y el territorio, porque de faltar uno de ellos, no hay Estado. En consecuencia, señala *“es evidente que sostener que el Estado es dueño de los bienes públicos, es lo mismo que sostener que el todo es dueño de una de las partes.”* Ahora, cabe la duda de si el pueblo puede como tal ser titular de derechos si carece de personalidad jurídica.

Según Carlos Balbín, en su libro *Manual de Derecho Administrativo* las dos categorías de bienes de dominio estatal que conceptualiza el Código Civil y Comercial argentino son: bienes de dominio público y bienes de dominio privado del Estado, asemejándose los primeros a los *bienes nacionales de uso público* y los segundos a los *bienes nacionales* descritos en la ley ecuatoriana. Para Balbín (2015, p. 229) *“Es posible definir el **concepto de los bienes del dominio público** como aquel que comprende al conjunto de bienes – trátense de cosas muebles o inmuebles – de propiedad del Estado destinados a la **utilidad o interés común.**”* Y a los bienes de dominio privado los define como

“aquellos que carecen de dueño, las minas de oro, plata, cobre, los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título.”

Entendemos entonces que los bienes de dominio público tienen, a diferencia de los del Estado o fiscales, por destino lo determinado por los diferentes regímenes administrativos, es decir tener una utilidad, comodidad e interés colectivo.

2.5. El dominio público frente al dominio privado

Por dominio público entendemos a uso público, mas no a una relación de propiedad pública, es decir que si detentamos este tipo de dominio, lo hacemos entendiendo que no poseemos la calidad de propietarios y por ello no podemos disponer de estos bienes de dominio público, como si fueran propios. Para García de Enterría, según Bermejo (Bermejo, 1994, p. 307) el dominio público *“es una relación de propiedad que las diferentes Administraciones Públicas de base territorial tienen sobre determinados bienes, en cuanto son sometidos a un régimen jurídico exorbitante del Derecho Civil.”*

Además menciona que para la Administración Pública la importancia de los bienes demaniales radica básicamente en el uso o servicio público que ésta les va a dotar; a diferencia de los bienes patrimoniales, que pueden ser fuente de ingresos para la Administración Pública.

Carlos Balbín, (Balbin, 2015, pp. 232), sobre los caracteres del dominio público nos dice que éstos son: “a) la inalienabilidad; b) la imprescriptibilidad; y, por último, c) la inembargabilidad.” Los bienes de dominio público no se encuentran dentro del comercio. Balbín también explica que si bien este tipo de bienes pueden ser dados en uso, se debe distinguir un uso común y uno especial: el primero es general y el segundo, es exclusivo.

Por otra parte, Luciano Parejo (2014, p. 981-982) nos indica *“los principios relativos a los bienes y los derechos de dominio público: el principio de reserva*

de ley, los principios de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad y el principio de (posibilidad de) atribución directa por Ley de la condición demanial.”

Ahora, esta asignación que les da a los bienes cierta calidad frente al colectivo o la Administración toma el nombre de *afectación*, que según Gordillo (2014, p. 363) es, *“un hecho o acto del Estado en cuya virtud un bien queda incorporado al uso y goce de la comunidad. (...) La afectación entonces, puede ser por ley, por acto administrativo y por hecho administrativo”*, además, que debe cumplir ciertos requisitos de validez y que dice Gordillo (p. 363-364) que son: “1.- asentimiento de la autoridad administrativa competente, 2.- el bien que se afecta ya debe estar en poder del Estado mediante un título traslativo de dominio y, 3.- el bien debe librarse al uso público en forma actual y efectiva (que debe ser puesto en uso, función).”

Si bien, los bienes de dominio público y los de dominio privado, tienen en principio una finalidad propia, ésta, según Parejo (Parejo, 2014, p. 986) *“puede muta”*, y los objetos demaniales podrían convertirse en patrimoniales y viceversa según los criterios y procedimientos establecidos en la Ley para el efecto. El autor define esta mutación como *“el acto en virtud del cual se efectúa la desafectación de un bien o derecho, con simultánea afectación a otro uso general, fin o servicio público”*. En razón de esta posibilidad de mutación es importante conocer el criterio de afectación que estos pudieren tener, los demaniales: *“afectación a un uso general, un servicio público o al fomento de la riqueza nacional”* y los patrimoniales: *“por no tener carácter demanial”* (Parejo, 2014, p. 982)

Luciano Parejo (Parejo, 2014, p. 978) menciona respecto de la teoría del dominio público que la finalidad de los bienes “demaniales” es extraerlos del tráfico jurídico ordinario con la intención de impedir su apropiación por los particulares, quedando su gestión exclusivamente al derecho público, y que la calificación de estos bienes como tales depende de dos circunstancias,

además de que derive directamente de la ley, y así también lo menciona Bermejo Vera (Bermejo, 1994, p. 306) 1. Titularidad en favor de una Administración Pública y 2. Afectación o destino a un uso o servicio público, o al fomento de la riqueza nacional.

Encontramos otra similitud doctrinaria cuando Bermejo, al igual que Luciano Parejo (Parejo, 2014, p. 983) hace mención de la afectación de los bienes y manifiesta que: “es la vinculación de un bien de una administración territorial a un fin (uso o servicio) de interés público y que la entrega de dicho bien en el dominio público le hace adquirir tal condición mientras esta siga vigente”, agregando además que estas afectaciones pueden ser concurrentes, es decir que un solo bien puede ser vinculado a más de un servicio público y que, pueden ser a su vez, temporales o indefinidas.

Luciano Parejo (2014, p. 984) nos proporciona una clasificación de los bienes de dominio público según la afectación a la que nos referíamos en párrafos anteriores, así: según la forma de la afectación: dominio público natural y dominio público artificial, que básicamente se refiere a aquellos bienes afectados directamente por la Ley; y, según el destino que comporte la afectación: uso general (o público), servicio público y fomento de la riqueza nacional (aguas, montes, costas, carreteras), tal como también lo señala Bermejo Vera, que refiere a los bienes de uso público que se encuentran a disposición de todos los ciudadanos para su utilización común.

