
DERECHO MUNICIPAL

José Suing Nagua



José Suing Nagua

DERECHO MUNICIPAL

Corporación de Estudios y Publicaciones

Quito D.M., 2017

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP)

DERECHO MUNICIPAL

José Suing Nagua

Revisión

Departamento Jurídico Editorial - CEP

Diagramación

Departamento de Diagramación - CEP

Impresión

Talleres de la CEP

Derecho de Autor No.	052443: 28-nov-2017
Depósito Legal No.	006014: 28-nov-2017
ISBN No.	978-9942-10-333-8: 22-dic-2016
Tiraje.	500
Edición.	Primera. Noviembre 2017

La Corporación de Estudios y Publicaciones no se responsabiliza por las opiniones contenidas en esta publicación, que son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Todos los derechos sobre el contenido de esta obra pertenecen a la Corporación de Estudios y Publicaciones. Prohibida su reproducción total o parcial así como su incorporación a sistemas informáticos, su traducción, comunicación pública, adaptación, arreglo u otra transformación, sin autorización expresa y por escrito de la Corporación.

INTRODUCCIÓN

Varias son las razones que se unen para explicar el por qué de la presente obra, todas de orden personal, pues he tenido la suerte de formar parte de procesos locales, casi desde el inicio de mi vida profesional, en los primeros años de la década de los 90. Acompañé los primeros procesos de planificación participativa en municipios pequeños como Yanzatza en la provincia de Zamora Chinchipe o Guano en la provincia de Chimborazo, junto con el equipo de planificadores de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas y de IULA/CELCADEL, liderado por Gonzalo Darquea, resultado de lo cual se generaron varios planes de desarrollo local que lamentablemente pronto fueron olvidados por las autoridades de turno; luego, de la mano de la Cooperación Técnica Alemana, GTZ (hoy, GIZ) pude asistir en la gestión del gobierno municipal de la capital de la provincia de Los Ríos, Babahoyo, donde se ejecutó una de las obras de desarrollo urbano de mayor trascendencia para la época, con cuatro componentes: agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial, control de inundaciones y gestión de desechos sólidos; aun perdura la institucionalidad creada en ese entonces, la Empresa Municipal de Saneamiento Ambiental de Babahoyo, EMSABA; posteriormente, también desde la Cooperación Técnica Alemana, se colaboró con la Comisión de Descentralización del Congreso Nacional en la reforma a la Ley de Régimen Municipal, en el 2004, una de las de mayor trascendencia en los cuarenta años de vigencia de ese cuerpo legal; se introdujeron modificaciones importantes en la institucionalidad local, en materia de tributos y un capítulo específico sobre descentralización para profundizar los procesos que se habían iniciado en el 2001, como consecuencia de las reformas constitucionales de 1998. Finalmente, también tuve la oportunidad de apoyar la formulación de las versiones iniciales de lo que hoy se conoce como el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, que materializó las reformas introducidas al régimen subnacional por la Constitución de Montecristi.

La obra Derecho Municipal, de igual denominación a la del autor José René Olivos Campos (México, 2011) tiene identidad propia, pues se refiere, en su contenido íntegro, a diferentes tópicos, sin agotarlos, de la temática jurídica de los gobiernos municipales del Ecuador.

En la obra se hace un recorrido por los principales ámbitos de esta disciplina; en el Capítulo I se esboza una justificación de por qué se considera una rama autónoma del Derecho, sus principales características, las fuentes, sus nexos con disciplinas afines y los principales cuerpos normativos que nutren su contenido.

En el capítulo II se aborda los gobiernos autónomos descentralizados municipales, en el contexto del contenido de la Constitución de 2008, los principios y las funciones administrativas.

En el Capítulo III se trata, dentro de la institucionalidad del GAD municipal, la Función de Legislación, normativa y de fiscalización, el concejo, los actos normativos y los mecanismos de impugnación.

El capítulo IV describe la Función Ejecutiva, con el alcalde la máxima autoridad administrativa y presidente del concejo municipal.

En el Capítulo V, se describe la Función de Participación Ciudadana, nueva estructura de la institucionalidad municipal, que muchos GAD municipales no han concretado.

El capítulo VI aborda la descentralización y el sistema de competencias de los GAD municipales, en el contexto del Sistema Nacional de Competencias previsto en la Constitución.

El capítulo VII, trata el tema de los recursos, las transferencias del presupuesto general del Estado y los ingresos propios tributarios.

El capítulo VIII trata del sistema de planificación participativa municipal, como parte del Sistema Nacional Descentralizado de Planificación.

El capítulo IX trata de la actividad jurídica de los GAD municipales: actos administrativos, hechos administrativos y contratos administrativos; reclamos y recursos administrativos.

Finalmente el Capítulo X trata del tema de la justicia contenciosa administrativa en el contexto del Derecho Municipal.

La obra pretende ser una sistematización de los últimos cinco años, por lo que es probable que no recojan muchos de los vertiginosos cambios que han operado en este tiempo, de la mano de la tarea legislativa de la Asamblea Nacional, que ha introducido varias modificaciones al COOTAD y ha expedido una serie de leyes que directa o indirectamente tienen incidencia en los gobiernos municipales.

Los temas municipales, desde luego no se agotan, y quedan por fuera de la obra contenidos trascendentes como las modalidades de gestión y los diferentes servicios que son responsabilidad de los GAD municipales; tampoco se incluyen contenidos específicos sobre ordenamiento territorial, uso y ocupación del suelo, pues con las modificaciones legislativas últimas, se requiere de un tiempo adicional para profundizar su análisis e incidencia en la vida institucional de los GAD municipales.

Es un esfuerzo personal, y desde luego, un resultado imperfecto, seguramente con errores que los amables lectores sabrán dispensar.

Quito, 2017

RESUMEN

La obra Derecho Municipal hace un recorrido por los principales tópicos de esta disciplina, desde la justificación de por qué se considera una rama autónoma del derecho, sus principales características, las fuentes, sus nexos con disciplinas afines y los principales cuerpos normativos que nutren su contenido; aborda la institucionalidad de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, en el contexto de las reformas incorporadas por la Constitución de 2008; incluye algunos detalles del régimen especial por razones demográficas, el distrito metropolitano autónomo, al que pueden acceder el cantón o cantones, con más del 7% del total de la población nacional; analiza la institucionalidad de los GAD municipales, funciones, competencias; analiza los principales órganos, concejo y alcalde, sus atribuciones; revisa las modalidades de gestión, fuentes de financiamiento, principalmente las tributarias; refiere a la participación y el control social. Incluye mecanismos de impugnación judicial como consecuencia de las acciones u omisiones de las administraciones municipales.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
RESUMEN	9
1. EL DERECHO MUNICIPAL	17
1.1. DEFINICIÓN	17
1.2. CARACTERÍSTICAS	18
1.3. FUENTES DEL DERECHO MUNICIPAL	19
1.3.1. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA	19
1.3.2. LA LEY	20
1.3.3. LAS ORDENANZAS	22
1.3.4. LA JURISPRUDENCIA	25
1.3.5. LA DOCTRINA	28
1.4. DERECHO MUNICIPAL O DERECHO URBANO	29
1.5. LEYES CON INCIDENCIA EN LA GESTIÓN MUNICIPAL	31
1.5.1. LEYES DE CREACIÓN DE CANTONES	39
1.6. LA CREACIÓN DE CANTONES	39
1.6.1. PROCEDIMIENTO DE CREACIÓN DE CANTONES	42
1.6.2. LOS DISTRITOS METROPOLITANOS AUTÓNOMOS	43
1.6.2.1. REQUISITOS PARA LA CONFORMACIÓN DE LOS DISTRITOS METROPOLITANOS AUTÓNOMOS...	44
1.6.2.2. PROCEDIMIENTO	44
2. EL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL	47
2.1. AUTONOMÍA	47
2.2. PRINCIPIOS	49
2.2.1. UNIDAD	49
2.2.2. SOLIDARIDAD	50
2.2.3. COORDINACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD	51
2.2.4. SUBSIDIARIEDAD	51
2.2.5. COMPLEMENTARIEDAD	52
2.2.6. EQUIDAD INTERTERRITORIAL	52
2.2.7. PARTICIPACIÓN CIUDADANA	52
2.2.8. SUSTENTABILIDAD DEL DESARROLLO	53
2.3. FUNCIONES ADMINISTRATIVAS DEL GAD MUNICIPAL	53
3. LAS FUNCIONES INSTITUCIONALES	58
3.1. FUNCIÓN DE LEGISLACIÓN, NORMATIVA Y DE FISCALIZACIÓN	58

3.1.1. INTEGRACIÓN DEL CONCEJO.....	61
3.1.1.1. SESIONES.....	62
3.1.1.2. SEDE DE LAS SESIONES	63
3.1.1.3. CLASES DE SESIONES.....	63
3.1.1.4. QUÓRUM PARA SESIONES.....	68
3.1.1.5. VOTACIONES.....	69
3.1.1.6. DECISIONES.....	70
3.1.2. EL VOTO DIRIMIENTE DEL ALCALDE.....	71
3.1.3. RECONSIDERACIONES.....	75
3.1.4. FORMA DE SESIONES.....	75
3.2. LOS ACTOS NORMATIVOS: LA ORDENANZA.....	76
3.2.1. OTROS ACTOS DECISORIOS.....	77
3.2.1.1. ACUERDOS.....	78
3.2.1.2. RESOLUCIONES.....	78
3.2.2. PROCESO DE FORMULACIÓN DE LOS ACTOS NORMATIVOS.....	79
3.2.3. LA INICIATIVA NORMATIVA.....	80
3.2.3.1. INICIATIVA DEL ALCALDE.....	80
3.2.3.2. INICIATIVA DE LOS CONCEJALES.....	81
3.2.3.3. INICIATIVA CIUDADANA.....	82
3.2.3.4. INICIATIVA DEL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PARROQUIAL RURAL	82
3.2.4. PREPARACIÓN DEL PROYECTO.....	83
3.2.5. FORMULACIÓN DE PROYECTO.....	83
3.2.6. PRESENTACIÓN DEL PROYECTO.....	85
3.2.7. DISCUSIÓN.....	85
3.2.8. APROBACIÓN.....	86
3.2.9. SANCIÓN U OBJECCIÓN.....	86
3.2.10. .PROMULGACIÓN O PUBLICACIÓN.....	87
3.3. CONTENIDO MATERIAL DE LOS ACTOS NORMATIVOS	88
3.3.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.....	89
3.3.2. CONSIDERANDOS.....	89
3.3.3. TÍTULO O DENOMINACIÓN.....	89
3.3.4. ARTICULADO.....	90
3.3.5. REFORMA.....	90
3.3.6. DEROGATORIA.....	90
3.3.7. MECANISMOS DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS NORMATIVOS.....	91
3.4. LA FACULTAD DE FISCALIZACIÓN DEL CONCEJO MUNICIPAL.....	93
3.4.1. RENDICIÓN DE CUENTAS.....	93
3.4.2. CONTROL GUBERNAMENTAL, FORMAL/LEGAL..	95

3.4.3. CONTROL POLÍTICO.....	96
3.4.4. EL EJERCICIO DE FISCALIZACIÓN POR PARTE DEL CONCEJO.....	97
3.4.4.1. CARACTERÍSTICAS.....	97
3.4.4.2. ALCANCES.....	97
3.4.4.3. LÍMITES.....	98
3.4.4.4. LOS SUJETOS DEL EJERCICIO DE FISCALIZACIÓN	98
4. LA FUNCIÓN EJECUTIVA.....	99
4.1. NIVEL OPERATIVO.....	100
4.2. NIVEL DE ASESORÍA.....	102
5. LA FUNCIÓN DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA.....	104
5.1. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA.....	104
5.2. EL CONTROL SOCIAL.....	106
5.3. VEEDURÍA CIUDADANA.....	107
5.4. OBSERVATORIO.....	108
5.5. REVOCATORIA DEL MANDATO.....	109
6. LA DESCENTRALIZACIÓN Y EL SISTEMA DE COMPETENCIAS DE LOS GAD MUNICIPALES.....	111
6.1. LA DESCENTRALIZACIÓN.....	116
6.2. LOS MOMENTOS DEL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN	117
6.3. LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA.....	119
6.4. LA DESCENTRALIZACIÓN FISCAL.....	122
7. LOS RECURSOS DEL GAD MUNICIPAL.....	122
7.1. TRANSFERENCIAS PARA LA EQUIDAD.....	123
7.2. TRANSFERENCIAS PARA EL EJERCICIO DE NUEVAS COMPETENCIAS.....	126
7.3. TRANSFERENCIAS PARA COMPENSAR LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS.....	127
7.4. INGRESOS NO TRIBUTARIOS.....	127
7.5. INGRESOS TRIBUTARIOS.....	128
7.5.1. EL RÉGIMEN IMPOSITIVO SUBNACIONAL.....	128
7.5.1.1. PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO....	129
7.5.1.1.1. PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO	131
7.5.2. RÉGIMEN IMPOSITIVO DE LOS DISTRITOS METROPOLITANOS AUTÓNOMOS.....	133
7.5.2.1. IMPUESTOS TRANSFERIDOS.....	133
7.5.2.2. TASAS Y CONTRIBUCIONES ESPECIALES DE MEJORAS.....	135

8. EL RÉGIMEN TRIBUTARIO MUNICIPAL.....	137
8.1. TRANSFERENCIAS PARA LA EQUIDAD.....	137
8.1.1. IMPUESTOS.....	138
8.1.2. INSTRUMENTOS PARA LA GESTIÓN DE LOS IMPUESTOS INMOBILIARIOS.....	138
8.1.2.1. CATASTROS.....	138
8.1.2.2. AVALÚOS.....	140
8.1.2.3. ESTÍMULOS TRIBUTARIOS.....	143
8.1.3. TASA.....	144
8.1.4. CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS.....	145
8.2. LOS TRIBUTOS MUNICIPALES EN PARTICULAR.....	145
8.2.1. IMPUESTOS MUNICIPALES.....	146
8.2.1.1. DOBLE IMPOSICIÓN INTERNA EN LOS IMPUESTOS MUNICIPALES.....	146
8.2.2. IMPUESTO A LOS PREDIOS URBANOS.....	148
8.2.2.1. RECARGOS.....	150
8.2.3. IMPUESTO A LOS PREDIOS RURALES.....	156
8.2.4. IMPUESTO DE ALCABALA.....	159
8.2.5. IMPUESTO A LAS UTILIDADES EN LA COMPRA VENTA DE PREDIOS URBANOS Y PLUSVALÍA DE LOS MISMOS.....	164
8.2.6. IMPUESTO A LOS VEHÍCULOS.....	168
8.2.7. IMPUESTO DEL 1.5 POR MIL SOBRE LOS ACTIVOS TOTALES.....	170
8.2.8. IMPUESTO DE PATENTE ANUAL.....	171
8.2.8.1. PATENTE A LOS PROFESIONALES EN LIBRE EJERCICIO.....	176
8.2.8.2. ALTERNATIVAS PARA RACIONALIZAR EL COBRO DEL IMPUESTO A LOS PROFESIONALES.....	177
8.2.8.2.1. PATRIMONIO O CAPITAL DE OPERACIÓN.....	177
8.2.8.2.2. RANGOS DE CONTRIBUYENTES POR CAPITAL DE OPERACIÓN.....	178
8.2.8.2.3. SUPRESIÓN.....	179
8.2.8.2.4. MECANISMOS.....	179
8.2.9. IMPUESTO A LOS ESPECTÁCULOS PÚBLICOS.....	180
8.2.10. IMPUESTO AL JUEGO.....	182
8.2.11. OTROS IMPUESTOS MUNICIPALES Y METROPOLITANOS.....	183
8.3. TASAS MUNICIPALES.....	183
8.3.1. APROBACIÓN DE PLANOS E INSPECCIÓN DE CONSTRUCCIONES.....	184

8.3.2. RASTRO.....	185
8.3.3. AGUA POTABLE.....	186
8.3.4. RECOLECCIÓN DE BASURA Y ASEO PÚBLICO.....	186
8.3.5. CONTROL DE ALIMENTOS.....	187
8.3.6. HABILITACIÓN Y CONTROL DE ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES E INDUSTRIALES.....	187
8.3.7. SERVICIOS ADMINISTRATIVOS.....	188
8.3.8. ALCANTARILLADO Y CANALIZACIÓN.....	188
8.3.9. OTROS SERVICIOS DE NATURALEZA SEMEJANTE.....	189
8.4. CONTRIBUCIONES ESPECIALES DE MEJORAS.....	190
9. EL SISTEMA DE PLANIFICACIÓN PARTICIPATIVA DE LOS GAD MUNICIPALES.....	193
9.1. MARCO CONSTITUCIONAL.....	194
9.2. EL SISTEMA NACIONAL DESCENTRALIZADO DE PLANIFICACIÓN PARTICIPATIVA.....	199
9.3. LA PLANIFICACIÓN EN EL NIVEL MUNICIPAL.....	201
9.4. LA ARTICULACIÓN DE PROCESOS.....	202
10. ACTIVIDAD JURÍDICA DE LOS GAD MUNICIPALES...	204
10.1. POTESTAD EJECUTIVA.....	204
10.2. ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	205
10.2.1. VIGENCIA, NOTIFICACIÓN Y EFICACIA.....	208
10.2.2. AUTOTUTELA.....	208
10.2.3. LEGITIMIDAD Y EJECUTORIEDAD.....	209
10.2.4. EXTINCIÓN O REFORMA: RAZONES DE OPORTUNIDAD Y LEGITIMIDAD.....	209
10.2.5. LESIVIDAD.....	211
10.3. POTESTAD DE EJECUCIÓN.....	212
10.3.1. VÍA COACTIVA.....	213
10.3.2. MEDIOS DE EJECUCIÓN FORZOSA.....	215
10.3.3. APREMIO SOBRE EL PATRIMONIO.....	215
10.3.4. MULTAS COMPULSORIAS.....	216
10.3.5. CLAUSURA.....	216
10.4. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.....	216
10.4.1. TUTELA ADMINISTRATIVA.....	217
10.4.2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	217
10.4.3. RECLAMOS ADMINISTRATIVOS.....	218
10.4.4. DENUNCIAS.....	218
10.4.5. POTESTAD RESOLUTORIA.....	219
10.4.6. POTESTAD SANCIONADORA.....	219
10.4.7. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS.....	222

10.4.7.1. CARACTERÍSTICAS.....	222
10.4.7.2. RECURSO DE REPOSICIÓN.....	223
10.4.7.3. RECURSO DE APELACIÓN.....	224
10.4.7.4. RECURSO DE ALZADA.....	225
10.4.7.5. RECURSO DE QUEJA.....	226
10.4.7.6. RECURSO DE REVISIÓN.....	227
10.4.7.7. RECURSO DE ACLARACIÓN Y RECTIFICACIÓN	228
 11. EL NUEVO MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA JUSTICIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN EL CONTEXTO DEL DERECHO MUNICIPAL.....	 229
11.1. LA SEPARACIÓN ENTRE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y LA ADMINISTRACIÓN DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.....	231
11.2. LOS TRIBUNALES DISTRITALES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	233
11.3. LA SALA ESPECIALIZADA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.....	234
11.4. LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	234
 REFERENCIAS.....	 235

1. EL DERECHO MUNICIPAL

El derecho municipal, en el país, es una disciplina en proceso de sistematización y construcción que engloba la normativa nacional (expedida por el órgano de legislación nacional, la Asamblea Nacional) y local (las ordenanzas municipales y distritales expedidas por los concejos municipales y concejo metropolitano). Aunque en algunos países de la región, Colombia por ejemplo, se habla explícitamente del derecho municipal, sus contenidos todavía son difusos y agrupan una serie de cuerpos normativos de diferentes disciplinas que de manera general han tenido su desarrollo propio. Tiene sin embargo, como disciplina independiente, amplias posibilidades de desarrollo, sobre todo si se identifican temáticas específicas que son del ámbito de competencias y atribuciones, así como de la estructura orgánica de los gobiernos municipales. A continuación, un esfuerzo por sistematizar y plantear algunas ideas sobre sus contenidos.

1.1. DEFINICIÓN

Por derecho municipal puede decirse que es aquella rama del derecho público que explica, justifica, describe y sistematiza el contenido de las normas y la institucionalidad de los gobiernos municipales, donde se encuentran órganos específicos como concejo, alcalde, direcciones departamentales, entidades adscritas, entes con diferentes niveles de autonomía (corporaciones, fundaciones, empresas) servicios básicos, modalidades de gestión, tributos locales, normativa, reglamentación de ocupación y uso del suelo, normativa urbana, entre otros y los sujetos de las relaciones jurídico administrativas derivadas de las actuaciones de la administración municipal, las personas naturales avecindadas y jurídicas domiciliadas u operativas en el territorio del cantón.

1.2. CARACTERÍSTICAS

El derecho municipal, pese a ser una disciplina jurídica en proceso de sistematización y consolidación, tiene algunas características que lo individualizan y justifican:

Es un derecho *reciente* ya que, pese a la antigüedad y lo tradicional de la institución que es su principal objeto de estudio, sus normas no han sido materia de sistematización, elaboración y desarrollo doctrinario.

Es un derecho *no codificado*, dada la diversidad de fuentes que lo originan, sobre todo en el ámbito territorial de intervención de la institucionalidad, como son las ordenanzas municipales (y distritales) que regulan en forma específica diversas materias de competencia municipal, tales como servicios básicos, regulación y ordenamiento urbano, planificación, tributos, talento humano, entre otros. Sin embargo, se puede evidenciar algunos esfuerzos por codificaciones de normativa local a nivel de varios municipios que se puntualizarán más adelante.

Es un derecho *estatutario*, en tanto regula las relaciones de determinadas clases de sujetos, en cuanto sujetos singulares y específicos, los gobiernos municipales, institucionalidad, territorio, población y servicios, sustrayéndolos en ciertos aspectos del derecho público¹.

Es un derecho *especializado* pues, cubre el ámbito de la institucionalidad municipal, sus funciones, competencias y relaciones jurídicas con los administrados, sujetos beneficiarios de los servicios que brinda y acciones que ejecuta.

¹ El concepto de derecho estatutario es desarrollado por Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, citados por Zavala Egas, J. (2013) en la obra "Derecho Administrativo", página 49.

1.3. FUENTES DEL DERECHO MUNICIPAL

Entendida la expresión “*fuentes del derecho*” como aquello de lo que procede el derecho, el origen de las normas jurídicas, las fuentes del derecho municipal, al igual que de otras ramas del derecho, son la constitución, la ley y, con especial importancia, las *ordenanzas distritales y municipales*² por ser los instrumentos normativos a través de los cuales se materializa el ejercicio de la facultad normativa de estos gobiernos, y principalmente, se regulan sus competencias exclusivas, concurrentes y adicionales; junto con las dos primeras, pueden identificarse como fuentes principales; la jurisprudencia y la doctrina, con sus matices y particularidades, son fuentes secundarias.

1.3.1. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

Uno de los temas no agotado aún en el debate es el relacionado con la naturaleza jurídica de las normas constitucionales, esto es la eficacia jurídica de sus disposiciones, pues si es aplicable o no aplicable por los llamados a utilizar el ordenamiento, principalmente por los jueces y autoridades administrativas (eficacia directa) o si por el contrario constituyen un mandato al legislador, el que se encargará de incorporarlas al ordenamiento jurídico mediante el desarrollo de leyes (eficacia indirecta); con esto se discute, si la Constitución de la República es o no fuente de derecho. La constitución ecuatoriana vigente, marca una especial característica que la diferencia de las anteriores, su aplicación directa, esto es su eficacia directa que le impregna de fuerza normativa, que incluso se visualiza con su denominación “Constitución de la

² Hay que marcar diferencia con esta denominación, en tanto, existen, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, otras normas con similar denominación, las ordenanzas provinciales que son expedidas por los consejos provinciales, órgano normativo de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales, que con igual jerarquía, regulan materias diferentes, las de competencia del GAD provincial, así como la jurisdicción que es el territorio de la provincia.

República”, fuera de su tradicional denominación de “Constitución Política”. Esta particularidad, unida a que en tanto “*norma de normas*” o “*norma suprema*” que cubre con sus contenidos y disposiciones todo el ordenamiento jurídico, es la fuente principal del derecho municipal, por cuanto, de ella nace el reconocimiento de la institución municipal, del espacio territorial en el que actúa el gobierno municipal y de las características de este gobierno, fundamentalmente el reconocimiento de su autonomía política, administrativa y financiera, de las competencias que ejerce y los principios que rigen su accionar como gobierno de un espacio territorial a lo interno del Estado, claramente determinado.

La Constitución de la República reconoce en el título V, de la organización territorial, al espacio territorial, el cantón y al gobierno que actúa en dicho nivel, la municipalidad, ahora en la nueva terminología, identificado como el *gobierno autónomo descentralizado municipal*,³ como también la denominada “facultad legislativa” de su órgano normativo, el concejo, sobre lo que se expondrá otras ideas más adelante. Es entonces la Constitución de la República la principal fuente del derecho municipal, desde donde emana el resto del ordenamiento que lo contiene, tanto leyes como normas secundarias, específicamente, las ordenanzas.

1.3.2. LA LEY

La Ley como fuente del derecho municipal, hay que entenderla en el alcance que le da la propia Constitución de la República. Primero, la clasificación entre leyes orgánicas y ordinarias, cuya diferencia es material o de fondo, en tanto, la Constitución de la República consagra la prevalencia de sus contenidos sobre los de las demás leyes ordinarias, por la mayor jerarquía; para el caso de las leyes municipales, la principal, el Código Orgánico de Organi-

³ La misma denominación, gobierno autónomo descentralizado, la comparten los otros tres gobiernos subnacionales: regionales, provinciales y parroquiales rurales.

zación Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD,⁴ tiene precisamente la prerrogativa de ser orgánica, por mandato expreso de la Constitución de la República, artículo 133, número 3, *“las que regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados”*.

Sin embargo, hay otras leyes de naturaleza orgánica que también inciden en la vida institucional municipal y por consiguiente aportan contenidos al derecho municipal. Podemos citar por ejemplo la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, la Ley Orgánica de Servicio Público, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, el Código Orgánico Tributario, entre las más importantes.

En caso de antinomias entre leyes orgánicas cabe aplicar el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados previsto en la Constitución de la República, artículo 425, parte final; no obstante, al ser el COOTAD un cuerpo normativo que regula varias materias y de varias instituciones, los GAD, si la antinomia es en función de una materia específica, prevalecería la ley que regula la materia específica, por ejemplo, si la antinomia es entre el COOTAD y el Código Orgánico Tributario, prevalece este último en razón de la especialidad frente a la generalidad de materias que regula el primero. La jurisprudencia, ordinaria y constitucional, deberá aportar con análisis que contribuyan a dar soluciones sólidas sobre estos temas, cuyas discrepancias aún no se evidencian. Existen otras leyes como la Ley Orgánica de Tránsito, Transporte Terrestre y Seguridad Vial, que tiene directa aplicación en el ámbito municipal como consecuencia de la transfe-

⁴ Es el instrumento normativo que, aunque fuera del plazo previsto, cumplió con la Disposición Transitoria Primera, número 9 de la Constitución.

cia de competencias en esta materia específica a favor de los GAD municipales. Igual puede ocurrir con nuevas competencias que asuman en el futuro y que estén reguladas por cuerpos legales específicos.

En cuanto a las leyes ordinarias, existen muchas que inciden directa o indirectamente en la gestión de los gobiernos municipales, por ejemplo la Ley de Modernización del Estado que regula las concesiones y materias varias como el silencio administrativo, pese a que en este tema en específico, prevalecen las regulaciones del COOTAD que prevé plazos más amplios; el Código Civil en materia de bienes o la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos que regula la competencia concurrente de registro de la propiedad. Existen otras leyes que son de aplicación supletoria, por ejemplo los códigos adjetivos, civil y penal, o leyes como la de propiedad horizontal, la notarial, entre otras.

Se concluye entonces que la ley, en general, es una fuente principal del derecho municipal que aporta y desarrolla contenidos constitucionales y regula la institucionalidad y competencias de los gobiernos municipales, los mecanismos de financiamiento, los de control y nuevas temáticas como la participación y control social.

1.3.3. LAS ORDENANZAS

Una ordenanza es una norma de carácter general con aplicación en todo el territorio cantonal, con rango inferior a la ley, a través de la cual se desarrolla todo el contenido competencial del gobierno municipal, pues su campo de regulación es muy variado, en materia administrativa, en materia tributaria, en materia ambiental, en materia de construcciones, entre otras. A través de las ordenanzas se regulan temas generales como la gestión de un servicio o la aplicación de un tributo o, asuntos específicos, como la aprobación de una urbanización, acto que reduce su ámbito

geográfico de aplicación, al lugar donde se encuentre localizada, independiente de que los efectos sean generales, pues es observable por todos los habitantes del cantón.

La ordenanza como instrumento normativo es la fuente principal de la que se nutre el derecho municipal, ya que a través de ella se concreta el ejercicio de las competencias de los gobiernos municipales, reconocidas por la Constitución de la República o las leyes. Es prolífica la cantera de producción de normas en los gobiernos municipales; son comunes las ordenanzas que regulan uso del espacio público, administración, determinación y recaudación de tributos (impuestos, tasas y contribuciones especiales de mejoras), funcionamiento de mercados, cementerios, terminales terrestres, vía pública, ornato, recolección de desechos, contaminación de los recursos agua, aire, suelos, uso y ocupación del suelo, seguridad ciudadana, urbanizaciones, construcciones. Las materias que se abordan a través de ordenanzas son tantas como amplio es el paquete de competencias exclusivas y concurrentes de responsabilidad de los gobiernos autónomos descentralizados municipales.

Algunas administraciones municipales han intentado la sistematización de su producción normativa mediante la expedición de los denominados “*códigos municipales*”, que no es otra cosa que la compilación en un solo cuerpo normativo, de las diferentes ordenanzas que regulan materias diversas,⁵ denominación que en muchas ocasiones provoca confusión, por el uso generalizado de “*códigos*” para leyes, (código civil, código del trabajo, código penal, códigos de procedimiento) pero en esencia tal denominación no cambia la naturaleza jurídica y la jerarquía de la ordenanza, pues se trata de una simple recopilación de ordenanzas; algunos códi-

⁵ Los concejos de Quito, Loja, Riobamba, entre otros, han expedido los denominados “*códigos urbanos*”, que contienen una compilación de todas las ordenanzas que se han expedido. Mayor propiedad tendría la denominación de “*codificaciones*”.

gos actuales requieren de urgente actualización, dada la dinámica en la actualización del marco legal general producida a raíz de la vigencia de la Constitución de la República de 2008.

Caben varias clasificaciones de las ordenanzas, ya por la materia, ya por el ámbito de aplicación. Por la materia se clasifican en administrativas y tributarias, las primeras, una vez aprobadas para su vigencia deben ser publicadas en la gaceta oficial⁶ y en el dominio web de la institución municipal; las tributarias, que tienen que ser publicadas en el Registro Oficial en forma obligatoria, lo cual no condiciona su vigencia, como lo hacía la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal. Por el ámbito de aplicación, pueden ser generales, o especiales, las primeras de aplicación general en todo el espacio territorial del cantón; las especiales aplicables, de manera general, pero vinculadas con un espacio específico y predeterminado, como la aprobación de una urbanización, como ya se dejó expuesto; por el objeto, pueden ser materiales en tanto desarrollan las competencias del gobierno municipal, u orgánicas, las que regulan la institucionalidad del mismo gobierno.

Además de las ordenanzas, los concejos municipales expiden otros actos cuya calidad de normativos es fuente de discusión⁷, los acuerdos y resoluciones, pero desde el punto de vista de las fuentes del derecho, no tienen trascendencia, puesto que no son propiamente fuentes generadoras de derecho sino que son la concreción, la aplicación del derecho a casos puntuales o específicos, desde el órgano normativo, el concejo cantonal o municipal, en cuyo caso estamos ante verdaderos actos administrativos, de formación compleja, a través de un órgano colegiado, aunque

⁶ Órgano oficial de publicación de estos cuerpos normativos que sustituyen al Registro Oficial, órgano de difusión de leyes y otros cuerpos normativos, a nivel nacional.

⁷ La derogada Ley de Régimen Municipal denominaba actos decisorios a todas las expresiones de voluntad del cuerpo colegiado, incluidas las ordenanzas.

en la práctica, muchas resoluciones son de contenido normativo general que bien podrían ser ordenanzas; la diferencia, sobre todo en función de contenidos, resulta muchas veces muy sutil.

El reconocimiento en el COOTAD de las denominadas “Funciones” en la estructura institucional interna de los GAD municipales, justifica con propiedad que el “ejecutivo municipal”, el alcalde, expida mediante resoluciones, verdaderos cuerpos normativos, ya en materia ejecutiva o administrativa (una suerte de los llamados reglamentos autónomos, no dependientes de una norma en específico), ya en materia reglamentaria, en cuyo caso, son las ordenanzas las que contemplan su desarrollo reglamentario, así lo prevén algunas ordenanzas del Distrito Metropolitano de Quito; este ejercicio es una suerte de equivalente a la figura de los *decretos ejecutivos*⁸ del Presidente de la República, como responsable de la Función Ejecutiva. Las resoluciones son una denominación genérica, que tiende a confundirse con otras actuaciones no necesariamente normativas, como aquellas que resuelven reclamos o peticiones de los administrados, que en esencia son actos administrativos. La aceptación y generalización del uso de estas figuras desde el ejecutivo municipal conlleva a reconocer también la facultad reglamentaria del alcalde, lo cual no está expresamente previsto en el ordenamiento jurídico, pese a que la práctica, se inclina por tales escenarios, reconociéndose de modo expreso en determinadas ordenanzas cuando se señala que tal o cual tema será especificado mediante reglamento.

1.3.4. LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia ha contribuido en muchas ramas del derecho a su desarrollo, concreción y profundización, ya con la generación

⁸ Vale recordar que en el texto del artículo 425 de la Constitución que establece la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se refiere únicamente a los decretos, que están luego de las normas regionales y las ordenanzas de los distritos metropolitanos, sin poder identificar con claridad a qué clase de decretos se refiere, aunque debe entenderse que son los decretos ejecutivos, pues no existe ninguna otra referencia.

de soluciones a planteamientos concretos, ya con la puesta en discusión de temáticas controversiales, no como fuente creadora del derecho, “*no en crear normas jurídicas de carácter general, sino en condicionar la eficacia de las mismas mediante su interpretación del derecho vigente y la interpretación es siempre creadora, porque se propone determinar el contenido de la ley*”.⁹ Aunque no se pueden referir específicamente y menos como está concebida en la norma constitucional, la jurisprudencia, pero si unos elementos que pueden, con el paso del tiempo, constituirse en antecedentes jurisprudenciales, como es el caso de la controversia derivada de la aplicación o no de las normas de la LOSCCA o las de la LORM, mientras estuvieron en vigencia, en materia de administración de recursos humanos que derivó en pronunciamientos que bien pueden citarse como antecedentes jurisprudenciales, tal es el caso de la sentencia de 7 de marzo de 2006 de la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1, de Quito, citada por Ángel Torres Maldonado,¹⁰ que declaró la nulidad de la resolución No. SENRES-2004-000216 de 30 de diciembre de 2004, expedida en el juicio No. 12593-NR, propuesto por la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas contra la Secretaría Técnica de Desarrollo de Recursos Humano y Remuneraciones del Sector Público, SENRES, sentencia que fue confirmada por la Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia (juicio No. 446-2006-NA, de 29 de abril de 2008). Similares características podrían tener los fallos de los Tribunales Distritales de lo Fiscal, ahora de lo Contencioso Tributario, de sus Salas o de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia respecto de la materia tributaria municipal.

⁹ OGAYAR AYLLÓN, en “Las fuentes del derecho en el novísimo Título Preliminar del Código Civil”, citado por Zavala Egas, J. (2003) en la obra “Introducción al Derecho Administrativo”, pág. 245.

¹⁰ TORRES MALDONADO ÁNGEL, “La autonomía municipal para administrar sus recursos humanos”, Monografía, UASB, 2008, págs. 15 y 16.

