



LINCOLN INSTITUTE OF LAND POLICY

PROGRAMA PARA AMERICA LATINA Y EL CARIBE
CURSO DE PROFUNDIZACION EN POLITICAS DE SUELO URBANO
PANAMA FEBRERO-MAYO 2007

LA EXPROPIACION EN LAS PRÁCTICAS PÚBLICAS DE OBTENCION DE SUELO EN
AMERICA LATINA. UNA PRIMERA APROXIMACION

PARTICIPANTE
CLAUDIA ACOSTA

DIRECTOR
ANTONIO AZUELA

LECTOR
PAULO SANDRONI

TRABAJO INDIVIDUAL DEL CURSO

JUNIO 15 DE 2007

RESUMEN

Las condiciones de los gobiernos de la región para obtener suelo privado determinan la realización de muchas de sus políticas urbanas, en especial las que mejoran las condiciones de habitabilidad y acceso a los atributos de ciudad para las mayorías pobres. La expropiación, clásica figura del poder del Estado y de su política de suelo, es el punto de partida para conocer las condiciones de que disponen los gobiernos latinoamericanos para la adquisición pública de suelo. Pese a la importancia de la temática, es poca la literatura sobre el tema, sea del análisis de los marcos jurídicos o de las prácticas públicas (incluido el control judicial), que nos permitan aproximarnos a las condiciones reales de los gobiernos de la región para el uso de este instrumento en sus adquisiciones de suelo. En medio flotan algunas impresiones como la idea de la expropiación negociada, las condenas judiciales lesivas para los patrimonios públicos o, la fortaleza estatal para obtener suelo al exigir exigencia del cumplimiento de obligaciones urbanísticas. Este documento busca -sobre la base normativa y la reseña de algunas prácticas- hacer una primera aproximación a esta 'caja negra' que nos permita tener una idea del espacio

real de uso de la expropiación de que disponen los gobiernos cuando requieren obtener suelo para fines públicos.

LA EXPROPIACION EN LAS PRÁCTICAS PÚBLICAS DE ADQUISICION DE SUELO EN AMERICA LATINA. UNA PRIMERA APROXIMACION

Introducción y precisiones metodológicas

Contar con un aeropuerto más eficiente en el área metropolitana de Ciudad de México, que en Bogotá unas doscientas cincuenta mil personas puedan utilizar un equipamiento recreativo en vez de las trescientas que hoy lo hacen dentro de un club privado o, que la importante avenida segunda (2da) del centro de San José de Costa Rica haya tenido que esperar muchos años para ensancharse por culpa de una sola casa que quedó atravesada, son proyectos públicos cuya viabilidad ha dependido de la posibilidad de los gobiernos de utilizar la expropiación para obtener suelo de propiedad privada. Los habitantes de Sao Paulo pagarán por muchos años los costosos suelos de la ampliación de la avenida Faria Lima mientras que, en Porto Alegre los terrenos de la avenida perimetral se pagaron con la valorización y aprovechamiento urbano generados por la propia obra. En Buenos Aires la decisión judicial en la expropiación de la avenida de Mayo de hace más de un siglo aún tiene efectos y, hace poco recibieron un nuevo golpe a las finanzas locales y a los intereses colectivos, cuando un juez decretó la reversión de la expropiación del albergue Warnes y ordenó una exorbitante condena. En Perú la expropiación no es instrumento de política de suelo para los gobiernos municipales, comprar es más sensato que pretender llegar hasta el Congreso Nacional para que apruebe una expropiación. Para miles de dominicanos y, para los bolivianos del plan ‘tres mil’, el acceso al suelo y el derecho a la seguridad jurídica en la tenencia, ha dependido de procesos expropiatorios donde los dueños han ganado sumas de dinero absurdas pagadas por los presupuestos públicos, los propios habitantes y, la ciudad.

Normalmente no tenemos idea de cómo ocurre la adquisición de suelo para fines públicos: quién toma la decisión, quién la ejecuta, porque opta por un determinado mecanismo (expropia, negocia, compra, hace “expropiación negociada”), que procedimiento utiliza, sus ventajas y desventajas, con que método se determina el precio del suelo, quién determina estos criterios (el legislador, el juez, el perito, el propio gobierno, el expropiado), quien hace el cálculo, como se paga. Creemos que somos lejanos al mundo de las prácticas expropiatorias, pero como acabamos de señalar son grandes sus efectos y presentes en nuestra cotidianidad. Lo que allí acontece impacta la calidad de vida de las ciudades: obras públicas, programas sociales de acceso al suelo para los más pobres, inversiones en mejoramiento de asentamientos precarios (slums), seguridad en la tenencia, escuelas, hospitales, áreas verdes, acceso a los atributos de la ciudad, uso redistributivo y socialmente eficiente de los presupuestos públicos, por citar algunas.

Es común en la región la necesidad para fines públicos de suelo que es privado y frente a ella, las posibilidades de los gobierno de usar la expropiación. En América latina se comparten algunos aspectos determinantes para la satisfacción de esta necesidad: (i) una tradición jurídica basada en la noción absolutista francesa de la propiedad que comprende los beneficios pero no las cargas del desarrollo urbano, (ii) el acceso al suelo determinado

por la inequitativa distribución de la riqueza, (iii) la negación de los atributos de calidad de vida urbanos para los pobres, (iv) captura privada de las plusvalías del suelo, (v) sistemas regresivos de tributación del suelo, (vi) presupuestos públicos exiguos, (vii) un poder judicial lento y orientado a la defensa del interés particular, entre otros. Los requerimientos de suelo se encuentran con un gran nudo: la expropiación no es siempre parece el mejor camino.