Una vez hemos hecho una revisión de la institución jurídica del derecho de propiedad en el Ecuador, tanto en su versión Constitucional como en aquella recogida en el Código Civil; una revisión del concepto de bien y de dominio, habiéndolos relacionado y clasificado, podemos avanzar al análisis del objeto que compete este ensayo académico, las limitaciones a la propiedad privada, principalmente, las servidumbres administrativas.

3. CAPÍTULO III. LIMITACIONES A LA PROPIEDAD PRIVADA EN INTERÉS PÚBLICO: SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS

3.1. Breve comparación entre limitación y restricción a la propiedad privada en interés público

El término limitaciones a la propiedad engloba dos grandes grupos: lo público y lo privado; cuando se limita la propiedad privada en *razón del interés público*, es el derecho administrativo el que lo regula, según nos dice Dromi (1985, p.332) coincidiendo con Marienhoff (1997 p.7) ya que se trata de “relaciones de la Administración Pública con los administrados”.

Ahora, se escucha hablar tanto de *restricciones* como de *limitaciones* al derecho de propiedad y, sobre ello, Miguel Marienhoff en su Tratado de Derecho Administrativo (1997, p. 3-4), nos explica que se debe entender a las limitaciones como *género* y a las restricciones como *subespecie*, así: “Desde el punto de vista técnico, la “restricción” administrativa a la propiedad privada es una de las tantas “limitaciones” posibles a dicha propiedad. En Derecho Administrativo no pueden, entonces, darse como sinónimas, ni emplearse una en lugar de la otra las voces “limitaciones” y “restricciones”, por cuanto en este ámbito aquella es “género” y ésta es “especie” de ese género. De lo que se desprende que las restricciones son especies de limitaciones y que las restricciones se manifiestan y por tanto se regulan e imponen de manera diferente de las demás limitaciones.

A su vez Marienhoff, nos habla de “*medidas de policía de la propiedad*” refiriéndose así al ejercicio de “libertad” individual que implica la reglamentación intrínseca de las limitaciones al libre ejercicio de este derecho.

Históricamente, las limitaciones al derecho de propiedad privada en razón del interés público se han originado mediante ley o mediante pacto o contrato entre partes; sobre aquello, Marienhoff diferencia además tanto la implicación de las

unas y las otras como la forma en que éstas se imponen, diciendo que las restricciones no conllevan un sacrificio por parte del propietario ya que constituyen una cualidad jurídica derivada de toda propiedad y que se imponen mediante reglamento autónomo: acto administrativo de carácter general, las restricciones nacen conjuntamente con los derechos, precisamente por el hecho de no existir derechos absolutos.

Por su parte, dado que las limitaciones si implican un sacrificio para el propietario, y que pueden consistir desde el desmembramiento de su propiedad hasta la expropiación de la misma, se requiere de la existencia de una ley formal que se impondrá por disposición del legislador pero que, desde luego, se considerarán válidas en tanto sean constitucionales.

Jorge y Francisco Avendaño, en su texto Derechos Reales (2017, p. 66) nos dicen que “las restricciones legales al derecho de propiedad son cargas o prohibiciones que se imponen a este derecho para limitar su ejercicio. Se produce una disminución o recorte del poder jurídico que impide al propietario actuar con total libertad sobre el bien, pero no se pierde la propiedad misma ni la posibilidad de ejercer los atributos del dominio.” Más aún, de considerarse cargas, éstas deberían llevar implícitas un deber por parte de la Administración de reparación, por tratarse de derechos subjetivos de los administrados, sin embargo al tratarse de una condición misma del derecho de propiedad, ésta no se traduce en deterioro ni sacrificio, por lo que no existe como tal la instancia reparatoria, y a manera de ejemplo podemos mencionar la línea de edificación o la altura máxima de construcción.

De acuerdo a Marienhoff (1997, p.3) dentro de las limitaciones encontramos a las servidumbres, la expropiación, la ocupación temporánea y al decomiso. Así mismo Roberto Dromi (1985, p.335) distingue las restricciones de las limitaciones: servidumbres, expropiación, diciendo que las primeras son impuestas a los propietarios vecinos por su interés respectivo y las segundas son desmembraciones a la propiedad, y mencionando además que las

limitaciones que se imponen en interés público inciden directamente “sobre lo absoluto, lo exclusivo y lo perpetuo de la propiedad”. Lo que limita lo absoluto, dice Dromi que se denomina *restricción*, administrativa o pública; lo que tiene como finalidad el desmembramiento, *servidumbre*, administrativa o pública y lo que tiene como fin la extinción de la propiedad, *expropiación*.

3.2. Clasificación y contenido de las limitaciones a la propiedad privada en razón del interés público

3.2.1. Ocupación Temporánea

Conocida también como expropiación de uso. Roberto Dromi (2015, p. 213) dice que “es el derecho real administrativo, titularizado por un ente público, por el que adquiere, por razones de interés público, en forma transitoria o provisional, el uso y goce de un bien, de persona no estatal”. Al adquirir mediante la ocupación temporánea únicamente el uso y goce no incide sobre la libre disposición del propietario de disponer su bien como desee, por lo que no afecta la nuda propiedad, como menciona Cassagne (2006, p.642).

La ocupación temporánea puede ser normal o anormal. La normal, funciona igual que la expropiación en el sentido de que contempla la obligación de indemnización, y que ejemplificaríamos cuando se impida el acceso a un local comercial a su dueño, por cierto tiempo, por un tema de repavimentación; mientras que la anormal supone un antecedente de *estado de necesidad*, accidentes y en general catástrofes de cierta magnitud, cuando por ejemplo es necesario entrar en un departamento o casa con la finalidad de apagar un incendio o para depositar materiales utilizados para una obra pública.

Gordillo (s/f, pág. 380) indica que “es un derecho real administrativo, lo que supone dos aspectos: a) que no es un derecho personal, y b) que dentro de los derechos reales, es de índole pública o administrativa: el derecho privado no conoce esta figura de la ocupación temporánea.”