Desde la vigencia de la Constitución de la República de 2008, a la Corte Nacional de Justicia, CNJ, le corresponde, como función propia, desarrollar el “*sistema de precedentes jurisprudenciales*” (artículo 185) fundamentado en los fallos de triple reiteración que son aquellas sentencias emitidas por sus Salas Especializadas, que reiteren por tres ocasiones, la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, lo cual obliga al pleno de la CNJ a deliberar y decidir sobre su conformidad, en base al informe que presente para tal efecto el Presidente de la Sala especializada o el Departamento de Jurisprudencia de la misma CNJ; la decisión del Pleno de la CNJ, o si no lo hace en el plazo previsto en la norma constitucional (sesenta días), el informe sobre el contenido del fallo de triple reiteración presentado por el Presidente de la Sala especializada o el Departamento de Jurisprudencia, se constituye en jurisprudencia obligatoria aún para las Salas de la Corte Nacional de Justicia. En todo caso, frente a un precedente obligatorio, a las Salas especializadas les queda, la posibilidad de apartarse del precedente jurisprudencial, siempre que lo haga de manera fundamentada,¹¹ lo cual relativiza la fuerza del precedente obligatorio. Aunque no es materia que atañe directamente al objeto de estudio, pero vale dejar sentado que sobre jurisprudencia obligatoria, hasta antes de la plena vigencia del Código Orgánico General de Procesos, se mantuvo vigente la disposición del artículo 19 de la Ley de Casación que regulaba la triple reiteración sobre un mismo punto de derecho, y que constituía jurisprudencia obligatoria, para los jueces de instancia, menos para las Salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, disposición que bien podía entenderse derogada en forma tácita por la aparente contradic-

¹¹ Aunque no en la materia, pero a guisa de ejemplo, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia aprobó la Resolución No. 12-2012, publicada en el Registro Oficial No. 832 de 16 de noviembre de 2012, por la que deja sin efecto el precedente jurisprudencial obligatorio declarado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución de 21 de abril de 2010, publicada en el Registro Oficial No. 195 de 18 de mayo de 2010, que establecía que las sentencias dictadas en los juicios posesorios son finales y definitivos y gozan de la característica de cosa juzgada material, una clara muestra de la relatividad del precedente obligatorio.

ción con la disposición constitucional que regula el sistema de precedentes obligatorios que se deja señalado. No obstante, lo dicho, convivieron las dos figuras, sin que haya sido dilucidada su prevalencia y muchos justiciables hicieron uso de los dos, de manera indistinta, pese a que se trata de dos temas completamente distintos.

Sin embargo, de que no se puede señalar un precedente jurisprudencial obligatorio en materia municipal, si puede hablarse de líneas jurisprudenciales, es decir fallos reiterados en sentido similar, sobre temas, asimismo, similares; la jurisprudencia entonces, en los términos expuestos, puede ser considerada como fuente secundaria del derecho municipal.

1.3.5. LA DOCTRINA

Si la jurisprudencia es escasa o por lo menos no sistematizada, la doctrina es mucho más limitada, ya que no se han dado condiciones específicas como para promover su desarrollo, salvo aislados ejercicios que bien pueden considerarse como los prolegómenos de un necesario ejercicio futuro que debe ser impulsado por centros de educación superior o por entidades vinculadas con el quehacer de los gobiernos municipales. Marco Aguirre Apolo y Felipe Iturralde Dávalos prepararon en la década de los noventa del siglo pasado, sendas obras en una temática específica, los tributos municipales; el autor de esta obra ha incursionado también con tres obras puntuales *“El Gobierno y la Administración Municipal, análisis de la normativa vigente”* (1997), *“Las Reformas a la Ley de Régimen Municipal, un apoyo a la gobernabilidad local”* (2005) y *“Los Gobiernos Autónomos Descentralizados”* (2010); Nelson López Jácome ha abordado temas específicos vinculados a la administración municipal como las expropiaciones y la determinación de responsabilidades (Quito, 2005); también se pueden mencionar en esta misma línea, de análisis crítico y de lo que se podría señalar como iniciativas para la generación de doctrina en el campo

del derecho municipal, diversos artículos publicados en la Revista Poder Municipal, de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas que circula con cierta regularidad por varios años; u otras publicaciones que datan de inicio de la década de los 90, auspiciadas por la misma organización, responsable de la ejecución del Programa de Desarrollo Municipal, cofinanciado por el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo: *“Manual de Reclamos Administrativos”*, *“La contratación pública municipal”*, donde se puede avistar esos primeros pasos en la línea de construir doctrina sobre los diversos temas que aborda esta disciplina. De más reciente data, existen varios artículos publicados en revistas y libros especializados, además de obras como *“Descentralización y Gobiernos Autónomos ante la Constitución de Montecristi”* de Miguel Hernández Terán (2009); *“La nueva organización territorial y el nuevo modelo de descentralización en el Ecuador”*, de varios autores, coordinado por Marco Morales Tobar, (Quito, 2012); y, *“Derecho Tributario Municipal Ecuatoriano, Fundamentos y Práctica”* de César Montaña y Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo (2014). Otros autores, como Rodrigo Patiño o José Vicente Troya, en sus recientes obras de derecho tributario, abordan, con cierto nivel de detalle, el tema específico de los tributos municipales. En todo caso, la referencia no es rigurosa, por lo que pueden existir otras publicaciones con similar temática.

También ha sido materia de discusión en las jornadas nacionales de derecho tributario organizadas por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario, IEDT, en cuyas memorias existen testimonios del desarrollo de temáticas específicas en el ámbito de los tributos municipales, planteados por varios autores, en algunas ediciones de las jornadas.

1.4. DERECHO MUNICIPAL O DERECHO URBANO

Otro punto de encuentro o desencuentro, según se ubique en una u otra orilla de la discusión, es el escenario que se presenta

frente a la denominación, por un lado, de “*derecho municipal*” y por otro, de “*derecho urbano*”, ¿es lo mismo o son dos disciplinas o por lo menos dos áreas distintas de intervención? Desde mi punto de vista son dos áreas de intervención diferentes, que va más allá de simples matices, sobre todo por las características específicas de los espacios de intervención de los gobiernos municipales, que encierran una problemática puntual, según se trate de espacios con mayor o menor densidad poblacional y extensión física, donde de por medio está lo urbano y lo rural. En efecto, cuando se habla de derecho municipal, se incluye a las normas que regulan el accionar del gobierno municipal en todo el territorio cantonal, esto es, en todo el municipio, sin preferencia ni distinción entre lo urbano o rural; y, cuando referimos a derecho urbano (“*urbanístico*” es el término utilizado por la doctrina española), la cobertura es a la normativa de la misma institución, la municipalidad, pero en un espacio más acotado, o más específico, la ciudad, los centros poblados consolidados, su entorno y problemática, muy diferente del municipio, como territorio.¹² De manera sucinta se puede decir que el “*derecho urbano*” desarrolla el planeamiento, clasificación y calificación del suelo (uso y ocupación), los planes generales de ordenación urbana, de ordenamiento territorial o instrumentos equivalentes, régimen jurídico del suelo y del subsuelo, aprovechamientos urbanísticos, parcelaciones, obras de urbanización, sistemas de compensación, recuperación de plusvalías, expropiaciones, espacios libres, intervención en el mercado del suelo, licencias urbanísticas, catastro urbano, infraestructura, entre otros, todos ligados con el entorno urbano de las ciudades.

Por lo dicho, junto a las características de los cantones o municipios ecuatorianos, en su mayoría rurales, como queda expuesto, el derecho que mejor se identifica con su entorno de acción es el

¹² REBOLLO, L.M., BUSTILLO, R.O, editores (2007) en la obra “*Fundamentos del derecho urbanístico*”, ubica al derecho urbanístico en el urbanismo como resultado de lo que genéricamente se puede llamar el diseño de la ciudad, pág. 41.

derecho municipal, en la definición propuesta en esta obra, no sin dejar de señalar que el derecho urbano, también presente en nuestra realidad, se circunscribe, no a la generalidad de municipalidades sino a aquellas que concentran el mayor número de población, fruto de procesos cada vez más amplios de urbanización concentrada y consolidada (ciudades medianas y grandes). Una de las consecuencias que se deriva de la distinción propuesta, es la necesidad de un abordaje diferenciado de los escenarios cubiertos ya por el derecho municipal, ya por el derecho urbano, al que se debería propender si se quiere dotar de herramientas eficaces para la gestión del territorio, en base a escenarios reales.

Para esta propuesta de explicación teórico conceptual si se quiere, una de las opciones es introducir una clasificación entre municipios urbanos, con la mayoría de población asentada en centros urbanos o ciudades y con una problemática propia; y, municipios rurales,¹³ donde la población residente está fundamentalmente en las zonas rurales o sus centros poblados tienen una población muy reducida y dispersa, cuando no quepa otra, fundado en el tamaño poblacional y de territorio: grandes, medianos y pequeños. Este proceso de sinceramiento de la realidad municipal, entre el urbanismo y la ruralidad, puede ser posiblemente el camino para brindar soluciones a problemas de vieja data que arrastran las administraciones municipales.

1.5. LEYES CON INCIDENCIA EN LA GESTIÓN MUNICIPAL

La ley que da contenido al derecho municipal, desde su vigencia, es el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, COOTAD, sin dejar de mencionar que existen otros cuerpos normativos, con rango de ley, que también se

¹³ En la monografía elaborada por Tania Jurado, estudiante de la Universidad Andina, identifica 19 cantones con población inferior a cinco mil habitantes, es decir casi el 10 por ciento del total de cantones a nivel nacional.

las puede identificar como parte del derecho municipal, sino en todo su contenido, si en parte importante de sus regulaciones.

La derogada *Ley Orgánica de Régimen Municipal* de enero de 1966, cuya categoría de “*orgánica*” alcanza como consecuencia de la aplicación de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 que introduce en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la clasificación entre leyes “*orgánicas*” y “*ordinarias*”, se mantuvo con una serie de reformas (unas bastante amplias como las de los años 1982 y 2004 y otras, la gran mayoría, puntuales y específicas) y dos codificaciones, en 1971 y 2005. En ella se regulaba tanto la institucionalidad como el territorio, pues incluía normas de creación de cantones, con definición de municipio, sus fines esenciales, finalidades, funciones, establecía, de modo general su estructura, sus órganos, concejo, concejales, alcalde, incluía normas parlamentarias, sesiones, actos decisorios, los ámbitos de competencia, los planes de desarrollo, régimen de bienes; capítulo importante era el relacionado con el sistema tributario municipal, los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales o de mejora; incluía normas sobre presupuesto, auditoría y control interno. También contenía un capítulo que regulaba la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas como el organismo gremial representativo de todas las municipalidades del país, al que accedían todos los gobiernos municipales en forma obligatoria, desde la creación del cantón.

Con la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador, CRE, de 2008 y en cumplimiento de lo previsto en el número 9 de su primera disposición transitoria, la Asamblea Nacional aprobó el COOTAD, publicado en el Suplemento al Registro Oficial No. 303, de 19 de octubre de 2010, que sustituyó varias leyes que regulaban la institucionalidad de los gobiernos autónomos descentralizados, como es el caso de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, de la que se trasladó a este nuevo cuerpo legal, la mayor parte de sus regulaciones, con algunos ajustes para

adecuar las disposiciones a esta nueva realidad institucional del Estado que nace del texto constitucional vigente.

Otra ley, complementaria del COOTAD, forzosamente mantenida en vigencia por la disposición transitoria séptima del mismo Código, es la *Ley Orgánica de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito*, publicada en el Registro Oficial No. 345, de 27 de diciembre de 1993; tiene dos propósitos: uno, mantener la denominación de Distrito Metropolitano y su institucionalidad derivada; y dos, debe cumplir la función de “*declaración y creación del Distrito Metropolitano Autónomo de Quito*”, como régimen especial previsto en la CRE. La aplicabilidad de todas sus disposiciones no da certezas, ya que responden a otro marco constitucional, que es precisamente el que se modifica sustancialmente con la CRE de 2008, con lo que quedaría reducida su vigencia en cuanto instrumento de creación del Distrito Metropolitano Autónomo, como régimen especial por razones demográficas, proceso que aún no concluye. En todo caso, de presentarse contradicciones entre estos dos cuerpos legales, prevalece la ley orgánica, por su carácter especial, frente al COOTAD que aunque también orgánico, es general porque regula varias materias y a varios niveles de gobierno subnacional.

Otras leyes como la ley especial¹⁴ de descentralización y participación social, la ley de distribución del 15% del presupuesto general del Estado a favor de los gobiernos seccionales, la ley de desarrollo seccional también fueron derogadas por el COOTAD, junto con las que regulaban los gobiernos provinciales y parroquiales, en tanto las materias que comprendían fueron modificadas por la Constitución.

¹⁴ La categoría de leyes especiales fue derogada con la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 que introdujo una nueva, leyes orgánicas y leyes ordinarias, clasificación que mantiene la de 2008, como ya se dejó expuesto.

Otra ley, que por su contenido, también tiene incidencia en el derecho municipal es la *Ley de Modernización del Estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada*, publicada en el Registro Oficial No. 347, de 31 de diciembre de 1993, que por los cambios operados, resultan inaplicables muchas de sus disposiciones, aunque no se ha derogado de manera expresa; esta ley es el primer cuerpo legal que introduce en el ordenamiento jurídico ecuatoriano los conceptos de descentralización y desconcentración, pese a que, hasta mucho después de puesta en vigencia la ley de descentralización en 1997, no se hayan aplicado sus disposiciones.

Otros cuerpos normativos con mayor o menor incidencia en la gestión de las administraciones municipales, se las refiere a continuación:

- La *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado* (Ley 2002-73, publicada en el suplemento al Registro Oficial No. 595, de 12 de junio de 2002) que tiene por objeto establecer y mantener, bajo la dirección de la Contraloría General del Estado, el Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría del Estado, y regular su funcionamiento, con la finalidad de examinar, verificar y evaluar el cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado y la utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos. Sus disposiciones rigen para las instituciones del Estado, previstas en el artículo 225 de la Constitución República; su aplicación se extiende a las entidades de derecho privado, exclusivamente respecto de los bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público que administren. De sus disposiciones se derivan una serie de regulaciones expedidas por el Contralor General del Estado de directa incidencia en el ámbito municipal: reglamento de bienes, reglamento de uso de vehículos, declaraciones de bienes, auditoría interna, entre los

más relevantes. Un efecto directo de sus regulaciones son la presencia en la institución municipal, de las direcciones de auditoría interna, representadas por el Auditor Interno, funcionario designado por el Contralor General del Estado.

- La *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*, cuya codificación se encuentra publicada en el Registro Oficial No. 312, de 13 de abril de 2004, y que norma la estructura institucional de este organismo estatal y contiene normas que regulan el patrocinio del Estado y sus instituciones. Tema de trascendencia es el relacionado con el ejercicio de las consultas encaminadas a contribuir a aclarar el contenido de las disposiciones del ordenamiento jurídico ecuatoriano, con efecto vinculante para quien las formula, excepto en materia tributaria, que corresponde a las autoridades nacionales, subnacionales o de las administraciones tributarias de excepción, según el tipo de tributo del que se trate.
- La *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, expedida por la Asamblea Constituyente* reunida en Montecristi, en ejercicio de la facultad legislativa que asumió, publicada en el suplemento al Registro Oficial No. 395, de 4 de agosto de 2008; que establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado y las entidades que forman parte de los denominados gobiernos autónomos descentralizados. El SERCOP es la institucionalidad nacional encargada de administrar el sistema de compras públicas, de

observancia obligatoria para toda institucionalidad pública, incluidos los gobiernos municipales.

- La *Ley Orgánica de Servicio Público*, publicada en el suplemento al Registro Oficial No. 294 del 6 de octubre de 2010, que regula el servicio público y la carrera administrativa, en procura de propender al desarrollo profesional, técnico y personal de los servidores públicos y que incluye de manera expresa a las entidades del régimen autónomo descentralizado, lo cual supera la dicotomía existente sobre la regulación del talento humano que ahora debe observar sus regulaciones y la normativa secundaria derivada, expedida por el Ministerio de Trabajo, tema no exento de discrepancia y discusión, pues la normativa secundaria, pese a su autorización legal, vulneraría el principio de reserva de ley orgánica contenido en el artículo 133.3 de la Constitución de la República.
- El *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, publicado en el suplemento al Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010, que tiene por objeto organizar, normar y vincular el Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa con el Sistema Nacional de Finanzas Públicas, y regula su funcionamiento en los diferentes niveles del sector público, en el marco del régimen de desarrollo. Su disposición contiene obligaciones específicas a los gobiernos municipales.
- La *Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, (Ley 2004-34), publicada en el suplemento al Registro Oficial No. 337, de 18 de mayo de 2004, que garantiza y norma el ejercicio del derecho fundamental de las personas a la información conforme a las garantías consagradas en la Constitución Política de la República del Ecuador (1998), Pacto Internacional de Derechos Ci-

viles y Políticos, Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales vigentes, de los cuales nuestro país es signatario.

- La *Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado*, que regula el Banco del Estado como institución financiera pública cuyo objetivo es financiar programas, proyectos, obras y servicios encaminados a la provisión de servicios públicos cuya prestación es responsabilidad del Estado, sea que los preste directamente o por delegación a empresas mixtas. El Banco del Estado es la principal fuente de financiamiento de los gobiernos municipales. La Asamblea Nacional aprobó la ley reformativa publicada en el suplemento al Registro Oficial No. 884 de 1 de febrero de 2013, incorporando a los gobiernos parroquiales rurales como sujetos de crédito, y a su representante como miembro del Directorio del Banco.
- La *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, publicada en el suplemento al Registro Oficial No. 48 de octubre 16 de 2009, que regula la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión, y liquidación de las empresas públicas que no pertenezcan al sector financiero y que actúen en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local y establecen los mecanismos de control económico, administrativo, financiero y de gestión que se ejercerán sobre ellas. Desde luego, sus disposiciones son de observancia para las empresas públicas municipales y metropolitanas.
- La *Ley Orgánica de Participación Ciudadana*, publicada en el suplemento al Registro Oficial No.175 de 20 de abril de 2010, que tiene por objeto propiciar, fomentar y garantizar el ejercicio de los derechos de participación de los ciudadanos y ciudadanas, colectivos, comunas, comuni-

dades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatorianos y montubios, además de otras formas de organización.

- La *Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos*, publicada en el suplemento al Registro Oficial No. 162 de 31 de marzo de 2010, que tiene por objeto garantizar la seguridad jurídica, organizar, regular, sistematizar e interconectar la información, así como la eficacia y eficiencia de su manejo, su publicidad, transparencia, acceso e implementación de nuevas tecnologías. Es de capital importancia esta Ley para los gobiernos municipales, en tanto regula el ejercicio de la gestión de la competencia concurrente de registro de la propiedad.
- El *Código Orgánico Tributario* que regula el régimen tributario, nacional y local, sobre todo en el ejercicio de las potestades que se reconocen a las administraciones tributarias; sus disposiciones deben armonizarse con las que regulan los procedimientos administrativos en el COOTAD para evitar dicotomías que atentan a la seguridad jurídica de los administrados, aunque por el principio de especialidad, en caso de conflicto, primarían las disposiciones del Código Tributario.

La prolífica producción normativa de la Asamblea Nacional, nos debe tener atentos de cada nueva ley que se expida, porque de una u otra manera, se incluyen modificaciones a la institucionalidad de los gobiernos municipales. Así por ejemplo la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, publicada en el suplemento al Registro Oficial No. 249, de 20 de mayo de 2014, a través del artículo 161 sustituye el artículo 551 del COOTAD, estableciendo como requisito previo para la segunda autorización de comprobantes de venta de las sociedades el pago del 1% sobre el capital social o patrimonio de

las sociedades, en concepto de anticipo del impuesto a las patentes municipales una modificación. Lo curioso de esta modificación es que convierte al Servicio de Rentas Internas en “agente de recaudación” del anticipo así establecido de un impuesto que ha sido y sigue siendo de beneficio municipal.

1.5.1. LEYES DE CREACIÓN DE CANTONES

Además, también nutren el derecho municipal, las leyes de creación de los 221 cantones que tiene actualmente el país, cuyo contenido básico es la denominación del cantón, la identificación de la cabecera cantonal, los límites y los recursos que se asignan provenientes del presupuesto general del Estado. Los primeros cantones del territorio que hoy es Ecuador, se crearon mediante la Ley de División Territorial expedida por el Congreso de la Gran Colombia en 1824, es decir, antes de la creación del Ecuador como República independiente. Ya en el nuevo Estado, fueron otras leyes de división territorial y en épocas más tempranas, leyes específicas de creación de cantones, como los de La Concordia en la provincia de Esmeraldas¹⁵ y de Quinsaloma en la provincia de Los Ríos.

1.6. LA CREACIÓN DE CANTONES

La creación de cantones ha estado regulada de diferente manera en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La Ley de Régimen Municipal de 1966 contempló algunos requisitos que se mantuvieron casi inalterados mientras estuvo en vigencia, salvo las mo-

¹⁵ El Gobierno Nacional al amparo del principio de pertenencia, promovió la realización de una consulta popular orientada a que la población decida a qué provincia debe pertenecer el cantón. El resultado fue favorable a que pertenezca a la provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas; consecuencia de ello, la Asamblea Nacional expidió la Ley publicada en el suplemento al Registro Oficial No. 20 de 21 de junio de 2013, reformativa de la Ley de creación del cantón la Concordia y de la Ley de creación de la provincia de los Tsáchilas, como mecanismo para concretar el resultado de la referida consulta popular.

dificaciones introducidas en las reformas del año 2004. Con la vigencia del COOTAD, se volvió a modificar tales requisitos sobre todo en lo relacionado con el de la población; así, se tiene que la parroquia rural que promueva la cantonización debe reunir los siguientes requisitos (artículo 22):

- a. Población residente en el futuro cantón de al menos cincuenta mil habitantes, de los cuales, al menos doce mil deberán residir en la futura cabecera cantonal. Para la comprobación del número de población, deberá considerarse la información proporcionada por el Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos, INEC; este requisito poblacional para las provincias amazónicas y de frontera se reduce a diez mil habitantes en el territorio del futuro cantón, por la ley s/n publicada en el suplemento al Registro Oficial No. 166 de 21 de enero de 2014, sin señalamiento de requisito poblacional para la futura cabecera cantonal, excepción que es de esperarse, no se convierta en regla, como ocurrió en las décadas de los ochenta y noventa del siglo pasado, tiempo en que se dio paso a la creación prolífica de cantones que fue frenada con el endurecimiento de los requisitos en la reforma a la LORM del año 2004 y que ahora ha vuelto a dejarse de lado por la vía de la inclusión de excepciones a los requisitos generales.
- b. Delimitación física del territorio cantonal de manera detallada, que incluya la descripción de los accidentes geográficos existentes; este requisito busca eliminar las imprecisiones que contienen las diferentes leyes de creación que han sido fuente de tensiones y diferencias entre poblaciones vecinas, muchos de los casos que son emblemáticos en la materia (Manga del Cura, Las Golondrinas, El Piedrero, entre otros) que motivaron la preparación del proyecto de ley de fijación de límites territoriales en cumplimiento de la Décimo sexta disposición transitoria de la Constitución de la República,

que concluida fue sancionado por el Presidente de la República y se encuentra publicada en el suplemento al Registro Oficial No. 934, de 16 de abril de 2013, cuya denominación final es “Ley para la fijación de límites territoriales internos”.¹⁶

- c. La parroquia o parroquias rurales que promuevan el proceso de cantonización deben tener al menos diez años de creación, requisito que bien podría dar a entender que cubre únicamente a las parroquias promotoras, pero que bien podría el proyecto de cantonización incluir otras parroquias que tengan menos de diez años de creación, si no son promotoras del proceso de cantonización.
- d. Informes favorables del gobierno provincial y del organismo nacional de planificación. Aquí la dificultad radica en el hecho de que la ley no menciona lo que deben contener los informes, lo que provocaría inconvenientes al momento de su emisión. El organismo nacional de planificación es la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, SENPLADES.

¹⁶ La Disposición Transitoria Décimo Sexta de la Constitución de la República (2008) prevé que se expedirá la “ley **de** fijación de límites”, que implica que dicho cuerpo normativo, fija efectivamente los límites internos, no obstante, la ley aprobada por la Asamblea Nacional es la “ley **para** la fijación de límites internos”, que en lugar de fijar los límites, establece mecanismos legales y alternativos para la solución de diferendos de límites internos, con lo cual se soslaya el contenido de la disposición constitucional. El veto del Ejecutivo, tampoco esclareció las dudas en torno al texto aprobado por la Asamblea. Los plazos previstos en dicho cuerpo normativo para la aplicación de los diferentes mecanismos de solución de los problemas limítrofes internos, ya han transcurrido y muchos de los problemas se han solucionado aplicando los mecanismos de la ley; otros, como el caso de la Manga del Cura, mediante consulta popular, la población determinó que la jurisdicción a la que pertenecerá será la provincia de Manabí. Otra modificación que introduce la mencionada ley es lo relacionado con la institucionalidad, al eliminar a la Comisión de Límites Internos de la República, CELIR, y dar paso a otra institucionalidad, el Comité Nacional de Límites Internos, CONALI, con otra conformación, que se encuentra en proceso de consolidación.

- e. Informe previo no vinculante de los gobiernos autónomos descentralizados municipales que se encuentren involucrados. En este caso también la limitante de la disposición legal es en cuanto no determina sobre qué versará el informe. En todo caso, al ser no vinculante, reduce considerablemente su importancia, pues bastará con que lo presente, sin importar si es favorable o no, aunque, en la práctica, un informe negativo, por ejemplo, podría incidir en los asambleístas, que son los tomadores de decisiones.
- f. Decisión favorable de la ciudadanía que va a conformar el nuevo cantón, expresada en consulta popular convocada por el organismo electoral nacional, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación de la solicitud por el Presidente de la República. Por la forma como está concebido el requisito, se debe entender que esta decisión favorable, deberá adoptarse de manera previa a presentar el proyecto de ley a conocimiento de la Asamblea Nacional por parte del Presidente de la República, solo así se entiende que es un requisito a cumplir, para iniciar el proceso de aprobación de la ley de creación.

1.6.1. PROCEDIMIENTO DE CREACIÓN DE CANTONES

La iniciativa para la creación de cantones no corresponde a un nivel de gobierno, sino a la población de la parroquia o parroquias que lo promuevan, la que buscará el mecanismo idóneo para llevar adelante el proceso, generalmente mediante la conformación de un “*comité pro cantonización*”, integrado por personas representativas de la parroquia o parroquias promotoras. El comité será el encargado de reunir los requisitos que se requieren para presentar el ante proyecto a consideración del Presidente de la República, excepto el de la consulta popular, que la solicitará el Presidente de la República, una vez que se hayan cumplido los demás requisitos. Con todos los requisitos, el Presidente presen-

tará el proyecto de ley a la Asamblea Nacional, la que deberá tramitarla mediante el procedimiento ordinario por tratarse de una ley ordinaria. Una vez aprobada por la Asamblea Nacional, pasará a conocimiento del Presidente de la República para su sanción u objeción, en los términos previstos en la CRE para el trámite de las leyes. Sancionada por el Presidente de la República, entrará en vigencia una vez publicada en el Registro Oficial. Vigente la ley de creación del cantón, se inicia el proceso de conformación de la institucionalidad, el gobierno autónomo descentralizado municipal, que nace como consecuencia de la creación del cantón.

1.6.2. LOS DISTRITOS METROPOLITANOS AUTÓNOMOS

Los regímenes especiales previstos en la Constitución de la República modifican, de manera general, la estructura institucional de los gobiernos autónomos descentralizados (ello ocurre por ejemplo con el régimen especial de Galápagos y con las circunscripciones territoriales indígenas, afro-ecuatorianas y montubias) y sólo excepcionalmente, modifican la organización territorial del Estado (por ejemplo, cuando un distrito metropolitano autónomo se constituya con dos o más cantones). La Constitución de la República reconoce los siguientes regímenes especiales:¹⁷

- Por razones demográficas: los distritos metropolitanos autónomos.
- Por razones de conservación: el consejo de gobierno de Galápagos y la región amazónica.
- Por razones étnico-culturales: las circunscripciones territoriales indígenas, afro-ecuatorianas y montubias que pueden constituirse en provincias, cantones o parroquias rurales.

¹⁷ Esta institucionalidad no es nueva en la Constitución de Montecristi, pues ya la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 la previó, aunque de manera más puntual.

1.6.2.1. REQUISITOS PARA LA CONFORMACIÓN DE LOS DISTRITOS METROPOLITANOS AUTÓNOMOS

Las autoridades cantonales pueden conformar distritos metropolitanos autónomos, DMA, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

- a) Cantón o cantones contiguos en los que existan conurbaciones. La conurbación, que se aplica para el caso de cantones, es entendida como la consolidación y extensión del crecimiento urbano más allá del espacio territorial de una jurisdicción, de manera que físicamente constituyen un solo espacio urbano continuo, más allá de la delimitación formal o legal de una jurisdicción, esto es, junta materialmente dos o más cantones; y,
- b) Población en el territorio del futuro distrito metropolitano autónomo superior al 7% de la población nacional, que se tomará con base a la información oficial proporcionada por el INEN.

1.6.2.2. PROCEDIMIENTO

El procedimiento para la conformación de los distritos metropolitanos autónomos es el siguiente:

- a) El concejo o los concejos cantonales interesados elaborarán una propuesta que contenga un proyecto de ley y un proyecto de estatuto de autonomía del futuro distrito metropolitano autónomo.
- b) Cuando el distrito metropolitano autónomo se integre con dos cantones o más, el proyecto de ley deberá ser presentado al Presidente de la República para que lo someta a aprobación de la Asamblea Nacional, en tanto su conformación

implica modificar la organización territorial por la eliminación de uno o más cantones para dar lugar al DMA. En cambio, si el DMA se constituye con un solo cantón el proyecto podría ser presentado directamente a la Asamblea Nacional ya que no implica modificación de la organización territorial, cual es la exigencia constitucional para el ejercicio de la atribución privativa del Presidente de la República. La Asamblea Nacional tendrá el plazo de 120 días para aprobar el proyecto de ley; si no lo hace, entrará en vigencia por el ministerio de la ley; en caso de negativa al proyecto, requerirá del voto de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea.

Un caso excepcional constituye el Distrito Metropolitano de Quito, el que por el contenido de la Disposición General Séptima del COOTAD, la Ley Orgánica de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito, publicada en el Registro Oficial No. 345 de 27 de diciembre de 1993, cumple la función de declaración de creación del Distrito Metropolitano Autónomo y de su delimitación territorial, restándole concluir el proceso con la elaboración del estatuto de autonomía, disposición, la del COOTAD, no exenta de imprecisiones toda vez que el contenido de la ley que se mantiene en vigencia es parcialmente aplicable y en algunos casos contradictorio, pues tiene sustento en un régimen constitucional diferente. En este caso, Quito, continúa siendo distrito metropolitano, por haber conseguido tal denominación con la ley referida y la reforma constitucional que en su momento así lo prescribió, sin embargo, en la actualidad no ha concluido el proceso de transformación en distrito metropolitano autónomo, que es la nueva figura que reconoce la Constitución de la República, pues le resta concluir el proceso con la aprobación, en consulta popular, del estatuto

de autonomía del DMA.¹⁸ Concluido tal proceso, podrá ejercer plenamente todas las atribuciones previstas en la Constitución y la ley. Mientras ello no ocurra, sigue siendo distrito metropolitano, pero como gobierno subnacional sigue siendo gobierno autónomo descentralizado municipal.

- c) El proyecto de estatuto debe someterlo a dictamen de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de sus disposiciones, dictamen que deberá emitirlo en el término de cuarenta y cinco días; si no lo hace, se entenderá que el mismo es favorable. Si la Corte Constitucional encuentra que sus disposiciones no son conformes con la Constitución de la República, devolverá el proyecto a sus promotores, para que acojan las observaciones; ingresado nuevamente el proyecto, la Corte Constitucional tendrá diez días adicionales para emitir el informe.
- d) Con la ley aprobada por la Asamblea Nacional (excepto en el caso de Quito, que ya tiene su ley de creación) y el dictamen de constitucionalidad favorable de la Corte Constitucional, o por el ministerio de la ley, el Consejo Nacional Electoral convocará a consulta popular para la aprobación del estatuto. En caso de que se constituya un DMA con dos o más cantones, el estatuto deberá ser aprobado por la población de cada cantón. Con la consulta popular favorable, estatuto y ley entran en vigencia y el Consejo Nacional Electoral convocará a la población a elegir las primeras autoridades del Distrito Metropolitano Autónomo. En este caso, una vez constituido el DMA, se aplica la disposición transitoria Quinta del COOTAD que señala que “*las primeras autoridades electas de cada ... distrito metropolitano autónomo, una vez*

¹⁸ Quito, ya tiene un proyecto de Estatuto de Autonomía promovido en las postriimerías de la gestión de Paco Moncayo, elaborado por el Instituto de la Ciudad, conocido en primera discusión por el Concejo Metropolitano, pero no ha concluido su proceso de aprobación.

concluido el proceso de conformación, durarán en su cargo hasta que tenga lugar la siguiente elección para esas dignidades, de conformidad con el estatuto de creación”, disposición que se justifica en tanto se procura estabilidad en la nueva institucionalidad y ajustar la periodicidad de elección de las autoridades de los GAD.

2. EL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL

Lo que la Constitución de la República y el COOTAD reconocen como *gobierno autónomo descentralizado municipal* es lo que comúnmente se denomina municipalidad, esto es la institucionalidad local en el territorio del cantón o municipio, al igual que los otros gobiernos que intervienen en los demás niveles territoriales subnacionales.¹⁹ El COOTAD, como lo hacía la Ley Orgánica de Régimen Municipal, lo define como la persona jurídica de derecho público, con capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, con autonomía política, administrativa y financiera, formas de autonomía que también la Constitución reconoce de manera expresa a favor de todos los niveles de gobierno subnacional. Además, debe regirse por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana (artículo 238 de la Constitución), los que son ampliados y explicitados en el Código.

2.1. AUTONOMÍA

La autonomía, debe definirse adecuadamente para evitar su utilización arbitraria en función de lo que interesados quieran entender a su manera, sino en el verdadero alcance que procura el legislador tanto constituyente como ordinario, ya que autonomía en ningún momento implica soberanía de los distintos espacios

¹⁹ En el caso del país, existen también los gobiernos autónomos descentralizados regional, provincial y parroquial rural, que con el municipal, integran los cuatro niveles de gobierno subnacional previstos en la Constitución.

territoriales, sino sometimiento y observancia del ordenamiento jurídico, es decir, autonomía, pero dentro del respeto al marco normativo vigente.

En esta línea, en el COOTAD se establece su alcance, cuando en el artículo 5 señala que la autonomía “comprende el derecho y la capacidad efectiva de estos niveles de gobierno para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios, en sus respectivas circunscripciones territoriales, bajo su responsabilidad, sin intervención de otro nivel de gobierno y en beneficio de sus habitantes”, deberá además ejercerse “de manera responsable y solidaria”.

Va más allá el legislador cuando en el mismo cuerpo legal (COOTAD) define cada clase de autonomía de las que la Constitución de la República reconoce, así, a la autonomía política la identifica como la *“capacidad de cada gobierno autónomo descentralizado para impulsar procesos y formas de desarrollo acordes a la historia, cultura y características propias de cada circunscripción territorial. Se expresa en el pleno ejercicio de las facultades normativas y ejecutivas sobre las competencias de su responsabilidad; las facultades que de manera concurrente se vaya asumiendo, la capacidad de emitir políticas públicas territoriales; la elección directa que los ciudadanos hacen de sus autoridades mediante sufragio universal, directo y secreto y el ejercicio de la participación ciudadana”*.

De la autonomía administrativa señala que “consiste en el pleno ejercicio de la facultad de organización y de gestión de sus talentos humanos y recursos materiales para el ejercicio de sus competencias y cumplimiento de sus atribuciones, en forma directa o delegada”.

Sobre la autonomía financiera establece que ésta “se expresa en el derecho de los gobiernos autónomos descentralizados de recibir de manera directa, predecible, oportuna, automática y sin condiciones, los recursos que les corresponde de su participación en el

Presupuesto General del Estado, así como en la capacidad de generar y administrar sus propios recursos”.

La autonomía entonces, en los términos descritos, asegura el ejercicio de gobierno propio (elegido por votación popular, su principal característica, sin que sea la única), la posibilidad de establecer y aplicar políticas de desarrollo territoriales (en el espacio territorial que corresponda según el nivel), la gestión del talento humano y de los recursos naturales, la gestión de las competencias exclusivas y concurrentes, de manera directa o delegada, la participación de recursos del presupuesto del Estado y la generación de los propios.

La autonomía, así entendida, no marca diferencias conceptuales profundas entre los distintos niveles de gobierno subnacional, ya que todos tienen el mismo privilegio, incluidos los gobiernos municipales; la distinción entre ellos, a más del espacio territorial en el que operan, viene dada por las competencias, exclusivas o concurrentes que asumen, ya por mandato constitucional o legal o bien como consecuencia de la ejecución del proceso de descentralización.

2.2. PRINCIPIOS

También el legislador ordinario se preocupó por definir el alcance de los principios rectores del gobierno autónomo descentralizado municipal, que también aplican de manera general a todos los gobiernos subnacionales, y que orientan el ejercicio de la autoridad y las potestades públicas. Analicemos su contenido y alcance descritos en el artículo 3 del COOTAD.