Las condiciones para el uso de la expropiación por los gobiernos son determinantes para mejorar las condiciones de vida en la ciudad, pese a ello, son una especie de “caja negra”. Pese a sus implicaciones sociales es poca la documentación sobre el tema, hacen pertinente y relevante el interés por indagar lo que al respecto acontece en la región latinoamericana. Ahora bien, ¿Cómo aproximarnos a esta ‘caja negra’ de las condiciones de la expropiación para la obtención de suelo? Se proponen dos caminos: 1. El estudio de los marcos jurídicos de la expropiación, 2. Un acercamiento a las prácticas de expropiación que configuran el espacio real de utilización de la expropiación y dotan de contenido a las nociones de propiedad y soberanía.

El universo de estudio lo comprenden México, Guatemala, Nicaragua, República Dominicana, El Salvador, Costa Rica, Panamá, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, Uruguay, Brasil y Argentina. La temporalidad del análisis es a mayo de 2007. Constituyen fuentes de información: a) la legislación nacional/Federal y en algunos casos de países federales, referencias a leyes de nivel local, b) la entrevista semiestructurada a personas provenientes de algunos de estos países que toman el curso en el que desarrolla este trabajo, c) el estudio de algunos casos y decisiones judiciales sobre expropiación relevantes por su importancia socio-política, temática, o decisión tomada (sobre la base de la información suministrada por los entrevistados).

El orden del texto es: 1) Notas introductorias sobre expropiación, 2) Análisis de los marcos normativos de expropiación, 3) Reseña de algunas prácticas de obtención de suelo, 4) Conclusiones (en un intento por aproximarnos a la ‘caja negra’).

I. EL INSTRUMENTO EXPROPIATORIO

La expropiación es la facultad de que dispone el Estado, en ejercicio de su soberanía sobre los particulares, para extinguir el dominio privado sobre las cosas y trasladarlas al dominio público. Conocida desde los tiempos del Estado romano, nos recuerda la existencia y vigencia de un principio básico de convivencia: en caso de conflicto los intereses particulares deben ceder ante los intereses colectivos. En acuerdo con Antonio Azuela la expropiación es la institución legal que permite a los Estados adquirir la propiedad contra la voluntad de su propietario con el objetivo de cubrir propósitos de interés general y, tradicionalmente ha sido considerada como herramienta fundamental de las políticas de suelo (2007). En lo urbano generalmente se utiliza para cambiar el carácter de un predio de privado a público y poder destinarle a una utilidad común. Preservando el principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, y a fin de compensar los derechos de su titular, su aplicación es generalmente condicionada al pago de una indemnización, que deberá tasarse con base en unas reglas, en lo posible, determinadas por el legislador.

Estudiar la expropiación es estudiar la propiedad y las dos nociones que la configuran: la noción administrativa de restricciones externas y, la noción civil de uso, goce y disposición que le cualifica internamente. La interpretación de los contenidos normativos tanto de la expropiación como del derecho de propiedad obedecen a disputas entre intereses. Como construcciones culturales varían con las condiciones sociales y políticas de cada contexto histórico. Sin embargo, el hecho de que ningún Estado renuncie a su facultad para expropiar y ninguna corte discuta la legalidad del instrumento nos recuerda que el Estado se funda en un arreglo territorial.

La expropiación nos muestra si para una sociedad el suelo es considerado activo estratégico del desarrollo que debe cumplir una función social o si es principalmente un activo privado, que debe considerarse público solo por excepción. Las decisiones en expropiación nos dejan ver la delgada frontera entre lo que es de todos y lo que es solo de algunos. Los criterios en indemnización muestran si una sociedad reconoce como privado o público: (a) el derecho de construir, (b) las plusvalías generadas por la colectividad y las inversiones públicas y, (c) el uso del suelo.

Se propone que las condiciones de los gobiernos para el uso de la expropiación se configuran a partir de tres aspectos: (1) el establecimiento por el nivel legislativo de unas reglas y procedimientos poco favorables a su utilización, (2) el debilitamiento del principio de la primacía del interés general sobre el particular por decisiones judiciales de condenas exorbitantes y, (3) un posible fortalecimiento del Estado que hace innecesario el uso de la expropiación para obtener suelo a partir de la negociación y la exigencia de obligaciones urbanísticas.

II. ANÁLISIS NORMATIVO DE LA EXPROPIACIÓN

En este apartado se realiza un análisis del marco jurídico dispuesto por el legislador para el uso de la expropiación por los gobiernos. Se realiza a modo de “fotografía” o corte en el tiempo a las leyes vigentes a mayo de 2007. La revisión se guía por las siguientes preguntas: ¿Quién tiene la facultad de expropiar? ¿Cuáles son las motivaciones? ¿Cómo y por quién se establecen los montos/criterios indemnizatorios?

a) El quien... el poder público que toma la decisión

Al ser la expropiación una facultad pública sujeta a reglas, el legislado determina que órgano del gobierno puede utilizarla. Esta determinación no es neutra. Que el poder que toma la decisión sea el ejecutivo, el legislativo o el judicial dice mucho del control de fuerzas y la confianza en cada régimen: parlamentario, ejecutivo o soportado en el control judicial.