3.2.2. El Decomiso

Dromi, a su vez establece que la figura del decomiso si es una limitación a la propiedad privada conocida como sanción, en razón de interés público. Se impone por violación de disposiciones reglamentarias o por razones de seguridad pública. No existe ningún tipo de contraprestación (indemnización) e implica la pérdida definitiva del bien, por lo que afecta al carácter de *perpetuo* del dominio. Marienhoff (Marienhoff, 1960, pp. 186-188) menciona que el decomiso “es la pérdida definitiva de una cosa mueble, por razones de seguridad, moralidad o salubridad públicas.” Lo que se refiere a la necesidad de la Administración de mantener una suerte de orden social ya que de acuerdo a la definición de Marienhoff y Dromi, ésta figura aplica en casos en los que se exponga al público en general de cosas consideradas como nocivas, peligrosas para los demás o que afecten a la moralidad, ya que se estaría afectando el derecho de terceros a no ser expuestos a este tipo de riesgo, es por ello el carácter de no indemnizable de esta limitación, porque la cosa no es tomada para ser de *utilidad pública* sino más bien para ser destruida.

Es por ello que tanto Dromi como Marienhoff concuerdan en que la garantía constitucional del libre ejercicio del derecho de propiedad no ejerce su imperio, ya que se entiende que las cosas que se consideren como riesgosas o ilegales se encuentran fuera del marco de protección, por esta razón se entiende a la figura del decomiso como una limitación a la propiedad privada en interés público.

3.2.3. Servidumbre Administrativa

La servidumbre administrativa, según el autor Juan Antonio Carrillo (2003) se define como

“Aquel gravamen real tendencialmente perpetuo que recae sobre un fundo privado por una causa de utilidad pública o de interés social

legalmente establecido, ya sea en beneficio y protección de un bien de dominio público o para la satisfacción de una necesidad colectiva (pp. 93) , el autor menciona que la característica fundamental consiste en que el régimen de protección de este tipo de gravamen se rige por los principios del derecho administrativo y por el de la policía demanial (los bienes demaniales, como revisamos en el capítulo dos son aquellos sometidos dentro del patrimonio de la Administración pública).”

Por su parte Roberto Dromi (2015, pp.172-176), señala que la servidumbre administrativa “es un derecho real público que integra la dominialidad pública, constituido a favor de una entidad pública sobre inmueble ajeno, con el objeto de que este sirva al uso de la colectividad.” Explica que es un derecho real público porque se lo impone mediante un desmembramiento de un bien jurídico determinado y de propiedad de un particular, en virtud de su naturaleza, su titular, su finalidad y su régimen jurídico que termina siendo el público.

De lo mencionado en el párrafo anterior, podemos inferir que la servidumbre no afecta la condición legal del titular de la cosa, ya que éste se mantiene como tal y no priva al propietario del uso de la cosa, sino que le obliga a aceptar el uso conjunto que la Administración pública efectúa a través de los actos que implican el dar uso a tal servidumbre impuesta.

La figura de la servidumbre se encuentra normada en nuestro Código Civil dentro de las limitaciones del dominio, ocupando el numeral cuarto del artículo 747, y halla su concepto legal en el Título XII, artículo 859 así: “Servidumbre predial, o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño.” (Código Civil Ecuatoriano (2005). Aquellas referidas únicamente a las servidumbres civiles; y respecto de ello, cabe hacer una diferenciación entre éstas últimas y las administrativas. Si bien ambas contienen ciertas notas comunes, tienen otras tantas que permiten su distinción según Díez-Picazo L (2012, p. 74-80), las servidumbres civiles o de utilidad privada, constituyen una limitación a la naturaleza jurídica del derecho

constituido, “es un derecho real sobre una cosa inmueble ajena consistente en sustraer una parte de la facultad de uso del propietario. Hay servidumbres de naturaleza civil que se pueden constituir a favor de bienes patrimoniales de la Administración, pero que no se interponen para el uso público y aunque haya un ius in re aliena este no es de naturaleza demanial, sino que tiene el régimen del derecho civil.” Así debemos entender que, si se impusiere una servidumbre civil, que tiene como régimen jurídico el privado, a un bien que pasa a ser del patrimonio de la Administración, lo accesorio sigue la suerte de lo principal y, por lo tanto esta servidumbre en principio civil se convertiría en administrativa. Por su parte, las servidumbres administrativas, según el mismo autor “vienen marcadas por la especial naturaleza de su causa sirviente, que es el uso público, y por la exorbitancia del régimen jurídico que caracteriza su protección, que es el régimen de la policía y la autotutela demanial.” Díez-Picazo L (2012, p. 74-91). Habiendo establecido diferencias doctrinarias, en la práctica dicha diferenciación es aún más visible; en las servidumbres civiles existe una clara distinción entre el predio dominante (que es el que tiene la servidumbre a su favor) y el predio sirviente (que es el que sufre el gravamen en favor del primero), mientras que en el ámbito de las servidumbres administrativas, éstas sólo existen por el tiempo y no se ligan con el predio dominante, ya que si finaliza el servicio, termina la servidumbre.

Otra diferencia que podemos encontrar respecto de las servidumbres administrativas es que aquellas no pueden ser objeto de transacciones, convenios o adquisiciones al encontrarse gravado un bien de propiedad privada y al ser éste compartido con la administración pública; por último la diferencia más visible, es que las servidumbres civiles se sujetan a un uso de carácter privado, mientras que por el contrario, las servidumbres administrativas están sujetas a un uso público o en beneficio de la colectividad.

Ahora, siguiendo con el análisis de la figura central de este ensayo, las servidumbres administrativas pueden ser de tres clases, según Carrillo (2003):

- Las constituidas en beneficio de un bien de dominio público, que tiene carácter predial y que son las conocidas como *intuitu rei*;
- Las servidumbres destinadas a permitir el crecimiento de redes, canalizaciones o abastecimientos colectivos, llamadas *intuitu servicii*; y, finalmente,
- Aquellas constituidas a favor de un conjunto de usuarios determinados o para la comunidad en su conjunto, conocidas como *intuitu personae*.

Roberto Dromi (2015, p. 173) dice que las formas de constitución de las servidumbres administrativas son mediante: “ley formal, acto administrativo, contrato administrativo, accesión y usucapión o prescripción.”