2.2.1. UNIDAD

Atiende cuatro aspectos, la unidad del ordenamiento jurídico, la unidad territorial, la unidad económica y la unidad de igualdad de

trato; en lo jurídico, reconoce la supremacía de la Constitución y las leyes que deben ser acatadas en tanto ordenan el proceso de descentralización y autonomías. La unidad territorial rescata la integridad del territorio nacional que en ningún caso permitirá la separación y secesión del mismo, declaración que es una reiteración de lo previsto en la Constitución de la República (artículos 4 y 238) y que puede marcar el límite de hasta dónde debe entenderse la autonomía en relación con el territorio. La unidad económica expresada en un único orden económico social y solidario a escala nacional para que el reparto de competencias y la distribución de recursos públicos no produzcan inequidades territoriales. Y la igualdad de trato que reconoce que todas las personas son iguales (sin marcar diferencias como aquella de la igualdad entre iguales, preconizada sobre todo desde ámbitos específicos como el tributario) y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

2.2.2. SOLIDARIDAD

Reconoce que todos los niveles de gobierno tienen como obligación compartida la construcción del desarrollo justo, equilibrado y equitativo de las distintas *circunscripciones territoriales*²⁰ en el marco del respeto de la diversidad y el ejercicio pleno de los derechos individuales y colectivos. Esto se traduce en el deber del Estado de redistribuir y reorientar los recursos y bienes públicos para compensar las inequidades entre circunscripciones territoriales, garantizar la inclusión, la satisfacción de las necesidades básicas y el cumplimiento del objetivo del buen vivir.²¹

²⁰ Esta es una denominación genérica a la que se recurre con mucha frecuencia para denominar a los diferentes niveles de organización territorial, sin embargo también se utiliza en la denominación específica de circunscripciones territoriales indígenas, afroecuatorianas y montubias, como parte de los regímenes especiales previstos en la Constitución de la República.

²¹ El buen vivir o *sumak kawsay* es un objetivo superior, elevado a deber primordial del Estado por la Constitución de la República.

2.2.3. COORDINACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD

Reconoce la responsabilidad compartida de todos los niveles de gobierno en el ejercicio y disfrute de los derechos de ciudadanía, el buen vivir y el desarrollo de las diferentes circunscripciones territoriales en el marco de las competencias exclusivas y concurrentes de cada uno de ellos. Promueve el trabajo articulado y complementario de los niveles de gobierno para la generación y aplicación de normativas concurrentes, gestión de competencias y ejercicio de atribuciones, promueve también acordar mecanismos de cooperación voluntaria para la gestión de sus competencias y el uso eficiente de recursos.

2.2.4. SUBSIDIARIEDAD

Recoge el concepto ya contemplado en los procesos de descentralización ejecutados al amparo de la Ley Especial de Descentralización del Estado y de Participación Social (Suplemento al Registro Oficial No. 169 de ocho de agosto de 1997),²² supone privilegiar la gestión de los servicios, ampliado a las competencias y políticas públicas, por parte de los niveles más cercanos a la población, aquel que mejor gestione una competencia, tiene el derecho de ejercerla, lo cual conduce a mejorar la calidad y eficacia para alcanzar una mayor descentralización y control social. En virtud de este principio, el gobierno central no podrá ejercer competencias que pueden ser cumplidas eficientemente por los niveles de gobierno más cercanos a la población, lo cual en la práctica no se aplica, pues a título de rectoría, se generan obligaciones a los gobiernos municipales desde muchas instancias nacionales, incluso vía resoluciones.²³

²² La Ley contenía un concepto equivocado de subsidiariedad, que atiende más a la supletoriedad, en caso de deficiencias en la gestión, ésta puede ser suplida por el nivel inmediato siguiente.

²³ Es el caso de la Agencia Nacional de Tránsito y de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, que regulan, mediante resoluciones temas que les

2.2.5. COMPLEMENTARIEDAD

Está concebida como la obligación de los gobiernos autónomos descentralizados de articular sus planes de desarrollo territorial al Plan Nacional de Desarrollo y la gestión de competencias de manera complementaria para hacer efectivos los derechos ciudadanos y el régimen del buen vivir y contribuir al mejoramiento de los impactos de las políticas públicas promovidas por el Estado.

2.2.6. EQUIDAD INTERTERRITORIAL

Procura el desarrollo equilibrado de todos los territorios, la igualdad de oportunidades y el acceso a los servicios públicos. Este mismo principio se lo reitera como requisito para la creación del nivel territorial de regiones autónomas. La lógica de su aplicación apunta a que los territorios de mayor y mejor desarrollo contribuyan con los territorios de menor desarrollo. El desarrollo debe entenderse en una visión integral, que incluya aspectos sociales (necesidades insatisfechas) y económicos (la generación de recursos propios).

2.2.7. PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Parte del reconocimiento constitucional de la participación ciudadana como un derecho, cuya titularidad y ejercicio corresponde a la ciudadanía, que debe ser respetado, promovido y facilitado por todos los órganos estatales de manera obligatoria. Este principio está llamado a promover la transparencia en la gestión y el ejercicio de la rendición de cuentas por parte de las autoridades locales. Más que un principio, desde mi óptica, es una estrategia de gestión, que debe hacerse con la intervención de la ciudadanía

corresponde únicamente a los gobiernos municipales titulares de competencias exclusivas como la de tránsito en el primer caso y concurrente como la del registro de la propiedad en el segundo caso. Hay muchos otros casos, que sería largo enumerar.

de manera que permita un real ejercicio de participación, donde se pueden concretar herramientas concretas como el control social.

2.2.8. SUSTENTABILIDAD DEL DESARROLLO

Se orienta a priorizar las potencialidades, capacidades y vocaciones de las circunscripciones territoriales para impulsar el desarrollo y mejorar el bienestar de la población e impulsar el desarrollo territorial centrado en sus habitantes, su identidad cultural y valores comunitarios. Conlleva asumir una visión integral, asegurando aspectos sociales, económicos, ambientales, culturales e institucionales.

2.3. FUNCIONES ADMINISTRATIVAS DEL GAD MUNICIPAL

Una aclaración necesaria, las *funciones* del GAD municipal detalladas en el artículo 54 del COOTAD, derivadas de las competencias propias de los GAD, son diferentes a las *Funciones* que el mismo Código reconoce a todos los gobiernos autónomos descentralizados, como parte de la institucionalidad de los mismos; una de las innovaciones que introduce el COOTAD en la estructura institucional de estos gobiernos, es la existencia de las denominadas Funciones Legislativa y de Fiscalización; Ejecutiva o de Gestión y, la de Participación y Control Social, en similitud a las Funciones que la Constitución de la República reconoce como parte de la institucionalidad del Estado, en el nivel nacional, con excepción de la Función Judicial y la Función Electoral²⁴ que los GAD no las tienen.

²⁴ En el ámbito nacional es una de las innovaciones que ha modificado la tradicional trilogía de funciones que nace de la división de poderes acreditada a Montesquieu, luego de la revolución francesa y que en la gran mayoría de países, especialmente unitarios, se mantiene.

Las funciones administrativas (las denomino así, para marcar diferencias con las funciones institucionales que se explican más adelante) del GAD municipal, similares a las estrategias que se identifican como parte la planificación estratégica, están definidas alrededor de los principios y de las competencias exclusivas que define la CRE y reitera la ley. Estas son:

- a) *Promover el desarrollo sustentable de su circunscripción territorial cantonal*, para garantizar la realización del buen vivir a través de la implementación de políticas públicas cantonales, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, función que empata con el principio que tiene la misma denominación;
- b) *Diseñar e implementar políticas de promoción y construcción de equidad e inclusión en su territorio*, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, que permite cumplir con el principio de equidad interterritorial;
- c) *Establecer el régimen de uso del suelo y urbanístico*, para lo cual determinará las condiciones de urbanización, parcelación, lotización, división o cualquier otra forma de fraccionamiento de conformidad con la planificación cantonal, asegurando porcentajes para zonas verdes y áreas comunales; es una forma de concretar la competencia exclusiva de uso y ocupación del suelo en el territorio del cantón.
- d) *Implementar un sistema de participación ciudadana* para el ejercicio de los derechos y la gestión democrática de la acción municipal, el cual va de la mano del derecho de participación que establece la Constitución en favor de la ciudadanía;
- e) *Elaborar y ejecutar los planes cantonales de desarrollo y de ordenamiento territorial y las políticas públicas* en el ámbito de sus competencias y en su circunscripción territorial, de manera coordinada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, y realizar

en forma permanente, el seguimiento y rendición de cuentas sobre el cumplimiento de las metas establecidas;

f) *Ejecutar las competencias exclusivas y concurrentes reconocidas por la Constitución y la ley y en dicho marco*, prestar los servicios públicos y construir la obra pública cantonal correspondiente, con criterios de calidad, eficacia y eficiencia, observando los principios de universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad, solidaridad, interculturalidad, subsidiariedad, participación y equidad, que son los principios que deben observarse para la prestación de los servicios;

g) *Regular, controlar y promover el desarrollo de la actividad turística cantonal*, en coordinación con los demás gobiernos autónomos descentralizados, promoviendo especialmente la creación y funcionamiento de organizaciones asociativas y empresas comunitarias de turismo;

h) *Promover los procesos de desarrollo económico local* en su jurisdicción, poniendo una atención especial en el sector de la economía social y solidaria, para lo cual coordinará con los otros niveles de gobierno; la promoción y desarrollo de la economía social y solidaria es una prioridad del gobierno, por eso se reitera a nivel de los gobiernos municipales;

i) *Implementar el derecho al hábitat y a la vivienda y desarrollar planes y programas de vivienda de interés social en el territorio cantonal* que se orienta principalmente a superar los déficits habitacionales que son marcados en algunas ciudades, principalmente las de mayor población;

j) *Implementar los sistemas de protección integral* del cantón que aseguren el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos consagrados en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales, lo cual incluirá la conformación de los consejos

cantoniales,²⁵ juntas cantoniales y redes de protección de derechos de los grupos de atención prioritaria. Para la atención en las zonas rurales coordinará con los gobiernos autónomos parroquiales y provinciales; esto empata con los consejos para la igualdad que, a nivel nacional, son receptores de las competencias, funciones y atribuciones que mantenían instituciones del mismo nivel como el consejo nacional de mujeres, el consejo de niñez y adolescencia, el consejo de desarrollo de las nacionalidades y pueblos, entre otros;

k) *Regular, prevenir y controlar la contaminación ambiental* en el territorio cantonal de manera articulada con las políticas ambientales nacionales; no hay que olvidar que el tema ambiental tiene un tratamiento relevante desde la propia Constitución de la República;

l) *Prestar servicios que satisfagan necesidades colectivas* respecto de los que no exista una explícita reserva legal a favor de otros niveles de gobierno, así como la elaboración, manejo y expendio de víveres; servicios de faenamiento, plazas de mercado y cementerios; aquí, de manera expresa y también implícita recoge las denominadas funciones tradicionales de los gobiernos municipales, la prestación de servicios básicos;

m) *Regular y controlar el uso del espacio público cantonal* y, de manera particular, el ejercicio de todo tipo de actividad que se desarrolle en él, la colocación de publicidad, redes de servicios o señalización;

²⁵ Los consejos para la igualdad, bajo la dirección del Ministerio de Inclusión Económica y Social, promueven la creación de estos consejos, que equivocadamente los denominan 'concejos' con 'c', lo cual es un error, pretendiendo asimilar a los concejos cantonales o municipales. La Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad, vigente desde el 7 de julio de 2014, fecha de su publicación en el Registro Oficial, establece la obligación de implementar los consejos cantonales para la igualdad.

n) *Crear y coordinar los consejos de seguridad ciudadana municipal*, con la participación de la Policía Nacional, la comunidad y otros organismos relacionados con la materia de seguridad, los cuales formularán y ejecutarán políticas locales, planes y evaluación de resultados sobre prevención, protección, seguridad y convivencia ciudadana;

o) *Regular y controlar las construcciones* en la circunscripción cantonal, con especial atención a las normas de control y prevención de riesgos y desastres;

p) *Regular, fomentar, autorizar y controlar el ejercicio de actividades económicas, empresariales o profesionales*, que se desarrollen en locales ubicados en la circunscripción territorial cantonal con el objeto de precautelar los derechos de la colectividad;

q) *Promover y patrocinar las culturas, las artes, actividades deportivas y recreativas* en beneficio de la colectividad del cantón;

r) *Crear las condiciones materiales para la aplicación de políticas integrales y participativas* en torno a la regulación del manejo responsable de la fauna urbana; y,

s) *Las demás establecidas en la ley*. Esta forma de cierre de enumeraciones, muy recurrida por parte del legislador, deja abierta la posibilidad que se contemplen otras funciones, en la misma ley o en otros cuerpos legales.

El problema de la enunciación legal de funciones administrativas, es que genera duplicidades con las competencias exclusivas que también se reiteran en la ley lo que ya describe la Constitución de la República, sin que se advierta de manera clara, el por qué su inclusión, quizás innecesaria, en tanto, establecidas como competencias, les corresponde a los gobiernos municipales su desarrollo normativo a través de las respectivas ordenanzas.

3. LAS FUNCIONES INSTITUCIONALES

El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal, la persona jurídica de derecho público, es la institucionalidad que opera en el nivel territorial del cantón o municipio. Su estructura de gobierno está integrado por tres funciones institucionales (denominación necesaria como ya lo señalé, para diferenciar de las funciones administrativas precedentes) como parte de la estructura orgánica del gobierno municipal: la Función de Legislación, Normativa y de Fiscalización; la Función Ejecutiva y de Gestión; y, la Función de Participación y Control Social, que se describen a continuación.

3.1. FUNCIÓN DE LEGISLACIÓN, NORMATIVA Y DE FISCALIZACIÓN

Con la Constitución de la República de 2008 y la nueva legislación expedida como consecuencia de la vigencia de la primera, muchas de las modificaciones a la institucionalidad de los gobiernos subnacionales que se han introducido van más allá de la simple modificación en las denominaciones como había ocurrido en la década precedente. Este es el caso del concejo municipal que pasó de “*órgano de gobierno*” (Ley de Régimen Municipal) a “*órgano*” responsable de la “*Función de legislación, normatividad y fiscalización*” (COOTAD),²⁶ aunque la norma específica lo señala como “*órgano de legislación y fiscalización*” (artículo 56 del COOTAD), cuya atribución principal permite a este cuerpo colegiado concretar el ejercicio de la “*facultad legislativa*” (artículo 240 de la CRE), por la que puede expedir normas generales materializadas en ordenanzas municipales, las cuales, en una lectura de la jerarquía normativa que describe la propia Constitución de la República, tienen un rango inferior a las normas regionales (de los gobiernos autóno-

²⁶ Las otras funciones son de ejecución y administración y de participación ciudadana y control social (art. 29 del COOTAD).

mos descentralizados regionales) y a las ordenanzas distritales (de los gobiernos de los distritos metropolitanos autónomos),²⁷ además de la CRE, los tratados internacionales y las leyes orgánicas y ordinarias que también están sobre ellas. Esta nueva denominación del cuerpo colegiado resuelve las discrepancias que surgían en torno a entender quién ejerce la máxima autoridad dentro de la estructura institucional, si el alcalde o el concejo, ya que cuando éste era considerado como órgano de gobierno, siempre reclamaba ser la máxima autoridad.

Hay que señalar sin embargo que la denominada “*facultad legislativa*” es discutible su calidad de legislación, por lo menos en lo formal, que como queda dicho, tiene una jerarquía expresamente reconocida; no así en lo material, por el principio de competencia que establece el propio artículo 425 de la Constitución de la República, que entendiendo su alcance, se aparta del principio de jerarquía y se decanta por el de la materia, de manera que, el nivel de gobierno que tiene reconocido una competencia con el carácter de exclusiva, prevalecen sus regulaciones, en la jurisdicción que corresponda, aun frente a una norma de superior jerarquía como podría ser una ley. A esto hay que agregar que en el ordenamiento jurídico nacional, como ocurre en los estados unitarios en los que su característica principal es el monopolio de la facultad legislativa afincada en un órgano nacional (congreso, asamblea, cámara legislativa) únicamente se reconoce la categoría de ley (clasificadas, en el caso del país, en orgánicas y ordinarias desde la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998) a las que expide la Asamblea Nacional, luego de observar el procedimiento previsto en la misma Constitución de la República (artículos 132 al 140 de la Carta Fundamental). A mi entender, sin embargo, por el principio de competencia que contempla la CRE, las normas de los gobiernos autónomos descentralizados

²⁷ Según el art. 425 de la Constitución de la República que establece la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico nacional.

en general y de los municipales en particular, cuando regulan materias que son de competencia exclusiva, pueden aplicarse de manera prevalente aún por sobre la ley, lo que le daría sentido a la denominada facultad legislativa de la que habla la norma constitucional, aunque hay que reconocer que no es un tema cuya discusión se zanja así simplemente; habrá que esperar, posiblemente una decisión judicial que abone claridad en torno a lo expuesto, ya que se mantendría una suerte de normas de doble estándar, las que regulan competencias exclusivas, tienen prevalencia aún sobre la ley, mientras que las demás, deben subordinación, de acuerdo a la jerarquía normativa explicada.

Por tanto, la denominada “*facultad legislativa*” de los órganos colegiados de los gobiernos autónomos descentralizados en general, así como la de los gobiernos autónomos descentralizados municipales en particular, gozaría de ese doble estándar, para regulaciones de competencias exclusivas, de manera prevalente, y para las demás, circunscrito a lo que se denomina como “*facultad normativa*”, que reconoce la capacidad para expedir normas o regulaciones de carácter general, denominadas ordenanzas, con dos límites expresamente señalados en la propia Constitución de la República (artículo 240 ya referido), el ámbito de competencias del gobierno municipal (todas las competencias exclusivas, concurrentes y las que reciba como consecuencia de la ejecución del proceso de descentralización) y la jurisdicción territorial, que no puede ser otra que la del espacio cantonal. Este tema ya fue materia de discusión en la pasada época como consecuencia de que la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 también contuvo una disposición similar (el artículo 228 reconocía la *facultad legislativa* para dictar ordenanzas a los gobiernos provincial y cantonal) que fue matizado por el legislador ordinario, cuando señaló que el ejercicio de esa *facultad legislativa* se circunscribía al

ámbito cantonal.²⁸ El tema nuevo en torno a esto es el principio de competencia que le brindaría prerrogativa a las disposiciones desarrolladas mediante ordenanza, incluso por sobre el principio jerárquico previsto en el mismo artículo 425 constitucional.

3.1.1. INTEGRACIÓN DEL CONCEJO

El cuerpo colegiado del gobierno autónomo descentralizado municipal, el concejo, está integrado por el alcalde que lo preside con voto dirimente y por concejales urbanos y rurales, de acuerdo al número de población urbana y rural que reside en cada cantón, elegidos por votación popular directa, universal y secreta (artículo 56 del COOTAD). Aquí cabe hacer la siguiente reflexión sobre la modificación introducida, puesto que según el contenido de la derogada LORM, (artículo 27) el concejo estaba integrado por los concejales elegidos por sufragio universal, presidido por el alcalde con voto dirimente, es decir que el alcalde no contaba como integrante del concejo. El cambio consiste en que el alcalde, ahora integra el concejo, lo preside y tiene voto dirimente, por lo que, al ser integrante del cuerpo colegiado, cuenta en el número de integrantes del concejo, de manera que al número de concejales integrantes, debe agregarse el alcalde. El número de concejales integrantes, que no se ha modificado, (salvo para el Distrito Metropolitano de Quito, que de 15 pasó a elegir 21 en el proceso electoral de 23 de febrero de 2014), entre cinco y quince, en atención al número de población residente en el cantón; lo que sí es nuevo, es su origen y representación, la población urbana y rural, lo cual incide básicamente en una mejora de la representatividad del territorio y modifica sustancialmente la composi-

²⁸ La Ley Orgánica reformativa de la Ley de Régimen Municipal, publicada en el suplemento al registro oficial No. 429 de 27 de septiembre de 2004, en el literal a del art. 14 marcaba dicha diferencia al señalar como atribución del concejo municipal “Ejercer la facultad legislativa cantonal a través de ordenanzas...”, regulación que luego fue modificada en la Codificación a la Ley del año 2005 en la que se volvió a la denominación de *facultad normativa*, art. 63.

ción de estos cuerpos colegiados que antes estaban integrados casi exclusivamente por concejales residentes de las zonas urbanas.²⁹ Con este cambio en la forma de elección de los representantes de la ciudadanía al cuerpo colegiado, en algunos cantones, la correlación de fuerzas ha variado, en tanto la integración mayoritaria del concejo es con representantes de las zonas rurales, lo que muestra la presencia mayoritaria de población rural sobre la urbana en dichos cantones.

3.1.1.1. SESIONES

Los concejos municipales funcionan a través de sesiones plenarios, en el entendido que las atribuciones de sus integrantes, los concejales, no son operativas ni ejecutivas sino normativas y de fiscalización, a pesar de que ya no perciben dietas³⁰ por sesiones sino remuneración, como todo servidor público. Por tanto, los concejales, para cumplir con sus responsabilidades tienen que someterse al procedimiento parlamentario que establece el COOTAD, a más de las regulaciones internas que expida el propio concejo, con el mismo propósito. Las sesiones son públicas y deben garantizar el ejercicio del derecho de participación ciudadana a través de los mecanismos que reconocen la Constitución de la República y la Ley, como la silla vacía, mecanismo de participación que será analizado más adelante.

²⁹ En las ciudades grandes Quito y Guayaquil, se producirá una modificación adicional, en tanto el Consejo Nacional Electoral ha configurado los denominados distritos electorales precisamente para efectos de elección de representantes a la Asamblea Nacional, forma de elección que ya se aplicó en la elección de concejales municipales de febrero del presente año.

³⁰ Cambio importante, en tanto se ha liberado de la dependencia de la remuneración del alcalde la definición de la remuneración como ocurría con las dietas que estaban supeditadas a un porcentaje de la remuneración del alcalde, aunque se mantiene el límite de no percibir más del cincuenta por ciento de la remuneración del alcalde, límite que ahora no se explica pues, al ser considerados servidores públicos, no hay restricción para que su desempeño se cumpla a tiempo completo, pese a que las funciones normativas y de fiscalización, en la mayoría de casos no justifica un desempeño a tiempo completo.

3.1.1.2. SEDE DE LAS SESIONES

El concejo municipal o metropolitano sesiona en la sede del gobierno autónomo descentralizado municipal o distrito metropolitano, su cabecera cantonal, aunque en forma excepcional puede hacerlo fuera de ella, pero siempre dentro del territorio cantonal, previa convocatoria formulada por el Alcalde con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación.

3.1.1.3. CLASES DE SESIONES

Según el COOTAD se reconocen cuatro clases de sesiones: inaugural, ordinaria, extraordinaria y conmemorativa,³¹ cuyas características se analiza a continuación.

A. SESIÓN INAUGURAL

Esta sesión permite declarar constituido el concejo como cuerpo colegiado, luego de realizadas las elecciones y procede una vez que se haya acreditado la calidad de alcalde y concejales electos por parte del Consejo Nacional Electoral, luego de lo cual, el alcalde electo está autorizado para formular la convocatoria. La sesión inaugural procede convocarla únicamente al inicio de cada período.³² De existir quórum en la sesión, el alcalde declara constituido el concejo y luego se procede a elegir, de entre sus miembros, al vicealcalde, segunda autoridad ejecutiva del gobierno municipal, quien por el hecho de su elección como vicealcalde, no pierde la calidad de concejal, excepto cuando le corresponde asumir el puesto de alcalde en caso de ausencia definitiva del

³¹ Las mismas que reconocía la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal.

³² En el esquema eleccionario actual no existen las denominadas elecciones de medio período por las que, en el pasado, se renovaba parcialmente la integración del Concejo, en cuyo, caso las sesiones inaugurales se daba cada vez que se renovaban los integrantes del mismo, esto es por lo menos dos sesiones inaugurales en cada período íntegro del alcalde.

titular, ya que tampoco pierde la calidad de concejal en caso de reemplazar a la primera autoridad municipal en forma temporal. En la misma sesión se procede a elegir al secretario del concejo³³ de la terna presentada por el alcalde.

En el caso de Quito, al mantener vigente la Ley Orgánica para el Régimen del Distrito Metropolitano de Quito de 1993, la aplicación de sus normas debe armonizarse con las del COOTAD; por ejemplo, prevé la elección de dos vicepresidentes del Concejo, (aunque se ha generalizado la denominación de vicealcaldes, que la tiene el COOTAD), el Procurador Metropolitano y el Administrador General, en la misma sesión inaugural.³⁴ Quito, además, integra comisiones de acuerdo al número de concejales, en este caso, le correspondería, elegir 21 comisiones, sobre la base de acuerdos políticos, de manera que cada concejal preside una comisión. La integración de las comisiones, dada su complejidad, podría realizarse en una segunda sesión del concejo, luego de la sesión inaugural. Para ello es imprescindible regular el funcionamiento del concejo con normas específicas que debe expedir el propio cuerpo colegiado.

Un procedimiento común para el desarrollo de una sesión inaugural sería como sigue: con la bienvenida del alcalde, se procede a

³³ En este caso, se ha vuelto al esquema anterior a la reforma a la ley de régimen Municipal de 2004, pues en ella se amplió el ámbito de intervención del secretario pues lo era del concejo y de la municipalidad. Ahora vuelve a ser el Secretario del Concejo, aunque sus funciones, en la práctica sigan siendo de la municipalidad en general.

³⁴ En la sesión inaugural de 15 de mayo de 2014, el concejo metropolitano de Quito se inhibió de designar Procurador Metropolitano y Administrador General por considerar que en aplicación de lo preceptuado en el COOTAD, artículo 60, letra i), dicha atribución le corresponde al alcalde, lo cual, al tenor estricto de la Ley Orgánica para el Distrito Metropolitano de Quito, no es acertado, porque es ésta la que contempla tales figuras. Insisto, es un tema de aplicación armónica de las normas, pues en todo caso la LORDMQ al ser una ley especial prevalece frente al COOTAD, que se trata de una ley general. Si prevaleciera el COOTAD, no cabría la elección de dos vicealcaldías que lo prevé la LORDMQ no el COOTAD.

designar del seno del concejo (un concejal) sugerido por el alcalde, un secretario ad-hoc responsable de certificar la existencia de quórum.

Con la aceptación de los concejales asistentes para la designación de secretario ad-hoc, el alcalde solicita la lectura de los artículos 317, incisos primero y segundo, 320 y 321 del COOTAD.

Constatado el quórum, el alcalde DECLARA formalmente instalado el concejo. Solicita al Secretario Ad-hoc proceda a dar lectura a los artículos 317, inciso segundo; 87, letra n); 326 y 327 del COOTAD.

Luego, el alcalde solicita se de lectura al orden del día, el mismo que debe contener los siguientes puntos:

- HIMNO NACIONAL DEL ECUADOR
- DECLARATORIA DE CONSTITUCIÓN DEL CONCEJO (ALCALDE)
- ELECCIÓN DEL SECRETARIO GENERAL DEL CONCEJO (terna presentada por el alcalde, artículo 317, inciso segundo COOTAD)
- ELECCIÓN DE DIGNATARIOS DEL CONCEJO (un vicealcalde, artículo 87, letra n) del COOTAD) y el concejal integrante de la Comisión de Mesa, que será la encargada de conocer, de ser el caso, de impugnaciones contra los concejales electos, por causas de incompatibilidad o excusa. La comisión de mesa no está prevista de manera expresa en el COOTAD, como si lo estaba en la LORM, sin embargo, es necesaria su integración, dada la necesidad de

informar al pleno del concejo sobre posibles impugnaciones a sus integrantes.

- **CONFORMACIÓN DE LAS COMISIONES DEL CONCEJO:** (artículo 327 del COOTAD) la integración de las comisiones procederá en función de lo que se haya determinado previamente mediante ordenanza; si no se logra integrarlas en la sesión inaugural, deberá convocarse a una sesión extraordinaria para su integración, la que deberá convocarse con al menos 24h00 de anticipación (artículo 319, COOTAD)³⁵.

B. SESIÓN ORDINARIA

Los concejos municipales sesionan, en forma ordinaria, cada ocho días, previa convocatoria del alcalde, realizada con cuarenta y ocho horas de anticipación. A la convocatoria se deberá acompañar el orden del día y los documentos correspondientes de los temas a ser tratados en la sesión. La responsabilidad de formulación del orden del día le corresponde al alcalde. Instalada la sesión, se procede a aprobar el orden del día, que puede ser modificado en el orden de tratamiento de los puntos previstos o incorporando puntos adicionales,³⁶ siempre que lo solicite uno de los miembros del concejo y con el voto conforme de la mayoría absoluta de sus integrantes. Una vez aprobado el orden del día, éste

³⁵ En el caso de Quito, en la última posesión de autoridades, por el incremento del número de concejales, fue necesario, primero modificar la ordenanza que regula la integración de concejales y luego proceder a integrarlas. Como el concejo no las integró dentro del plazo previsto en la ordenanza, de cinco días, aplicando una disposición transitoria de la misma, lo hizo la Comisión de Mesa, lo cual, posteriormente fue ratificado por el Pleno del Concejo.

³⁶ La norma no señala el orden en que se debe incorporar el punto adicional, pero es de lógica entender, que si se agrega, debe ir al final, de los propuestos por el alcalde. Diferente es el caso que se solicite una modificación en el orden, en cuyo caso, si es aceptado por el pleno del concejo, deberá tratarse en el orden generado por efecto de la modificatoria.

no podrá modificarse. En la primera sesión ordinaria fijarán en forma obligatoria el día y la hora para las sesiones ordinarias, lo cual deberá ser difundido públicamente, para conocimiento de la población que siempre tiene la posibilidad de participar en ellas.³⁷ Aunque en el COOTAD no se señala de manera expresa, es de entenderse que todos los días son hábiles para la realización de las sesiones, como lo preveía la anterior legislación.

C. SESIÓN EXTRAORDINARIA

El concejo puede sesionar también en forma extraordinaria, previa convocatoria del alcalde, o a petición de al menos una tercera parte de los miembros del concejo, es decir, de los concejales. La convocatoria a sesión extraordinaria deberá realizarse con al menos veinte y cuatro horas de anticipación y en la sesión se tratarán únicamente los puntos que consten de manera expresa en la convocatoria. Aquí una aclaración necesaria, la legislación no contempla la posibilidad de la auto convocatoria, lo cual conlleva que siempre se requerirá que la convocatoria la realice el alcalde y en caso de ausencia de éste, del vicealcalde, ello se deriva del contenido de la norma que señala “*a petición de al menos una tercera parte...*”. Si, de hecho, se produjera una “*auto convocatoria*”, sus decisiones incurren en ilegalidad, ya que estarían actuando contra ley expresa. En la práctica esto suele ocurrir por ejemplo cuando se destituye al alcalde, pues la intención de los concejales, suele inclinarse por iniciar inmediatamente una nueva administración, luego de producida la decisión de remoción por parte del concejo, con la principalización del vicealcalde, desconociendo la disposición legal que ordena que únicamente cuando la destitución causa estado, el alcalde debe dejar de actuar.³⁸

³⁷ En la práctica, son los propios concejales los encargados de convocar a grupos de población a las sesiones del concejo, en respaldo de los temas que se aborden.

³⁸ Lamentablemente como la destitución del alcalde (o de los concejales) tiene un fuerte ingrediente político, consolidar la destitución, en tales casos es de trascendental importancia, por ello se ha recurrido al arbitrio de definir la situación con la

D. SESIÓN CONMEMORATIVA

Aunque la reconoce de manera expresa el Código, no se define en qué consiste. La derogada Ley de Régimen Municipal la preveía para fechas de recordación nacional o local. Y, aunque no estaba prevista de manera expresa en la ley, se celebraban sesiones conmemorativas por ejemplo por el aniversario de cantonización. En esta sesión no se podrá tratar otro asunto que aquel que conste en el programa respectivo de la sesión, que corresponde al orden del día de las sesiones ordinarias o extraordinarias. En estas sesiones se exaltan los sentimientos cívicos en relación a la fecha de conmemoración, se estimula el esfuerzo de los vecinos, se premia los méritos, las obras excepcionales, se dan a conocer los veredictos de concursos promovidos por la administración municipal y se galardona a los triunfadores. Esta clase de sesiones pueden también ser identificadas como sesiones solemnes que se celebran por diversas ocasiones. La principal característica de estas sesiones es que en ellas no se adoptan decisiones.

3.1.1.4. QUÓRUM PARA SESIONES

Para cualquiera de las sesiones, tanto para que el concejo pueda constituirse como para que pueda deliberar y tomar decisiones válidas, se requiere la mayoría absoluta, conformada por la mitad más uno de los miembros del cuerpo colegiado. Esto genera una dificultad de orden práctico pues, si una sesión se instala con la mitad más uno de los integrantes del concejo, las decisiones que adopte deberán ser con el voto conforme de todos los asistentes ya que las decisiones deben adoptarse por mayoría absoluta de

autorización para el manejo de los recursos, de manera que, en tales casos el Banco Central que es la autoridad con atribución para otorgar claves del manejo de las cuentas que posee la institución, se ha convertido en el árbitro de facto de tales disputas, desde luego, al margen de la ley, ya que un organismo técnico como el Banco Central no tiene tal atribución, aunque en los hechos, es una situación decisiva tener el control en el manejo de los recursos.

los integrantes del concejo, no de los concurrentes a la sesión. La derogada Ley de Régimen Municipal preveía una mayoría para instalarse, la mayoría absoluta y una mayoría para tomar decisiones, la mayoría absoluta o la mayoría calificada de los asistentes, con lo cual, si se instalaba una sesión con la mayoría absoluta, las decisiones podían adoptarse con la mitad más uno de los asistentes. El alcalde, como integrante del concejo, ahora cuenta para efectos de determinar el quórum, lo que no ocurría cuando únicamente lo presidía. Ahora, según el número de concejales que integran el concejo, el quórum tanto para instalarse como para tomar decisiones, será el siguiente:

Alcalde + número de concejales	Quórum para sesionar y tomar decisiones
22	12
16	9
14	8
12	7
10	6
8	5
6	4

3.1.1.5. VOTACIONES

Las votaciones pueden ser de tres formas: ordinaria, nominativa o nominal. De cada una de estas formas de votación, la norma no desarrolla su contenido. Por ordinaria, debe entenderse aquella manera común de votar; la votación nominativa, será aquella que se pronuncia en forma afirmativa levantando el brazo; y nominal, mediante la expresión oral a favor o en contra de determinado tema puesta a consideración del cuerpo colegiado. En el caso de voto nominal razonado, éste deberá hacerse en orden alfabético del apellido del concejal. El alcalde cierra la votación en las nominales. En ningún caso los concejales podrán abstenerse de

votar ni ausentarse del salón de sesiones, una vez que se haya dispuesto la votación. Los votos blancos se acumulan a la mayoría. Estos son parte de los temas que deben desarrollarse en las regulaciones internas específicas. El encargado de tomar votación será el secretario del concejo, una vez dispuesta la realización de la misma por parte del alcalde. Concluida la votación, se deberá proclamar el resultado de la misma.

3.1.1.6. DECISIONES

Las ordenanzas municipales se aprueban con el voto conforme de la mayoría de los miembros del concejo (la mitad más uno). La norma tampoco lo dice, pero las votaciones deben darse en las dos sesiones que la ley exige para su aprobación. En casos excepcionales, como por ejemplo para insistir en el texto de la ordenanza aprobado por el concejo cuando fueren observadas por el alcalde, la ley prevé otra clase de mayorías, como las dos terceras partes de sus miembros, en cuyo caso, debe considerarse lo siguiente:

Número de integrantes Alcalde + concejales	Dos terceras partes	Mayoría absoluta
22	15	12
16	11	9
14	10	8
12	9	7
10	7	6
8	6	5
6	4	4

3.1.2. EL VOTO DIRIMENTE DEL ALCALDE

Un tema poco claro en los procesos parlamentarios de los gobiernos municipales, es el de la votación del alcalde en el seno concejo, pues se discute si le corresponde o no votar y cómo opera el voto dirimente que le reconoce de manera expresa tanto la Constitución de la República como la Ley. Al efecto, es preciso analizar el alcance del artículo 253 de la Constitución de la República, que es desarrollado por el artículo 56 del COOTAD y que antes de éste, lo regulaba la Ley Orgánica de Régimen Municipal. El análisis del artículo 254 de la Constitución y del artículo 90 c) del COOTAD, cabrá cuando se haya concluido el proceso de conformación de Distrito Metropolitano Autónomo, de acuerdo a las exigencias tanto de la Constitución como de la ley, por lo tanto, por ahora no le son aplicables dichas disposiciones que están previstas para dicho régimen especial, sino las mismas disposiciones que son aplicables para todos los GAD municipales.