La revisión muestra que en toda la región el poder ejecutivo mantiene la iniciativa para proponer la expropiación, pero, no necesariamente para adelantarla. La facultad del ejecutivo se observa de manera expresa en la Constitución de México, Colombia, Ecuador y Panamá. En Uruguay, Costa Rica, Panamá, México, República Dominicana y Ecuador el ejecutivo tiene plena autonomía para decidir y adelantar la expropiación. En México la facultad es del Ejecutivo, pero limitada al Presidente de la República y Gobernadores de

Estados, más no a los gobiernos locales, aunque en algunas legislaciones del nivel estatal pueden encontrarse excepciones.

En otros países la decisión de expropiar es compartida entre el ejecutivo y el legislativo, dependiendo del grado de descentralización y autonomía. Los niveles del ejecutivo proponen la expropiación pero esta sujeta a la aprobación del órgano de elección popular local como en Argentina y Bolivia. Perú representa un caso extremo. En este país los municipios pueden proponer la expropiación pero en todos los casos se requiere la aprobación del Congreso Nacional, que significa movilizar los votos suficientes. En Brasil el nivel ejecutivo tiene total autonomía para tomar la decisión y se auxilia del nivel judicial para adelantar el procedimiento. Colombia presenta, quizás, el marco jurídico más amplio y garantista para el uso del instrumento expropiatorio. El legislador dio al ejecutivo dos posibilidades para su política de suelo: a) Autonomía en el decreto de la expropiación y auxilio de la rama judicial para adelantar el procedimiento y, b) Autonomía plena tanto para decidir como para adelantar el procedimiento expropiatorio en determinados casos. En ambos casos se garantiza al afectado el derecho al control judicial, en uno de manera directa y en el otro posteriormente.

b) El por qué... las motivaciones

Como la expropiación es un acto de soberanía impuesto, su uso por los gobiernos esta limitado a los motivos previamente establecidos por el legislador. Todas las constituciones hacen referencia expresa a por lo menos algún criterio, siempre en relación directa a la noción de interés general. En México, Brasil, Argentina, República Dominicana, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Uruguay, solo el legislador puede determinar los motivos de la expropiación con el fin de garantizar la decisión de las mayorías representadas y la protección de los ciudadanos frente a un poder ejecutivo arbitrario.

Las leyes de expropiación, normalmente muy antiguas, no contemplan las necesidades urbanas como criterios para utilizar la expropiación; estos motivos frecuentemente han sido incorporados por los fallos judiciales. Perú (en su ley de municipios) y Colombia (ley nacional de ordenamiento territorial) representan la excepción considerando motivos especiales de expropiación con fines urbanos.

Los motivos que permiten decretar la expropiación, las experiencias, así como regulaciones recientes revelan tres posibles usos que se puede dar a este instrumento de política de suelo y, que reflejan situaciones de gran importancia en la problemática urbana: la expropiación –fin-, la expropiación –medio- y, la expropiación en favor de terceros con fines privados.

1. *La expropiación –fin-* Se utiliza cuando una necesidad pública cierta y específica, sea urbana o no, hace necesario tomar un terreno privado. Contemplada en todas las legislaciones, no suele tener discusiones por el motivo, aunque si del monto.
2. *La expropiación –medio-* Es un mecanismo para castigar un uso del suelo socialmente reprochable. Suele tener origen en luchas sociales contra la concentración de la riqueza y en pro del acceso al suelo. En el ámbito rural tres países centroamericanos la

- contemplan: Guatemala para “tierras ociosas”, Nicaragua y El Salvador para latifundios. En el ámbito urbano y con la intención de castigar la retención ociosa de tierras es contemplada en Brasil y Colombia, pero precedida de otros instrumentos como el incremento de la tributación y la declaración de plazos para el desarrollo del suelo.
3. *La expropiación en favor de terceros con fines privados* – La expropiación en favor de terceros con fines privados –grandes proyectos urbanos- ha cobrado relevancia como lo ejemplifica el famoso y controvertido caso *Kelo* ocurrido en EE.UU. en 2005. En el ámbito latinoamericano esta categoría reviste más frecuentemente otro contenido. Se viene utilizando para asentamientos precarios (slums) ubicados en predios de propiedad privada y, eventualmente a terrenos privados con el fin de desarrollar sobre ellos programas de vivienda social, como en los casos de Bolivia, República Dominicana, Ecuador y El Salvador. En este escenario la expropiación permite mejorar las condiciones de seguridad jurídica de la tenencia de los moradores de los terrenos. Finalmente, utilizar o no la expropiación para fines de regularización no suele estar condicionada por los marcos jurídicos sino por las decisiones políticas, salvo el caso de Nicaragua. En este país es imprescindible expropiar para titular asentamientos precarios, salvo que se cuente con la voluntad del propietario para hacer la transferencia de dominio. Esta situación es una secuela de la guerra que modificó de manera excepcional el régimen de propiedad: el dominio o propiedad del suelo no se extingue por el paso del tiempo.

c) El cuanto... la indemnización

El principio del derecho romano *ubi expropriatio ibi indemnitas* mantiene plena vigencia en las normas sobre expropiación. Todas las legislaciones reconocen que el afectado con la pérdida del derecho de propiedad debe ser indemnizado a fin de reparar el sacrificio al que se le ha sometido y mantener el principio de igualdad ante las cargas públicas, pero no necesariamente se establecen los criterios para determinar el monto de la indemnización.