La imposición de servidumbres ocasiona el despojo parcial de la propiedad privada o su desmembración como bien señala Roberto Dromi en la definición mencionada en párrafos anteriores, y únicamente debe establecerse en atención a la causa de utilidad pública defendida por la ley, sin embargo esta privación no puede establecerse sin ofrecer una contraprestación hacia el propietario del predio afectado, una justa indemnización supone que esta merma al derecho de propiedad no se configure como arbitrario ni ilegítimo; además que se debe seguir un procedimiento expropiatorio en el que se deberá acordar el justo precio a entregar.

Al efecto, es importante considerar al concepto de policía o poder policía que posee la Administración, mismo que legitima la imposición de prohibiciones de hacer. Dromi dice que “dentro de la *función administrativa* se inserta una modalidad de obrar, de contenido prohibitivo y limitativo, llamada *policía*. Dentro de la *función legislativa* se incorpora una modalidad reglamentaria de derechos, llamada *poder de policía*” (Dromi, R. (2015) pp. 113-114). Policía y poder policía se entienden como una “atribución o competencia del órgano legislativo, de limitar los derechos individuales por razones de interés general” (Dromi, R. (2015) p. 114); podemos decir que la actividad de policía se basa en el concepto de restricción, sinónimo de toda acción administrativa, cuya función es combatir perturbaciones dirigidas contra el orden existente.

Ahora, volviendo al procedimiento expropiatorio, necesario para la imposición de servidumbres, es pertinente señalar que si bien es cierto, la figura de la expropiación comprende un régimen diferente del de las servidumbres, la expropiación se configura desde el punto de vista de enriquecimiento de la Administración, aunque autores como Dromi, Marienhoff y Guillermo de Enterría consideran que no es el Estado el que se beneficia de una servidumbre sino la colectividad

Las servidumbres administrativas, dice Marienhoff (Marienhoff, 1960, p. 30) que pueden recaer sobre bienes muebles o inmuebles e incluso sobre derechos y que las obligaciones que éstas imponen a los titulares de la cosa sirviente pueden consistir en “no hacer” y en “dejar hacer”.

Como vimos en párrafos anteriores, las servidumbres administrativas pueden ser impuestas de distintas formas, mediante ley formal, y sobre esto, Marienhoff (Marienhoff 1997, pp. 32-33) nos dice que esta ley puede ser “general o especial. El primer caso comprende las servidumbres “legales”, propiamente dichas, verbigracia la de acueducto, la de sirga o camino ribereño, la de monumentos y lugares históricos, etc., aplicables genéricamente a todos los casos similares. El segundo supuesto, ley especial, comprende casos particulares de servidumbres impuestas a personas determinadas: la que prohibiere que los edificios ubicados específicamente en tal o cual lugar excedieren de cierta altura.” Mediante acto administrativo, por contrato administrativo, por hechos: accesión y prescripción o usucapión o, por acto de liberalidad (donación o disposición testamentaria).

3.2.4. La Confiscación

Siendo la confiscación una de las formas de privación de la propiedad privada, pero que se establece sin una contraprestación a cambio del bien confiscado; esto último constituye la diferencia sustancial entre esta figura, la expropiación y las servidumbres. Por lo que, si hablamos de una expropiación o servidumbre que no contemple la debida indemnización, pasaríamos a estar más cerca de

una confiscación. El artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce el derecho a la propiedad y recalca que nadie podrá ser privado arbitrariamente de su propiedad. Respecto de la confiscación, podemos decir de la misma que, de acuerdo con Lauro López Bustamante (2012) confiscar se define como la facultad que tiene el Estado para privar de las posesiones a una persona natural o jurídica sin compensación alguna para incluirlos como bienes del erario nacional. Los motivos que aducen los Estados para recurrir a esta figura, van desde situaciones de emergencia nacional, ya sea por catástrofes, estados de guerra o graves conmociones internas, hasta por razones políticas, bajo el pretexto de redistribuir la riqueza. Lo pueden hacer mediante decretos ejecutivos, como consecuencia de penalizaciones de la justicia o a través de la expedición de leyes.” (López, L. (2012).

3.2.5. La Expropiación

La expropiación, según Agustín Gordillo (2014, p. 383-384) *“implica la pérdida de un derecho de propiedad sobre una cosa o un bien y su transformación es un derecho personal a la indemnización. Hay autores que sostienen que la expropiación es en esencia una compraventa regida por el derecho privado; otros que tiene un carácter mixto: derecho público por el ejercicio por parte del Estado y de derecho privado por el derecho de indemnización, y otros que es un instituto totalmente regido por el derecho público.”*

Mediante la expropiación, un bien que es propiedad de un particular pasa a ser propiedad del Estado, mediante un único procedimiento que iniciaría con la declaratoria de utilidad pública o de interés preferente, es decir que se trata de un procedimiento extraordinario y de carácter residual por medio del cual el Estado puede convertirse en adjudicatario de un bien de propiedad privada, claro está pagando un justo precio.

El procedimiento expropiatorio se entiende como legítimo ya que, si bien se afecta el derecho subjetivo que el particular tiene sobre su propiedad, el fin

corresponde a un beneficio para la colectividad, protegiendo el desenlace social implícito del derecho de propiedad consagrado en la misma Constitución de la República; y al respecto, ya que nos estamos refiriendo a la norma legal, la expropiación y el procedimiento a seguir para la declaratoria de utilidad pública se encuentran literalizados tanto en el Código Civil, en el Código Orgánico de Ordenamiento Territorial (COOTAD), y como norma especial, en el Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito.

En el Código Civil, artículo 1901 encontramos las reglas a observar por parte de la Administración causa de utilidad pública, y que son las siguientes:

1. Se dará al arrendatario el tiempo preciso para utilizar las labores principiadas y coger los frutos pendientes;
2. Si la casa de la expropiación fuere de tanta urgencia que no dé lugar a ello, o si el arrendamiento se hubiere estipulado por cierto número de años, todavía pendientes a la fecha de la expropiación y así constare por escritura pública, se deberá al arrendatario indemnización de perjuicios por el Estado o la corporación expropiadora; y
3. Si sólo una parte de la cosa arrendada ha sido expropiada, habrá lugar a la regla del Art. 1871, inciso tercero (que refiere al derecho de exigir indemnización de todo perjuicio, si la causa del derecho justificado por el tercero fue o debió ser conocida del arrendador al tiempo del contrato).