El concejo, el cuerpo colegiado responsable de la facultad legislativa y de fiscalización del gobierno autónomo descentralizado municipal, está integrado por concejales y concejalas y el alcalde, que lo preside, como ya se dejó expuesto. Ello se desprende del contenido del artículo 253 de la Constitución de la República que señala: “Cada cantón tendrá un **concejo cantonal**, que estará integrado por la alcaldesa o alcalde y las concejalas y concejales elegidos por votación popular, entre quienes se elegirá una vicealcaldesa o vicealcalde. **La alcaldesa o alcalde será su máxima autoridad administrativa y lo presidirá con voto dirimente.** En el concejo estará representada proporcionalmente a la población cantonal urbana y rural, en los términos que establezca la ley.”

El artículo 56 del COOTAD reitera lo señalado en la CRE al establecer, en la parte pertinente lo siguiente: “El concejo municipal es el órgano de legislación y fiscalización del gobierno autó-

nomo descentralizado municipal. **Estará integrado por el alcalde o alcaldesa que lo presidirá con voto dirimente**, y por los concejales o concejales elegidos por votación popular, de conformidad con la ley de la materia electoral.”

A su vez el artículo 321, inciso segundo del COOTAD establece que “Los ejecutivos de los gobiernos autónomos descentralizados tendrán voto en las decisiones de los respectivos órganos legislativos. **En caso de empate su voto será dirimente**”.

Del contenido de las normas transcritas se desprende, de manera indubitable, que el alcalde, máxima autoridad ejecutiva del gobierno autónomo descentralizado municipal es integrante del concejo, pues en tal calidad lo preside; y, como consecuencia de su calidad de miembro del concejo, tiene derecho a voto en las decisiones que adopta el cuerpo colegiado, y es número a considerar para conformar las mayorías que prevé la ley.

Además de tener *derecho a voto* en las decisiones del concejo, su voto es dirimente, en cuyo caso, más que un derecho, es una facultad, que se activa para evitar conflictos que podrían derivarse de composiciones equilibradas de fuerzas políticas representadas en el seno del concejo, sin una mayoría definida; la facultad de dirimir del alcalde se activa, únicamente cuando se presenta la situación prevista en la norma, cual es el *empate en la votación*, es decir, por ejemplo en el caso de la composición del Concejo Metropolitano de Quito, de 21 concejales, más el alcalde, los integrantes del concejo son 22, todos con derecho a voto; en un caso hipotético, once votan a favor de una tesis y once en contra de la tesis (con el voto del alcalde incluido); en este caso, ante el empate se aplica la facultad de dirimir del alcalde, que se materializa en el sentido del voto del alcalde, sin que se requiera acudir a una nueva votación para tal dirimencia.

Sobre el tema, resulta de interés referir el contenido de la absolución de consulta expedida por el Procurador General del Estado, mediante Oficio No. 13804 de 3 de mayo de 2010, cuando estaba en vigencia la Ley Orgánica de Régimen Municipal, por la que el abogado del Estado responde a la inquietud generada sobre el ejercicio del derecho al voto del alcalde; en lo esencial el Procurador señaló que “(...) *al alcalde le corresponde presidir las sesiones del Concejo con voz y voto, debiendo votar en todas las sesiones del Concejo, debiendo ser el último en votar(...)*”; esta absolución de consulta fue impugnada mediante acción pública de inconstitucionalidad, por considerar el accionante, que atentaba al contenido del artículo 253 de la Constitución de la República, antes referido.

La Corte Constitucional para el período de transición en su decisión (sentencia No. 003-12-SIA-CC, en el caso No. 0007-10 IA, de 21 de junio de 2012), sobre el tema razona que “(...) *durante la vigencia de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la votación se realizaba entre los concejales, siendo el alcalde el último en votar. En ese sentido existía un proceso de votación primario en el cual el alcalde ejercía su derecho al voto, una vez que el resto de los concejales hayan votado. Ahora bien, el artículo antes citado (104 de la LORM) continúa e indica que en caso de existir un empate, el alcalde debe abstenerse de votar en dicha sesión y convocar a una nueva (sesión) en la que se decidirá sobre el empate; en caso de continuar éste (SIC), el alcalde actuará con voto dirimente. De lo dicho se extrae que el artículo 104, objeto del pronunciamiento del procurador general del Estado, distinguía dos procesos de votación: en el primer caso, el alcalde realiza su voto después de los concejales; en el segundo caso, el alcalde debe hacer uso de su voto dirimente en caso de persistir el empate*”. Concluye que el pronunciamiento del Procurador General del Estado no contradice el fondo del artículo 253 de la Constitución de la República. El artículo 104 de la LORM, a la letra expresaba: “*Las votaciones serán nominales y los concejales votarán por orden alfabético de sus apellidos y no podrán abstenerse de votar o retirarse del salón de sesiones una vez dispuesta la votación por el alcalde, quien será el último en votar. Todo voto en blanco se acumulará a la mayoría. En caso de empate en la votación, ésta se reali-*

zará en la votación siguiente y, de continuar el empate, el voto del alcalde o de quien hiciere sus veces, será dirimente". Del contenido de la norma transcrita se desprende que lo que regulaba es la forma en la que se realizaban las votaciones en el seno del concejo municipal, en orden alfabético, sin que puedan abstenerse de votar, ni ausentarse una vez iniciada la votación y que el alcalde era el último en votar. Preveía, además, que en caso de empate en la votación, ésta debería hacerse en la siguiente votación y de persistir el empate, el voto del alcalde sería el dirimente. No contiene la norma los dos procesos de votación que distingue la Corte Constitucional, ni la abstención del alcalde de votar, con lo que su pronunciamiento resulta excesivo en su contenido, pues amplía el alcance de la norma a situaciones que no regulaba. Pero es indicativo del criterio que tuvo la Corte de transición sobre el tema en análisis, pues su pronunciamiento se da ya con el COOTAD vigente, cuyo contenido atinente al tema refiere en su decisión.

En todo caso, el artículo 321 del COOTAD, que regula la misma materia que lo hacía el 104 de la LORM, la votación, no contiene el mismo texto, ya que lo regula de manera diferente; contiene formas de votación: ordinaria, nominativa, o nominal razonada; el voto nominal razonado deberá ser en orden alfabético y no podrá abstenerse de votar ni retirarse del salón de sesiones, una vez dispuesta la votación por el alcalde (en estos dos temas coincide con el texto del artículo 104 de la LORM). Reconoce de manera expresa el derecho al voto del alcalde; y que en caso de empate, su voto será dirimente. No contiene lo que preveía el 104, que en caso de empate, deba hacerse otra votación en la siguiente sesión y que de persistir el empate, el voto del alcalde sea el dirimente, con lo cual, deja abierta la posibilidad de que, de presentarse el empate, en la misma sesión en la que se produce la votación debe entenderse, el sentido del voto del alcalde sea el mecanismo para aplicar la dirimencia, sin necesidad de recurrir a una nueva votación del personero porque se produciría un doble voto y menos a una nueva sesión que la norma no prevé.

De lo dicho, queda claro que el alcalde tiene reconocido, de manera expresa, el derecho a votar y que su voto, en caso de empate, dirime la situación, entendiéndose por tal, el sentido del voto del alcalde, sin que sea necesario recurrir a una nueva votación en la que el alcalde ejerza un doble voto.

3.1.3. RECONSIDERACIONES

La reconsideración es un mecanismo que utilizan los cuerpos colegiados para intentar revisar, si las condiciones y los votos lo permiten, una decisión previamente adoptada, cumpliendo un mínimo de requisitos preestablecidos. En el caso del concejo municipal, cualquier concejal puede solicitar la reconsideración de las decisiones que adopte el concejo, en el curso de la misma sesión o a más tardar en la siguiente sesión ordinaria. No existe una mayoría calificada para acordar una reconsideración por lo que es de entenderse que opera con mayoría absoluta de sus integrantes. En este caso, primero debe decidirse sobre el pedido de reconsideración y sólo de ser aceptado éste, se procederá a tratar nuevamente el tema reconsiderado, por lo que se precisa de dos votaciones, la primera para tratar la moción de reconsideración y la segunda, si se aprueba la reconsideración, para reconsiderar lo previamente aprobado.

3.1.4. FORMA DE SESIONES

Todas las sesiones del concejo deben ser públicas, excepto aquellas que por razones de interés institucional requieran un tratamiento reservado, en cuyo caso deben decidirlo las tres cuartas partes de los miembros del cuerpo colegiado. De ocurrir la declaratoria de reserva, el secretario del concejo dará fe de las decisiones y podrán asistir las personas expresamente autorizadas, por resolución previa del concejo. En la práctica son pocas las ocasiones en las que se recurre a la declaratoria de tratamiento reservado de las sesiones.

3.2. LOS ACTOS NORMATIVOS: LA ORDENANZA

Los actos normativos son fruto del ejercicio de la facultad normativa del órgano de legislación del gobierno municipal, y son normas generales con eficacia jurídica con efectos en la jurisdicción territorial respectiva. El acto normativo propio del concejo municipal es la ordenanza que es la materialización de esa facultad normativa de la que gozan, en los términos antes expuestos.

Ahora bien, hay que marcar otra distinción necesaria entre *ordenanzas distritales*, aquellas que serán expedidas por los concejos de los distritos metropolitanos autónomos, cuando ellos se constituyan³⁹ y las *ordenanzas municipales* que son todas aquellas que expiden los concejos municipales de los demás gobiernos autónomos descentralizados municipales. Esta diferencia es necesario reiterar en señalarla por dos razones básicas, primero por la mayor jerarquía que la Constitución de la República reconoce (artículo 425) a las ordenanzas distritales que, como consecuencia de ello, están por sobre las ordenanzas municipales, aunque sin consecuencia práctica alguna, toda vez que su eficacia se vierte en espacios territoriales distintos, no hay posibilidad de superposiciones entre las disposiciones que contengan unas u otras;⁴⁰ y, segundo, por-

³⁹ El Distrito Metropolitano de Quito es el más próximo a concluir su proceso de conformación como distrito metropolitano autónomo, en tanto la Séptima Disposición General del COOTAD le allana el camino, al reconocer a la Ley Orgánica del Régimen del Distrito Metropolitano de Quito de 1993 la función de declaración de creación del Distrito Metropolitano, lo cual resulta discutible, en tanto, desconoce la norma constitucional, artículo 247 inciso segundo, que manda que el procedimiento de conformación es el mismo previsto para la conformación de regiones. En todo caso y al margen de esta discusión que puede antojarse meramente conceptual, con la disposición legal aludida, le resta únicamente la aprobación en consulta popular del Estatuto de Autonomía, como se dejó expuesto al abordar el tema de las leyes.

⁴⁰ La diferencia sin embargo, para no desmerecer utilidad, sirve para marcar diferencias entre los gobiernos municipales y los gobiernos de los distritos metropolitanos autónomos, que en perspectiva tienen mejores prerrogativas en el ámbito competencial principalmente.

que las materias que pueden regularse a través de las ordenanzas distritales son, potencialmente, más amplias a las ordenanzas municipales, en tanto los distritos metropolitanos autónomos pueden asumir competencias de los gobiernos provincial y regional, a más de las propias del nivel cantonal, en cambio que las ordenanzas municipales deben circunscribirse a las competencias del gobierno municipal, aunque las dos, dentro del espacio territorial del cantón, que es el mismo espacio del distrito.

Un tema adicional que es necesario señalar respecto a las ordenanzas es que, ahora con mayor claridad que antes, éstas son normas de carácter general, especialmente aquellas que regulan materias propias del gobierno municipal, las competencias exclusivas, que para su aplicación, en muchos casos demandan de su complementación a través de normas reglamentarias, que sin lugar a dudas, son responsabilidad del alcalde, como titular de la función ejecutiva municipal. Esto es una muestra del desarrollo del derecho municipal y que se traduce en reconocer a la ordenanza como fuente del derecho municipal.

3.2.1. OTROS ACTOS DECISORIOS

En el esquema de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, los actos decisorios de los concejos municipales incluían a ordenanzas, acuerdos y resoluciones, esto en razón de que a la fecha de su expedición (1966) no existía reconocimiento expreso alguno del ejercicio de la facultad legislativa o normativa de los concejos, lo cual, como queda expuesto, se concreta a partir de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 y se reitera en la actual, con las interpretaciones y matices comentados. Ahora, la concreción de la facultad normativa, en los términos expuestos, se da a través de ordenanzas, de manera que los otros actos decisorios de este cuerpo colegiado serán los acuerdos y las resoluciones que en estricto sentido no son parte del ejercicio de la facultad normativa, sino verdaderos actos adminis-

trativos, algunos de los cuales pueden tener efectos generales. Ahora bien, resulta trascendente esta distinción, en tanto al no ser actos normativos, su impugnabilidad está sujeta a observar el procedimiento de los actos administrativos, pues, son eso, actos administrativos con efectos generales, aunque algunos pueden tener efectos particulares, expedidos por el cuerpo colegiado, de allí la trascendencia de su distinción.

3.2.1.1. ACUERDOS

Los acuerdos son actos decisorios del concejo que versan sobre asuntos de interés particular y se aprueban en un solo debate. Pueden ser dados a conocer a través de cualquier medio de difusión disponible, ya mediante la fijación de carteles, ya mediante la notificación de su contenido a los interesados. Surten efecto desde que el interesado recibe la notificación, una característica para que todo acto administrativo resulte eficaz y se agotan con su ejecución.

3.2.1.2. RESOLUCIONES

Al igual que los acuerdos, versan sobre asuntos de interés particular, se aprueban en un solo debate y surten efecto desde que son dados a conocer a los interesados en forma personal o a través de cualquier medio de difusión. Si no es notificado, al igual que los acuerdos, el acto puede ser válido, pero no eficaz. La forma de notificación bien puede ser el mismo que se emplea en el caso de las ordenanzas, su publicación en la gaceta municipal y en la web institucional. En el caso de estos actos normativos es posible que se generen verdaderos cuerpos normativos, si sus efectos son generales y no se agotan con su ejecución, sino que permanecen en el tiempo, hasta que sean derogados; en este caso estaremos ante actos normativos, pero con rango inferior a una ordenanza.

3.2.2. PROCESO DE FORMULACIÓN DE LOS ACTOS NORMATIVOS

Los actos normativos son la materialización de la facultad de legislación de los concejos municipales, con los matices que sobre el ejercicio de esta facultad se comentó a propósito de la integración de los concejos. Son normas de carácter general, que tienen dos limitaciones: una en lo material, lo cual significa que deben circunscribirse al ámbito de competencias del gobierno municipal, es decir aquellas que le reconoce la Constitución de la República (competencias exclusivas) y la ley (competencias exclusivas y concurrentes), incluidas las que asuma como consecuencia del proceso de descentralización (competencias concurrentes, adicionales y residuales). La otra limitación, también material, viene dada por el espacio territorial en el que rigen, el territorio del cantón, con lo cual, se descarta la posibilidad de que existan ordenanzas supra-cantoniales o con vigencia fuera del espacio territorial del cantón. Estas limitaciones pueden ser parcialmente alteradas cuando se trata de ordenanzas distritales (las que expidan los concejos distritales de los distritos metropolitanos autónomos, DMA) amén de su jerarquía superior frente a las ordenanzas municipales, por su ámbito competencial, mayor en tanto el DMA puede asumir competencias de los gobiernos de los niveles provincial y regional; además, en la posibilidad de que los DMA puedan constituirse con dos o más cantones, su espacio territorial puede llegar a ser también supra-cantonal, aunque en este caso, debería entenderse que el espacio territorial sigue siendo cantonal, pero con la integración del territorio de más de un cantón, en una suerte de fusión de cantones, sin constituirse en un nuevo nivel territorial. Como ya se dejó expuesto, todavía es un tema que suscita debate, la aplicación del principio de competencia previsto en la norma constitucional, como mecanismo para defender la prevalencia de normas cantonales frente incluso a normas de mayor jerarquía. No se ha presentado un caso concre-

to, pero algún momento ocurre, tema que deberá ser dilucidado por las instancias jurisdiccionales con competencia para ello.

3.2.3. LA INICIATIVA NORMATIVA

Cuatro son las fuentes desde donde puede nacer la iniciativa para proponer actos normativos: el alcalde, los concejales, la ciudadanía y los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales. Aunque la legislación no lo reconoce de manera expresa, se puede entender que en el concepto de ciudadanía, se incluyan, además de las personas naturales, las personas jurídicas de derecho privado y las organizaciones y colectivos sociales. Se entendería así mismo que, excepto los GAD parroquiales rurales, se excluyen de la iniciativa normativa otras dependencias e instituciones como las públicas u otros niveles de gobierno.

3.2.3.1. INICIATIVA DEL ALCALDE

El alcalde tiene iniciativa para proponer proyectos de ordenanzas, de manera general en todas las materias que son de competencia de los gobiernos autónomos descentralizados municipales (artículo 60, letra d) del COOTAD). Pero en materia tributaria, esta facultad es privativa o exclusiva del alcalde, pues solo a él le corresponde la iniciativa para presentar proyectos de ordenanzas tributarias que creen, modifiquen, exoneren o supriman tributos (artículo 60, letra e) del COOTAD),⁴¹ es decir, se constituye en el medio para hacer efectiva la competencia exclusiva que sobre tributos tiene el gobierno municipal (artículo 264-5 de la Constitución de la República). Esta atribución privativa del alcalde tiene

⁴¹ El legislador ha adoptado para los gobiernos autónomos descentralizados un mecanismo similar al que la Constitución (artículo 135) prevé para el ejercicio legislativo en el ámbito nacional, que reconoce atribución privativa al Presidente de la República para presentar proyectos de ley que creen, modifiquen o supriman impuestos, aumenten el gasto público o modifiquen la organización político administrativa del país.

algunos efectos: limita las atribuciones de los concejales y de la ciudadanía en esta materia; es de amplio efecto ya que cubre todos los aspectos tributarios, incluidos las tres clases de tributos, impuestos (en los aspectos que corresponda regular al gobierno municipal, por ejemplo, en el impuesto de patentes, el rango de tarifas), tasas y contribuciones especiales de mejoras. Esta atribución amplia, contrasta con la que tiene el Presidente de la República que se circunscribe a los impuestos, aunque en la práctica se aplica como que corresponde a todo aspecto tributario, pues de alguna manera, la Asamblea Nacional no ha cuestionado esa forma de aplicación de tal atribución y tampoco ha ejercido iniciativa normativa en materia tributaria.⁴²

3.2.3.2. INICIATIVA DE LOS CONCEJALES

Los concejales tienen iniciativa para presentar proyectos de ordenanzas en cualquier materia de las que corresponde al gobierno autónomo descentralizado municipal, excepto la tributaria que, como quedó expuesto, corresponde con exclusividad al alcalde. Debe entenderse que el concejal en forma individual puede ejercer esta atribución, lo que no excluye que pueda hacerlo en forma conjunta, por ejemplo, a través de una comisión; su ejercicio estará supeditado a las regulaciones que el propio concejo expida (artículo 327 del COOTAD). Tampoco queda claro, pero no se excluye, que sea el propio concejo como cuerpo colegiado que pueda presentar proyectos de ordenanzas, aunque su sola posibilidad resulte extraña; tales aspectos deben estar regulados por las normas internas que se expidan para normar su funcionamiento.

⁴² Los proyectos de ley que en materia tributaria presenta el Presidente de la República, van más allá de la sola regulación de impuestos, un ejemplo de ello es el Decreto Ley de Fomento Ambiental de noviembre de 2011, que además de los impuestos ambientales, regula el procedimiento coactivo, cuya aplicación al ámbito tributario está en discusión, pese a que en la práctica se ha impuesto.

3.2.3.3. INICIATIVA CIUDADANA

La ciudadanía también tiene derecho a formular proyectos de ordenanzas, como parte de la concreción del ejercicio del derecho de participación ciudadana garantizado en la Constitución de la República. Su ejercicio está regulado en el artículo 305 del COOTAD. Aunque la norma, en forma limitativa señala que puede proponer proyectos y su derogatoria, es de entenderse que los mismos pueden tener como propósito, regular una materia determinada (nueva ordenanza), modificar una existente (reforma) o suprimirla (derogatoria). La única materia en la que habría limitación es en la tributaria, que como se dejó expuesto, corresponde en forma privativa al alcalde, por lo que, por exclusión, no podría ejercerla la ciudadanía. También puede entenderse que el ejercicio de esta iniciativa cubre toda clase de actos decisorios, en los que se incluyen acuerdos y resoluciones, pese a que la norma refiere solo a las ordenanzas.

3.2.3.4. INICIATIVA DEL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PARROQUIAL RURAL

Tratamiento aparte merece la atribución que tienen los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales, quienes pueden presentar proyectos de ordenanza a conocimiento del concejo municipal para regular temas atinentes al ámbito de competencia de este nivel de gobierno, que no tiene facultad normativa general, pero sí específica, reglamentaria, en los términos previstos en la Constitución de la República y el COOTAD; esta sería una forma excepcional de iniciativa normativa desde la institucionalidad pública, como lo es este gobierno autónomo descentralizado. Al parecer, más que el ejercicio de la iniciativa normativa, han optado por ejercer la atribución reglamentaria para regular temas de su competencia, extendiendo dicho ejercicio a normas que bien pueden tener un alcance más allá de un ámbito reglamentario, con lo que se estaría sobre utilizando tal atribución, desmereciendo la que tienen como iniciativa, objeto de este análisis.

3.2.4. PREPARACIÓN DEL PROYECTO

El proyecto de acto normativo puede corresponder a quien tiene la iniciativa, alcalde, concejal, ciudadanía o GAD parroquial rural, pero en la práctica, su ejercicio corresponde a instancias técnicas, así, en el caso del alcalde, serán las dependencias de la administración municipal, según la materia de que se trate, las encargadas de elaborar los soportes técnicos para la formulación del proyecto; en el caso de los concejales, será el equipo asesor el que prepare los justificativos técnicos del proyecto; si no cuenta con equipo asesor, podrían ser los mismos funcionarios municipales los que brinden asistencia en la preparación del proyecto. Igual ocurre en el caso de la iniciativa del GAD parroquial rural. En el caso de la ciudadanía, muy probablemente, será un equipo asesor, contratado específicamente para tal propósito, el encargado de elaborar los insumos. La preparación puede incluir la necesidad de contar con estudios técnicos que soporten el contenido, como por ejemplo cuando se trate de un proyecto de ordenanza de creación de una parroquia rural, en la que se deberá incluir la información sobre el espacio territorial que comprende la nueva unidad territorial, conforme lo establece la ley reformatoria al COOTAD publicada en el suplemento al Registro Oficial No. 166 de 21 de enero de 2014.⁴³

3.2.5. FORMULACIÓN DE PROYECTO

La formulación consiste en la redacción del contenido del proyecto, incluido el articulado específico, el que deberá observar el mandato legal de que el proyecto debe referirse a una sola materia

⁴³ El literal e) del artículo 26 del COOTAD establece como requisito, “informe técnico favorable emitido por el organismo responsable de los límites internos, sobre los límites y requisitos de extensión de la nueva circunscripción.” El organismo técnico responsable de los límites internos de la República es el Comité Nacional de Límites Internos, CONALI, que en junio del 2013 sustituyó a la Comisión Especial de Límites Internos de la República, CELIR.

(artículo 322 del COOTAD).⁴⁴ En función del origen del proyecto, serán los mismos equipos responsables de la preparación de los soportes técnicos los encargados de formular el contenido. La formulación puede incluir la discusión de los contenidos, en el ámbito interno de quienes lo formulan, lo cual puede conducir a una reformulación o reelaboración, previa a la versión final del proyecto que se somete a consideración del concejo municipal. La formulación del proyecto debería responder a la técnica normativa entendida como “...*el arte de construir un ordenamiento jurídico bien estructurado en sus principios e integrado por normas correctamente formuladas, esto es, un ordenamiento que haga efectivo el principio de la seguridad jurídica*”.⁴⁵ Pues como lo sostiene Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (2009):

“En un Estado de Derecho las normas jurídicas se confeccionan para que se apliquen. Han de ser claras en lo que atiende a su rúbrica, a su objeto, a sus efectos y a sus destinatarios. Han de ser lo más completas posibles, lo más concretas posibles y lo más concisas que se pueda. Han de estar redactadas según los más elementales cánones de la producción de normas. Es decir, han de recoger, en la medida de lo posible los patrones y las reglas propias de la mejor técnica normativa. Y la mejor técnica normativa es aquella en la que más resplandece el principio de seguridad jurídica y sus corolarios necesarios: buena fe y confianza legítima entre otros”.⁴⁶

Estos son los mínimos que debería observarse en la formulación de proyectos de normas en todo nivel de gobierno con facultad

⁴⁴ Esta exigencia consta en la Constitución para los proyectos de ley (artículo 136) y ha sido trasladado al COOTAD para los proyectos de ordenanzas.

⁴⁵ Sainz Moreno, Fernando, “Técnica Normativa; visión unitaria de una materia plural”, citado por Andrés Segovia Salcedo, en la obra “Nociones de Técnica Legislativa”, pág. 11.

⁴⁶ Rodríguez-Arana, Muñoz, Jaime, “Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional”, Universidad Externado, pág. 119.

normativa, incluidos, desde luego, los gobiernos autónomos descentralizados municipales.

3.2.6. PRESENTACIÓN DEL PROYECTO

Una vez elaborado, redactado el proyecto, se lo presenta al alcalde para que lo someta a conocimiento del concejo municipal. Todo proyecto debe ingresar al despacho del alcalde en razón de ser él quien elabora y pone a consideración del concejo el orden del día. Pensando en el cumplimiento de formalidades, el proyecto una vez puesto a consideración del alcalde, éste deberá remitirlo a la comisión que corresponda en razón de la materia, para que prepare el informe para primer debate. Puede, sin embargo, sobre todo en los proyectos de iniciativa de los concejales, que sea propuesto directamente en el seno del concejo, en cuyo caso, si se da curso a una modificación del orden del día, puede incluirse su tratamiento, a través de este mecanismo de presentación directa; en este caso, igual, deberá el proyecto ser remitido a la comisión que corresponda para que prepare el informe para primer debate.

3.2.7. DISCUSIÓN

Una vez presentado el proyecto, incluido en el orden del día, el concejo lo conoce y aprueba en dos discusiones que deben realizarse en dos sesiones, en días diferentes. No hay una regulación legal específica que determine un plazo que medie entre la primera y segunda discusión, lo cual puede dar a entender que si la discusión se realiza en sesiones ordinarias, mediará ocho días entre la primera y segunda discusión, hecho que no obsta para que, en razón del contenido del proyecto y su urgencia, pueda convocarse a una sesión extraordinaria para evacuar su conocimiento, bien sea para la primera o para la segunda discusión.⁴⁷ La

⁴⁷ Estos temas son los que deben complementarse con normativa interna específica que regule el funcionamiento del Concejo.

primera discusión, sirve para que los miembros del concejo conozcan el contenido íntegro del proyecto y formulen observaciones. Puede, en esta primera discusión, requerirse el apoyo de personal y equipos técnicos que expliquen el contenido y alcance del proyecto, sobre todo en aspectos que requieran de conocimientos especializados. Las observaciones que se formulen deberán ser recogidas y procesadas por la Comisión Permanente o Especial a la que se le asigne la responsabilidad de procesar tales observaciones y preparar un informe para la segunda discusión. Todo este procedimiento parlamentario puede ser regulado por el propio concejo, con normativa específica, que responde a la generalidad de la práctica parlamentaria.

3.2.8. APROBACIÓN

Luego de procesadas las observaciones formuladas en la primera discusión, la Comisión encargada de hacerlo, presentará el informe que deberá ser conocido por el Concejo en una nueva sesión, en la que se aprobará el proyecto en forma definitiva. No hay regulación en torno a lo que se puede incluir o excluir del proyecto en la segunda discusión. La reglamentación interna, cuando existe, suele asimilar, para el concejo municipal, el mismo procedimiento parlamentario de la asamblea nacional.

3.2.9. SANCIÓN U OBJECCIÓN

Aprobado el proyecto por el concejo, el secretario del mismo lo somete a consideración del alcalde, quien en el plazo de ocho días podrá sancionar u objetar el proyecto.⁴⁸ Las observaciones del alcalde pueden ser porque no se haya respetado el procedimiento para su aprobación (razones de forma) o que su contenido sea

⁴⁸ Anterior a la vigencia del COOTAD, en aplicación de las regulaciones contenidas en la ley de régimen municipal, el vicepresidente del concejo lo sometía a consideración del Alcalde, ahora esta tarea le corresponde al secretario del concejo, aunque en la práctica sigue operando la forma anterior, esto es con la firma del vicealcalde.

contrario a la Constitución de la República o las leyes (razones de fondo o material). Si no se advierte la existencia de estos vicios en el proyecto aprobado por el concejo, el alcalde lo sanciona y dispone su promulgación. Si lo objeta, el proyecto regresa al concejo para que conozca y resuelva sobre el contenido de las observaciones. El concejo podrá aceptar o allanarse a las observaciones formuladas por el alcalde o insistir en el texto aprobado originalmente, en cuyo caso se requiere del voto conforme de las dos terceras partes de los integrantes del concejo. Si no se sanciona o se formulan observaciones por parte del alcalde dentro de ocho días, se entiende que ha sido “*sancionada por el ministerio de la ley*”.⁴⁹ No se prevé plazo para que el concejo conozca las observaciones formuladas por el alcalde, pero es recomendable que lo haga en la siguiente sesión ordinaria, sin perjuicio de que se convoque una sesión extraordinaria para evacuarlas, en función de la trascendencia y premura del contenido del proyecto.

3.2.10. PROMULGACIÓN O PUBLICACIÓN

Una vez sancionada por el alcalde, allanado el concejo en las observaciones formuladas por él o insistido en el texto originalmente aprobado o sancionada por el ministerio de la ley, la ordenanza se entiende que ha sido sancionada y se debe proceder a su promulgación y difusión. En concepto del código civil, la promulgación consiste en la publicación en el Registro Oficial (artículo 5) fecha desde la cual, entra en vigencia, salvo que la misma ley prevea un plazo distinto para su vigencia (artículo 6); en el caso de las ordenanzas municipales, la promulgación debe hacerse en la gaceta municipal, órgano de difusión que obligatoriamente debieron crear los gobiernos municipales a partir de la vigencia del COOTAD. También deberán publicarse en el dominio web (página web) que tenga cada institución municipal. Cuando se trata de ordenanzas de carácter tributario, deberán publicarse en el registro oficial. Este es un cambio trascendente en la legislación

⁴⁹ Por mandato o disposición legal.

sobre esta materia, dado que se ha eliminado la obligatoriedad de su publicación en el Registro Oficial previo a la entrada en vigencia de las ordenanzas de carácter tributario. Ahora, se entiende que, además de publicarse en la gaceta municipal y en el dominio web, también tienen que publicarse en el Registro Oficial, pero sin condicionante de ninguna naturaleza, con lo que es dable recurrir al arbitrio de disponer que *“entren en vigencia a partir de su sanción, sin perjuicio de su publicación”*, opción que es de uso frecuente en el ejercicio de la facultad normativa por aquellos órganos que la tienen, aunque en materia tributaria, la opción de que entren en vigencia en un tiempo distinto al de publicación en el Registro Oficial, es hacia futuro, no antes, así lo señala de manera expresa el artículo 11 *“...salvo que establezcan fechas especiales de vigencia posteriores a esa publicación”*. Tampoco se prevé un efecto en caso de que no se publique en el Registro Oficial, lo cual es un vacío. El propósito de la promulgación o publicación es el conocimiento de su contenido a la ciudadanía, por lo que no se excluye que se pueda publicar a través de carteles ubicados en espacios públicos, además de los medios formales que se dejan expuestos o por medios impresos.⁵⁰

3.3. CONTENIDO MATERIAL DE LOS ACTOS NORMATIVOS

Como ya se dejó expuesto, los actos normativos deben contar con los soportes técnicos necesarios que justifiquen el contenido de sus regulaciones, además del articulado específico. En algunos casos, pueden requerir de agregar anexos al texto normativo para una mayor claridad en las regulaciones, sobre todo, de aquellas de alta especialidad como son las regulaciones sobre uso y ocupación del suelo, sobre edificaciones o sobre criterios de valoración del suelo y de las edificaciones.

⁵⁰ La norma de la ley de régimen municipal era más adecuada a la realidad nacional en cuanto permitía su difusión por cualquier medio disponible. Ahora, en forma obligatoria deberán hacerlo en la gaceta municipal.

3.3.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La exposición de motivos es la justificación técnica, política, económica o social del contenido de las regulaciones. Equivale a realizar una descripción del contexto en el que se formula, con la inclusión de datos, cifras, costos históricos, proyecciones, entre otros puntos. La exposición de motivos sirve de fundamento para soportar el contenido del articulado.

3.3.2. CONSIDERANDOS

Los considerandos contienen los sustentos jurídicos, las disposiciones constitucionales y legales que respaldan el ejercicio de la facultad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, van en forma de textos cortos con referencia de la norma constitucional o legal expresa; en muchos casos, se suelen transcribir los textos de las normas. No hay un número determinado, pero pueden ser entre tres, cuatro o cinco, sin que ello sea una regla. Se justifica constitucional y legalmente la facultad normativa del concejo y la materia objeto de la regulación contenida en la ordenanza. Si fuere una resolución, se agregará la base normativa prevista en las correspondientes ordenanzas.

3.3.3. TÍTULO O DENOMINACIÓN

El título o denominación de la ordenanza tiene como propósito identificar la materia que regula, como por ejemplo “*ordenanza que crea la tasa de recolección de basura*”; debe, en pocas palabras, señalar en forma clara y concreta el objeto de la regulación. Algunos gobiernos suelen identificar numéricamente las ordenanzas por período de cada autoridad, o por períodos anuales de tiempo. Ahora, con el nuevo órgano de difusión institucional, la gaceta municipal, en muchos casos ha servido para iniciar con la numeración de las ordenanzas, elemento que facilitará su identificación a los ciudadanos y usuarios de estos instrumentos normativos, que no siempre es asequible a la generalidad de la población a la que están dirigidas sus regulaciones.

3.3.4. ARTICULADO

El articulado es el cuerpo del instrumento normativo. Inicia con una disposición que describe el objeto y ámbito de la regulación. Los siguientes artículos desarrollan todos los temas específicos materia de la regulación. No se puede prever una exigencia sobre el número de artículos o extensión de los mismos, ya que ello está en función de la materia regulada. Dependiendo del objeto de regulación la normativa puede incluir fórmulas o porcentajes, sobre todo cuando se trata de regulaciones técnicas como las de uso y ocupación del suelo o las características de las edificaciones. Luego del contenido general, al final suelen agregarse disposiciones generales y disposiciones transitorias. El cuerpo normativo se cierra con una disposición final que determina su vigencia que por lo general debe ser a partir de su publicación en la gaceta o en el Registro Oficial, aunque se recurre con frecuencia al arbitrio de disponer que entre en vigencia “*a partir de su sanción, sin perjuicio de su publicación*”, que únicamente en el Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, se prevé para el caso de decretos, reglamentos y demás normas que expiden los órganos de la Función Ejecutiva.

3.3.5. REFORMA

Las ordenanzas pueden ser reformadas, total o parcialmente, observando el mismo procedimiento previsto para su aprobación, con discusión en dos sesiones realizadas en días distintos. La reforma parcial puede incidir en uno o varios artículos. La reforma total implica la derogatoria de la ordenanza reformada.

3.3.6. DEROGATORIA

La derogatoria de los actos normativos, concretamente de las ordenanzas, cabe en cualquier tiempo, observado el mismo procedimiento para su aprobación. La derogatoria puede darse sin

que se expida una nueva, o mediante la sustitución total de la derogada, ante lo cual se está ante una reforma total.

3.3.7. MECANISMOS DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS NORMATIVOS

Además del ejercicio de auto tutela de los actos normativos que puede ser practicado por el propio órgano normativo en la forma prevista en la ley, aquellos también pueden ser impugnados por terceras personas, la ciudadanía o las instituciones públicas o privadas que se vean afectadas con su contenido. Entre las instituciones públicas impugnantes pueden estar otros gobiernos autónomos descentralizados, de cualquier nivel. El mecanismo tradicional previsto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano era la acción objetiva o de anulación para actos normativos en materia administrativa contemplada en la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo,⁵¹ derogada por el Código Orgánico General de Procesos, COGEP, que la podía interponer quien tenga interés directo o por representantes de colegios profesionales u organizaciones gremiales; el propósito de esta acción es la expulsión del ordenamiento jurídico, con efectos generales, *erga omnes*; también existe la acción directa o de anulación de actos normativos en materia tributaria, también con efectos *erga omnes*. Los actos normativos administrativos se impugnan ante los tribunales distritales de lo contencioso administrativo;⁵² mientras

⁵¹ El inciso segundo del artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción de lo contencioso administrativo señalaba que “El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.”