Con excepción de México, Nicaragua y Panamá, las constituciones se aseguran de que la indemnización sea previa, y muchas de ellas, también de que sea justa, pero no se prevé que debe ser un monto indemnizatorio justo. Solamente Colombia establece el parámetro en su constitución. Lo justo ha de entenderse como un criterio de equilibrio consultando los intereses tanto de la comunidad como del afectado. Algunas constituciones señalan lineamientos de avalúo tales como valor comercial o fiscal como México y Guatemala. Brasil y Colombia no lo hacen explícitamente pero establecen los criterios generales para la tasación del precio, procurando garantizar el cumplimiento de los principios constitucionales.

La falta de criterios específicos para determinar el monto indemnizatorio deja un margen demasiado amplio a la interpretación, que generalmente solo favorece al afectado y no al interés general representado por el Estado. Los cambios normativos consolidan una falsa equivalencia: justo precio = precio del mercado (en el mejor de los casos, cuando no se incluyen altos intereses). Esta ecuación es inexacta, lesiva para los presupuestos públicos, perjudicial para la viabilidad de los proyectos y, carece de base legal. En ella implícitamente se reconoce como parte del derecho de propiedad elementos que no son privados sino públicos: los usos y aprovechamientos urbanos y la plusvalía generada por la decisión estatal que da lugar a la necesidad del predio; y otros que son meramente especulativos: el máximo y mejor uso y, aprovechamiento urbanístico (que por la propia naturaleza del mercado pueden o no ser efectivamente demandados).

Esta indefinición de los criterios de expropiación es analizada por Sonia Rabello, quien considera que la problemática de la justa indemnización esta basada en la falta de criterios y en la construcción del concepto mismo (2007). Son principios comunes a la mayoría de legislaciones de la región para efectos de avalúos: justicia y solidaridad, redistribución, equidad, prohibición

del enriquecimiento sin justa causa –que se traduce en el descuento de los incrementos generados por la misma obra que da lugar a la expropiación–, reconocimiento de que los atributos de uso y aprovechamiento urbano son potestad pública y no del derecho de propiedad; sistemáticamente olvidados en los avalúos. Son causas de esta situación: la tradición privatista que no los reconoce, la ausencia de normas claras y específicas para valuación.

Al respecto señala Antonio Azuela que el tema que más presión genera en la legislación de expropiación alrededor del mundo “(...) *envuelve dos cuestiones fundamentales: cómo determinar el monto de la compensación a ser pagada y como es que se tiene derecho a obtener una*” (2007; 23) (traducción libre). Esta tensión podría explicar, al menos en parte, la falta de definición de criterios de valoración por los legisladores de la región. La otra explicación proviene de la poco discutida posición del Estado frente a la justicia social y al enriquecimiento sin justa causa por los particulares (Rabello, 2002). Las absurdas condenas judiciales en favor de particulares y los criterios de los gobiernos para las negociaciones directas hacen pensar, hoy por hoy, que ahora es necesario plantear una defensa ya no del expropiado sino de los presupuestos públicos. Esta desfavorable construcción de la justa indemnización nos lleva a otras preguntas de fondo: ¿Quién debe determinar criterios e interpretaciones acerca del precio más justo a pagar por una indemnización? ¿El legislador? ¿Cada gobierno cuando delante de manera directa una expropiación? ¿Cada uno de nuestros jueces al enfrentarse a un caso concreto? La respuesta nos llevara a la discusión sobre los valores sociales, la justicia y la equidad, en la región, que desde un punto de vista pragmático, representa el desarrollo de proyectos para el beneficio colectivo que requieren suelo, condiciona los presupuestos públicos, y permite o no mejorar las condiciones de vida en la ciudad y el acceso al suelo y a los atributos urbanos por las mayorías pobres.

III. ALGUNOS CASOS INTERESANTES PARA EL ESTUDIO DE LA ‘CAJA NEGRA’

Las nociones jurídicas permiten construir las condiciones que el poder legislativo establece para la expropiación. Sin embargo, es en la práctica donde estas leyes se dotan de contenido. Las experiencias dan ideas sobre los aspectos que pueden estar condicionando el uso de este instrumento en la región. Al respecto es poca la literatura. Los trabajos de Erminia Maricato (Brasil) de algunas expropiaciones en la ciudad y el estado de Sao Paulo, y las memorias del primer seminario sobre expropiación y el poder judicial en algunos casos relevantes en México. Contar con personas que trabajan en el área urbana permiten un acercamiento a casos en la región, que no obstante, hacen diversos los casos reseñados.

Las experiencias que a continuación se comentan presentan gran riqueza sobre el tema que valdría la pena profundizar. Los casos reflejan discusiones sobre aspectos centrales en el uso de la expropiación tales como: (i) los límites entre los intereses públicos y los privados, (ii) lo que se considera acorde con las nociones de derecho de propiedad y lo que va más allá, (iii) el reconocimiento de la plusvalía generada por los aprovechamientos urbanísticos y las inversiones públicas como activo público o privado, entre otros. Para efectos de esta indagación inicial se propone una sencilla categorización para discutir las posibilidades del uso de la expropiación: debilidad ó fortaleza del poder ejecutivo.

a) Debilidad del gobierno en el uso ó a consecuencia del uso de la expropiación

Las prácticas públicas son construidas y condicionadas por varios elementos, el marco jurídico es uno de ellos, las decisiones gubernamentales y judiciales también. Tres temas son abordados: expropiación para fines de regularización, pago por condenas exorbitantes y, expropiaciones regulatorias.