Por su parte, el COOTAD, en el Capítulo VIII, Régimen Patrimonial Sección Séptima, Artículo 446 establece lo siguiente:

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

con la ley. Se prohíbe todo tipo de confiscación. En el caso que la expropiación tenga por objeto programas de urbanización y vivienda de interés social, el precio de venta de los terrenos comprenderá únicamente el valor de las expropiaciones y de las obras básicas de mejoramiento realizadas. El gobierno autónomo descentralizado establecerá las condiciones y forma de pago.”

Y respecto de la declaratoria de utilidad pública, el mismo COOTAD establece que serán las máximas autoridades administrativas de los gobiernos regional, provincial, metropolitano o municipal los encargados de resolver la declaratoria de utilidad pública, mediante acto debidamente motivado en el que constará en forma obligatoria los siguientes requisitos:

1. La individualización del bien o bienes requeridos y los fines a los que se destinará.
2. A la declaratoria se adjuntará el informe de la autoridad correspondiente de que no existe oposición con la planificación del ordenamiento territorial establecido.
3. El certificado del registrador de la propiedad.
4. El informe de valoración del bien; y,
5. La certificación presupuestaria acerca de la existencia y disponibilidad de los recursos necesarios para proceder con la expropiación.

En cuanto a la determinación de la correspondiente indemnización, conocida legalmente como justo precio, que constituye una obligación por parte de la entidad expropiante, y que de no establecerse una contraprestación por el retiro del bien de propiedad de un particular, la figura que estaría utilizando la Administración sería la confiscación, misma que se encuentra constitucionalmente prohibida actualmente en el Ecuador. Al igual que sucede con las expropiaciones, al establecer servidumbres, los ciudadanos que ven afectado su pleno derecho de propiedad, lo único que requieren es que se les reconozca la afectación que van a sufrir; tanto aquellos que perderán por

completo su propiedad como es el caso de la expropiación, como aquellos que se quedarán con una propiedad depreciada fruto de la imposición de una servidumbre.

3.3. El interés público frente a la obligatoriedad de indemnización por parte del Estado

Cabe la inquietud de los casos en los que una compensación o indemnización por parte de la Administración Pública por concepto de limitación a la propiedad privada en razón del interés general se torna necesaria o no. En principio, entenderíamos que es lógico que exista una suerte de contraprestación, cuando a un particular se le priva o despoja del todo o parte de su propiedad, ya sea por el carácter de equilibrado que debe ser la relación entre ambas partes, ya sea por responsabilidad por parte de la Administración por el hecho de encontrarse mermando un derecho particular reconocido y garantizado a nivel constitucional, sobre eso, José Joaquín Ugarte Godoy, profesor de Derecho Civil y de Filosofía del Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile, (Ugarte, 2001, pp. 429-431), cita en su texto Limitaciones al Dominio. De las meras restricciones y de cuándo dan lugar a indemnización al jurista alemán Otto Mayer, y éste menciona que “se trata de indemnizar al individuo por un daño pecuniario que se le ha ocasionado (...) En la relación del Estado y el súbdito, se trata no de pérdidas y de ganancias recíprocas, sino del efecto que surte la actividad del Estado sobre los individuos. Esto no ocurre sin que los individuos sufran algunos perjuicios, pero ellos entran en las condiciones de existencia del Estado al cual los individuos pertenecen: por lo tanto, nada se puede cambiar. Pero a partir del momento en que estos perjuicios afectan a un individuo de manera desigual y desproporcionada, empieza a actuar la equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material correspondiente al pasaje de valores que se halla en la repetición de lo indebido, habrá lo que se llama el sacrificio especial, que corresponde al enriquecimiento sin causa y que debe indemnizarse (...)”.

Así mismo, Ugarte cita al administrativista español Entrena Cuesta cuando este dice que si la Administración, en aras de precautelar y salvaguardar el interés general produce a los particulares un menoscabo o lesión que no es su deber soportar, es responsable por cuanto lo establece el principio de igualdad ante la ley de indemnizar esta afectación.

Ahora, sobre el tan nombrado interés general, que se entiende como la necesidad de mantener una sociedad balanceada en cuanto al goce de derechos y el respeto de los mismos, que claramente es el deber máximo y primordial del Estado, Carlos Balbín (2015, pp. 42-43) , hace una interesante esquematización de su contenido al decirnos lo siguiente: “El Estado ejerce sus prerrogativas con el objeto de satisfacer derechos individuales, sociales y colectivos y, consecuentemente restringe otros derechos. Es decir, el Estado persigue el equilibrio entre derechos y, en su caso, resuelve el conflicto en términos de igualdad e inviolabilidad de las personas”

En este sentido, cabe preguntarse si esta definición y actuar de la Administración debido al interés público encuentra algún tipo de limitación y cuál es su alcance, al respecto, Carlos Balbín (2015, p. 43) cita la opinión consultiva de la CIDH 5/86 en la que la Corte señaló que “es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. (...) El Estado tiene el deber de tratar a sus habitantes con igual consideración y respeto, y la preferencia general de la gente por una política no puede reemplazar las preferencias personales de un individuo.”