⁵² Estuvieron en funciones prorrogadas luego de que entró en vigencia la Constitución de la República de 2008 y luego de la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial (2009). Luego con la reforma al COFJ de junio de 2013, se ratificó la existencia de los tribunales distritales, tanto tributarios como administrativos, pese a que ahora, el Consejo de la Judicatura, los desconoce, al forzar la figura de las unidades judiciales, amparadas en el denominado modelo de gestión.

que los actos normativos en materia tributaria, ante la Sala especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.⁵³

Sin embargo, ante la disposición constante en el artículo 404 del COOTAD, que prevé que los actos normativos de los gobiernos autónomos descentralizados “*no admiten otra vía de impugnación que la jurisdiccional ante la Corte Constitucional*” surgen algunas dudas que se exponen a continuación.

Partir desde el escenario relacionado con las razones de impugnación, con una interpretación extensiva de la norma, puede entenderse que se trate de cualquier clase de vicios que afecten a la norma por ilegalidad, ilegitimidad o inconstitucionalidad. No obstante, con una interpretación restrictiva de la misma norma y atendiendo la atribución propia de la Corte Constitucional,⁵⁴ puede entenderse que cabe la impugnación ante el órgano de justicia constitucional únicamente por vicios de constitucionalidad, porque no le corresponde a este tribunal conocer acciones de justicia ordinaria. Con estos argumentos, si la impugnación se formula por razones de legalidad o legitimidad, se entendería que las acciones son las señaladas en el párrafo precedente, avalado con la atribución que de manera expresa reconoce el Código Orgánico de la Función Judicial a favor de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.⁵⁵ Este es un tema nuevo, complejo, que úni-

⁵³ La segunda parte del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial señala como atribución de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia: “2. Las acciones de impugnación que se propongan en contra de reglamentos, ordenanzas, resoluciones y otras normas de carácter general con rango inferior a la ley, de carácter tributario...”

⁵⁴ El artículo 429 de la Constitución de la República establece que “La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de Justicia en esta materia.”

⁵⁵ El artículo 217.3 establece como atribución de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo: “Conocer y resolver las impugnaciones que se propusieren en contra de los reglamentos, resoluciones y más actos normativos, de rango

camente se resolverá con decisiones jurisprudenciales, es decir, mediante una sentencia que aclare el alcance de estas disposiciones de las que se derivan las antinomias que se deja expuestas.

3.4. LA FACULTAD DE FISCALIZACIÓN DEL CONCEJO MUNICIPAL

La facultad de fiscalización del concejo municipal está expresamente reconocida en la ley (artículo 57, letra m del COOTAD) y es una de las tareas fundamentales de la denominada *Función de Legislación y Fiscalización* (artículo 53, ibídem) que cumple este órgano del gobierno autónomo descentralizado municipal. Sin embargo, de que su enunciación es clara en el texto normativo, su materialización como responsabilidad específica del concejo y de los concejales (artículo 58, letra d, ibídem) es una tarea de difícil discernimiento y aplicación, por el componente político que su aplicación implica. Además, en lo conceptual, está relacionada, de alguna manera, con otras categorías que eventualmente suelen ser utilizadas como sinónimos, sin embargo, de lo cual tienen sus particularidades, contenidos y actores específicos. Haremos una breve revisión de estos conceptos.

3.4.1. RENDICIÓN DE CUENTAS

Es una alocución que ha cobrado mucha trascendencia en el escenario nacional, sobre todo desde que la Constitución de la República la establece como un deber y responsabilidad de todos los ecuatorianos (artículo 83, número 11) y, que además dispone que la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige, entre otros principios, por el de *transparencia* (artículo 227). Para Carlos Ugalde (2002) rendición de cuentas, es un término que traduce en forma limitada la palabra anglosajona

inferior a la ley, en materia no tributaria, provenientes de las instituciones del Estado que integran el sector público”.

“accountability” que significa “el estado de ser sujeto a la obligación de reportar, explicar o reportar algo {...} ser responsable de algo {...} ser sujeto y responsable para dar cuentas y responder a preguntas”; por lo que para el mismo autor también significa “la obligación de todos los servidores públicos de dar cuentas, explicar, justificar sus actos al público, que es último depositario de la soberanía en una democracia”, o “la obligación permanente de los mandatarios o agentes para informar a sus mandantes o principales de los actos que llevan a cabo como resultado de una delegación de autoridad que se realiza mediante un contrato formal o informal y que implica sanciones en caso de incumplimiento”.

Otros términos como *control* o *fiscalización* se utilizan como sinónimos de *rendición de cuentas*. Sin embargo se pueden advertir diferencias, ya que la rendición de cuentas tiene que entenderse desde el obligado a darlas, la autoridad o el funcionario que tiene el deber de rendir cuentas de su gestión; mientras que el control y la fiscalización se constituyen en las acciones activas de quienes tienen la tarea de controlar o fiscalizar, que por lo general corresponde a otras instancias, distintas de quienes deben rendir cuentas para asegurar la idoneidad del ejercicio.

Ugalde señala que control y fiscalización son mecanismos para supervisar los actos de gobierno pero no siempre implican la obligación de los gobernantes para informar de manera periódica sobre sus decisiones y acciones. Control y fiscalización son mecanismos de un sistema global de rendición de cuentas, pero éste abarca además otros instrumentos como la transparencia y los informes periódicos que los gobernantes deben rendir a los ciudadanos.⁵⁶

⁵⁶ Los ejercicios de rendición de cuentas, cada autoridad lo ha interpretado a su manera, por suerte que encontramos diferentes mecanismos de ellas, como informes semanales, quincenales o periódicos, enlaces sabatinos, programaciones radiales, pero ninguna de ellas cumple con el cometido específico que nos detalla el concepto aludido.

También el término *transparencia* se usa como sinónimo de rendición de cuentas. La transparencia para Ugalde es una característica que abre la información de las organizaciones políticas y burocráticas al escrutinio público mediante sistemas de clasificación y difusión que reducen los costos de acceso a la información del gobierno, pero no significa un acto de rendir cuentas a un destinatario específico sino la práctica de colocar la información en la vitrina pública para que los interesados puedan revisarla, analizarla y en su caso, usarla como mecanismo para sancionar en caso de que haya anomalías en su interior. Es un instrumento del sistema global de rendición de cuentas.

3.4.2. CONTROL GUBERNAMENTAL, FORMAL/LEGAL

Llamado también control gubernamental, es el que ejercen los organismos de control establecidos en la Constitución de la República o la Ley, en orden a la materia, la institucionalidad o el sector sujeto del ejercicio de control; así, la Contraloría General del Estado es la responsable del control de la gestión de los recursos públicos;⁵⁷ o, las superintendencias, cada una en su área de acción, son responsables del control de segmentos específicos como la banca, las sociedades mercantiles, las instituciones financieras, de seguros, los medios de comunicación y empresas de telecomunicaciones. El ejercicio de este control, desde la Contraloría General del Estado, puede derivar en la determinación de responsabilidades administrativas y civiles e indicios de responsabilidad penal, dependiendo de la gravedad de la infracción cometida. Cuando de recursos públicos⁵⁸ se trata, la facultad de control

⁵⁷ Las enmiendas constitucionales aprobadas por la Asamblea Nacional, que entraron en vigencia en diciembre pasado, limitaron el alcance del control de este organismo, limitándolo al control de cuentas.

⁵⁸ El Código de Planificación y Finanzas Públicas, en su artículo 76 señala que “Se entienden por recursos públicos los definidos en el Art. 3 de la ley de la Contraloría General del Estado”, que señala que “Para efectos de esta ley se entenderán por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, acti-

y fiscalización es privativa de la Contraloría General del Estado, organismo que forma parte de la Función de Transparencia y Control Social. El ejercicio de esta forma de control se concreta a través de auditorías generales o específicas, en función de la programación que desarrolla el propio organismo o a través de los departamentos de auditoría interna que deben funcionar en cada organismo, con funcionarios designados por el Contralor General del Estado.

3.4.3. CONTROL POLÍTICO

Según Enríquez Fuentes, G. (2011) el control político es una institución retomada por la doctrina constitucional desde inicios del siglo XX, como elemento fundamental del constitucionalismo moderno, pero que siempre estuvo presente, de alguna manera, en la historia de la humanidad, en cualquiera de las formas de organización social, incluso desde la *polis* griega. En la actualidad se traduce en la facultad que ejercen los órganos parlamentarios (cámaras, congresos, asambleas, parlamentos) respecto de mandatarios y determinadas autoridades de otras funciones del Estado, que se materializa a través del denominado enjuiciamiento político y que en la Constitución de Ecuador se la denomina “*control de la acción de gobierno*”.⁵⁹ En esta categoría puede ubicarse la atribución de fiscalización que la ley reconoce a los cuerpos colegiados de los gobiernos autónomos descentralizados municipales en tanto, mediante su activación, ejercen control de las actividades del alcalde como primera autoridad del ejecutivo municipal

vos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones, y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que proceden...”.

⁵⁹ Pueden ser sometidos a enjuiciamiento político por las causas previstas en la Constitución, el Presidente y Vicepresidente de la República, ministros de estado, máximas autoridades de la Procuraduría, Contraloría, Fiscalía, Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, Superintendencias, miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Consejo de la Judicatura y, Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (artículos. 129 y 131 de la Constitución de la República).

(artículo 59 del COOTAD). Dicho control se extiende también a los concejales como integrantes del cuerpo colegiado.

3.4.4. EL EJERCICIO DE FISCALIZACIÓN POR PARTE DEL CONCEJO

La facultad de fiscalización del concejo y de los concejales en particular, pues ésta se activa a partir de la acción de uno o varios de ellos como integrantes del concejo, estaba contemplada en el anterior marco normativo y se lo reitera en el COOTAD; sin embargo, su aplicación ha tenido diferente suerte, pues en algunos casos ha llegado hasta la destitución de la autoridad sometida a ella y en otros en cambio, el ejercicio no ha pasado de una confrontación política, que no trasciende más allá del escenario interno del concejo, sin efectos ni consecuencias, que se zanján, la mayor parte de ellas, mediante la negociación política.

3.4.4.1. CARACTERÍSTICAS

El ejercicio de la facultad de fiscalización es un procedimiento reglado, que debe estar determinado con claridad y de manera previa los mecanismos de su ejercicio, desde la denuncia, su instrumentación, calificación y trámite, hasta su decisión final. Es parte de los procedimientos parlamentarios que deben ser normados por los concejos municipales, en ejercicio de la facultad normativa, precautelando en todo momento el derecho a la defensa y el debido proceso del funcionario sometido a tal mecanismo de control, que son principios fundamentales que tutela la Constitución.

3.4.4.2. ALCANCES

El ejercicio de la facultad de fiscalización cubre todo el ámbito y accionar del gobierno autónomo descentralizado municipal, en la parte de la Función Ejecutiva que es responsabilidad del alcalde, por ser la máxima autoridad administrativa, por lo que, indepen-

diente de que quien haya generado una consecuencia negativa por acción o por omisión dentro de la administración, con incidencia en la ejecución de obra pública, la prestación de servicios o la gestión interna del gobierno municipal, la responsabilidad política la asume el personero municipal como primera autoridad; si del ejercicio de esta modalidad de control se derivan otras responsabilidades u otros sujetos de responsabilidad, además de la máxima autoridad, les corresponderá a las instancias administrativas o judiciales establecer el grado y la naturaleza de tal responsabilidad. Si el ejercicio se extiende a los concejales, también puede llegar a la destitución.

3.4.4.3. LÍMITES

Los límites en el ejercicio de la facultad de fiscalización en los gobiernos municipales pueden marcarse en tres escenarios: el temporal, el material y el espacial.

Lo **temporal** está dado por el período en el que la autoridad ejerce su función, que bien puede extenderse hasta dentro de un plazo prudente posterior a la fecha de finalización del mismo para efectos de facilitar el ejercicio de la fiscalización.

En lo **material** está el ámbito de competencias del gobierno municipal, las funciones y responsabilidades específicas que le corresponden al alcalde como máxima autoridad ejecutiva.

Lo **espacial** es el espacio territorial de la jurisdicción cantonal como área de incidencia de la gestión de la autoridad municipal.

3.4.4.4. LOS SUJETOS DEL EJERCICIO DE FISCALIZACIÓN

Como ya queda expuesto en líneas anteriores, tres son los sujetos de la fiscalización: el concejal o concejales que la promueven, el concejo que la califica, acepta y ejecuta y, el alcalde, que es el sujeto pasivo de la fiscalización, cuya administración es objeto del

examen de la tarea fiscalizadora. Desde luego, que no hay que dejar de mencionar que detrás del alcalde existe un equipo de colaboradores que tendrán algún grado de responsabilidad, pero que la determinación de responsabilidades y posible sanción, en caso de tales servidores no le corresponde al concejo, salvo establecer indicios o presunciones de responsabilidad que corresponderá confirmar a otras instancias como los órganos de control formal o las instancias de administración de justicia, según el tipo de infracción de que se trate, para lo cual servirán de antecedente las decisiones que adopte como consecuencia del ejercicio de la facultad de fiscalización.

La fiscalización política a los concejales, integrantes del cuerpo colegiado, también le corresponde ejecutar al concejo, instrumentada en similares condiciones a las del alcalde; las razones por las que puede operar deben derivarse del ámbito de atribuciones que tienen los concejales dentro del propio concejo.

4. LA FUNCIÓN EJECUTIVA

La Función Ejecutiva del GAD municipal, reconocida de manera expresa por el COOTAD, es ejercida por el alcalde, máxima autoridad administrativa del gobierno autónomo descentralizado municipal, quien como tal, ejerce la representación legal del gobierno,⁶⁰ preside el concejo municipal y es responsable de la ejecución de los planes, programas y proyectos que consten en los respectivos planes de desarrollo y de ordenamiento territorial. Es autoridad elegida por votación popular para un período de cuatro años⁶¹ y puede ser reelegido por un período adicional. Al igual

⁶⁰ La derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal preveía la representación legal conjunta de alcalde y procurador síndico; ahora este funcionario ejerce la representación judicial únicamente.

⁶¹ Desde la vigencia de la Constitución de la República de 2008 y por dos períodos, de manera excepcional, el período de las autoridades de los gobiernos municipales es de cinco años, justificado en la razón de separar su elección de las autoridades nacionales.

que en el ámbito nacional, la reelección por un período adicional cuenta a partir de la vigencia de la Constitución de la República (2008) sin considerar las anteriores, con lo que muchas autoridades locales, tienen la opción de repetir, de modo consecutivo varios períodos, como es el caso del Alcalde de Guayaquil, entre otros.⁶² La ley no prevé requisitos para optar por funciones de elección popular, tampoco para el caso del alcalde.

Del alcalde depende toda la estructura administrativa del gobierno municipal, que amerita revisar en forma breve, por su trascendencia.

4.1. NIVEL OPERATIVO

El nivel operativo está integrado por unidades departamentales, direcciones, en número y estructura que dependen de la complejidad de la administración municipal que está dada principalmente por el número de población atendida, además de las competencias que ejerce. Las principales son:

Dirección Financiera: La responsable de la gestión de los recursos del gobierno municipal, tanto de los ingresos propios como de las transferencias provenientes del presupuesto general del Estado, incluidos los créditos, internos y externos. Es responsable de la planificación y ejecución presupuestaria, de los pagos y de la gestión de los ingresos tributarios, mediante el ejercicio de las potestades determinadora, sancionadora y de recaudación. Para la ejecución de las atribuciones que le son asignadas dispone de unidades departamentales como contabilidad, rentas, tesorería, catastros. Algunas administraciones, dada su complejidad y tamaño, han independizado la gestión catastral mediante la creación

⁶² Las enmiendas constitucionales de diciembre pasado también eliminaron la limitación de reelección a dos períodos, por lo que, de mantenerse así en el futuro, se vuelve al sistema de reelección indefinida.

de la Dirección de Avalúos y Catastros, responsable de la gestión de los catastros prediales, tanto urbano como rural. Otras administraciones también han optado por dividir las actividades tributarias en una dirección independiente, como es el caso del Distrito Metropolitano de Quito que tiene además de la Dirección Financiera Metropolitana, la Dirección Financiera Tributaria Metropolitana, las dos dependientes de la Administración General, forma de organización que no la tienen las demás administraciones municipales.⁶³

Dirección de Obras Públicas: Es la responsable de la gestión de la obra pública, vías, aceras y bordillos, espacios públicos, áreas recreativas, alcantarillado, agua potable; algunas administraciones han generado mayor autonomía en la gestión mediante la creación de empresas públicas para que asuman la gestión de uno o más servicios, las cuales dejan de ser de responsabilidad de la Dirección de Obras Públicas, fruto del ejercicio de este mecanismo de descentralización funcional. Otras administraciones han optado por dividir la dirección en obras públicas y en direcciones específicas por servicios, así, de agua potable, de aseo público, entre otros.

Dirección de Servicios Públicos: En función siempre del tamaño de la ciudad y del número de la población residente en el cantón, esta unidad asume la responsabilidad de varios servicios públicos, como agua potable, aseo público, desechos sólidos, mercados, entre otros. Es frecuente también, la creación de em-

⁶³ El caso de Quito es excepcional, pues, como distrito metropolitano, en los términos de la ley de 1993, su estructura es totalmente distinta a la de los demás gobiernos municipales; además de concejo, alcaldía y secretaría del concejo, cuenta con la Administración General, Procuraduría Metropolitana, Secretarías Generales (ex direcciones), Secretarías Sectoriales, Agencias (de comercio, de tránsito y de control), empresas, institutos, corporaciones y fundaciones. Cada una de estas dependencias tienen a su vez direcciones, jefaturas y unidades. Por ejemplo, la Administración General, tiene diez direcciones metropolitanas, incluido el Registro de la Propiedad.

presas públicas para la gestión de cada uno de estos servicios. Ejemplo de ello, es la administración municipal de Quito, que cuenta con empresas públicas de agua potable y alcantarillado, de obras públicas, de transporte público, de rastro (camal), de mercados, de aeropuerto, entre otras. Si se mantiene como dirección, es frecuente la desagregación en unidades por servicios, por ejemplo de agua potable, de mercados, de desechos sólidos.

Dirección Ambiental: Ésta es una dependencia que cada vez adquiere mayor importancia en la gestión de los GAD municipales en tanto el tema ambiental es prioritario, dado el creciente deterioro de los escenarios y recursos naturales, principalmente urbanos, fruto de procesos contaminantes por factores como ruido, gases, agua, desechos sólidos, que demandan una intervención especializada y oportuna de las autoridades locales, que han asumido competencias en la materia, derivadas principalmente de procesos de descentralización.

4.2. NIVEL DE ASESORÍA

Este nivel aporta con las propuestas de políticas, planes, programas y normas, así como los estudios necesarios para cumplir con las metas que persigue el gobierno municipal. Dentro de este nivel se encuentran las siguientes direcciones:

Dirección de Planificación: Responsable de la formulación de planes, programas y proyectos que deben ser ejecutados en un período determinado. Llevan adelante la formulación de los planes de desarrollo territorial y de ordenamiento territorial, que deben ajustarse a las políticas y líneas generales de plan nacional de desarrollo que formule el Consejo Nacional de Planificación (la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo es la secretaria técnica del Consejo), órgano rector de la planificación a nivel nacional, de manera que se genere la necesaria articulación entre la planificación nacional (de responsabilidad del Ejecutivo Na-

cional) y la planificación territorial (de responsabilidad de los GAD, en cada nivel territorial). La formulación de los planes territoriales debe realizarse con amplia participación ciudadana, con el involucramiento de las organizaciones barriales y comunitarias, de manera de cumplir con los cometidos de estos niveles de organización social reconocidos como unidades básicas de participación y planificación, por la propia Constitución de la República (artículo 248).

Sindicatura municipal: es la responsable de la asesoría legal a la administración municipal, en todos los niveles y dependencias; prepara informes que demandan las respectivas dependencias y las comisiones del concejo, participa en la formulación de proyectos de ordenanzas, en coordinación con las demás unidades; asume la defensa judicial y extrajudicial del gobierno municipal; atiende los procedimientos administrativos, los reclamos y recursos que presentan los administrados; colabora con la ejecución de los procedimientos precontractuales y apoya en la elaboración de pliegos y demás documentos necesarios para los procesos de contratación.⁶⁴ En el MDMQ, se denomina Procuraduría Metropolitana, porque así lo reconoce la Ley Orgánica de Régimen para el Distrito Metropolitano.

Comunicación: esta dependencia tiene a su cargo las relaciones protocolarias, de comunicación y difusión de las actividades de la administración municipal. Cada vez esta unidad es de trascendencia para fortalecer las relaciones administración-ciudadanía, en base a una oportuna y adecuada comunicación, que demanda la preparación de productos y contenidos comunicacionales, en función de lo que se quiere comunicar.

⁶⁴ Algunas administraciones municipales han optado por crear una unidad de contratación pública dependiente de la dirección administrativa como responsable de los procesos de contratación institucionales. Ello, no obsta a la colaboración que pueda facilitar la Sindicatura.

Auditoría Interna: esta unidad, dependiente de la Contraloría General del Estado, cumple con la misión de realizar evaluaciones de la gestión presupuestaria y de recursos, con el fin de detectar, de modo oportuno, irregularidades y plantear los correctivos que sean necesarios para una mejor gestión financiera. Aquellas dependencias que tienen autonomía, como las empresas públicas, cuentan con sus propias unidades de auditoría interna. Sus actuaciones pueden ser punto de partida para el inicio de exámenes de fiscalización y control realizados por personal de la Contraloría General del Estado.

5. LA FUNCIÓN DE PARTICIPACION CIUDADANA

Es la tercera función que reconoce el COOTAD a los GAD municipales. Dos áreas son las que cubre, la participación ciudadana y el control social; aunque su desarrollo es todavía limitado, se pueden perfilar algunas ideas en torno a ellos.

5.1. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

La participación ciudadana se eleva a rango constitucional, a partir de su reconocimiento como los denominados “*derechos de participación*” (CRE: artículo 61) y se materializan mediante la garantía de la participación en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos (CRE: artículo 85) y se institucionaliza a través de la Función de Participación Ciudadana y Control Social (artículos 204 a 216). Para los gobiernos municipales, la participación ciudadana está contemplada como principio (artículo 238 de la CR). Ello conduce a la necesidad de fomentar que la ciudadanía, de manera individual o colectiva, participe de manera protagónica en la toma de decisiones, la planificación y gestión de los asuntos públicos (artículo 302 del COOTAD).

Es obligación de los GAD municipales promover la implementación de mecanismos de participación ciudadana, a través del sistema de participación ciudadana que debe instituirse mediante acto normativo, en este caso la ordenanza municipal. El sistema tiene como propósito deliberar sobre las prioridades de desarrollo; definir objetivos de desarrollo territorial; participar en la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial y definición de propuestas de inversión pública; elaborar presupuestos participativos; definición de políticas públicas; generar condiciones y mecanismos de coordinación para tratamiento de temas específicos; fortalecer la democracia local con mecanismos de transparencia, rendición de cuentas y control social e impulsar mecanismos de formación ciudadana para la ciudadanía activa (COOTAD: artículo 304).

Los sistemas de participación estarán integrados por autoridades electas, representantes del régimen dependiente⁶⁵ y representantes de la sociedad, forma de integración que ha provocado más de una crítica en tanto, las autoridades pueden sesgar la participación ciudadana a las agendas personales.

Los gobiernos municipales deben reconocer todos los mecanismos de participación ciudadana, la que debe orientarse por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad.

Los mecanismos de participación ciudadana son la consulta previa, la iniciativa normativa, el control social (la revocatoria del mandato está concebido como una forma de control social) y la silla vacía.

⁶⁵ El régimen dependiente está integrado por representantes de la Función Ejecutiva Nacional en los diferentes espacios territoriales, como el gobernador en la provincia; en el cantón es el jefe político, autoridad pública cada vez con menos funciones.

5.2. EL CONTROL SOCIAL

Es un mecanismo de control que ejerce la sociedad y que tiene una connotación muy amplia; se entiende como sinónimo de inspección, de vigilancia, de seguimiento, de auditoría, de supervisión, de control y de alguna manera de evaluación, ya que evaluar es medir, y medir implica comparar. El término significa, cuidar y comprobar que la autoridad pública, en este caso, el alcalde, proceda con apego a la ley y a las normas establecidas al efecto. Es una consecuencia del derecho reconocido en la Constitución de la República a los ecuatorianos para fiscalizar los actos del poder público (artículo 61, número 5), ya que el pueblo es el mandante y el primer fiscalizador del poder público en ejercicio de su derecho de participación (artículo 204), así como el de participación en los diferentes niveles de gobierno para fortalecer la democracia con mecanismos permanentes de transparencia, rendición de cuentas y control social (artículo 100, número 4).

Para el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, órgano de la Función de Transparencia y Control Social, el control social es una expresión avanzada de ciudadanía sustentada en motivaciones cívicas, éticas y responsables de las/os ciudadanas/os en búsqueda de la transparencia del poder público en la ejecución de obras, toma de decisiones, servicios, y, otros que garanticen el buen vivir. Se constituye en: *“El ejercicio del poder ciudadano que basado en los derechos y responsabilidades y por medio de herramientas, metodologías y estrategias; vigila, evalúa y redirige la gestión de lo público y el sistema democrático a partir de su interpretación y análisis en procura de la transparencia y de la equidad social”*.

“El ejercicio del Control Social se sustenta en la participación ciudadana, que fortalece la capacidad de la sociedad civil para intervenir en el Estado y su responsabilidad social en el ámbito de lo público. Se convierte en un impulsor de la rendición de cuentas de los poderes públicos. Mejora la calidad de las decisiones públicas y de los resultados. Contribuye a la gobernabilidad de-

*mocrática al empoderar a la ciudadanía en el ejercicio directo de responsabilidades ciudadanas, logrando así la una verdadera democratización de los poderes con acuerdos conjuntos fortaleciendo la co-responsabilidad social”.*⁶⁶

Los mecanismos de control social que se reconocen son las veedurías ciudadanas, los observatorios, la revocatoria del mandato, entre los más comunes. En ocasiones se utiliza el término veeduría como sinónimo de control social, cuando éste es uno de los muchos mecanismos a través de los cuales puede operar el control social.

5.3. VEEDURÍA CIUDADANA

Son mecanismos de participación y control social de carácter temporal, mediante los cuales, desde una visión conceptual, los ciudadanos y ciudadanas ejercen el derecho constitucional de controlar, de manera objetiva e imparcial, la administración y gestión de lo público. Su propósito es intervenir –a tiempo- en caso de encontrar irregularidades en el manejo de la gestión y administración de lo público, previniendo así actos de corrupción.

La integran personas naturales y/o representantes de organizaciones, individual o colectivamente, quienes en ejercicio de los derechos constitucionales, desarrollan actividades específicas de vigilancia y control social de una manera cívica y voluntaria. Para un ejercicio incuestionable, su actividad debe ser independiente tanto de las instituciones públicas como de las influencias político partidistas o de intereses particulares.

Los escenarios en los que pueden intervenir las veedurías ciudadanas:

⁶⁶ Página web del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social www.participacionycontrolsocial.gov.ec, visitada el 30.03.11

- Entidades del sector público, en todos los niveles de gobierno.
- Todo el ciclo de las políticas públicas: formulación, ejecución, evaluación y seguimiento.
- Planes, proyectos, programas, procesos, obras y servicios públicos.
- Actuaciones de las y los servidores públicos en general.
- Procesos de selección o designación de autoridades públicas.
- Personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios públicos, manejen recursos públicos o desarrollen actividades de interés público.

5.4. OBSERVATORIO

Es un espacio autónomo, técnico, intersectorial e interdisciplinario de carácter permanente conformado por grupos de ciudadanos/as u organizaciones sociales con el objetivo de elaborar diagnósticos, informes, reportes, monitorear, evaluar e incidir en determinadas políticas o procesos a través de fuentes e instrumentos propios y externos en beneficio de los ciudadanos.⁶⁷

Pueden intervenir en este mecanismo de participación personas naturales y organizaciones sociales o profesionales que se agrupen en un espacio autónomo con el fin de monitorear, evaluar e

⁶⁷ Un ejemplo de esta forma de control social es el Observatorio de la Política Fiscal, que “incluye un grupo de ciudadanos que conjuntamente son fuente de gran credibilidad derivada de su honestidad, capacidad técnica y respaldo político. Por sus características tiene capacidad propia de convocatoria y acceso a los líderes políticos y sociales del Ecuador”, según consta en su presentación en la página web (<http://www.observatoriofiscal.org/>, visitada el 28 de octubre de 2013).

incidir en determinadas políticas o procesos, las cuáles pueden variar en su naturaleza de forma permanente.

5.5. REVOCATORIA DEL MANDATO

La revocatoria del mandato o plebiscito revocatorio constituye un procedimiento a través del cual los electores pueden revocar el mandato a una autoridad que ocupa un cargo de elección popular, con anterioridad a la expiración del período por la cual fue elegido. Está previsto en la Constitución de la República (artículos 104, 105, 106 y 107) y por su utilización indiscriminada, una veintena en los meses seguidos a la primera elección de autoridades seccionales desde la vigencia de la Constitución de la República (2008), luego de la resolución de la Corte Constitucional, la Asamblea Nacional aprobó en segundo debate el 29 de marzo de 2011, las reformas al Código de la Democracia y Ley de Participación Ciudadana para normar las revocatorias de mandato. También formaron parte del contenido de las enmiendas que aprobó la Asamblea, junto con otros temas, como la reelección indefinida de autoridades, incluido el Presidente de la República.

El documento propone que para la aplicación del recurso debe existir la motivación para que el proponente pida la revocatoria, también se establecen requisitos para la solicitud, la determinación clara y precisa del motivo por el cual se pretende ejercer el derecho para revocar el mandato a un dignatario de elección popular. Otro aspecto que incorpora la propuesta de reforma es el factor poblacional y la proporcionalidad que debe existir tanto en los porcentajes de firmas, cuanto en los plazos para la recolección de respaldos necesarios para solicitar la revocatoria, tomando en consideración el contenido de la norma constitucional.

Lo que establece la CRE en el artículo 104, es que la ciudadanía podrá solicitar la convocatoria a consulta popular sobre cualquier asunto, cuando sea de carácter nacional, pedido que deberá estar

respaldado de un número no inferior al cinco por ciento de personas inscritas en el registro electoral; cuando sea de carácter local, el respaldo será de un número no inferior al diez por ciento del correspondiente registro electoral. En todos los casos, se requerirá dictamen previo de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las preguntas propuestas,⁶⁸ dictamen que modifica las condiciones en las que se emitirá, a futuro el dictamen de constitucionalidad, con la exigencia de cumplir previamente con el requisito de *legitimidad democrática*, o las firmas de respaldo, para cualquier consulta popular.

El artículo 105, establece: “Las personas en goce de los derechos públicos podrán revocar el mandato a las autoridades de elección popular. La solicitud de revocatoria del mandato podrá presentarse una vez cumplido el primero y antes del último año del período para el que fue electa la autoridad cuestionada. Durante el período de gestión de una autoridad podrá realizarse solo un proceso de revocatoria del mandato. La solicitud de revocatoria deberá respaldarse por un número no inferior al diez por ciento de personas inscritas en el registro electoral correspondiente. Para el caso de la Presidenta o Presidente de la República se requerirá el respaldo de un número no inferior al quince por ciento de inscritos en el registro electoral.”

⁶⁸ La Corte Constitucional, en el caso 0002-10-CP, ha emitido el dictamen No. 001-13-DCP-CC, el 25 de septiembre de 2013, por el que ha establecido la siguiente regla jurisprudencial, de aplicación obligatoria con efecto erga omnes: “*Para la emisión del dictamen previo y vinculante de constitucionalidad de las convocatorias a consulta popular provenientes de la iniciativa ciudadana, el Consejo Nacional Electoral deberá remitir a la Corte Constitucional, junto con la petición de consulta, el informe favorable del cumplimiento de la legitimación democrática, en observancia a lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 104 de la Constitución, requisito que deberá ser verificado por la Sala de Admisión en funciones conforme al Reglamento de Sustanciación de Procesos de la Corte Constitucional*”; <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/pdf2.php?fc=http://186.42.101.3/al fresco/d/d/workspace/SpacesStore/5459eccc-96df-48bc-8505-faefb36698de/0002-10-CP-dic-lcca.pdf?guest=true>, visita el 28 de octubre de 2013.

En el artículo 106 de la Constitución de la República se establece que una vez aceptada la solicitud presentada por la ciudadanía, el Consejo Nacional Electoral convocará, en el plazo de quince días, a referéndum, consulta popular o revocatoria del mandato, que deberá efectuarse en los siguientes sesenta días. Para la aprobación de un asunto propuesto a referéndum, consulta popular o revocatoria del mandato, se requerirá la mayoría absoluta de los votos válidos, salvo la revocatoria de la Presidenta o Presidente de la República en cuyo caso se requerirá la mayoría absoluta de los sufragantes.

El pronunciamiento popular será de obligatorio e inmediato cumplimiento. En el caso de revocatoria del mandato la autoridad cuestionada será cesada de su cargo y será remplazada por quien corresponda de acuerdo con la Constitución de la República.⁶⁹ La revocatoria del mandato se fundamenta en los principios de rendición de cuentas y representatividad, puesto que el electorado en ejercicio de su soberanía, otorga a sus representantes un mandato para que ejerza un poder cuyo ejercicio se cuestiona, a través de este mecanismo, llegando incluso a su revocatoria.

6. LA DESCENTRALIZACIÓN Y EL SISTEMA DE COMPETENCIAS DE LOS GAD MUNICIPALES

El Ecuador, a partir de la vigencia de la Constitución de la República de 2008, cuenta con el denominado Sistema Nacional de Competencias, sustitutivo del modelo de descentralización previsto en la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, cuya característica principal era la forma de negociación de las competencias a ser transferidas, uno a uno, regulado en la Ley de Descentralización de 1997, cuerpo legal que no llegó a armonizarse con el texto constitucional; comprende las diferentes cla-

⁶⁹ Con el ejercicio de este derecho, al menos siete autoridades de los gobiernos autónomos fueron destituidos de sus funciones.

ses de competencias (exclusivas reconocidas a cada nivel de gobierno, incluido el nivel nacional, concurrentes, residuales y adicionales) y la institucionalidad afincada en el Consejo Nacional de Competencias integrado por representantes de la Función Ejecutiva y de los GAD, como organismo técnico del Sistema Nacional de Competencias.

El legislador constituyente de Montecristi hizo el esfuerzo de identificar competencias exclusivas diferenciadas por nivel de gobierno, incluido el nivel nacional y a pesar de que muchas de ellas se reiteran en cada nivel, lo que conlleva dificultades en el ejercicio de las mismas, pues la posibilidad de superposición en su ejercicio está siempre presente, la intencionalidad manifiesta en tal desarrollo, fue la de fortalecer el proceso de descentralización y procurar la racionalización del ejercicio de las potestades públicas. Sin embargo, la gestión real de cada una de las competencias exclusivas de cada nivel de gobierno está condicionada al avance del proceso de descentralización, puesto que, pese a que si una competencia es reconocida como exclusiva por la Constitución de la República, no debería estar supeditada a transferencia sino a su ejercicio directo por el nivel de gobierno correspondiente, en el COOTAD se estableció que las mismas debían someterse al proceso de transferencia de competencias,⁷⁰ junto con las competencias concurrentes, residuales y adicionales que también se someten al mismo proceso de descentralización, bajo la responsabilidad del Consejo Nacional de Competencias, encargado de determinar cuáles son transferibles y en qué condiciones.

La característica de las competencias exclusivas es su titularidad, que corresponde al nivel que la Constitución de la República le reconoce, sea nacional o subnacional, sin embargo de lo cual, una

⁷⁰ La transferencia de competencias exclusivas desde el nivel central a los niveles subnacionales únicamente se justifica en tanto su ejercicio estaba concentrado en el nivel nacional, y requiere la transferencia de los recursos físicos, económicos y humanos para que se ejerza desde el nivel que la Constitución establece.

de las facultades que materializan su ejercicio, la de gestión, puede ser compartida con otros niveles de gobierno, mecanismo que permite dar racionalidad a su ejercicio en el territorio. Así se entiende el contenido del artículo 260 de la CRE, salvando su aparente contradicción frente a la exclusividad.