1. Expropiación para fines de regularización

Nicaragua es el único país de la región que, por decisión del legislador esta forzado al uso de la expropiación para la regularización de la tenencia del suelo de asentamientos precarios si no cuenta con la expresa voluntad del propietario. Para los demás países de la región este objetivo debería lograrse sin uso de la expropiación por tener la figura de la prescripción en sus marcos jurídicos, pero se observa el progresivo uso de la expropiación con fines de regularización. Bolivia y República Dominicana presentan casos interesantes.

En Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, se han presentado dos casos de gran discusión: el plan tres mil y Cielito Lindo. El plan tres mil implica, además de la adquisición de un terreno a precios absurdos, la ausencia de responsabilidad gubernamental por la inadecuada condición de los terrenos para la habitabilidad. En Cielito Lindo, el propietario del terreno consigue que se reconsidere el monto de la indemnización sobre el argumento de la devaluación y obtiene cerca de un millón de dólares como indemnización por la expropiación del terreno, lo más absurdo es comprobar con posterioridad que el propietario previamente vendió los lotes individuales a los habitantes, y al momento del pago de la indemnización solo faltaban por titularizar unos 15 lotes.

República Dominicana se caracteriza por tener un sistema político de mayor fuerza en el ejecutivo. En este país, el ejecutivo presidencial es el único facultado para decretar la utilidad pública en caso de requerirse expropiación de terrenos. En Santo Domingo, por cuenta de una expropiación decretada en 1973, cuyo procedimiento y pago no ha sido aceptado por el propietario durante más de 30 años, miles de familias están expuestas de forma permanente a la inseguridad jurídica de la tenencia. No hay claridad sobre los archivos de este caso. Dos versiones corren paralelas: (1) el pago por la expropiación se hizo sin que se perfeccionara el traspaso del bien a favor de gobierno y, (2) no ha habido pago, y hoy el propietario reclama toda la valorización social del proceso de urbanización adelantado por los habitantes y por las mejoras de localización dadas por el crecimiento de la ciudad.

2. Exorbitante condena en el caso de la reversión de una expropiación

Los porteños tienen la imagen de la demolición del albergue Warnes y la construcción de un hipermercado, consecuencias de una decisión judicial que tomó más de tres décadas, que se ordenó la reversión de una expropiación adelantada durante el gobierno peronista (a mediados del siglo XX). El terreno (aproximadamente 22 hectáreas), para el tiempo de la expropiación era un lugar de la periferia, hoy central. La tasación de la indemnización incorporó la mejora en la localización generada por la ciudad, así como los usos de las zonas adyacentes (no asignados a este terreno). La condena fue exorbitante e impagable con dinero, que llevó a la negociación gobierno-propietario-inversionistas. El gobierno pagó con la asignación de norma para permitir aprovechamientos rentables en el suelo y la destinación de una parte del suelo para un equipamiento colectivo público.

3. Expropiaciones regulatorias

Se conocen en la literatura anglosajona como "*regulatory taking*", y ocurren como consecuencia de restricciones de 'uso de suelo' tan altas que el propietario pierde la posibilidad de tener aprovechamiento económico y que vacían de contenido económico la propiedad sin la indemnización correspondiente. En América latina esta situación no ha sido muy documentada y no se identificaron casos en las entrevistas realizadas. Lo anterior puede obedecer a varias circunstancias: (1) la norma que determina usos posibles del suelo ocupa un lugar residual, (2) la protección ambiental –fuente común de *regulatory taking*- no ocupa un espacio importante dentro de las preocupaciones públicas y colectivas de los gobiernos, y menos aún en las decisiones de uso de suelo y, (3) baja exigibilidad del cumplimiento de normas sobre usos del suelo. De las entrevistas a participantes se concluye, que por ejemplo, para el caso de Costa Rica, las decisiones de ordenamiento territorial no implican restricciones por falta de control de la

autoridades, en tanto que para los casos de Nicaragua y Panamá, las regulaciones de uso del suelo juegan un papel periférico en los procesos de ocupación del suelo urbano.

Pero, si bien en muchos de nuestros países no se reconoce en forma directa la ocurrencia de las *regulatory taking*, en los sistemas tributarios se observan exenciones, rebajas, e inclusive subsidios. Todos estas son modalidades 'subterráneas' de compensación, que implican la asunción tácita del daño causado al propietario por cuenta de restricciones en las posibilidades de uso y aprovechamiento del suelo. En México por ejemplo, para el caso de algunas áreas naturales protegidas la Comisión Nacional Forestal (CONAFOR) ha puesto en marcha un programa de pago por servicios ambientales, que representaría una forma indirecta de compensación e incorpora la noción de daño al particular por la decisión gubernamental.

b) Rol fuerte del gobierno como determinante para las adquisiciones de suelo

Toda vez que la expropiación es por definición un acto de dominio eminente del Estado sobre el particular, tendemos a pensar que su desuso como mecanismo de obtención de suelo para fines públicos es señal de debilidad institucional frente a un fortalecimiento del derecho de propiedad (ya sea por la discusión de motivos o del monto indemnizatorio). Sin embargo hay otra lectura. El desuso de la expropiación puede significar un redimensionamiento del gobierno frente al fenómeno urbano y los procesos de ocupación del suelo. Los siguientes casos plantean un gobierno que usa su facultad de otorgar el aprovechamiento para exigir el suelo para fines público, y disminuir la necesidad de la expropiación.