3.4. Cuadro comparativo de figuras afines limitativas del dominio y las servidumbres administrativas

Tabla 1

Cuadro comparativo de figuras afines limitativas del dominio y las servidumbres administrativas

CUADRO COMPARATIVO ENTRE FIGURAS LIMITATIVAS DEL DOMINIO Y LAS SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS	
	DIFERENCIAS CON SERVIDUMBRES
OCUPACIÓN TEMPORÁNEA	<ul style="list-style-type: none"> ✓ La temporalidad: principal distinción con servidumbres administrativas, que es por principio permanente. ✓ La ocupación temporánea es más usada en casos de fuerza mayor, cuando se antepone un estado de necesidad y se limita a una temporalidad estrictamente indispensable (incendios, inundaciones, terremotos). ✓ No genera derecho a indemnización, salvo la reparación de daños o deterioros que se ocasionen a la cosa.
CONFISCACIÓN	<ul style="list-style-type: none"> ✓ A diferencia de la imposición de servidumbres administrativas, la confiscación implica el apoderamiento de todos los bienes de una persona, que pasan al poder del Estado, sin ningún tipo de compensación. ✓ La confiscación es un tipo de sanción que puede ser resultante de medidas de carácter personal o colectivo. ✓ En el Ecuador la Constitución de la República prohíbe toda forma de confiscación.
DECOMISO	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Implica el desposeimiento definitivo de una cosa mueble por razones de: moralidad, seguridad o salubridad públicas. ✓ Si bien requiere de ley para imponérselo al igual que las servidumbres administrativas, el decomiso no genera derecho a indemnización, bajo ningún concepto, ya que el decomiso no beneficia directamente a la Administración, sino a la sociedad en su conjunto.
EXPROPIACIÓN	<ul style="list-style-type: none"> ✓ La expropiación pone fin a la propiedad mientras que la servidumbre limita la capacidad de uso y goce. ✓ Siempre da lugar a indemnización. ✓ Mientras que las servidumbres administrativas tienen una naturaleza jurídica eminentemente pública, las expropiaciones si bien también es una figura del derecho administrativo, la etapa final, la de la fijación del justo precio presenta los caracteres de una causa civil.

Adaptado de: Cassagne, J. (2006) Derecho Administrativo Tomo II y Tomo I, Dromi, R. (2015) Derecho Administrativo Tomo 2

3.5 Casos en que cabe una indemnización por la imposición de servidumbres administrativas

El derecho a un resarcimiento por la limitación en el goce pleno de una propiedad privada que ocasiona la imposición de servidumbres administrativas nace justamente de la garantía que otorga la misma Constitución, que a la vez que hace posible la prosperidad de la nación y de los ciudadanos, forma parte de la libertad individual de cada uno de los administrados. Del análisis de las prerrogativas y potestades estudiadas en el capítulo uno de este ensayo con las que cuenta el Estado, podemos discernir que éstas no convergen en torno a la ley sino a la Administración Pública, que a través de estas actuaciones que conllevan consecuencias jurídicas, se encuentran, con direcciones opuestas, en primer lugar la potestad exorbitante del poder estatal y el interés legítimo de los particulares que se encuentra tutelado por las garantías constitucionales.

Este actuar de la Administración se ve reflejado mediante actos administrativos, sean estos especiales o generales en los que se denota esta ejecutoriedad unilateral y que salvo un mismo acto administrativo, no podría verse suspenso en su ejecución, ni siquiera en los casos en los que la ley confiere a los administrados recursos para impugnarlos; aun así, no puede considerarse como violentado el principio de legalidad en que deben encontrar su asidero las actuaciones de la Administración Pública, sino que éste resulta insuficiente frente al carácter arbitrario impositivo de la Administración que ejecuta su voluntad mediante el ejercicio de sus competencias que en principio se encuentran encuadradas en la ley.

La garantía constitucional de la que se discute en párrafos previos es la que propone esta obligación de que todo menoscabo a la propiedad privada en que un derecho patrimonial deba ceder con fines de satisfacer el interés general deba ser previamente indemnizado, y así coincide Marienhoff (1997, p. 39), al mencionar que se encuentra en discordia con la concepción de que solamente en ciertos casos este gravamen deba ser objeto de compensación, “así: “e/

expresado derecho a ser indemnizado sólo existe cuando la servidumbre impuesta traduce un acto particular y no una medida general y diferenciada; de ahí que sostengan que tal indemnización no procede cuando se trate de servidumbres “legales”, concretadas en una regla de derecho.” ya que no contempla la posibilidad de que “una “ley” pueda vulnerar o agraviar impunemente a la Constitución”.

El autor menciona que en su país, Argentina, que al igual a lo que sucede en Ecuador, *“las leyes están jerárquicamente por debajo de la Constitución y deben adaptarse a ella”.* Además de que de hacérselo de este modo, es decir, despojar a un particular de su propiedad privada en lo exclusivo o en lo perpetuo sin respetar sus derechos patrimoniales implicaría una confiscación encubierta, misma que se encuentra prohibida constitucionalmente; nos dice Marienhoff (1997, p. 39-40) que *“la ilegalidad no desaparece porque el agravio no se le infiera a uno o a pocos, sino a todos. (...) la generalidad del agravio no cubre ni purga la antijuridicidad del comportamiento lesivo. La generalidad del agravio nunca puede actuar como causa de inimputabilidad determinante de responsabilidad”*

3.6 Procedimiento de imposición de servidumbres

Nuestra legislación contempla que la competencia para la imposición de este tipo de gravámenes ha sido delegada mediante norma general como lo es el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización a los GAD`s, municipales.

En el caso de la ciudad de Quito, es el Alcalde a quien corresponde la imposición de servidumbres administrativas legales y forzosas sobre predios particulares, lo que se encuentra regulado en el Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, regulando este procedimiento en el Capítulo II “De las Servidumbres”, diciendo al respecto que se impondrán *“en los casos en que sea indispensable para la ejecución de obras destinadas a la prestación de*

servicios públicos. Dichas servidumbres podrán ser gratuitas u onerosas”(artículo IV.6.156) manifestando además que en caso de que la Administración considere que la servidumbre a imponerse es gratuita, para el efecto únicamente serán necesarios los informes emitidos por las unidades de avalúos y catastros, y de territorio y vivienda de las administraciones zonales metropolitanas; de lo que se desprende que la Administración además de que unilateralmente cercena la propiedad privada no le otorga al particular la posibilidad de negociar una forma indemnizatoria, lo que se traduce en una actividad arbitraria e ilegal.