En el contexto señalado, las competencias exclusivas que la CRE (artículo 264) y COOTAD (artículo 55) reconocen a favor de los GAD municipales son:

- a) Planificar, junto con otras instituciones del sector público y actores de la sociedad, el desarrollo cantonal y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, con el fin de regular el uso y la ocupación del suelo urbano y rural, en el marco de la interculturalidad y plurinacionalidad y el respeto a la diversidad.
- b) Ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón, competencia que no se circunscribe exclusivamente al área urbana y que marca diferencia con el régimen regulatorio anterior, que se concentraba en el área urbana, excepto en el caso del Distrito Metropolitano de Quito, que incluye área urbana y rural. Esta es la competencia que se vería reducida en su contenido y alcance, en función de lo que se ha podido advertir como contenidos, del proyecto de ley que está aprobado por la Asamblea Nacional, a la espera del ejecútase del Presidente de la República.
- c) Planificar, construir y mantener la vialidad urbana. Esta competencia así concebida se justifica plenamente en las ciudades grandes y medianas, no así en las ciudades pequeñas en las que las zonas urbanas y el sistema vial son reducidos, mientras que las zonas rurales son extensas, lo que, en aplicación estricta de esta competencia, reduce el ámbito de intervención de los GAD mu-

nicipales, los que deben recurrir a otros mecanismos de gestión para atender zonas rurales, sin desconocer las competencias exclusivas de niveles como el provincial y el parroquial rural en la misma materia. Aquí se materializa la flexibilidad de la gestión de las competencias exclusivas reconocida por la Constitución de la República (artículo 260).

d) Prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley; esto, en conjunto, forman parte del paquete de servicios básicos tradicionalmente de responsabilidad municipal.

e) Crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras; competencia que se reconoce únicamente al nivel municipal, pero que el COOTAD, a través de lo que denomina *facultad tributaria*, extiende a los niveles regional y provincial, mediante una interpretación de lo que el artículo 301 de la Constitución de la República denomina “*acto normativo de órgano competente*”.

f) Planificar, regular y controlar el tránsito y el transporte terrestre dentro de su circunscripción cantonal; esta competencia ha sido la primera con la que se ha dado inicio al proceso de transferencia, en el nuevo esquema, bajo la dirección del Consejo Nacional de Competencias.⁷¹

g) Planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, así como los espacios públi-

⁷¹ Algunas administraciones municipales, Quito y Cuenca por ejemplo, tienen bastante consolidado el proceso de transferencia de esta competencia que demanda una estrategia y logística compleja, por las características propias de ésta. Otras están en proceso de consolidación. En el caso de las municipalidades pequeñas, han decidido adoptar el modelo de mancomunidad para el ejercicio de estas competencias, aprovechando el principio de economía de escala.

cos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo, de acuerdo con la ley. Esta competencia, en salud y educación, fue modificada por las enmiendas constitucionales aprobadas en diciembre por la Asamblea. Como consecuencia de aquello, está en discusión una reforma al COOTAD, para armonizar el nuevo contenido constitucional, excluyendo la posibilidad de que los GAD municipales puedan intervenir en estas competencias. A partir de la aprobación de las reformas, las intervenciones municipales en estas áreas requerirá de previa autorización del organismo rector a nivel nacional, los ministerios correspondientes.

h) Preservar, mantener y difundir el patrimonio arquitectónico, cultural y natural del cantón y construir los espacios públicos para estos fines. En esta competencia, también se han generado regulaciones desde el nivel nacional, en procura de mantener la rectoría desde el nivel nacional. La ley de cultura, que también se encuentra en discusión, seguro traerá novedades en cuanto al ejercicio de la competencia por parte de los GAD municipales.

i) Elaborar y administrar los catastros inmobiliarios urbanos y rurales; es una reiteración de lo que ya tenían los gobiernos municipales, desde la década de los noventa.

j) Delimitar, regular, autorizar y controlar el uso de las playas de mar, riberas y lechos de ríos, lagos y lagunas, sin perjuicio de las limitaciones que establezca la ley; el uso de playas anteriormente estaba asignada a la Armada Nacional.

k) Preservar y garantizar el acceso efectivo de las personas al uso de las playas de mar, riberas de ríos, lagos y lagunas. Competencia que permitirá promover el turismo en los GAD municipales ribereños.

l) Regular, autorizar y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos, que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos,

playas de mar y canteras; otro proceso también en ejecución la transferencia a los GAD municipales.

m) Gestionar los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios; esta competencia es una materialización de un proceso que inició en la década del 2000, con los primeros procesos de descentralización; y,

n) Gestionar la cooperación internacional para el cumplimiento de sus competencias. Esta competencia la tienen todos los gobiernos subnacionales, pero por sus características y procedencia, debe mantener coordinación a nivel nacional con la Secretaría Técnica de Cooperación Internacional, SETECI.

El ejercicio de estas competencias, debe observar las políticas nacionales que son responsabilidad del nivel nacional de gobierno. En el caso de los sectores estratégicos, la modalidad de gestión también debe ser definida por el gobierno nacional.

6.1. LA DESCENTRALIZACIÓN

La descentralización se justifica cuando la estructura de gestión de las potestades públicas obedece a sistemas fuertemente concentrados en el nivel central de gobierno, característica de los estados unitarios, aunque no exclusiva de éstos, porque pueden encontrarse niveles de concentración también en estados federales, como es el caso de Venezuela. Comprende la transferencia de competencias, talento humano, recursos físicos y materiales, desde el nivel central de gobierno a los niveles subnacionales, del centro a la periferia, de manera de acercar la toma de decisiones y la gestión a la gente, materializando el principio de subsidiariedad. Todo proceso de descentralización comprende la distribución del poder que bien puede ser entendido como un proceso de democratización del ejercicio del poder.

6.2. LOS MOMENTOS DEL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN:

La descentralización en el Ecuador ha tenido algunos momentos en los últimos veinte años, cada uno con características propias; cabe destacar al menos cuatro:

1. El inicio de la discusión con su inclusión tanto en la Constitución como en la legislación secundaria (Ley de Modernización del Estado, 1993), que no generó mayor efecto práctico, salvo el posicionamiento del tema en la discusión pública, puesto que mayor interés tuvo la reducción del tamaño del Estado a través de la compra de renunciaciones y supresión de partidas y los intentos por privatizar los principales negocios públicos.⁷²

2. El desarrollo del marco normativo secundario con la expedición de la Ley de asignación del 15 por ciento del presupuesto general del Estado para los gobiernos seccionales autónomos (marzo de 1997) y la Ley de descentralización y participación social (noviembre de 1997), así como las normas constitucionales incorporadas en las reformas de 1998 que consagran el modelo voluntario/obligatorio (voluntario para el gobierno seccional pero obligatorio para el nivel nacional), la posibilidad de transferir todas las competencias, excepto las expresamente enunciadas en el artículo 226 de la Constitución de la República,⁷³ la exigencia

⁷² Para desencanto de muchos, la privatización tampoco logró sus propósitos, pues, a más de la concreción de unos pocos casos, como la venta de Ecuatoriana de Aviación, la línea aérea de bandera y parte de los paquetes accionarios de propiedad pública en algunas empresas como las cementeras, los demás casos no se pueden llamar de privatización porque únicamente lo que se cambió fue la forma de las sociedades, de instituciones públicas (institutos como INECEL, o empresas como EMETEL o las eléctricas) a formas privadas, principalmente sociedades anónimas, sin que se haya llegado a privatizar la titularidad del capital o de las acciones, muy a tono con lo que se conoce como la huida del derecho público hacia formas privadas (Juan Carlos Cassagne, tendencias del derecho administrativo, 2005, documento de la Universidad de Salamanca).

⁷³ La norma exceptuaba la defensa y seguridad nacionales, la dirección de política exterior y las relaciones internacionales, la política económica y tributaria del Esta-

de capacidad operativa al organismo receptor para asumir nuevas competencias⁷⁴ y la condición de que no habrá transferencia de competencias sin recursos y viceversa, período en el que tampoco hubo ejecución del proceso, aunque si una suerte de preparar las condiciones para lo que vendría más adelante.

3. La ejecución del proceso de descentralización como estrategia para frenar las demandas de autonomía provincial⁷⁵ que se evidenciaron en las consultas populares realizadas en cinco provincias en el año 2000; esto se viabilizó a partir de mediados del 2001 con la expedición del Reglamento a la Ley de Descentralización y Participación Social, en el que, de alguna manera, se incorporaron los contenidos constitucionales de 1998; la formulación del primer plan nacional de descentralización, que permitió ejecutar ya procesos de transferencia de competencias, en el período comprendido entre 2001 y 2006, muchos de ellos inacabados por la abierta o solapada oposición, principalmente de los mandos medios del nivel central y la reforma a la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 2004 que incorpora el procedimiento para la ejecución del proceso, antes previsto únicamente en el Reglamento a la Ley de Descentralización,⁷⁶ no exento de contradicciones y vacíos.

4. La Constitución de la República de 2008 que incorpora en su título V, de “Organización Territorial”, la identificación de com-

do, la gestión de endeudamiento externo, además de aquellas que la Constitución y convenios internacionales expresamente excluyan.

⁷⁴ Lo que abrió otro frente de discusión en torno a quién debía calificar la capacidad operativa, si el gobierno nacional o el gobierno seccional. Esto se zanjó en la reforma a la Ley de Régimen Municipal de 2004, en cuanto a municipios se refiere.

⁷⁵ Las demandas de autonomía provincial fueron auspiciadas por los prefectos provinciales, mediante la formulación de preguntas cerradas que no daban opción a pronunciarse en contra de ellas.

⁷⁶ La falta de claridad del proceso previsto en el Reglamento, en más de una ocasión fue tomado como excusa para no avanzar en la ejecución de algunos ya iniciados o por otra parte, se intentó complementarlo sectorialmente como fue el Acuerdo 55 del Ministerio del Ambiente, que en fin de cuentas estableció su propio mecanismo de transferencia.

petencias exclusivas por niveles de gobierno, desde el nacional hasta el parroquial rural, el reconocimiento de la existencia de competencias concurrentes, adicionales y residuales, el sistema nacional de competencias con el enunciado de su institucionalidad que posteriormente se concreta en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, el mecanismo para identificar recursos a través de las comisiones técnicas integradas por representantes de los diferentes niveles de gobierno y dos características decidoras del sistema: **obligatorio**, su cualidad primordial y **progresivo**, que puede modular la forma de ejecución de la transferencia de las competencias y el ejercicio de las competencias ya transferidas, característica que se ha puesto en práctica en los procesos que se han ejecutado, con el nuevo modelo.

6.3. LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Los procesos de descentralización ejecutados en el país, se han concentrado en la descentralización administrativa. La discusión sobre el proceso constituyente y la expedición de la nueva Constitución de la República entre 2007 y 2008, postergó la continuidad en la ejecución de los procesos de descentralización en el modelo de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, que hasta entonces habían alcanzado algunos avances, en muchos de los cuales se habían adelantado negociaciones y acuerdos, a la espera de las nuevas reglas y la nueva institucionalidad; el proceso, con las reglas de la CRE de 2008 no se ha consolidado plenamente, pues, a pesar de que existe ya la normativa secundaria que desarrolla las disposiciones constitucionales, la institucionalidad responsable de su ejecución, el Consejo Nacional de Competencias, está en su fase de consolidación institucional⁷⁷ y ha dado paso al plan nacional de descentralización⁷⁸ con la

⁷⁷ La misión del CNC es "... el organismo técnico del Sistema Nacional de Competencias, encargado de organizar e implementar el proceso de descentralización, impulsando el desarrollo equitativo, solidario y equilibrado en todo el territorio

priorización de las competencias que serán descentralizadas, en aplicación del principio de progresividad del sistema. Hasta este momento, una de las partes involucradas en el proceso, los gobiernos autónomos descentralizados, de todos los niveles, tampoco han dado muestras claras de interés por la ejecución del proceso, razón más para que muchos vean con escepticismo el mismo, aunque más de un sector piensa en las estrategias para su ejecución.

De los procesos ejecutados en el modelo del uno a uno,⁷⁹ son decisores los de transferencia de competencias en materia de salud hacia el gobierno municipal de Cotacachi, que finalmente, no concluyó su concreción por la falta de transferencia de recursos económicos, pese a que los demás aspectos fueron asumidos por la administración municipal; y, en esa misma línea paradigmática, la transferencia del sistema nacional ferroviario a la mancomunidad de 33 municipios que fue revertida por Decreto Ejecutivo, ya en la presidencia de Rafael Correa, a través de la curiosa figura de la “resiliación” del convenio de transferencia a la que no se opuso ninguna autoridad representante de los gobiernos municipales integrantes de la mancomunidad, abortando el proceso antes de que se concrete la transferencia.⁸⁰ Subsisten algunas

nacional con enfoque participativo e incluyente, generando para ello mecanismos de fortalecimiento institucional que permitan realizar una gestión eficiente y oportuna de las competencias asumidas, garantizando así la realización y consolidación del Buen Vivir, en cumplimiento de los principios constitucionales y la normativa vigente”, según consta en la web institucional; <http://www.competencias.gob.ec/institucion/quienes-somos>, visitada el 28 de octubre de 2013.

⁷⁸ El plan fue aprobado mediante resolución No. 003-CNC-2012, del Consejo Nacional de Competencias; está publicado en el Registro Oficial No. 673 de 30 de marzo de 2012.

⁷⁹ El sociólogo Pabel Muñoz calificó al modelo como “descentralización a la carta”, por las características de negociación de las competencias a ser transferidas.

⁸⁰ En el Registro Oficial No. 593, de 19 de mayo de 2009 está publicado el Decreto Ejecutivo No. 1702, por el que el Presidente de la República dispone a la Empresa de Ferrocarriles Ecuatorianos, EFE, que “...supla la prestación de los servicios y la ejecución de los proyectos u obras, relacionadas, a la planificación, financiamiento, administración, rehabilitación, operación y funcionamiento del sistema nacional ferroviario, de conformidad con el artículo

competencias transferidas, por ejemplo en turismo o en seguridad y riesgos, como los cuerpos de bomberos, lo que recuerda el alcance de “definitiva” que tuvo la descentralización en el esquema anterior.

En la actualidad, el CNC establece los siguientes avances en el proceso de descentralización:⁸¹ **1. Riego y drenaje:** aprobación del Plan Nacional de Riego y Drenaje 2011-2026; transferencia efectiva de 13 de 15 sistemas de riego públicos unipersonales; transferencia de recursos a los GAD provinciales por USD 23 millones en el año 2012; 96 proyectos aprobados, alienados a objetivos y políticas del PRD, por un monto de USD 33.000 en el año 2012; plan de fortalecimiento, acompañamiento y transferencia de conocimientos. **2. Tránsito, transporte terrestre y seguridad vial:** puesta en marcha de la estrategia para implementación de la competencia de acuerdo al modelo; modelo A: 3+4 municipios; modelo B: 10 municipios; modelo C: 204 municipios; del modelo A, seis han asumido parcialmente la competencia; Cuenca ha asumido la totalidad y Quito, el proceso de matriculación; Tungurahua y Pastaza han conformado las primeras mancomunidades para la competencia. **3. Gestión de la Cooperación Internacional:** implementación de estrategias y agendas con los cooperantes; normativa para la gestión adecuada de la cooperación internacional: modelo de gestión y procedimientos de negociación de acuerdos estratégicos; mesas de diálogo para alinear cooperación del nivel local al nacional; sistema nacional de información de la cooperación internacional para medir su eficacia, en fase de prueba.

17 de la *Ley de Modernización del Estado*”. En el mismo Decreto, en el artículo 2 señala que “*Se solicita a la Empresa de Ferrocarriles Ecuatorianos que realice las gestiones pertinentes para resiliar los convenios de transferencia de competencias y recursos con la mancomunidad de municipios para la rehabilitación del ferrocarril ecuatoriano*”.

⁸¹ Según consta en la página web del CNC: <http://www.competencias.gob.ec/> institución/quienes-somos, visitada el 28 de octubre de 2013.

6.4. LA DESCENTRALIZACIÓN FISCAL

La descentralización fiscal puede ser definida como la adopción, desde el nivel central, de mecanismos orientados a mejorar la asignación de recursos en la institucionalidad de gobierno territorial que permitan la redistribución de la riqueza y la disminución de inequidades, observando principios como los de solidaridad, igualdad y oportunidad.

En el país, la descentralización fiscal ha caminado en paralelo con la descentralización administrativa, fruto del principio constitucional de 1998 que estableció que no podrá haber transferencia de competencias sin transferencia de recursos equivalentes, ni transferencia de recursos, sin la de competencias.⁸²

Dos son los parámetros para medir el grado de avance de la descentralización fiscal, la transferencia de recursos del presupuesto general del Estado y la generación de recursos propios, principalmente de la mano de los tributos.

7. LOS RECURSOS DEL GAD MUNICIPAL

Los GAD municipales, al igual que los otros niveles de gobierno subnacional, deben generar sus propios recursos, por mandato constitucional; no obstante, dicha posibilidad no es tan fácil ejecutarla porque depende, no solo de las atribuciones legales de las que dispone, sino, principalmente, de la capacidad de pago que tienen los ciudadanos, lo cual a su vez depende de las condiciones de desarrollo que tampoco son equitativas. Sin embargo, los ingresos de los GAD municipales tienen varias fuentes que permiten cumplir con sus objetivos institucionales. Las de mayor

⁸² La disposición prevista en el artículo 226 de la Constitución de la República, tiene su justificación histórica en el hecho de que la Ley de asignación del 15% del presupuesto para los gobiernos seccionales autónomos facilitó la transferencia de recursos del presupuesto general del Estado pero se olvidó de la transferencia de competencias.

trascendencia son las que provienen del presupuesto general del Estado.

7.1. TRANSFERENCIAS PARA LA EQUIDAD

La transferencia de recursos del Presupuesto General del Estado a los gobiernos autónomos descentralizados ha sido el tema en el que se ha concentrado la discusión sobre descentralización fiscal en los últimos quince años, ya en el porcentaje de participación, ya en los mecanismos de transferencia, ya en los montos efectivamente transferidos o, ya en los beneficiarios de las transferencias.

Antes de 1998 se marcaron dos hitos importantes en materia de transferencia de recursos a los gobiernos subnacionales: **1.** El reconocimiento a los gobiernos seccionales autónomos del derecho a participar del 15 por ciento del presupuesto general del Estado, lo cual ocurrió con la reforma a la Constitución de 1979 en 1996; y, **2.** La regulación de este derecho por la ley de asignación del 15% del presupuesto general del Estado de 1997,⁸³ que si bien no dio paso a la entrega inmediata de ese porcentaje de recursos, marcó el inicio de su cumplimiento integral que se concretó años más tarde.

En la Constitución de la República (2008), a más de la suigéneris clasificación de ingresos en *permanentes y no permanentes* (que corresponde a la tradicional de ingresos “*corrientes*” y “*de capital*”) y el incremento de porcentajes, que a primera vista puede verse como positivo, pero que se relativiza, si consideramos por un lado que la diferenciación de ingresos puede incrementar o disminuir uno u otro, según el concepto adoptado⁸⁴ y por otro, que como ya

⁸³ Un elemento curioso de esta ley fue que su justificación enuncia que la asignación de recursos del presupuesto general del Estado servirá para consolidar el proceso de descentralización, pero en la práctica sus regulaciones concretaron la transferencia de recursos, pero no la transferencia de nuevas competencias.

⁸⁴ La clasificación tiene este propósito, controlar los montos de ingresos repartibles, en función de que rubros alimentan una u otra clase de ingreso, así se entiende el

quedó dicho, los partícipes de las transferencias se incrementan en el cien por ciento, con la inclusión de los gobiernos regionales (con posibilidades de institucionalización, a futuro) y de los gobiernos parroquiales, ya operativos desde el año 2000 y que no participaban del 15 por ciento anterior. El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (2010) en el art. 78 trae la siguiente definición:

“Ingresos permanentes: Son los ingresos de recursos públicos que el Estado a través de sus entidades, instituciones y organismos públicos reciben de manera continua, periódica y previsible. La generación de ingresos permanentes no ocasiona la disminución de la riqueza nacional. Por ello, los ingresos permanentes no pueden provenir de la enajenación, degradación o venta de activos públicos de ningún tipo o del endeudamiento público.

Ingresos no-permanentes: Son los ingresos de recursos públicos que el Estado a través de sus entidades, instituciones y organismos, reciben de manera temporal, por una situación específica, excepcional o extraordinaria. La generación de ingresos no-permanentes puede ocasionar disminución de la riqueza nacional. Por ello, los ingresos no permanentes pueden provenir, entre otros, de la venta de activos públicos o del endeudamiento público.”

Por otra parte, esta forma de clasificación de ingresos tiene incidencia en el destino de los recursos, pues también los egresos se clasifican en permanentes y no permanentes, conceptualizados y regulados así mismo por ley. El artículo 79 del Código Orgánico

alcance de la regulación que expresa que la generación de ingresos permanentes no ocasiona la disminución de la riqueza nacional, con lo que, por ejemplo, los ingresos petroleros no forman parte de los ingresos permanentes ya que si provocan la disminución de la riqueza nacional, pero su consideración como ingresos no permanentes, disminuye en forma considerable la masa repartible, sin lugar a dudas.

de Planificación y Finanzas Públicas establece la clasificación de egresos:

“Los egresos fiscales se clasifican en egresos permanentes y no permanentes, y éstos podrán clasificarse en otras categorías con fines de análisis, organización presupuestaria y estadística.

Egresos permanentes: Son los egresos de recursos públicos que el Estado a través de sus entidades, instituciones y organismos, efectúan con carácter operativo que requieren repetición permanente y permiten la provisión continua de bienes y servicios públicos a la sociedad. Los egresos permanentes no generan directamente acumulación de capital o activos públicos.

Egresos no-permanentes: Son los egresos de recursos públicos que el Estado a través de sus entidades, instituciones y organismos, efectúan con carácter temporal, por una situación específica, excepcional o extraordinaria que no requiere repetición permanente. Los egresos no-permanentes pueden generar directamente acumulación de capital bruto o activos públicos o disminución de pasivos. Por ello, los egresos no permanentes incluyen los gastos de mantenimiento realizados exclusivamente para reponer el desgaste del capital.”

Otro elemento a considerar sobre esta temática, son los criterios que prevé la Constitución de la República para que operen las transferencias, a saber:

- El número de población;
- La densidad poblacional;
- Las necesidades básicas insatisfechas, debidamente jerarquizadas;
- La eficiencia administrativa;
- La eficiencia fiscal.

Estos criterios, aunque no en los mismos términos,⁸⁵ ya estaban considerados en la Constitución Política de la República del Ecuador (1998), pero fueron utilizados parcial y referencialmente en la concreción de las transferencias. Ahora, enriquecidos en su descripción y complementados como están, la jerarquización de las necesidades básicas insatisfechas es un tema que de definirse cómo opera, requieren de un mecanismo más complejo que permita su aplicación. Eso se lo hace a través del COOTAD que materializa el mecanismo, mediante la fórmula del modelo de equidad territorial en la provisión de bienes y servicios públicos, mediante la fórmula expresamente prevista (artículos 193 y 194 del COOTAD). La mayor cantidad de dinero que se distribuye a través de este mecanismo corresponde a los GAD municipales.

7.2. TRANSFERENCIAS PARA EL EJERCICIO DE NUEVAS COMPETENCIAS

A más de las transferencias del denominado modelo de la equidad territorial, hay que señalar que los GAD municipales también pueden ser beneficiarios de los recursos que se deben acompañar a la transferencia de competencias, para lo cual debe activarse el mecanismo de identificación de recursos que corresponde a las competencias a ser transferidas, a través de las comisiones técnicas de costeo de competencias que deben integrarse para el proceso.

Sobre esto hay que señalar que los recursos transferidos serán importantes en tanto el volumen de competencias que se transfieran también lo sean, pues de lo contrario, no resultaría importante y como ya se dijo, mientras no se ejecute el proceso de descentralización no se puede advertir de cuantos recursos se trata.

⁸⁵ El artículo 231 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 establecía como criterios para la asignación de recursos número de habitantes, necesidades básicas insatisfechas, capacidad contributiva, logros en el mejoramiento de los niveles de vida y eficiencia administrativa.

Lo que sí se puede adelantar es que como la descentralización es obligatoria, la transferencia cubriría a todos los gobiernos como receptores de competencias, lo cual, implica un cambio significativo en relación con el sistema anterior. Hasta lo que se ha concretado en cuanto a transferencias, no ha habido traspaso de recursos, no de manera significativa.

7.3. TRANSFERENCIAS PARA COMPENSAR LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS

Otro mecanismo de transferencia a favor de los GAD en general, que beneficia a los municipales en particular es la de recursos destinados a compensar la explotación de recursos naturales en la respectiva jurisdicción. El antecedente de estas transferencias es la Ley 010 que distribuye recursos de la exportación de petróleo a favor de los GAD de la región amazónica; en igual sentido, la Ley 47 que asigna recursos a los GAD de las zonas de influencia de las centrales hidroeléctricas de Paute y Agoyán. En similares condiciones se pueden generar nuevas asignaciones sobre todo para compensar a los GAD por explotaciones mineras a gran escala que están en proceso.

7.4. INGRESOS NO TRIBUTARIOS

Una fuente importante de ingresos es la relacionada con los no tributarios que pueden tener diferentes orígenes, según el tipo de fuente; así, pueden provenir de rendimientos financieros, arriendos de locales, venta de bienes muebles e inmuebles, regalías por uso de espacio público, explotaciones económicas como generación de energía por disposición final de residuos sólidos. Las multas también son ingresos no tributarios, pero no puede considerarse un mecanismo seguro pues las multas tienen como propósito generar cambios de conducta de los ciudadanos y no pueden asegurar más ingresos.

7.5. INGRESOS TRIBUTARIOS

Los ingresos tributarios son para los GAD municipales, los de mayor trascendencia, después de las transferencias para la equidad, porque permiten, a un buen porcentaje, obtener los recursos necesarios para cubrir una parte importante del gasto corriente. En función del esquema constitucional y legal del régimen impositivo, así como del paquete de competencias de los que son responsables, permite resultados medianamente positivos, de mejor incidencia frente a los demás gobiernos subnacionales. Para entender adecuadamente el sistema de ingresos tributarios municipales, es preciso hacer un recorrido por el régimen impositivo de los gobiernos subnacionales.

7.5.1. EL RÉGIMEN IMPOSITIVO SUBNACIONAL

La generación de recursos propios de los gobiernos subnacionales ha estado marcada por las desigualdades en su concreción, ya que por un lado, los gobiernos municipales eran beneficiarios de un paquete importante de impuestos como los prediales urbano y rural, alcabalas, utilidades, espectáculos públicos, al juego, al rodaje, al registro, patentes y activos totales,⁸⁶ los consejos provinciales en cambio, apenas si participaban de los adicionales al registro y a la alcabala.

Con las reformas constitucionales de 1998, el reconocimiento de la potestad tributaria a los gobiernos seccionales provincial y municipal, en virtud de la cual podían, mediante ordenanza, crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras, lo que implicaba la entrega de una herramienta fuerte para mejorar la generación de recursos propios, aunque el incremento de ingresos no depende solo del ejercicio de la potestad tributaria,

⁸⁶ Alguno de ellos como el de alcabala, de vieja tradición en el país, pues data de los tiempos de la colonia, cuya imposición provocó la denominada rebelión de las alcabalas.

puesto que se necesita también incidir en la generación de fuentes de empleo y de ingresos que mejoren la capacidad de pago de la población.

Los “avances” alcanzados hasta entonces, si se pueden calificar como tales a los señalados, no tuvieron el mismo tratamiento en la Constitución de la República (2008). Es viable un elemento restrictivo, en tanto únicamente a los gobiernos municipales reconoce, de manera expresa, como competencia exclusiva, la de crear, modificar o suprimir, tasas y contribuciones especiales de mejoras (CRE: artículo 264, numeral 5), disposición que ha sido ampliada con las regulaciones incorporadas en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el que de manera expresa se reconoce la *facultad tributaria* a los gobiernos regionales y provinciales, potestad que los asambleístas constituyentes les negaron de manera implícita al no considerarlo en el articulado que regula las competencias exclusivas de estos niveles de gobierno, como sí lo hicieron con el gobierno municipal, como queda expuesto, lo cual resulta una abierta contraposición a la norma constitucional pero que los legisladores que formularon el COOTAD no lo consideraron así, porque lo justificaron con el contenido del artículo 301 de la CRE (2008) que establece la posibilidad de crear, modificar, suprimir y exonerar tasas y contribuciones especiales de mejoras, por acto normativo de órgano competente; entonces, lo que el legislador ordinario hizo en el COOTAD fue definir ese órgano competente, los consejos de los gobiernos provincial y regional, como órganos normativos y el acto normativo, que son aquellos que expiden los órganos de legislación, normas regionales, ordenanzas distritales, provinciales y municipales.

7.5.1.1. PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO

Según la Constitución de la República (2008), son principios del sistema tributario ecuatoriano (artículo 300): generalidad, progre-

sividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Estos principios se aplican también a los tributos municipales, de allí su importancia de entender su contenido y alcance.

El principio de *generalidad*, está vinculado con el de igualdad, en el sentido de prohibición de las discriminaciones o privilegios en materia fiscal que afecta a los que tengan capacidad económica.

La *progresividad* se entiende como la característica de un sistema tributario según la cual, a medida que aumenta la riqueza de cada sujeto obligado, aumenta la contribución en proporción superior al incremento de riqueza. Los que tienen más contribuyen en proporción superior a los que menos tienen.

El principio de *eficiencia* tiene que ver con la capacidad recaudatoria de los sujetos activos de la relación jurídica tributaria, esto es, la estructura institucional de las administraciones tributarias, nacionales, locales o especiales.

La *simplicidad administrativa* dice relación a las facilidades que la administración tributaria debe otorgar al administrado para que acceda al cumplimiento oportuno de sus obligaciones tributarias, sin trabas burocráticas o trámites engorrosos que dificulten su acceso.

La *irretroactividad* está relacionada con el tiempo de vigencia de la ley tributaria que rige para el futuro, por lo que se prohíbe su vigencia retroactiva, para el pasado; está orientado a dar seguridad jurídica a las relaciones entre sujeto activo y sujeto pasivo de los tributos. La irretroactividad no es absoluta, pues por excepción cabe la aplicación retroactiva, como cuando por ejemplo, se otorgan amnistías tributarias o se reducen las sanciones en beneficio del contribuyente.

El principio de *equidad*, entendido como aquel que procura que el sistema impositivo contribuya a la redistribución de los recursos en la sociedad para eliminar distorsiones y procurar equilibrios. Atiende más a los mecanismos de distribución de los recursos recaudados a través de los tributos y se refleja por ejemplo en el sistema de transferencia de recursos del presupuesto general del Estado a favor de sus beneficiarios, entre ellos, los gobiernos municipales.

La *transparencia* que promueve y procura una gestión administrativa tributaria con la información suficiente a disposición de los sujetos obligados que evite prácticas corruptas y facilite la rendición de cuentas.

La *suficiencia recaudatoria* supone mejorar la gestión tributaria, en este caso de los gobiernos autónomos descentralizados, entre ellos, los municipales, que se reflejará en mejoras en la generación de sus propios recursos. Está ligado a los principios de eficiencia y simplicidad administrativa; en conjunto procuran mejoras en la gestión del sistema tributario. Atiende también al contenido material de los tributos, pues muchos de ellos no cumplen con este principio en tanto, su gestión resulta más gravosa que los valores por recaudar.

7.5.1.1.1. RESERVA LEGAL

Según la norma constitucional (artículo 301), solo por iniciativa de la *función ejecutiva* y mediante *ley* sancionada por la Asamblea Nacional, se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos. Y, solo por *acto normativo* de órgano competente se podrá establecer, modificar o extinguir tasas y contribuciones. Son dos situaciones distintas que abarcan el ámbito de los gobiernos municipales. La reserva legal cubre los impuestos, pero las tasas y las contribuciones especiales de mejoras pueden ser expedidas por acto normativo distinto, en este caso, mediante

ordenanzas municipales, con lo que se concreta lo que se conoce como flexibilización de la reserva legal o dulcificación de la potestad tributaria.

Sobre el tema, resulta esclarecedora la conclusión 6 de las VIII Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario:

“La rigidez de la reserva legal, que aparece como absoluta, en la práctica por el imperio de la propia Constitución y las leyes tributarias generales o especiales, se ha ido relativizando, para posibilitar que las instituciones se adecuen a las nuevas realidades que surgen en la dinámica del proceso económico, político y social y en particular, de la creciente necesidad de incrementar la efectividad en la recaudación de los medios que hagan posible el cumplimiento de sus fines específicos. Tributos como es el caso de tasas y contribuciones especiales de mejoras, peajes, tarifas, surgen de normas secundarias denominadas ordenanzas”.⁸⁷

En aplicación del principio de reserva legal, solo los impuestos creados por ley son de beneficio municipal. En este sentido, son todos los previstos en el art. 491 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (que son los mismos previstos en la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, más el contemplado en la Ley 006, de Control Tributario y Financiero de diciembre de 1988, el de activos totales, ahora incorporado al COOTAD).

De acuerdo con la segunda parte de la norma del artículo 301 constitucional, el “*acto normativo de órgano competente*” por el que se puede crear, modificar o extinguir tasas y contribuciones especiales de mejoras, es la ordenanza municipal expedida por el concejo

⁸⁷ Conclusiones publicadas en el Boletín del Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario, Número 10, enero de 2009. El relator general del tema “*Autonomía y poder tributario*” fue el doctor Rodrigo Patiño Ledesma.

municipal, en concordancia con la competencia exclusiva prevista en el número 5 del artículo 264 de la Constitución de la República a favor de los gobiernos municipales.

La norma constitucional del artículo 264 no se refiere a la facultad de “exonerar” tasas y contribuciones especiales de mejoras, lo que equivale a entender que el ejercicio de la potestad tributaria del gobierno municipal en esta materia no incluye esta posibilidad, la cual cabría hacerlo únicamente por ley, salvo que se entienda y se aplique el contenido del 301 de la misma Constitución que por el contrario, si lo reconoce de modo explícito.

7.5.2. RÉGIMEN IMPOSITIVO DE LOS DISTRITOS METROPOLITANOS AUTÓNOMOS

Todo el esquema del régimen impositivo de los gobiernos autónomos descentralizados regionales se desarrolla en el COOTAD, pues, como queda dicho, la Constitución de la República no hace referencia específica alguna a esta materia. De ella se hace una suerte de *agregación* en su aplicación a favor de los Distritos Metropolitanos Autónomos, de ahí la importancia de su tratamiento.

7.5.2.1. IMPUESTOS TRANSFERIDOS

Respecto de los impuestos, incorpora una figura “nueva” a la legislación tributaria del país, la de los “*impuestos transferidos*”, en virtud de la cual, los gobiernos regionales pueden ser partícipes de los valores que generen en el espacio territorial de la región, los impuestos a la herencia, legados y donaciones, el impuesto a la propiedad de los vehículos motorizados y el impuesto a los consumos especiales sobre vehículos motorizados y aviones, avionetas y helicópteros, excepto aquellas destinadas al transporte comercial de pasajeros, carga y servicios; motos acuáticas, tricars, cuadrones, yates y barcos de recreo. En la práctica no se produce la transferencia de ninguna facultad tributaria relacionada con los

impuestos, que las conserva de manera íntegra, el Servicio de Rentas Internas⁸⁸ como administrador de los mismos, lo que se entrega es el producto, esto es, los valores que se recauden por tales impuestos, con lo que la figura pierde fuerza en la práctica, ya que no opera ninguna transferencia competencial relacionada con los aludidos impuestos. Lo dicho se corrobora con el hecho de que, en caso de reclamaciones de devolución de estos impuestos pagados, que implique restitución de fondos recaudados, el gobierno regional deberá devolverlos, previa resolución del Servicio de Rentas Internas o resolución judicial que así lo determine. En este esquema los DMA, cuando se constituyan como tales, podrán también ser beneficiarios de los valores que se recauden en concepto de tales *impuestos transferidos*.

Una similitud de esta figura se puede encontrar en el derecho comparado, en los denominados “*impuestos cedidos*” que la legislación española reconoce a favor de las Comunidades Autónomas,⁸⁹ pero con connotaciones bastante diferentes a la establecida por el legislador ordinario en el país.

Finalmente, como una potestad del Gobierno Nacional, y como mecanismo para estimular la conformación de regiones, éste podrá destinar un porcentaje del valor agregado generado en su territorio, lo cual deberá responder a políticas nacionales que miren en la creación de regiones una opción válida de descentralización y de gestión desde el territorio, de lo contrario, al tratarse de un mecanismo potestativo, dependerá del gobernante de turno su concreción a favor de los gobiernos regionales, que puede además aplicarse en forma parcial a uno o varios gobiernos, no a todos, con lo cual el mecanismo puede resultar distorsionador del sistema de ingresos por este concepto. Desde luego, queda abier-

⁸⁸ El Servicio de Rentas Internas es el organismo nacional responsable de la administración de los impuestos nacionales, como aquellos que están previstos ser transferidos sus recursos.