1. Porto Alegre negociación pagada con otorga de aprovechamientos urbanos

En Porto Alegre/Brasil es común que las autoridades prefieran la negociación a la expropiación cuando, por ejemplo, se necesita suelo para la construcción de vialidades ¿Por qué?

Un primer motivo son los problemas tradicionales asociados a la expropiación. En la expropiación el ejecutivo requiere del juez para adelantar el procedimiento, si negocia, el ejecutivo tiene total autonomía para adelantar el proceso. Existe el precedente judicial de condenas exorbitantes que superan incluso al presupuesto público. Un segundo grupo de motivos están asociados con el fortalecimiento del gobierno. Cuando la municipalidad decidió ampliar la avenida perimetral conocía que esta obra iba a tener impactos en las condiciones de localización de muchos terrenos dando lugar a mejores aprovechamientos del suelo (tanto en uso como en intensidad de uso). En esta ciudad las decisiones sobre el aprovechamiento urbanístico son competencias radicadas en cabeza del ejecutivo municipal, cuya otorga es onerosa y en forma de índices de construibilidad. La obra requería suelo pero generaba mayores aprovechamientos. Estos índices de construibilidad se convirtieron en moneda municipal para adquirir el suelo haciendo preferible la negociación para la adquisición de suelo. Con otorga de índices de construibilidad generados por la obra se pago aproximadamente el 90% de los terrenos adquiridos. En lo económico la negociación representó reducción de costos de transacción, viabilidad financiera de la obra y, liberación de presupuesto público. Los criterios para el pago se basaron en una distinción: (1) relación de vida y económica con el suelo -función de uso-, y (2) activo económico -función de cambio-.

La adquisición negociada es actualmente un mejor escenario para el reconocimiento y uso de los incrementos de valor de suelo (valorización social del suelo) generado por la colectividad y por las acciones públicas de inversión por el Estado. La existencia y uso de los índices de construibilidad como contrapartida para adquisición de suelo significa que, al menos en este municipio, ya se reconoce de manera clara que el aprovechamiento urbanístico es un activo público que el Estado no puede trasladar inmerecidamente al propietario del suelo.

Este caso ejemplifica que no utilizar la expropiación puede significar un fortalecimiento de las nociones de lo público y un redimensionamiento del Estado y sus potestades para ordenar los procesos de ocupación del suelo urbano con criterios de equidad.

2. Cumplimiento de las obligaciones de loteo/urbanización: una forma más lógica y justa de obtener suelo

Existen dos visiones sobre el uso y aprovechamiento del suelo que tienen directas implicaciones en la obtención de terrenos para fines públicos en las ciudades. La primera, obedece a la noción propiedad derecho-deber, y se podría resumir como “*el urbanizador urbaniza*”, que significa que quien se beneficia con los aprovechamientos urbanos debe cubrir todos los requerimientos que ese beneficio genera, y que son necesarios para el desarrollo de las actividades urbanas (vías, equipamientos, zonas verdes, ect). En este escenario, el suelo para la mayoría de necesidades colectivas proviene del cumplimiento de las obligaciones por los particulares como contrapartida de la autorización pública de aprovechamiento del suelo y, las necesidades del Estado de obtener suelo serán mucho menores y proporcionales a la exigibilidad que haga a los particulares de cumplir con sus obligaciones. La segunda visión, que ha sido dominante en América Latina, se basa en una noción de propiedad derecho en la cual, el aprovechamiento urbano del suelo no implica obligaciones de contrapartida, y las necesidades de suelo para fines colectivos deben ser obtenidas por el Estado mediante la adquisición onerosa de terrenos. Esta postura, mantenida por los propietarios, crea un déficit de suelo que termina siendo asumido por la ciudad con cargo a recursos públicos y que hace más necesario el uso de mecanismos de adquisición, entre ellos la expropiación.

Aunque como se mencionó, la segunda postura ha sido prevaleciente, prácticamente todos los países han venido transitando hacia la idea de propiedad derecho-deber, estableciendo en mayor o menor medida obligaciones asociadas a los procesos de urbanización (Brasil y Colombia son los países que más avance presentan). Quizás la contrapartida más común es la derivada de obligaciones de loteo/urbanización, en la que se busca que el beneficiario con el loteamiento cubra las obligaciones de suelo que el propio desarrollo genera. Las obligaciones de donación/cesión/derechos de vías/aportes en loteamiento, como comúnmente se les llaman, responden a los principios de solidaridad, igualdad, justa distribución de las cargas públicas, y prevalencia del interés general sobre el particular. Su existencia garantiza que las personas que han de habitar un lugar lo hagan en condiciones dignas y de acceso a los atributos de la ciudad. Se exigen como contrapartida de la aprobación de proyectos urbanos y deben ser asumidas en su totalidad por el emprendedor, quien debe ceder suelo al Estado. La regulación de los porcentajes de suelo que han de entregarse y la exigibilidad del mismo por los gobiernos hace en mayor o menor grado necesario el uso de mecanismos de adquisición de suelo.