En esta norma se establece que las servidumbres “serán gratuitas si el área sirviente no implica la ocupación de más del diez por ciento del predio afectado. Si el gravamen es mayor al porcentaje antes indicado, la entidad beneficiaria indemnizará por el valor de la diferencia del terreno afectado, (...) previo al trámite correspondiente”

3.7 Caso EPMAPS

A manera de ejemplificación de lo que sucede en nuestro país por la imposición de servidumbres *gratuitas*, revisaremos el caso de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento y la labor que realiza en la provisión del servicio de agua potable para el Distrito Metropolitano de Quito, debiendo, para cumplir con su misión, afectar bienes de propiedad privada haciendo uso de declaratorias de utilidad pública para fines tanto de expropiación, como de establecimiento de servidumbres.

El derecho que garantiza a los ecuatorianos la provisión del servicio básico de agua potable se encuentra consagrado en los artículos 32, 66, 264 y 314, además de establecer la competencia del mismo a los gobiernos municipales, atendiendo también la disposición orgánica del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que delega el suministro de este servicio al EPMAPS. Esta entidad pública por mandato de la

ley tiene la potestad de imponer servidumbres reales, mediante acto administrativo motivado en los casos en que se considere indispensable para la prestación de un servicio público en el Distrito Metropolitano de Quito, servidumbres que servirían para instalación de tuberías, conocidas como servidumbres de acueducto, y servidumbres que permitan el acceso al inmueble propio de un particular usadas con el fin de colocación del servicio, como de mantenimiento y limpieza, servidumbres de paso o tránsito.

Después de una labor conjunta entre la EPMAPS y la Alcaldía de la ciudad en la que posteriormente participarían la Agencia Metropolitana de Control, el Concejo Metropolitano, la Dirección Metropolitana de Gestión de Bienes Inmuebles o inclusive el Instituto Metropolitano de Patrimonio y el Registro de la Propiedad para la debida inscripción del gravamen; se realiza los estudios de los terrenos que se requieren para la ejecución de obra pública, solicitando informes técnicos de valoración del inmueble, posterior a ello se obtiene la resolución aprobatoria para establecimiento de servidumbre. El procedimiento a observar para la expropiación y posterior imposición de servidumbres se encuentra contenido en el Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, en donde se establece que la indemnización que se pagará a causa de este perjuicio comprenderá el daño emergente y el lucro cesante. El Código Municipal establece además lo señalado en párrafos previos en lo relativo al porcentaje que la Autoridad Pública estaría dispuesta a reconocer como medida indemnizatoria.

En la práctica, la aplicación de lo que determina tanto la norma orgánica COOTAD como la norma municipal de rango inferior, *“siempre que dicha servidumbre no implique la ocupación gratuita de más del diez por ciento de la superficie del predio afectado”* provoca precisamente que se establezcan servidumbres gratuitas legalmente, provocando la oposición a la construcción de la obra pública por parte de quienes ven afectado su derecho a la propiedad privada, propietarios del predio sirviente, pues, establecida la servidumbre ya sea de manera gratuita u onerosa, existe ese porcentaje “10%” que debe ser

entregado gratuitamente, situación que deliberadamente vulnera el derecho de propiedad, pues este gravamen conlleva a la limitación del derecho de dominio; siendo además probable que aun después del avalúo realizado en fase administrativa, éste se vea incrementado, evidenciando así que mantener esta concepción del 10% indemnizable no siempre ocurre ya que la entidad requirente debe realizar compensaciones que pueden resultar en una mayor afectación.

Ahora, los propietarios del inmueble que va a ser gravado, tienen la opción de a) estar de acuerdo con el avalúo que establezca la resolución, debiendo realizar los trámites debidos para dar solemnidad al acto como es la celebración de escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad y dar así por finalizada la fase administrativa; o b) no estar de acuerdo, con lo que el ciudadano presentará su reclamo ante la Corporación Edilicia con lo que el Concejo Metropolitano cuenta con el término de treinta días para resolver dicha petición. (Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito).

En particular el caso referido en este acápite del ensayo inició con una demanda interpuesta en el año 2006 y que, entre providencias, recursos y eventualidades, se dilató hasta el año 2017.

El proceso signado con el No. 17303-2006-0951 propuesto por el señor Gustavo Abelardo Porras Tenorio en conjunto con los herederos de su difunta esposa, aduce que el predio de propiedad de las personas en mención fue cercenado por la imposición de una servidumbre forzosa de alcantarillado. La decisión del juez de primera instancia fue que, dado que el área ocupada por la EMAAP-Q se encuentra ubicada junto a la quebrada -que según su apreciación de la Ley constituye bien de uso público- era legítimo imponer una **“servidumbre gratuita de acueducto para la conducción de aguas claras o servidas”**, lo que significaba que el actuar de la EMAAP-Q era considerado legítimo y legal. El señor Porras no conforme con dicha decisión interpone recurso de apelación y se revoca la sentencia venida en grado, disponiéndose

“que los demandados paguen inmediatamente a los demandantes el valor del terreno ocupado por la EMAAP-Q (...)”. En sumo, la decisión judicial condenó a la institución pública al pago de noventa y cinco mil doscientos dólares americanos por concepto de indemnización a la servidumbre interpuesta.

El presente caso evidencia que la no indemnización justa y equitativa a una limitación de derechos no es legal ni constitucional, sea la afectación de la que se trate, y más aun cuando aquella limitación comprende el cercenamiento de la propiedad privada, entendida constitucionalmente como un derecho fundamental. El caso y la sentencia dada al mismo comprendía la necesidad de colaboración por parte de aquellos ciudadanos al bienestar general, y los mismos no se negaban, pero era necesario el reconocimiento por parte de la Administración de una contraprestación que resultare justa a la afectación que estaba sufriendo su terreno.

4. CONCLUSIONES

Mediante la realización del presente ensayo académico hemos podido concluir que el derecho a la propiedad privada, que reconoce nuestra Constitución, o dominio como lo entiende nuestro Código Civil es un derecho real, reconocido incluso y mencionado dentro del presente documento, por tratados internacionales; es un derecho natural e imprescriptible del hombre, que encuentran su naturaleza jurídica en las potestades administrativas, sobre todo en base en la potestad exorbitante de la Administración, potestad que es instrumento para la satisfacción del interés público y usada como medio represor que hace viable el ejercicio racional de la función pública.