⁸⁹ Ver Juan Martín Queralt, en la obra “Manual de Derecho Tributario”.

ta la posibilidad de que los DMA también puedan ser beneficiarios de estos recursos, porque el mecanismo de *extensión* de la que habla el código no hace limitación ni exclusión específica.

7.5.2.2. TASAS Y CONTRIBUCIONES ESPECIALES DE MEJORAS

Tanto los gobiernos autónomos descentralizados regionales (como atribución propia) y los distritos metropolitanos autónomos (no como atribución propia sino extensible, así lo denomina la ley) tienen lo que el COOTAD denomina *facultad tributaria* en ejercicio de la cual pueden crear modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras; no consta en la descripción de la antedicha facultad la de exonerar, por lo que puede entenderse que para ello se requiere de ley, aunque ésta si consta en el artículo 301 de la Constitución de la República, que como ya se explicó, parece ser la base constitucional adoptada por la Asamblea Nacional para el reconocimiento legal de la *facultad tributaria*.

Entre las novedades que se incluyen en la aludida legislación están dos: 1. La de fijar un monto adicional al impuesto a los consumos especiales y al precio de los combustibles; y, 2. la denominada atribución para crear, modificar o suprimir “*recargos*”. Sobre lo primero, que a su vez tiene dos partes: a) Respecto del monto adicional al impuesto a los consumos especiales, se trata de una verdadera delegación legislativa de la potestad tributaria, de uno de los elementos esenciales del impuesto, cuál es su tarifa, pues al reconocerle al gobierno regional la posibilidad de fijar un monto adicional a dicho impuesto, estaría modificándose la tarifa de ese impuesto, mediante norma regional, con lo cual se modifica el principio de reserva legal, que ya se había comentado, cubre en forma particular a los impuestos; b) En cuanto al monto adicional sobre el precio de los combustibles hay que anotar que los precios de los combustibles no constituyen ninguna especie de tributo, sino un precio regulado por la entidad pública en cuanto

a los márgenes, mínimos y máximos a aplicarse, con lo que el legislador ha optado por incorporar un mecanismo especial de financiamiento a favor de los gobiernos regionales, quienes con este arbitrio pueden modificar los precios finales de los combustibles en la respectiva jurisdicción, lo cual podría, hipotéticamente, ocasionar distorsiones en los procesos de comercialización, dependiendo de los niveles de variación de tales precios en los distintos territorios donde se aplique. Intentando una identidad a esta carga impositiva, posiblemente puede asimilarse a las contribuciones especiales.

Respecto a la atribución relacionada con los “*recargos*”, hay que señalar de entrada que éstos no se ajustan a las tasas o a las contribuciones especiales, generales o específicas en las que desagrega la disposición del COOTAD, por lo que bien puede entenderse que se trata de un verdadero impuesto, lo cual nos conduce a intentar una explicación desde las normas constitucionales que lo regulan. El impuesto, que goza de reserva legal, tiene además un *iter* determinado para crearlo, ya que sólo el Presidente de la República, puede presentar proyectos de ley que creen modifiquen o supriman impuestos (CRE: artículo 135), por lo que habría que verificar si el proyecto del COOTAD fue presentado por el Presidente de la República, y contenía esta materia para que se ajuste al requerimiento constitucional en el proceso de formación de la ley en cuanto a la materia tributaria; en segundo término, si se otorga la facultad al gobierno regional para crear, modificar o extinguir recargos y convenimos que éstos son verdaderos impuestos, se violentaría el principio de reserva de ley, ya que al crear, modificar o extinguir un recargo el gobierno regional, lo haría mediante norma regional, de inferior jerarquía a la ley, conforme la jerarquía normativa prevista en la propia Constitución de la República, en el artículo 425. Estos son los temas que resaltan a la hora de analizar el contenido de este desarrollo normativo y que seguramente requerirán de aplicación por parte de jueces

especializados de la justicia ordinaria o de interpretación sobre su alcance por parte de los jueces constitucionales.

8. EL RÉGIMEN TRIBUTARIO MUNICIPAL

El sistema impositivo municipal, uno de los mejor desarrollados de los gobiernos autónomos descentralizados, aunque no por ello más eficiente en cuanto a resultados, especialmente en cuanto a recaudación, tiene como contenido básico las tres especies de tributo generalmente reconocidos: impuestos, tasas y contribuciones especiales de mejoras. Para una cabal comprensión de su contenido es importante comentar, en forma breve, las instituciones del sistema tributario como el género tributo, las especies impuesto, tasas y contribuciones, así como los principios que informan el régimen tributario nacional, a la luz de las normas constitucionales vigentes.

8.1. TRIBUTO

El tributo es la denominación genérica de las cargas impositivas establecidas por el Estado en forma unilateral en ejercicio de su potestad de imperio, que consiste en la prestación pecuniaria, exigida por un ente público, en ejercicio de la potestad tributaria que se caracteriza por la *coactividad* y el *carácter contributivo*. En definitiva, es un mecanismo de obtención de recursos económicos para satisfacer las necesidades de gasto público del Estado y sus instituciones; en virtud de esto, ya en el ámbito local, los tributos municipales permiten a los gobiernos municipales obtener recursos propios para financiar, en parte, la prestación de servicios que son de su responsabilidad y el funcionamiento de la propia institución. La *coactividad* responde al hecho de ser una prestación establecida unilateralmente por el Estado en ejercicio de la potestad pública; y el *carácter contributivo* que determina su destino, la financiación de gastos públicos, inversiones o necesidades colectivas.

8.1.1. IMPUESTOS

El impuesto es una especie del género tributo que consiste en una prestación coactiva que el Estado o un ente público tiene derecho a exigir de las personas que por ley están llamadas a cubrir tal obligación cuando se realizan determinados presupuestos (el hecho generador) reveladores de capacidad económica del sujeto obligado para contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado. Se reconocen impuestos directos e impuestos indirectos, en función de quien asume la carga impositiva, el obligado en caso de impuestos directos o lo traslada al consumidor o usuario final, en el caso de impuestos indirectos.

8.1.2. INSTRUMENTOS PARA LA GESTIÓN DE LOS IMPUESTOS INMOBILIARIOS

Sin que sean los únicos, pero los impuestos relacionados con la propiedad inmobiliaria (prediales urbano y rural, alcabalas y, utilidades y plusvalía en la compraventa de bienes inmuebles) constituyen los más importantes en la generación de recursos propios de los gobiernos municipales. Para mejorar su gestión, que está vinculada ahora a la participación de los recursos del presupuesto general del Estado a través del criterio de distribución denominado *esfuerzo administrativo* (CRE: artículo 272.3) los gobiernos municipales cuentan con algunos instrumentos que es necesario comentar en su contenido y propósitos, pues son parte importante de la administración tributaria municipal.

8.1.2.1. CATASTROS

El catastro,⁹⁰ esto es el registro de las propiedades urbana y rural de los predios ubicados en la respectiva jurisdicción cantonal

⁹⁰ En realidad el catastro es un instrumento con finalidades múltiples, pues sirve para el registro de establecimientos comerciales, industrias, de servicios, de profesionales, aunque en nuestro medio tiene vinculación directa con los predios tanto urbanos como rurales, casi con exclusividad.

debe ser actualizado de manera permanente, debido a las modificaciones que se generan en la base de datos, producto de las diferentes transacciones a las que están sujetas las propiedades inmuebles como compraventas o constitución de gravámenes como hipotecas, usufructos, o derechos de uso o habitación. Como está unido a la gestión tributaria a través de los impuestos prediales, alcabalas y, plusvalía y utilidades, se individualizan como catastro predial urbano y catastro predial rural. Este instrumento técnico que antes era compartido, en cuanto a los predios rurales, con el nivel nacional, a través de la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, DINAC, dependencia del Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, ahora de la Secretaría de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, INMOBILIAR, a partir de la reforma a la LORM de 2004, le corresponde a los gobiernos municipales, de manera exclusiva.⁹¹

Independiente de la obligación de mantener actualizados en forma permanente los catastros, lo que conlleva hacerlo a diario, con cada transacción que se relacione con los predios, urbanos o rurales, también deben ser actualizados, de manera general, conjuntamente con las actualizaciones del valor de la propiedad, acción que genera confusiones con el hecho de que *catastros y valor de propiedades* se actualizan de modo general cada dos años, lo cual no es preciso. Los catastros municipales, se verán optimizados con la gestión concurrente de la competencia del registro de la propiedad, que corresponde a los gobiernos municipales en coordinación con la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, DINARDAP, dependencia de la Función Ejecutiva, adscrita al Ministerio de Telecomunicaciones. Al ser responsabilidad de los gobiernos municipales la gestión de los registros de la propiedad,⁹² ello facilitará el cruce de información con dependen-

⁹¹ Sin embargo, con la creación del impuesto a la propiedad rural, el Servicio de Rentas Internas elabora su propio catastro de propiedades rurales sujetas al pago de este impuesto.

⁹² Antes de la Constitución de 2008, el Registro de la Propiedad era una dependencia de la Función Judicial.

cias del gobierno municipal como las direcciones de avalúos y catastros, de planificación, entre otras, para optimizar la generación de políticas, planes, programas y proyectos.

Más de un intento se ha dado en el pasado reciente orientado a fortalecer el uso de esta herramienta, incluso con una denominación que buscaba dar cuenta de las posibilidades de uso que tenía el instrumento, el “*catastro multifinlatario*”, es decir para varios usos, lo cual tiene sentido, si miramos las necesidades de información que tienen las administraciones municipales, no solo para fines tributarios, sino también para otros como planificación y ordenamiento territorial. Un buen instrumento catastral, con tecnología de punta, facilitaría la planificación, la ejecución de obra pública, la prestación de servicios, así como el recaudo de otros tributos, no solo los impuestos prediales.

8.1.2.2. AVALÚOS

El “*valor de la propiedad*” es la denominación que incorporó la reforma a la LORM de 2004, denominación que tuvo como propósito sustituir los diferentes conceptos de avalúo real, avalúo imponible, valor real, valor comercial, valor catastral, que se utilizaban de modo general antes de la referida reforma y que de alguna manera subsisten tanto en el imaginario social como en las administraciones municipales. Este concepto de “*valor de la propiedad*” que se mantiene en el COOTAD es el que debe constar en los respectivos catastros prediales porque equivale al valor real o de mercado de las propiedades, claro, cuando de por medio exista un real ejercicio de actualización de avalúos por parte de las administraciones municipales, pues en el tiempo que va vigente el concepto, ya más de diez años, pocas han sido las administraciones municipales que han realizado un relevamiento real y general de información para generar una valoración real de propiedades, por lo que el sistema distorsionado de valor de la propiedad con

el que constan registrados los bienes en el catastro, lamentablemente se mantiene.

Los avalúos de las propiedades, tanto urbanas como rurales deben ser actualizados en forma general, cada dos años, de manera que en el catastro se registre el *valor de la propiedad*, esto es el valor real o de mercado de las propiedades inmobiliarias, valoración que bien puede incrementar o disminuir, durante ese período de tiempo, lo que, por otra parte, justifica su revisión.

Para proceder a la valoración general de las propiedades, los concejos municipales, mediante ordenanza, deberán establecer los parámetros específicos que se requieren para aplicar los elementos que deben considerarse en la valoración de las propiedades inmuebles.

Los elementos generales que se deben tomar en cuenta en la valoración de las propiedades inmuebles son:

- a) “El valor del suelo, considerado como el precio unitario del suelo, urbano o rural, determinado por un proceso de comparación con precios de venta de parcelas o solares de condiciones similares u homogéneas del mismo sector, multiplicado por la superficie de la parcela o solar;
- b) El valor de las edificaciones, que es el precio de las construcciones que se hayan desarrollado con carácter permanente sobre un solar, calculado sobre el método de reposición; y,
- c) El valor de reposición que se determina aplicando un proceso que permite la simulación de la construcción de la obra que va a ser avaluada, a costos actualizados de construcción, depreciada de forma proporcional al tiempo de vida útil.”

Para proceder a realizar las actualizaciones generales de avalúos de las propiedades inmuebles, la dirección financiera municipal deberá notificar por la prensa (de manera general) o por boleta (de modo individual) a los propietarios de tales bienes, dándoles a conocer la realización del avalúo. Concluido el proceso de valoración, se notificará al propietario con el valor del avalúo, acción que debe hacerse en forma individual, por los efectos que ello trae. Si el contribuyente está en desacuerdo con la valoración de su propiedad, podrá impugnarla, dentro del término de quince días a partir de la fecha de notificación, ante la dirección financiera municipal, que deberá pronunciarse sobre la misma en el término de treinta días.

Una vez realizada la actualización de los avalúos, el concejo municipal, mediante ordenanza, revisará la tarifa de los impuestos prediales urbano y rural que regirán para el bienio.

Del proceso descrito se desprende que el concejo municipal, el cuerpo colegiado del gobierno autónomo descentralizado municipal, tiene dos momentos de actuación, la primera, antes de la práctica de la actualización de avalúos por parte de la dirección financiera municipal, para determinar, mediante ordenanza, los parámetros específicos para aplicar los elementos que se deben considerar en la determinación del valor de las propiedades (suelo, edificaciones y valor de reposición), primera actuación que bien puede permanecer en el tiempo más allá del bienio, pues, los criterios de valoración y parámetros específicos pueden mantenerse; y, la segunda, una vez practicada la actualización de los avalúos, para, también mediante ordenanza, determinar la tarifa que regirá en el bienio; este segundo momento sí es necesario y obligatorio, cada dos años. Este ejercicio en la práctica lamentablemente ha sido *simplificado*, por decirlo de alguna manera, por los concejos municipales, pues, mediante un solo instrumento

normativo, una sola ordenanza,⁹³ se establecen los parámetros específicos y las tarifas de impuesto a aplicarse, lo cual conlleva, a más de una flagrante inobservancia de disposiciones expresas de la ley, una violación al debido proceso en perjuicio del administrado, porque si no cuenta previamente con la valoración real de la propiedad, no hay criterio para determinar la tarifa del impuesto y el monto que resulta de su aplicación, lo que permite concluir que las administraciones municipales no cuentan con valores reales de las propiedades, lo cual incide en la determinación de la tarifa de los impuestos, principalmente prediales, que siguen siendo estimados.

La práctica también nos muestra que el ejercicio de actualización de avalúos no se realiza con relevamiento de información real, sino mediante la aplicación de fórmulas y sistemas informatizados que tampoco ayudan a reflejar lo que exige la norma, el valor real de las propiedades.

8.1.2.3. ESTÍMULOS TRIBUTARIOS

Un tema, no exento de polémica, porque bordea la inconstitucionalidad, es la atribución conferida por ley a los concejos municipales para disminuir hasta en un cincuenta por ciento (50%) los valores que corresponda cancelar a los diferentes sujetos pasivos de los tributos establecidos en la ley (es la misma facultad que estaba contemplada en la Ley de Régimen Municipal, agregada por la reforma de año 2004, que podía alcanzar el noventa y cinco por ciento (95%) del valor del impuesto, con la finalidad de estimular el desarrollo del turismo, la construcción, la industria, el comercio u otras actividades productivas, culturales, educativas, deportivas o de beneficencia (COOTAD: artículo 498). El fin,

⁹³ A manera de ejemplo, se puede revisar la ordenanza que regula la determinación, administración y recaudación del impuesto a los predios urbanos para el bienio 2011-2012, expedida el 10 de diciembre de 2010, luego de que entró en vigencia el COOTAD.

loable desde el punto de vista de las políticas públicas locales y que forma parte de la atribución contemplada a favor de los gobiernos autónomos descentralizados para conceder o ampliar incentivos o beneficios de naturaleza tributaria (COOTAD: artículo 169), invade escenarios que no están atribuidos por la Constitución a los concejos municipales, pues, el ejercicio de la potestad tributaria, compartida en cuanto a tasas y contribuciones especiales con los niveles regional, provincial y municipal (en los términos desarrollados en el mismo COOTAD a través de la denominada “*facultad tributaria*”), no incluye los impuestos, que tienen reserva de ley; la norma legal, al entregar la facultad de disminuir “*tributos*” al concejo municipal, invade un área de competencia que constitucionalmente está reservada para el nivel nacional, el ejecutivo y el legislativo, por el principio de reserva de ley previsto en el artículo 301 de la Constitución de la República, allí el vicio de constitucionalidad de la atribución comentada.

Esta atribución deberá ser revisada a la luz de las disposiciones constitucionales vigentes, toda vez que como ya se comentó en líneas anteriores, los gobiernos municipales si bien conservan la competencia para crear, modificar o suprimir tasas y contribuciones, la misma tiene dos limitaciones, una que no cubre a los impuestos, y dos que la competencia no contiene la de “*exonerar*” y estas denominadas deducciones o disminuciones constituyen verdaderas exoneraciones tributarias, lo que puede constituirse en elemento de distorsión del sistema tributario municipal, especialmente en lo que tiene que ver con impuestos.

8.1.3. TASA

Tasa es la especie de tributo que el Estado o sus instituciones exigen por la prestación de un servicio, por ello se habla de contraprestación por la provisión de un servicio. Esto lo diferencia del impuesto que se exige sin contraprestación, derivado de la potestad tributaria del Estado, aunque la tasa también nace de la

voluntad unilateral del Estado o de la entidad responsable de la prestación del servicio. Pueden exigirse tasas en función de los servicios que brinde la institucionalidad pública. Para que se configure la tasa, se requiere la prestación efectiva del servicio, de manera que si el mismo no se presta o no está a disposición del usuario, la tasa que se pretenda cobrar, carecería de justificación material y estaríamos frente a cualquier otra carga impositiva, distinta de la tasa, sin que se llegue a configurar como tal.

8.1.4. CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS

Es la especie de tributo que tiene por objeto recuperar el costo de una obra pública, en los porcentajes y en las condiciones previstas en la ley, que corresponde satisfacer a los beneficiarios directos de la obra pública, cuando los bienes inmuebles reciben un beneficio real o presuntivo; supone la inversión de recursos en la ejecución de obra pública o en el establecimiento o ampliación de servicios (la infraestructura necesaria para la prestación del servicio: plantas de potabilización, redes de distribución, rellenos sanitarios, etc.) Supone también la necesidad de identificación de los beneficiarios para distribuir entre ellos el costo de la obra o servicio.

8.2. LOS TRIBUTOS MUNICIPALES EN PARTICULAR

Ya queda expuesto que los gobiernos autónomos descentralizados municipales son beneficiarios de impuestos, tasas y contribuciones especiales de mejoras, bajo dos regímenes diferentes, los impuestos creados mediante ley; las tasas y contribuciones especiales de mejoras creados mediante ordenanzas expedidas por los propios gobiernos municipales. Procedamos a desagregar cada uno de los tributos de beneficio municipal y la forma específica en que se administran.

8.2.1. IMPUESTOS MUNICIPALES

Los gobiernos autónomos descentralizados municipales tienen el mayor número de impuestos de beneficio directo de todos los niveles de gobierno subnacional, cuya gestión íntegra, el ejercicio de todas las facultades reconocidas a las administraciones tributarias (reglamentaria, determinadora, resolutive, sancionadora y recaudadora) es de su plena responsabilidad. Los impuestos establecidos por ley a favor de los gobiernos municipales son los que se explican, en forma sucinta, a continuación.

8.2.1.1. DOBLE IMPOSICIÓN INTERNA EN LOS IMPUESTOS MUNICIPALES

Cuando se plantea el tema de la doble imposición, por lo general se abre el espacio de discusión sobre los escenarios ligados con las relaciones de los sujetos pasivos tributarios residentes, temporal o definitivamente en Estados distintos a los de su lugar de origen o residencia habitual. Y las soluciones que se han propuesto se concretan en convenios suscritos entre los Estados encaminados a evitar la doble imposición, sobre la base de modelos de convenio desarrollados por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, (OCDE por sus siglas en inglés) o el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, ILADT.⁹⁴ Sin embargo, el tema no se ha abordado a profundidad en el ámbito interno, o se lo hace tangencialmente, dentro de los Estados, escenario en el que también pueden presentarse problemas de doble tributación entre impuestos nacionales y locales por la concurrencia de uno o más elementos esenciales en la configuración de determinados tributos.

En el Ecuador, los gobiernos municipales, en al menos cuatro impuestos de beneficio directo se puede advertir la presencia de

⁹⁴ El modelo del ILADT fue presentado en las Jornadas de Derecho Tributario realizadas en el año 2012 en Santiago de Compostela, España.

problemas de doble imposición (1.5 por mil a los activos totales, patentes, predial rural y vehículos), derivados de la falta de cuidado del órgano legislativo nacional en la formulación de las reformas legales o de la indebida aplicación de los contenidos legales por parte de los órganos encargados de expedir la normativa en los gobiernos municipales, los concejos.

La doble imposición es un problema que ha acompañado desde siempre el desarrollo de los temas tributarios y ha sido materia de tratamiento por parte de muchos autores. Se presenta cuando existe una repetición del impuesto sobre el mismo objeto de imposición, sin considerar el ámbito geográfico en el que se genera. Eduardo Riofrío Villagómez, prolijo estudioso del Derecho Tributario, explica la doble imposición como la situación que se da *“cuando sobre la misma materia imponible recaen dos o más impuestos, por el mismo concepto, sea que los satisfaga la misma persona o dos distintas, siempre que con ello se quebranten los principios de la generalidad o de la uniformidad de los impuestos”*.⁹⁵ De la definición expuesta se puede extraer algunos elementos para advertir la presencia de doble imposición: un mismo concepto gravado, que lo satisfaga una misma persona, que quebrante los principios de generalidad o de uniformidad. Si ello se presenta, estamos frente a un caso de doble imposición. Así ocurre en el caso de los impuestos de patentes y el 1.5 por mil a los activos totales, entre el impuesto a los vehículos de beneficio municipal con el impuesto de la misma denominación de beneficio nacional, y entre el impuesto predial rural y el impuesto a la propiedad rural de beneficio de gobierno central, los que, como están desarrollados, demandan de una propuesta de racionalización que revise tales desajustes, pues de mantenerse como están, atentan los principios de generalidad y uniformidad señalados.

⁹⁵ Citado por Julio Fernando Álvarez, en *“Riofrío, nuestro Sainz de Bujanda andino”*, artículo publicado en el Boletín del Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario, No. 11, de septiembre de 2009.

8.2.2. IMPUESTO A LOS PREDIOS URBANOS

Es un impuesto patrimonial, directo, anual, por el que se grava la titularidad de la propiedad urbana con una tarifa que debe ser determinada por el concejo municipal, mediante ordenanza, de una banda que va desde el 0,25 al 5 por mil del *valor de la propiedad* urbana que conste en los respectivos catastros. La banda en este caso, está justificada únicamente por el rezago histórico al que llegó el sistema hasta antes de la reforma a la derogada LORM del año 2004 que, con adicionales alcanzó la tarifa del 27 por mil, que impidió su aplicación a valores reales de la propiedad, pues el monto de la tarifa resultaba confiscatorio.⁹⁶ La banda en todo caso, de ninguna manera significaba que las administraciones municipales debían aplicar tablas progresivas entre el mínimo y el máximo, al que lamentablemente se llegó en la práctica, generando una aplicación errónea de la referida banda. Las ordenanzas vigentes contienen diferentes sistemas de tarifas del impuesto, desde tablas progresivas que cubren todas las posibilidades entre el 0,25 y el 5 por mil, hasta valores fijos por ejemplo del 1 o del 2 por mil, lo que desde mi punto de vista es una distorsión más del sistema.

El artículo 501 del COOTAD señala: “Sujetos del impuesto.- Son sujetos de este impuesto los propietarios de predios urbanos dentro de los límites de las zonas urbanas, quienes pagarán un impuesto anual, cuyo sujeto activo es la municipalidad o distrito metropolitano respectivo en la forma establecida en la ley”. La delimitación de las áreas urbanas es también atribución del concejo municipal que deberá hacerlo mediante ordenanza, preparada por una comisión del mismo concejo en la que participará un

⁹⁶ La Asociación de Municipalidades Ecuatorianas por ejemplo, propuso realizar una reducción drástica de la tarifa del 27 por mil al 2.5 por mil, que equivalía aproximadamente el 10% de la tarifa vigente hasta antes de la reforma. La propuesta resultaba inaplicable, dado el nivel de distorsión a los que se había llegado en los sistemas de avalúos de las propiedades.

representante del centro agrícola cantonal. Puede, en un mismo territorio cantonal, existir más de un área urbana, especialmente cuando algunas cabeceras parroquiales rurales tienen áreas urbanas consolidadas y un número de población considerable, con dotación de servicios básicos que justifique tal tratamiento.⁹⁷ La ordenanza, necesaria para realizar puntualizaciones en torno a la administración y recaudación de este impuesto, no debe repetir lo que ya está señalado en la ley.

El valor de la propiedad debe ser actualizada en forma obligatoria cada dos años, observado el procedimiento que se dejó expuesto en líneas anteriores, lo cual conlleva también la actualización de la tarifa del impuesto, lo que, en la práctica, lamentablemente no ocurre. El impuesto se causa anualmente y se paga entre el primero de enero y el 31 de diciembre de cada año. Los pagos que se realicen dentro de los primeros seis meses tienen un descuento de hasta el 10 por ciento; los que se realicen en el segundo semestre tienen un recargo del 10 por ciento. Si el impuesto no se satisface hasta el 31 de diciembre del año en curso, a partir del primero de enero del año siguiente, causará intereses y se podrá recaudar por la vía coactiva. La emisión de los títulos de crédito debe realizarse el primer día del año, con las modificaciones que se hayan producido hasta el 31 de diciembre del año inmediato anterior.⁹⁸ No se necesita notificar la emisión de los títulos de

⁹⁷ Es lo que ocurre con algunas de las parroquias rurales del Distrito Metropolitano de Quito, las contiguas a la ciudad como Calderón, Tumbaco, Cumbayá, Pomasqui, San Antonio de Pichincha, Llano Grande, Llano Chico, Zámbiza, Conocoto, Amagüña, las que en la práctica constituyen un todo urbano con la ciudad, fruto del proceso de conurbación que impide diferenciar entre lo urbano y lo rural, pero que sin embargo, mantienen el estatus de rurales, lo cual no se justifica pues su problemática rebasa la de ciudades de varios cantones del país con mucha menor población que las que albergan las indicadas parroquias.

⁹⁸ En la práctica, la mayoría de las administraciones municipales ya no realizan la emisión física de los títulos de crédito, pues tal información se encuentra almacenada en sistemas informáticos; su emisión se da únicamente cuando el contribuyente paga, a través de los diversos mecanismos habilitados para tal efecto.

crédito.⁹⁹ Si no se han emitido los títulos, el contribuyente igual puede cancelar el valor del tributo, en base al catastro del año anterior, en cuyo caso, de haber modificación en el monto de la tarifa, deberá cancelar la diferencia, de haberla.

La ley contempla deducciones a favor de los propietarios que hayan adquirido la vivienda con crédito hipotecario o hayan realizado mejoras también bajo el mismo mecanismo crediticio; también contempla exoneraciones, como es el caso de aquellas propiedades que tengan un valor de hasta veinte y cinco remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general, que más que exoneración se trata de casos de no sujeción, pues, el hecho de que el bien inmueble no alcance el valor de la propiedad que resulte de multiplicar la remuneración básica unificada por veinte y cinco, no genera el impuesto; otros casos como las propiedades del Estado o sus instituciones, de gobiernos extranjeros en condiciones de reciprocidad, son en cambio exoneraciones, pues independiente del valor de la propiedad, están exentos de pago del impuesto.

8.2.2.1. RECARGOS

Así mismo la ley contempla la posibilidad de cobrar recargos al impuesto predial urbano en dos circunstancias:

1. El dos por mil sobre el valor de la propiedad por solares no edificadas ubicadas en zonas urbanizadas;

⁹⁹ La no emisión de los títulos de crédito cubre solamente al impuesto predial urbano que es el que está expresamente previsto en la norma; sin embargo en la práctica, las administraciones municipales, incluyen en los títulos de crédito, otras obligaciones, identificadas a través de nomenclaturas numéricas, lo cual es una omisión a lo que prescribe el código tributario que exige la emisión del título y su notificación, a efectos de que el contribuyente pueda, de estimarlo necesario, formular observaciones respecto del título o del derecho para su emisión, derecho que se vería restringido con el mecanismo de emisión descrito.

2. El uno y dos por mil sobre solares no edificados y construcciones obsoletas ubicadas en zonas urbanas de promoción inmediata.

Estos recargos que también son de beneficio municipal, procuran consolidar el crecimiento urbano, de modo de incentivar, por ejemplo, el crecimiento intensivo (vertical) frente al extensivo que demanda mayor inversión del GAD municipal en infraestructura y servicios. Busca también evitar la ruina de inmuebles que llegan a nivel de deterioro extremo que se constituyen en peligro para sus ocupantes, a más que atentan contra el ornato de las ciudades.

La ley para la equidad tributaria, expedida en el año 2007 por la Asamblea Constituyente, asumió para sí la facultad legislativa del Congreso Nacional, declarado en receso por la propia Asamblea Constituyente, incorporó, como agregado al artículo 90 del Código Tributario,¹⁰⁰ cuya categoría de orgánico también fue reconocida por la misma ley, el *recargo* del 20% con el que se debe gravar a los sujetos pasivos por las determinaciones tributarias realizadas por la Administración, figura que si bien no es nueva en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, no es clara su naturaleza jurídica, que es necesario desentrañar sobre todo si lo que se pretende es dilucidar su razón de ser, procedencia y alcance. Y aunque, de manera general la aplicación de este recargo del 20% ha sido concentrada en la administración tributaria central, el Servicio de Rentas Internas, también cabe su aplicación por las demás administraciones tributarias como la municipal por ejemplo, de allí la trascendencia de la dilucidación de su naturaleza.¹⁰¹

¹⁰⁰ Segundo inciso agregado por el art. 2 del Decreto Legislativo publicado en el Suplemento al Registro Oficial No. 242 de 29 de diciembre de 2007.

¹⁰¹ Sobre el tema resulta esclarecedora la posición adoptada por la Corte Nacional de Justicia que elevó a precedente jurisprudencial obligatorio el tema del recargo, por fallos de triple reiteración de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario. El precedente jurisprudencial obligatorio emitido por el Pleno de la Corte Nacional, que establece que la naturaleza del recargo es sancionadora, y que no se puede aplicar para determinaciones que, iniciadas en cualquier fecha, se refieran a

En efecto, la Ley Orgánica de Régimen Municipal, derogada por el COOTAD, contenía entre sus disposiciones el *recargo por solar no edificado y por construcciones obsoletas*, del 1 y 2 por mil del impuesto principal, recargos que se mantuvieron luego de la reforma a dicha ley del año 2004, con modificaciones en la tarifa y que se mantiene entre las disposiciones del COOTAD, cuerpo normativo que también incluye como parte de la llamada *facultad legislativa* que se reconoce a favor de los gobiernos autónomos descentralizados regionales y por extensión a los gobiernos de los distritos metropolitanos autónomos, la de crear, modificar y suprimir, entre otros, *los recargos*, denominación lacónica que en nada ayuda al propósito de entender cuál es la naturaleza jurídica de esta figura.¹⁰²

ejercicios económicos anteriores al 2008, disposición que se halla integrada al ordenamiento jurídico positivo del país por la Resolución de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 471 de 16 de junio de 2011.

¹⁰² La resolución del Pleno de la Corte, es esclarecedora al respecto, cuando señala: “Artículo 1: Confirmar el criterio expuesto por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia y aprobar el Informe elaborado por dicha Sala, y en consecuencia, declarar la existencia del siguiente precedente jurisprudencial obligatorio, por la triple reiteración de fallos sobre un mismo punto de derecho: PRIMERO: El recargo del 20% sobre el principal que se aplica en aquellos casos en que el sujeto activo ejerce su potestad determinadora de forma directa, incorporado en el segundo inciso del art. 90 del Código Tributario por el art. 2 del Decreto Legislativo No. 000, publicado en Registro Oficial Suplemento 242 de 29 de Diciembre del 2007, tiene una naturaleza sancionatoria, pues, procura disuadir el incumplimiento de las obligaciones por parte del contribuyente. Al constituir el recargo del 20% sobre el principal una sanción, deben aplicársele las normas que sobre la irretroactividad de la ley penal contienen la Constitución, el Código Tributario y el Código Penal, así como las normas sobre la irretroactividad de la ley tributaria, que mandan que las sanciones rigen para lo venidero, es decir, a partir de su vigencia. En consecuencia, no cabe que se aplique el recargo del 20% a las determinaciones iniciadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma, esto es, al 29 de diciembre de 2007, como tampoco cabe que se lo aplique a las determinaciones iniciadas con posterioridad a esa fecha, pero que se refieran a ejercicios económicos anteriores al 2008. Esta Resolución tendrá efectos generales y obligatorios, inclusive para la propia Corte Nacional de Justicia, sin perjuicio del cambio de criterio jurisprudencial que habrá de operar en la forma y modo determinados en el segundo inciso del art. 185 de la Constitución de la República”.

De manera general, el ejercicio de la *potestad tributaria* que tiene el Estado como consecuencia del ejercicio de la *potestad de imperio* de la que goza, se materializa en la capacidad de imponer, en forma unilateral, cargas impositivas a los particulares, sean personas naturales o jurídicas e incluso a entes carentes de personalidad jurídica, ya sea en dinero o en especie. Dicha potestad, en los estados unitarios corresponde, en forma monopólica, a la Función Legislativa del Estado, con los matices que caben, en los diferentes ordenamientos en los que se puede ejercer bajo ciertas particularidades, como es el caso de Ecuador, en el que la iniciativa para presentar proyectos de ley que creen, modifiquen o supriman impuestos, corresponde al Presidente de la República en forma privativa (CRE: artículo 135). Otra particularidad está dada por la denominada *flexibilización* o *dulcificación* ¹⁰³ del ejercicio de dicha potestad tributaria, cuando desde la Constitución de la República se reconoce dicha potestad a otros órganos estatales, cuando se establece que mediante *acto normativo de órgano competente*, se podrá crear, modificar o suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras (CRE: artículo 301), norma que sirve de sustento para reconocer un ejercicio de potestad tributaria a los gobiernos autónomos descentralizados regional, provincial y municipal para las tasas y contribuciones especiales de mejoras y a la propia Función Ejecutiva que tiene la atribución de establecer, modificar y suprimir tarifas arancelarias en actividades de exportación o importación.

Desde una visión conceptual de los sistemas impositivos, de manera amplia se reconocen como género a los *tributos* y como especie de éstos a los *impuestos*, *las tasas* y *las contribuciones especiales*, las que a su vez, pueden subdividirse en contribuciones especiales de *mejoras*, *de gasto*, *de consumo*.¹⁰⁴ También existen otras especies de

¹⁰³ Término empleado por el tributarista José Vicente Troya Jaramillo, al abordar el estudio del ejercicio de facultades tributarias de los entes locales, ponencia de las Jornadas de Derecho Tributario Ecuatoriano.

¹⁰⁴ En el COOTAD se reconocen contribuciones de mejoras generales (cuando a través de una norma que crea una contribución permite recaudar el tributo por

difícil ubicación conceptual específica en cuanto a sus particularidades y naturaleza, como por ejemplo los *peajes y pontazgos*, pero cuya naturaleza jurídica tributaria nadie pone en duda y que se diferencian de manera marcada de lo que se conoce como *precios públicos* que en cambio carecen de naturaleza tributaria.

Ahora bien, esta clasificación tripartita de la clase de tributos ha sido generalmente aceptada y adoptada por varias legislaciones;¹⁰⁵ los otros, como el caso de peajes o pontazgos, cuando son administrados por la institucionalidad pública nacional o local, bien pueden asimilarse a las tasas, por cuanto, de por medio está el servicio de movilidad, ya que los valores que se recaudan están destinados a financiar el mantenimiento de esas obras viales. No así cuando las mismas figuras, peajes y pontazgos, son administrados por operadores privados, cuando de por medio existen procesos de delegación a la iniciativa privada, en cuyo caso, su naturaleza pública y desde luego, su naturaleza tributaria, desaparece.

Respecto al *recargo* en cambio no se puede con facilidad asimilarlo a cualquiera de las aludidas especies de tributos. Una primera reflexión que cabe es de carácter semántico, derivada de la propia formación de la palabra, ya que se trata de una palabra compuesta, *re-cargo*, por lo que el prefijo “re” equivale a una valoración adicional al *cargo* inicial o una sobre estimación, lo cual supone además la preexistencia de ese *cargo* inicial para que quepa con propiedad la denominación de re-cargo, con lo que éste se constituye en un valor adicional al principal.