Esta contrapartida ha sido objeto de discusión ante las cortes. El argumento principal ha sido que las cesiones de terreno equivalen a confiscaciones o expropiaciones sin indemnización. Esta discusión ha sido debatida en países como México, Perú y Colombia, pero solo se cuenta con información relevante respecto del último. En Colombia la discusión judicial ha sido amplia. En 1989 la Corte Suprema de Justicia aclaró que esta exigencia no es una expropiación sin indemnización, es un acto de enajenación voluntaria que deben hacer los propietarios de los predios con fines urbanísticos, tiene una finalidad social ligada a la función social de la propiedad que el Estado puede exigir en ejercicio de su potestad para dictar normas de planeación. Posteriormente la Corte Constitucional expresó que “*las referidas cesiones gratuitas constituyen una contraprestación de los propietarios de inmuebles por la plusvalía que generan las diferentes actuaciones urbanísticas de los municipios*” (Corte Constitucional, 2003).

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN (aproximándonos a la ‘caja negra’)

Las páginas anteriores constituyen una primera aproximación a la 'caja negra' del espacio que disponen los gobiernos de la región latinoamericana para utilizar la expropiación cuando tienen necesidad de obtener suelo. Siguiendo el orden de ideas expuestas es posible afirmar que las condiciones de utilización están configuradas por tres aspectos: (1) el establecimiento por parte del nivel legislativo de unas reglas y procedimientos poco favorables a su utilización –en la toma de decisiones y en el criterio para indemnizar-, (2) el condicionamiento y debilitamiento del principio de la primacía del interés general sobre el particular a partir de decisiones de gobierno (regularizaciones) y judiciales (condenas exorbitantes) que afectan los presupuestos públicos y benefician intereses particulares y, (3) un posible fortalecimiento del Estado mediante el uso de su poder de ordenar y controlar los procesos de ocupación del suelo urbano que hacen innecesario el uso de la expropiación. Estos aspectos quizás explican la prevención de los gobiernos por el uso del instrumento, aunque no se logre clarificar si la prevención es ante el poder del Estado o ante los 'fines' y 'motivaciones' que se argumentan para su uso (Maldonado, 2004).

El análisis normativos nos lleva a pensar que las facultades para el uso de la expropiación no son en muchos países elementos favorables a su utilización. El fraccionamiento del poder entre el ejecutivo y el legislativo para tomar la decisión (en grado intermedio en Argentina y Bolivia y extremo en Perú), las circunstancias político-sociales de cada contexto y, el hecho de que en algunos países -como por ejemplo México- el nivel municipal carezca de esta facultad, dan lugar un primer condicionamiento, desde el nivel legislativo, para el uso del instrumento por los gobiernos. Este condicionamiento afecta principalmente a los gobiernos municipales latinoamericanos quienes deben resolver las problemáticas que las ciudades presentan. La falta de criterios y especificaciones en los marcos jurídicos sobre lo que debe entenderse por "monto indemnizatorio" y, su interpretación por el poder judicial pueden ser determinantes en el desuso de la expropiación por los gobiernos. Esto lleva al uso de la negociación que puede ofrecer mejores espacios para definir el monto indemnizatorio y formas de pago más favorables a los presupuestos públicos.

Las prácticas públicas de expropiación también están condicionadas por las decisiones gubernamentales y judiciales. Esto pareciera basarse en un desequilibrio entre los intereses públicos y privados, que se inclina a favor de los últimos. En este caso podríamos encontrar un acuerdo con lo planteado por Antonio Azuela (2006), quien respecto de las tendencias mundiales menciona un posible reforzamiento de los derechos de los propietarios pero, con una diferencia sustancial. En el caso norteamericano, esta tendencia se centra en la discusión de lo que podemos o no considerar como motivo de utilidad o interés público. En Latinoamérica este reforzamiento se centra en el monto o valor del predio, lo que implicaría la defensa de una noción de derecho de propiedad como derecho al aprovechamiento económico urbano y a la plusvalía generada por las propias decisiones del ordenamiento urbano. Fundamento que, por ejemplo, da lugar a interpretaciones del daño que se traducen en condenas exorbitantes a cargo de los presupuestos públicos.

Un último elemento configurador de este escenario para el uso de la expropiación en la región, proviene de un giro conceptual respecto del papel del Estado en el proceso de ocupación y aprovechamiento del suelo, en el que pasa de observador pasivo y generador de plusvalías que no recupera, a un rol fuerte que pone en movimiento diferentes instrumentos para que los costos de la urbanización y por ende, las necesidades de suelo para fines públicos, sean cubiertas con cargo a las propias dinámicas de generación de ganancia del suelo. Este redimensionamiento de la noción del poder estatal lleva a plantearnos que un gobierno fuerte utiliza mecanismos de contrapartida de beneficios urbanísticos para satisfacer necesidades de suelo para fines públicos y con ello, requiere menos del uso del instrumento expropiatorio. El caso de Porto Alegre ejemplifica una forma de obtener suelo no solo favorable para las finanzas públicas, sino, y lo que es más importante, el reconocimiento de que las inversiones públicas mejoran las

condiciones de localización y aprovechamiento del suelo, y que ambas son formas de plusvalía que no pueden trasladarse gratuitamente a los propietarios. En manera alguna puede en este caso pensarse que la negociación fue un mecanismo no idóneo para adquirir suelo, ni menos aún que el no uso de la expropiación represente debilidad del poder del Estado. Las cesiones/donaciones, otra forma de obtener suelo para las necesidades públicas ejemplifican también el argumento de fortaleza estatal. Pese al arraigo de la tradición absolutista de la propiedad en la región, la obligatoriedad de esta figura y su supervivencia en el control de legalidad, ponen sobre la mesa el reconocimiento de que la propiedad es una noción que se configura como derecho-deber, que incluye el cubrimiento de las necesidades de suelo que las actividades de aprovechamiento requieren como soporte en la vida urbana. Adicionalmente deja sin piso el argumento de que su exigencia como contrapartida de los beneficios de la urbanización es una modalidad de expropiación sin indemnización.