La finalidad de las servidumbres administrativas no es otro que la búsqueda del bien común, y que, la Administración busca imponer mediando en primer lugar un debido proceso que asegure y justifique al particular la necesidad de establecimiento de este gravamen y que conlleve a la justa indemnización por la resultante afectación a la propiedad privada e incluso a veces, la misma propiedad pública.

Las servidumbres administrativas llevan implícita una necesidad de resarcimiento respecto del poder estatal, y con el fin de mantener una suerte de equilibrio entre administración Pública y administrados, para que no se produzcan actos que no se encuentren enmarcados en nuestra normativa legal. De lo revisado, las servidumbres administrativas serán indemnizables cuando hayan sido interpuestas habiendo mediado en primer lugar la debida justificación y declaratoria de expropiación, que conlleven al establecimiento del justo precio.

Debemos tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico carece de un eficaz proceso de imposición de servidumbres en el que se norme adecuadamente el ejercicio que la Administración Pública tenga sobre el caso y, consecuentemente se otorgue la misma importancia que se le ha otorgado al

procedimiento expropiatorio, dado que las servidumbres constituyen en sí mismas un gravamen, si de menor afectación, pero gravamen al fin, y que limita derechos subjetivos. El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD no contempla un procedimiento a seguir para servidumbres exclusivamente, sino más bien se centra en normar el tema de causa de utilidad pública y expropiaciones, dejando de lado demás especies limitativas de dominio, y provocando malestar e inseguridad jurídica en los administrados.

REFERENCIAS

- Avendaño, J., & Avendaño, F. (2017). *Derechos Reales*. Lima-Perú: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ávila, R. (2008). *Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia*. Quito-Ecuador: Ministerio de Justicia ,Derechos Humanos y Cultos.
- Balbín, C. (2015). *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires-Argentina: La Ley.
- Bermejo, J. (1994). *Derecho Administrativo, Parte Especial*. Madrid-España: Civitas.
- Cabanillas, G. (2006). *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires-Argentina: Heliasta .
- Cancillería de Ecuador. (23 de Septiembre de 1830). *Constitución de 1830*. Recuperado el 15 de Abril de 2020, de constituciones: https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1830.pdf
- Carillo, J. A. (2003). *Las servidumbres administrativas: (delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico)*. Valladolid-España: Lex Nova.
- Cassagne, J. C. (2006). *Derecho Administrativo - Tomo II*. (8 ed.). Buenos Aires -Argentina: Abeledo-Perrot.
- Código Civil Ecuatoriano. (2005). *Código Civil Ecuatoriano*. Quito-Ecuador: Ediciones Legales .
- Constitución de la República del Ecuador. (1835). *Constitución de la República del Ecuador 1835*. Recuperado el 2 de Mayo de 2020, de derecho ecuador: https://www.derechoecuador.com/files/Noticias/constitucion_1835.pdf
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Ediciones Legales.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre. (s.f.). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre*. OEA.
- Diez, M. (1963). *Derecho administrativo*. Buenos Aires -Argentina: Biblioteca OMEBA.

- Dromi, R. (2015). *Derecho Administrativo*. Recuperado el 18 de Enero de 2020, de Hispania: <https://archivos.juridicos.uman.mx/www/bjv/libros/7/3143/5.pdf>
- Eguiguren, G. (2008). *El derecho de propiedad en el Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- García , E., & Fernandez , R. (2011). *Curso de Derecho Administrativo II*. Madrid-España: Civitas Ediciones S.I.
- García de Enterría, E., & Fernandez , T. R. (2005). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid-España: Thomson Civitas.
- Gordillo, A. (2014). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Buenos Aires-Argentina: Fundación de Derecho Administrativo.
- Guerrero , O. (2016). *Teoría Administrativa del Estado*. Mexico: Oxford.
- Jácome, M. (2014). *El control de convencionalidad y la protección del derecho a la propiedad privada a partir de la sentencia del caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador (Tema Central)*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Jinesta , E. (2010). *Fuentes del derecho administrativo*. Buenos Aires - Argentina : Lexis-Nexis.
- López, L. (2012). La confiscación. *Diario el Mercurio*.
- Marienhoff, M. (1997). *Tratado de Derecho Administrativo*. La Plata-Argentina: Universidad Nacional de la Plata.
- Morales , M. (2011). *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones CEP.
- Naranjo, V. (2000). Derecho al sindicato, sindicatos, derechos y justicia social, lucha social. *Revista Jurídica*, 72.
- Naranjo, V. (2003). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá: Colombia.
- Palacios, V. (20 de Agosto de 2015). *Personalidad y personería jurídica*. Recuperado el 12 de Enero de 2020, de Derecho Ecuador: <https://www.derechoecuador.com/personalidad-y-personeria-juridica>
- Parejo, L. (2014). *Lecciones de Derecho Administrativo*. valencia-España: Tirant lo Banch.

- Paz y Miño, J. (Junio de 2007). *Constituyentes ,Constituciones y Economía*. Recuperado el 01 de Mayo de 2020, de Boletín: <http://the.pazymino.com/boletinJunio07A.pdf>
- Pérez , A. M., & Molina , M. L. (21 de Julio de 2014). *La administración pública y su relación con el Estado*. Recuperado el 10 de Junio de 2020, de Economía: <https://www.gestiopolis.com/la-administracion-publica-su-relacion-con-el-estado/>
- Pérez, M. (2014). *La administración pública y su relación con el Estado*. Recuperado el 28 de Octubre de 2019, de Gestiopolis: [https://www.gestiopolis.com/la-administracion-publica-su-relacion-con-el-estado/\(2018,06\)](https://www.gestiopolis.com/la-administracion-publica-su-relacion-con-el-estado/(2018,06)).
- Salguero , G. (1983). *Contratos administrativos*. Bogotá-Colombia: Ediciones Librería del Profesional.
- Ugarte, J. (2001). Limitaciones al Dominio. De las Meras Restricciones y de cuándo dan lugar a indemnización. *Revista Chilena de Derecho*, 425-448.