La expropiación no es *per se* ni buena ni mala, su gran impacto esta en su relación con dos nociones básicas a nuestra sociedad: la propiedad y el Estado. A través de él (a manera de filtro) permite ver la discusión de fondo sobre los derechos de propiedad, y como producto del contexto histórico, responde a las visiones que en cada tiempo son construidas sobre lo público/privado, lo común/individual, el equilibrio/desequilibrio entre las cargas públicas y las privadas, y en la reciente temporalidad el cambio de escenario de lucha por el suelo rural/urbano.

ANEXO

Listado de personas entrevistadas:

Guatemala	Silvia García Vettorazzi
Nicaragua	Maria Isabel Pares Barberena
El Salvador	Mario Ernesto Juaréz Escobar
Costa Rica	Silvia Valentinuzzi Núñez
República Dominicana	Marianela Pinares
Panamá	Carlos Alvarado Vargas Alvaro Uribe
Perú	Armando Said Granados Flores
Bolivia	Silvia Romero Villarroei
Uruguay	Stella Zuccolinni Gonzalez
Brasil	Marcelo Dias Ferreira
Argentina	Manuel Antonio Ludueña Melinda Lis maldonado Eduardo Reese

BIBLIOGRAFIA

Acosta M., Claudia (2006), ponencia “Enfoques de la expropiación del suelo en las entidades federativas mexicanas”, en *Primer seminario. La expropiación de suelo urbano: el debate entre la propiedad y el Estado*, México.

Azuela de la Cueva, Antonio (1989), *La Ciudad, la Propiedad Privada y el Derecho*, México, El Colegio de México.

_____ (2007), *Adquisición de suelo en el mundo: Tendencias internacionales de la expropiación para proyectos de infraestructura urbana*, Ensayo comisionado por

- el Banco Mundial y el Instituto Lincoln de Políticas de Suelo, Simposio sobre Investigación Urbana, Washington.
- Botero Cifuentes, Carolina (2004), *Las cesiones urbanísticas obligatorias en el ordenamiento jurídico colombiano: alcance y limitaciones según la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa*, monografía de investigación para optar al título de abogada, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.
- Krueckeberg, Donald A (1995), *The Difficult Character of Property. To Whom Do Things Belong?* En American Planning Association, Journal of the American Planning Association, Summer, pp 301 a 309.
- Jacobs, Harvey M (2004), *Private Property in the 21st Century*, University of Wisconsin-Madison and Lincoln Institute of Land Policy, USA.
- _____ (2006), *The "Taking" of Europe: globalizing the American Ideal of Private Property?*, Working Paper, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge Mass. <http://www.lincolninst.edu>
- Maldonado Copello, Maria Mercedes (2002), ponencia "Instrumentos de gestión del Suelo (1ª parte) y Los avalúos como herramienta de gestión del plan de ordenamiento y el principio de la distribución de las cargas y beneficios (2ª parte)", *Segundo Seminario Internacional de Reformas al Suelo Urbano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, Lincoln Institute of Land Policy.
- _____ (ed.) (2003), *Reforma urbana y desarrollo territorial: experiencias y perspectivas de aplicación de las leyes 9ª. De 1989 y 388 de 1997*, Bogotá, Universidad de los Andes, CIDER.
- _____ (2006), ponencia "Régimen de la Propiedad y Adquisición Pública de Suelo en Colombia" en *Primer seminario. La expropiación de suelo urbano: el debate entre la propiedad y el Estado*, México.
- Maricato, Erminia (2005), *Questao fundiaria urbana no Brasil e o Ministerio das cidades*. Primer Congreso Nacional de Suelo Urbano, México.
- Ministerio de Fomento de España (2001), *Urbanismos comparados*, en Revista Ciudad y Territorio Estudios Territoriales, XXXIII (127), 2001.
- Novoa Montreal, Eduardo (1979), *El derecho de propiedad privada*, Bogotá, Editorial TEMIS Librería.
- Pinilla, Juan Felipe y Giovanni Pérez (2004), *Criterios de la jurisprudencia constitucional en materia de expropiación e indemnización* (mimeo), Universidad de los Andes, CIDER.

Rabello, Sonia (2006), ponencia “Justa indemnización en las expropiaciones urbanas: Justicia social y enriquecimiento sin causa” en *Primer seminario. La expropiación de suelo urbano: el debate entre la propiedad y el Estado*, México.

Renard, Vincent (s-f) *El suelo urbano y el derecho de propiedad: un análisis económico y jurídico*, mimeo.

Subirats i Humet, Joan (dir.) (2005), “Análisis de los factores de exclusión social” en *Documentos de trabajo No. 4*, España, Fundación BBVA y Institut de govern i polítiques públiques (UAB). <http://www.fbbva.es>

Legislación consultada en los países (según producción normativa): _

- Constitución Política
- Ley de Expropiación Nacional/Federal
- Ley de Asentamientos Humanos / Ordenamiento Territorial / de las ciudades / Planeación
- Código Civil
- Código de construcción/edificación/urbanismo
- Ley de Municipios

Otras fuentes: _

Corte Constitucional del Colombia. Sentencia C-495 de 1998.