Visto así, parecería que el recargo equivale a una suerte de sanción de orden administrativa, como consecuencia de una acción u

obras en el distrito) y especiales (cuando por ejemplo se grava con esa clase de tributos la repavimentación de un calle o un tramo de ella y se recauda la contribución por esa obra específica).

¹⁰⁵ El modelo de código tributario latinoamericano de 1967 lo reconoce.

omisión del agente, en este caso del contribuyente; así, cabe el recargo sobre el monto de la determinación de la obligación tributaria, cuando ésta ha sido practicada por la Administración, con lo que equivale a una verdadera sanción administrativa por la falta de declaración del sujeto pasivo, en tiempo oportuno o realizada sin el cumplimiento de los requisitos de ley, ya que, si lo hubiera hecho en el tiempo reglamentario y observando las formalidades de ley, sin que se requiera de la intervención posterior de la Administración, el recargo se vacía de contenido en tanto no podría aplicarse.

Cosa similar puede decirse de los recargos por solar no edificado y construcciones obsoletas, previstos en la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal y hoy en el COOTAD, pues no se cobra a todos los contribuyentes propietarios de bienes inmuebles que pagan el impuesto predial urbano, que equivale al cargo, sino solo a aquellos que mantengan sin edificar su predio, o su vivienda sin reparar, con lo que bien puede señalarse como una sanción a los propietarios que mantengan en tales condiciones su propiedad.

Lo que no queda claro, ni explícito, es el recargo previsto en el COOTAD como parte del ejercicio de la llamada *facultad tributaria* que reconoce el legislador al gobierno autónomo descentralizado regional y por *extensión* al gobierno del distrito metropolitano autónomo; una primera reflexión que cabe hacer es que en la ley no se determina a qué tributo preexistente se puede gravar con el recargo, con lo que dejaría abierta la posibilidad para que se establezcan recargos a cualquier clase de tributo, nacional o local, exceptuando eso sí a los impuestos que están resguardados con la reserva de ley que les reconoce de manera expresa la Constitución de la República. Es decir, que el recargo podría operar únicamente sobre las tasas y las contribuciones especiales de mejoras que son las clases de tributos sobre los que pueden ejercer la *“facultad tributaria”* que les reconoce el propio COOTAD. No se

descarta sin embargo, que con una interpretación extensiva de la norma, pueda aplicarse también a los impuestos, en cuyo caso, debería incluir a aquellos que son de beneficio del gobierno regional o del gobierno del distrito metropolitano autónomo y que estaría bordeando los límites de reserva legal prevista en la Constitución de la República para los impuestos.

8.2.3. IMPUESTO A LOS PREDIOS RURALES

Es un impuesto patrimonial, directo, que grava la titularidad de la propiedad rural con una tarifa determinada por el concejo municipal, mediante ordenanza, de una banda que va desde el 0,25 al 3 por mil del valor de la propiedad rural que conste en los respectivos catastros. Una innovación digna de resaltar es la incorporación como sujetos pasivos del tributo a los posesionarios, con lo que el impuesto grava por igual al propietario o al posesionario, cambio que incorpora a la legislación una realidad del sector rural ecuatoriano, que es la falta de titularización de la tenencia de la tierra. Es una forma de extender la aplicación del impuesto a los poseedores de predios rurales, dejando de lado la titularidad de dominio, como ocurría en el pasado.

La banda establecida, con similares consideraciones que las expresadas cuando se aborda el impuesto predial urbano, pues tampoco tenían como propósito aplicar tablas progresivas, utilizando todas las opciones de la banda, como lamentablemente en la práctica se ha generalizado.

El impuesto se causa anualmente y el pago puede efectuarse en dos dividendos, el primero hasta el primero de marzo y el segundo hasta el primero de septiembre. En la práctica, es común que las administraciones municipales realicen el cobro íntegro del valor del impuesto. Los pagos que se realicen hasta quince días antes de esas fechas tendrán un descuento del 10 por ciento anual. Si el impuesto no se satisface hasta el 31 de diciembre del

año en curso, a partir del primero de enero del año siguiente causará intereses y se podrá recaudar por la vía coactiva. La emisión de los títulos de crédito debe realizarse el primer día del año, con las modificaciones que se hayan producido hasta el 31 de diciembre del año inmediato anterior. La norma establece que la dirección financiera notificará por la prensa o por boleta a los contribuyentes, sin más explicación, lo que da a entender, que en el caso de este impuesto, si cabe la notificación con la emisión de los títulos de crédito, aún cuando sea de carácter general, por ejemplo cuando se realiza por la prensa. Si no se han emitido los títulos, el contribuyente igual puede cancelar el valor del tributo, en base al registro catastral del año anterior. La ley contempla casos de deducciones y exoneraciones atendiendo algunas circunstancias. Como la reforma a la LORM de 2004 fue parcial y en materia de impuestos, muy puntual, pues, únicamente revisó tarifas, el sistema de deducciones y exoneraciones que también fue trasladado al COOTAD, se mantiene, con algunas modificaciones sobre todo en cuanto a conceptos que introduce la Constitución de la República de 2008 (artículo 520); así, se exonera a las propiedades cuyo valor no exceda de quince remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general, en similar circunstancia que la propiedad urbana, y que en este caso, también, más que exoneración es caso de no sujeción, pues, la propiedad que no alcanza dicho valor, no genera el impuesto; las propiedades del Estado y demás entidades del sector público; las propiedades de las instituciones de asistencia social o de educación particular cuyas utilidades se destinan y empleen en dichos fines y no se benefician a personas o empresas privadas;¹⁰⁶ las propiedades de

¹⁰⁶ La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, sobre el tema, en la causa No. 315-2010, ha sostenido que “para que la exención opere (prevista en el artículo 326.d de la Ley Orgánica de Régimen Municipal) requiere que el predio cumpla dos condiciones, a saber: **a)** que el titular de dominio del predio sea una institución de beneficencia, asistencia social o de educación; en el caso, la actora tiene entre sus fines desarrollar actividades de beneficencia (artículo tercero de los estatutos protocolizados, que obran de fs. 107 a 113 vuelta del proceso); y, **b)** que los edificios y sus rentas estén destinados exclusiva-

gobiernos u organismos extranjeros que no constituyan empresa de carácter particular y no persigan fines de lucro; las tierras comunitarias de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas o afro ecuatorianas; los terrenos que posean y mantengan bosques primarios o que reforesten con plantas nativas en zonas de vocación forestal; las tierras pertenecientes a misiones religiosas establecidas o que se establecieron en la región amazónica cuya finalidad sea prestar servicios de salud y educación a la comunidad, siempre que no estén dedicadas a finalidades comerciales o se encuentren en arriendo; las propiedades que sean explotadas en forma colectiva y pertenezcan al sector de la economía solidaria y las que utilicen tecnologías agroecológicas; aquí es necesario recurrir a la reglamentación específica que nos aclare conceptos como economía solidaria o tecnologías agroecológicas.

Respecto a las deducciones, para establecer la parte del valor que constituye la materia imponible, el contribuyente tiene derecho a las siguientes deducciones (artículo 521 del COOTAD): a) el valor de las deudas contraídas a plazo mayor de tres años, para la adquisición del predio, para su mejora o rehabilitación; el total de la deducción no podrá exceder del 50% del valor de la propiedad; b) deducciones temporales, sujetas a las siguientes reglas: en los préstamos del Banco Nacional de Fomento,¹⁰⁷ sin amortización gradual y a un plazo que no exceda de tres años; cuando por peses, desastres naturales u otras causas similares, sufre la pérdida de más del 20% del valor del predio o de sus cosechas, se reali-

mente a estas funciones; no existe en el proceso elementos que demuestren que los edificios del predio y sus rentas estén destinados con exclusividad a las actividades de beneficencia que son los fines que persigue la organización, ya que tampoco existe constancia procesal de que la entidad esté dedicada a actividades educativas, ni que el predio esté destinado con exclusividad a dicho propósito, como arguye en la fundamentación del recurso; por lo que no cabe reconocer una exoneración a quien no cumple las condiciones expresamente previstas en la ley”.

¹⁰⁷ A partir de 2016, el Banco Nacional de Fomento fue sustituido por el BanEcuador, BP.

zará la deducción en el avalúo a regir desde el año siguiente; el impuesto se rebajará proporcionalmente al tiempo y a la magnitud de la pérdida.

8.2.4. IMPUESTO DE ALCABALA

El impuesto de alcabala grava con la tarifa del uno por ciento al valor de los actos y contratos de traspaso de dominio a título oneroso de bienes raíces y buques; la constitución o traspaso, usufructo, uso y habitación de bienes raíces; las donaciones que se hicieren a favor de quienes no fueren legitimarios y las transferencias gratuitas y onerosas que haga el fiduciario a favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso mercantil. Este impuesto que antes de la reforma de 2004 contenía una tabla progresiva que alcanzaba hasta el 10%, fue reducido al 1% en consideración a que, a partir de la vigencia de la reforma, se utilizarían valores reales o de mercado de las propiedades. Este es un impuesto bilateral que lo deben satisfacer las partes contratantes por igual, o la parte que recibe el beneficio cuando el acto se realiza a título gratuito. Sin embargo, por acuerdo contractual, una de las partes puede asumir el pago de la obligación. Por esta característica de bilateral del impuesto, cuando interviene una parte que es beneficiaria de exoneración, no puede extender su beneficio a quien está obligado a su pago, por manera que si quien está exento, asume contractualmente la carga del impuesto, deberá pagar el porcentaje que asumió y que no puede cobijarse con la exoneración que le beneficia solo a él.

Para la fijación de la base imponible, debe observarse las siguientes reglas:

- a) En el traspaso de dominio, excepto el de la nuda propiedad, servirá de base el precio fijado en el contrato o acto que motive el tributo, siempre que se cumpla con las siguientes condiciones: que el precio no sea inferior al que conste en el

catastro municipal como valor de la propiedad; que no exista avalúo oficial o que la venta se refiera a una parte del inmueble cuyo avalúo no pueda realizarse de inmediato. En este caso, el jefe de la dirección financiera podrá aceptar el valor fijado en el contrato u ordenar que se efectúe un avalúo que será obligatorio para las autoridades sin perjuicio de los derechos del contribuyente, quien podría oponerse a los resultados del nuevo avalúo. Si se presentare reclamo, se aceptará provisionalmente el pago de los impuestos teniendo como base el valor del contrato, más el cincuenta por ciento de la diferencia entre el valor del contrato y el del avalúo practicado. Si el contribuyente lo deseara podrá pagarse provisionalmente el impuesto con base en el avalúo existente o del valor fijado en el contrato, más un veinte por ciento que quedará depositado en cuenta provisional, hasta que se resuelva sobre la base definitiva.

- b) Si la venta se hubiere pactado con la condición de que la tradición se efectúe cuando se haya terminado de pagar los dividendos del precio estipulado, el valor del avalúo de la propiedad que se tendrá en cuenta será el de la fecha de celebración del contrato. De no haberlo o de no ser posible establecerlo, se tendrá en cuenta el precio de adjudicación de los respectivos contratos de promesa de compraventa.
- c) Si se vendieren derechos y acciones sobre inmuebles, se aplicarán las anteriores normas, en cuanto fuere posible, debiendo recaer el valor sobre la parte transferida, si se hubiere determinado. Caso contrario, la materia imponible será la parte proporcional del inmueble que pertenezca al vendedor. Los interesados presentarán, para estos efectos, los documentos justificativos a la dirección financiera y se determinará el valor imponible, previo informe de asesoría jurídica.

- d) Cuando la venta de derechos y acciones versare sobre derechos en una sucesión en la que se haya practicado el avalúo para el cobro del impuesto a la renta, dicho avalúo servirá de base. El impuesto recaerá sobre la parte proporcional de los inmuebles que hubieren de corresponder al vendedor, en atención a los derechos que tenga en la sucesión.
- e) En los dos casos anteriores (literales c y d) no habrá lugar al impuesto de alcabala sobre la parte del valor que corresponda al vendedor, en dinero, en créditos o bienes muebles.
- f) En el traspaso por remate público se tomará como base el precio de la adjudicación.
- g) En las permutas, cada uno de los contratantes, pagará el impuesto sobre el valor de la propiedad que transfiera, pero con un descuento del treinta por ciento por cada una de las partes contratantes. El treinta por ciento, debe corresponder al valor individual de cada propiedad.
- h) El valor del impuesto en la transmisión de los derechos de usufructo, vitalicio o por tiempo cierto, se hará según las reglas de la Ley de Régimen Tributario Interno.
- i) La base imponible en la constitución y traspaso de la nuda propiedad será la diferencia entre el valor del inmueble y el del correspondiente usufructo, según las normas de la LORTI.
- j) La base imponible en la constitución y traspaso de los derechos de uso y habitación será el precio que se fije en el contrato, el cual no podrá ser inferior, para éstos efectos, del que resultare de aplicarse las tarifas establecidas en la LORTI, sobre el 25% del valor del avalúo de la propiedad, en los que se hubiere constituido esos derechos o de la parte proporcional de esos impuestos, según el caso; y,

- k) El valor imponible en los demás actos y contratos sujetos al pago del impuesto, será el precio que se hubiere fijado en los respectivos contratos, siempre que no se pudiese aplicar, por analogía, las normas que se establecen en los numerales anteriores y no fuere menor del precio fijado en el catastro.

En este impuesto se contempla rebajas, deducciones y exoneraciones. Así, el traspaso de dominio o de otros derechos reales que se refiera a un mismo inmueble, y a todas o a una de las partes que intervinieron en el contrato y que se repitiese dentro de los tres años contados desde la fecha en que se efectuó el acto o contrato anteriormente sujeto al pago del impuesto, tendrá las siguientes rebajas (artículo 533 del COOTAD): cuarenta por ciento si la nueva transferencia ocurriera dentro del primer año; treinta por ciento, si se verifica dentro del segundo año; y veinte por ciento, si ocurriese dentro del tercero. En los casos de permuta, se causará únicamente el setenta y cinco por ciento del impuesto total, a cargo de uno de los contratantes. Las deducciones se hacen extensivas a las adjudicaciones que se efectúen entre socios y copropietarios, con motivo de una liquidación o partición y a las refundiciones que deban pagar los herederos o legatarios a quienes se les adjudiquen inmuebles por un valor superior al de la cuota a la que tienen derecho.

Respecto a las exoneraciones, el artículo 534 del COOTAD establece las siguientes:

- a) El Estado, las municipalidades y demás organismos de derecho público, el Banco Nacional de Fomento, el Banco Central, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y los demás organismos que, por leyes especiales se hallen exentos de todo impuesto, en la parte que les corresponda, estando obligados por su parte, los contratantes que no gocen de esta exoneración, por el carácter bilateral del impuesto. Si concurren dos partes exentas, no se causará el impuesto.

- b) En la venta o transferencia de dominio de inmuebles destinados a programas de interés social o que pertenezcan al sector de la economía social y solidaria, previamente calificados como tales por la municipalidad o distrito metropolitano, la exoneración será total.
- c) Las ventas de inmuebles en las que sean parte los gobiernos extranjeros, siempre que los bienes se destinen al servicio diplomático o consular o a alguna otra finalidad oficial o pública, en la parte que les corresponda.
- d) Las adjudicaciones por particiones o por disolución de sociedades, que pueden ser judicial o extrajudicialmente acordadas.
- e) Las expropiaciones que efectúen las instituciones del Estado. En este caso, de manera excepcional, debe entenderse que la disposición cubre a las dos partes, es decir al expropiante y al expropiado.
- f) Los aportes de bienes raíces que hicieren los cónyuges o convivientes en unión de hecho a la sociedad conyugal o la sociedad de bienes y los que se efectuaren a las sociedades cooperativas, cuando su capital no exceda de diez remuneraciones mensuales mínimas unificadas del trabajador privado en general. Si el capital excediere de esa cantidad, la exoneración será solo del cincuenta por ciento del tributo que habría correspondido pagar a la cooperativa.
- g) Los aportes de capital de bienes raíces a nuevas sociedades que se formaren por la fusión de sociedades anónimas y en lo que refiere a los bienes inmuebles que posean las sociedades fusionadas.

- h) Los aportes de bienes raíces que se efectúen para formar o incrementar el capital de sociedades industriales de capital, solo en la parte que corresponda a la sociedad, debiendo lo que sea de cargo del tradente.
- i) Las donaciones que se hagan al Estado y otras instituciones de derecho público, así como las que se efectúen en favor del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y demás organismos que la ley define como entidades de derecho privado con finalidad social o pública y las que se realicen a las sociedades o instituciones particulares de asistencia social, educación y otras funciones análogas, siempre que tengan estatutos aprobados por autoridad competente; y,
- j) Los contratos de transferencia de dominio y mutuos hipotecarios otorgados entre el IEES¹⁰⁸ y sus afiliados.

Al impuesto de alcabala se agrega un adicional, del 0,001 por ciento a favor de los gobiernos provinciales, único impuesto de beneficio directo que se mantiene a favor de ese nivel de gobierno.¹⁰⁹

8.2.5. IMPUESTO A LAS UTILIDADES EN LA COMPRA VENTA DE PREDIOS URBANOS Y PLUSVALÍA DE LOS MISMOS

Las utilidades son el resultado de la diferencia entre el valor de adquisición, independientemente del título con el que se adquiriera y el valor de venta. La plusvalía es el valor adicional con el que se

¹⁰⁸ Desde la creación del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, BIESS, ésta entidad está a cargo de los créditos hipotecarios.

¹⁰⁹ En algunas administraciones provinciales, hasta antes de la vigencia del COOTAD, se continuaba con el cobro del impuesto adicional al registro, con el argumento de que no había sido derogado, cuando la reforma a la LORM del año 2004, expresamente así lo hizo. Lamentablemente, por lo reducido de los montos, los contribuyentes optaban por pagar antes que formular un reclamo, a todas luces pertinente porque se exigía el pago de un tributo inexistente.

revaloriza un bien inmueble, fruto de la intervención del gobierno municipal (o nacional, no hay diferencia) mediante la ejecución de obra pública que beneficia el sector en donde se encuentra ubicado, lo que nos conduce a prever que no toda obra pública puede dar como resultado el incremento del valor de las propiedades y puede producir un efecto contrario (minusvalía). Tratándose de dos conceptos, mucho se ha hablado en el pasado, cuando lo regulaba la Ley de Régimen Municipal, que se trataba de dos impuestos, aunque en la práctica, siempre se ha determinado, liquidado y cobrado, como si se tratara de un solo impuesto, el de las utilidades en la venta de bienes inmuebles urbanos.

Se grava con la tarifa del 10% a las utilidades y plusvalía que provengan de la venta de bienes inmuebles urbanos, porcentaje que se podrá modificar mediante ordenanza. La norma (COOTAD: artículo 556) no señala más, con lo que queda a la interpretación del órgano normativo del gobierno municipal, la modificatoria al porcentaje que puede ser en más o en menos la tarifa establecida, con lo que, otra vez, el legislador, genera una suerte de delegación legislativa, a favor de los órganos normativos de los gobiernos municipales. Una disposición transitoria en la reforma a la LORM de 2004 contemplaba una tarifa especial del 0,5 por ciento que grava la primera compraventa que se produzca luego de la vigencia de la reforma, esto es a partir del año 2006, en que empezó la aplicación de la reforma en materia de impuestos vinculados con la propiedad inmobiliaria, justificado por el incremento que se produciría en los avalúos de las propiedades, con la aplicación de valores reales, que como se ha dejado expuesto, no alcanzó al cien por ciento de las propiedades, por los mecanismos de actualización utilizados por las administraciones municipales. Esta tarifa especial ya no se incluyó en el COOTAD, por lo que únicamente cabe aplicar la general del 10%, con la posibilidad de modificarla por parte del Concejo, mediante ordenanza. También en la referida reforma se planteó la posibilidad de extender el cobro de este impuesto a los predios rurales, lo cual no prosperó

y tampoco fue considerada la posibilidad en la formulación del COOTAD.

Para el cálculo del impuesto, las municipalidades deducirán de las utilidades los valores pagados por concepto de contribuciones especiales de mejoras (COOTAD, artículo 557). Además, se deducirá (COOTAD, artículo 559) el cinco por ciento de las utilidades líquidas por cada año transcurrido a partir de la fecha de adquisición, que debe ser la de inscripción en el correspondiente registro de la propiedad, hasta la fecha de venta. Si la venta ocurre una vez transcurridos veinte años contados a partir de la fecha de adquisición, no procede el cobro del impuesto. Otro elemento para considerar deducciones es la desvalorización de la moneda, concepto que no aplica a la economía ecuatoriana porque la moneda de libre circulación es el dólar, desde el año 2000; cabría aplicarlo cuando se cuente con moneda propia, para tener una referencia de desvalor frente a otra moneda extranjera, lo que no implica que el dólar se deprecie o revalorice, como en la práctica ha ocurrido.

Los sujetos pasivos del impuesto (COOTAD, artículo 558) son los propietarios de los predios urbanos que los vendieren obteniendo la utilidad imponible o real. Cuando se genera plusvalía por obras de infraestructura, el impuesto se satisface por los dueños de los predios beneficiarios, por los usufructuarios, fideicomisarios o sucesores en derecho cuando se trata de herencias, legados o donaciones.

Como está formulado en su denominación en el COOTAD, “Impuesto a las Utilidades en la Transferencia de Predios urbanos y Plusvalía de los mismos” parecería indicar que se mantiene la figura de dos impuestos, o por lo menos de dos conceptos que gravitan en la determinación del mismo, el de las **utilidades**, derivado de la diferencia entre el precio de compra o adquisición y el precio de venta, lo cual puede generarse como consecuencia

de condiciones de mercado, de las mejoras incorporadas al predio (como cuando se incorporan construcciones al predio) o de cuestiones de oportunidad; y **el de plusvalía**, es decir el incremento del valor de la propiedad, derivado o como consecuencia de obras de infraestructura realizadas en la zona donde se encuentra el predio; en todo caso, es preciso señalar en la liquidación del impuesto no se toma en cuenta estos conceptos, en algunos casos por desconocimiento de que se tratan de dos distintos y en otros porque la plusvalía puede ser sujeto de gravamen a través de otro tributo, la contribución especial por mejoras. Tampoco se ha abordado con profundidad, aunque se ha enunciado ya, la intención de incluir el cobro de la plusvalía generada como consecuencia de la intervención de la autoridad mediante la expedición de regulaciones, como es el caso de normativa de cambio de uso y ocupación del suelo, como por ejemplo cuando, por consideraciones de orden técnico o de planificación, se modifica el número de pisos autorizados a levantar en determinado sector. No se han generado las condiciones para extender el concepto de plusvalía a este escenario y es el escenario en el que se puede advertir con el anunciado proyecto de ley de plusvalías. En ese escenario habría que tener presente que la fuente de generación de plusvalor no es únicamente el Estado o sus instituciones, sino también el privado y desde luego, también el comunitario. En el Distrito Metropolitano de Quito se utiliza el concepto de “venta de espacio aire”, que viene a ser un mecanismo *suigeneris*, sin que llegue a configurarse como un tributo por la ausencia de sus elementos esenciales, aunque no desaparece totalmente la figura del gravamen. La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo, publicada en el suplemento al Registro Oficial No. 790 de 5 de julio 2016, incluye el concepto de edificabilidad: “volumen edificable o capacidad de aprovechamiento constructivo atribuida al suelo por el Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano” (artículo 4, glosario); consagra la distribución equitativa de cargas y beneficios (artículo 5), regula los instrumentos para la distribución equitativa de las cargas y los

beneficios (artículo 48); y se establece lo que denomina “concesión onerosa de derechos” (artículo 72), por los que los GAD municipales o metropolitanos podrán cobrar en dinero o en especie (artículo 73).

8.2.6. IMPUESTO A LOS VEHÍCULOS

La reforma a la LORM de 2004 restituyó el impuesto al rodaje que había sido derogado en el 2001 con la vigencia del impuesto a los vehículos motorizados de alcance nacional, con una nueva denominación, el de impuesto a los vehículos, de beneficio municipal. Grava la propiedad de los vehículos, pues todo propietario de un vehículo, sea persona natural o jurídica debe satisfacer el impuesto, en el cantón donde tenga su domicilio. La base imponible del impuesto es el avalúo de los vehículos que consten registrados en el Servicio de Rentas Internas, en las jefaturas de tránsito o la Comisión de Tránsito del Guayas.¹¹⁰

Para la determinación del impuesto se aplica la siguiente tabla:¹¹¹

BASE IMPONIBLE		TARIFA
Desde US \$	Hasta US \$	US \$
0	1.000	0
1.001	4.000	5
4.001	8.000	10
8.001	12.000	15
12.001	16.000	20
16.001	20.000	25

¹¹⁰ Tanto las jefaturas de tránsito como la Comisión de Tránsito del Guayas han sido sustituidas por una nueva institucionalidad, la Agencia Nacional de Tránsito. Pero además, se encuentra en proceso de transferencia a los gobiernos municipales, la competencia de tránsito, lo cual debe tomarse en consideración en los efectos que puede tener sobre la administración de este impuesto.

¹¹¹ Elaborada en base a lo previsto en el artículo 539 del COOTAD.

BASE IMPONIBLE		TARIFA
Desde US \$	Hasta US \$	US \$
20.001	30.000	30
30.001	40.000	50
40.001	En adelante	70

La tabla no aporta mayor criterio de análisis respecto a la distribución de la carga impositiva, pues, bien podría advertirse que resiente el principio de capacidad contributiva, que determina que el régimen impositivo debe gravar con mayor valor a quien más tiene, pues en el caso de este impuesto da igual que un propietario de un vehículo de cuarenta mil un dólares que aquel que tenga uno valor igual o superior a cien mil dólares, pues pagará lo mismo, pese a la notoria diferencia en el avalúo.

Un tema en discusión respecto de este impuesto es la presencia de la posible doble tributación interna por la existencia del impuesto a los vehículos de carácter nacional, administrado por el Servicio de Rentas Internas, que también grava la propiedad de los vehículos motorizados,¹¹² compartiendo los dos impuestos, tanto el nacional como el municipal, el mismo hecho generador que es la titularidad de dominio o propiedad de los vehículos motorizados, incluso la misma denominación, impuesto a los vehículos y desde luego quien debe satisfacer, los dos impuestos, es el mismo sujeto pasivo, el propietario del vehículo. Con todo, hay que señalar que el impuesto municipal está justificado por el uso de las vías urbanas por parte de los propietarios de vehículos, por lo que mejor identidad tenía su anterior denominación, el impuesto al rodaje, denominación que aún se conserva en los distributivos presupuestarios de los gobiernos municipales.

¹¹² El artículo 1 de la Ley 2001-41, de reforma Tributaria, publicada en el suplemento al Registro Oficial No. 325 de 14 de mayo de 2001, señala “*Establécese el impuesto anual sobre la propiedad de los vehículos motorizados, destinados al transporte terrestre de personas o carga, tanto de uso particular como de servicio público*”.

Habría que revisar las tarifas impositivas que se acerquen de mejor manera a la realidad del parque automotor nacional.

Algunos problemas operativos tiene este impuesto en cuanto a su administración y recaudación, por lo que muchas municipalidades optaron por suscribir convenios con la Policía Nacional (cuando esta institución tenía a su cargo las jefaturas de tránsito) y con la Agencia Nacional de Tránsito, para facilitar el recaudo. Esto será superado cuando concluya el proceso de transferencia de la competencia de tránsito y transporte a los gobiernos municipales que está en marcha. Otras dificultades prácticas se derivan de la alta dinámica del mercado automotriz que dificulta, en la práctica, identificar con facilidad el domicilio del titular de dominio del automotor, que en muchas ocasiones distorsiona los valores que generan a cada municipalidad este impuesto o se concentra en las grandes ciudades, principalmente capitales de provincia, siendo residual el valor que recaudan las otras municipalidades.

8.2.7. IMPUESTO DEL 1.5 POR MIL SOBRE LOS ACTIVOS TOTALES

El impuesto del 1.5 por mil anual grava los activos totales de las personas naturales obligadas a llevar contabilidad, así como de las sociedades mercantiles. Es un tributo que sustituyó al impuesto al capital en giro del 1.5 por mil que había perdido eficacia sobre todo por la vigencia de exoneraciones contenidas especialmente en las leyes de fomento de la década del 70. Es el único impuesto de beneficio municipal que no se encontraba regulado en la LORM, pues fue creado por la Ley 006 de Control Tributario y Financiero, publicada en el Registro Oficial No. 97, de 29 de diciembre de 1988, con algunas modificaciones introducidas en fechas posteriores. La determinación de la base imponible se realiza mediante la identificación del patrimonio del contribuyente y que corresponde a los activos menos pasivos de más de un año y menos pasivos contingentes (aquellos que pueden ser una

eventualidad que ocurran o no, como por ejemplo la sentencia de un juicio que ordene el pago de un valor a favor o en contra). Cuando los sujetos pasivos de la obligación tienen más de un establecimiento en diferentes cantones, pueden hacer la declaración en el cantón donde tenga el domicilio principal con la identificación del patrimonio y el porcentaje de impuesto que corresponde a cada establecimiento, de manera que el tesorero municipal distribuya lo que les corresponde a los gobiernos municipales beneficiarios; en este caso, la forma como se determina lo que corresponde a cada establecimiento está dado por el ingreso generado en cada establecimiento, solo como factor de distribución de la carga tributaria, no como hecho generador, porque éste sigue siendo el patrimonio. El obligado al pago de este impuesto tiene que presentar la declaración y pagar hasta 30 días después de la fecha límite establecida para la declaración y pago del impuesto a la renta. También se admite la posibilidad de pagar en el domicilio donde se encuentra la planta de la actividad económica.

Este impuesto también podría configurar un caso de doble imposición interna con el impuesto de patente municipal, que como se señalará más adelante, y con la configuración que trae el COOTAD, grava también el patrimonio del contribuyente, al menos a las sociedades.

8.2.8. IMPUESTO DE PATENTE ANUAL

Antes de la reforma del 2004 a la LORM, coexistían dos impuestos, el impuesto anual de patente que resultaba un valor simbólico, dados los vertiginosos cambios económicos operados en el Ecuador en la última década del siglo pasado, incluido el sistema monetario,¹¹³ y un impuesto mensual de patentes, realmente el

¹¹³ Jamil Mahuad, Presidente de la República, en una medida desesperada en el año 2000, antes de su caída, sustituyó el dólar por el sucre, con una cotización de veinte y cinco mil sucres por un dólar, medida conocida como la dolarización de la economía ecuatoriana.

más importante por los rendimientos que generaba, dado que cada administración municipal, mediante ordenanza, establecía los mecanismos de cálculo del monto del tributo, ya que la norma (artículo 384, de la Ley de Régimen Municipal, antes de la codificación de 2005) otorgaba dicha atribución a los concejos municipales, lo cual provocó más de un abuso que llegó incluso a ventilarse judicialmente por una serie de impugnaciones a través de recursos de amparo y acciones objetivas o de anulación en contra de las ordenanzas expedidas para regular este impuesto. Con la reforma de 2004 se sustituyeron los dos tributos por uno anual con una tarifa variable que iba desde la mínima de diez dólares hasta una máxima de cinco mil dólares. El COOTAD denominó al “impuesto de patentes municipales y metropolitanas”. Amplió significativamente el concepto de actividad económica a incluir en la obligación de obtener patente y al pago del impuesto a quienes “ejercen permanentemente actividades comerciales, industriales, financieras, inmobiliarias y profesionales” (COOTAD, artículo 547). También incrementó la tarifa máxima del impuesto de cinco mil a veinte y cinco mil dólares, rango en base al cual, las tarifas deberán ser fijadas por el concejo mediante ordenanza, “en función del patrimonio de los sujetos pasivos del impuesto dentro del cantón” (COOTAD, artículo 548) con lo que se modificó el concepto anterior que era el “capital con el que operen los sujetos pasivos del impuesto”, muy cuestionado por los contribuyentes, en cuanto la legalidad de las ordenanzas que determinaban que el capital de operación, o capital operativo era equivalente al patrimonio, tal como lo recoge ahora la disposición legal.¹¹⁴ En la práctica, los concejos municipales fueron incorpo-

¹¹⁴ Resulta importante hacer referencia a la línea jurisprudencial sentada por la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, sobre el tema del capital operacional, cuando, por ejemplo, en la causa No. 120-2008, señala: “(c) Es indudable que el “capital con el que operen” que señala el Art. 365 de la LORM o el “capital operacional” en los términos empleados por la Autoridad Tributaria Municipal, no es el mismo, igual o equivalente al “capital social” previsto en otros cuerpos legales como la Ley de Compañías o el Código de Comercio, como sostiene la Empresa Actora, por lo que es pertinente que los concejos municipales en uso de su

rando en las ordenanzas, el concepto del patrimonio (activos menos pasivos); y procedieron a establecer las tarifas sobre la base de determinados rangos de patrimonio, combinando un valor por la fracción básica y un porcentaje por el excedente, cuidando siempre de no exceder el máximo permitido. Las diferencias entre rangos son variadas y pueden parecer arbitrarias en muchos casos, ni guardan correspondencia con la realidad económica del cantón en el que se establecen.

La ley contempla posibilidades de reducción del monto del impuesto cuando un negocio demuestre haber sufrido pérdidas (COOTAD, artículo 549), de conformidad con la declaración aceptada por el Servicio de Rentas Internas o por fiscalización practicada por el mismo SRI o la municipalidad, en cuyo caso el impuesto se reducirá a la mitad y hasta la tercera parte si se demostrare descenso en la utilidad de más del cincuenta por ciento en relación con el promedio obtenido en los tres años inmediatos anteriores. Aquí vale agregar que la fiscalización desde la municipalidad o distrito metropolitano autónomo cabría para aquellos contribuyentes del impuesto de patente que no están sujetos al pago del impuesto a la renta, porque a pesar de que la condición inicial es la declaración aceptada por el SRI, no veo impedimento para reducir el impuesto a aquellos contribuyentes que, por el monto de sus ingresos, no tributan impuesto a la renta, pero igual estarían en condiciones de sufrir pérdidas; no aceptarlo, afectaría el principio de generalidad del sistema tributario.

Se contempla exoneración a favor de los artesanos calificados como tales por la Junta de Defensa del Artesano. Las municipalidades no pierden la atribución de verificar el cumplimiento de las condiciones para la exoneración. En todo caso, también cabe discutir si la exoneración cubre solo la fase de producción artesa-

atribución constitucional y legal de expedir ordenanzas, definan el alcance de la frase "capital con el que operen" previsto en la ley", criterio reiterado en fallos posteriores sobre la materia.

nal o incluye la de comercialización; en este caso habría de discernir, si se trata del mismo artesano calificado el que produce y comercializa, le cubre la exoneración, pero si el artesano calificado solo produce y la comercialización la realiza otra persona, natural o jurídica, obviamente, la exoneración del artesano no le alcanza a la fase de comercialización realizada en tales condiciones, por otro sujeto, que estará obligado al pago del impuesto de patente.

Hay que señalar que como antecedente del impuesto, subsiste atado a éste, la obligación de obtener la patente, que no es otra cosa que el permiso que la administración municipal otorga a quien lo solicite, esto es, a los comerciantes e industriales que operen en el cantón, así como a quienes realicen cualquier actividad de orden económico. Esto último también es considerado en la redacción de la norma inserta en el COOTAD, pues, en más de una ocasión, las administraciones municipales, en el pasado, intentaron ampliar la base de contribuyentes del impuesto gravando con el mismo a todas las actividades económicas, incluidas las de libre ejercicio profesional, que ahora se contempla de manera expresa en la norma legal. La debilidad en este escenario se presenta en las mismas administraciones municipales que no cuentan con un registro (catastro) confiable de establecimientos comerciales, industriales o de personas que ejerzan actividades económicas, como es el caso de los profesionales.

Sobre el tema de la doble imposición interna, también presente entre el impuesto de patente y el impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales, compartiendo el mismo hecho generador, el patrimonio, sería prudente volver al concepto inicial de patente, de permiso o autorización de funcionamiento para el ejercicio de actividades económicas, como lo expresan las normas cuando señalan que: “*Están obligados a obtener la patente...*” (COOTAD, artículo 547), o, “*Para ejercer una actividad comercial, industrial o financiera, se deberá obtener una patente anual...*” (COOTAD, artículo 548)

que la obtendría todo aquel que pretenda ejercer actividades económicas de manera permanente dentro de la jurisdicción cantonal, y mantener el impuesto a los activos totales, ello daría mayores y mejores certezas a las partes, de manera especial a los contribuyentes, manteniendo las dos fuentes de ingresos municipales y fortaleciendo la atribución de control de los gobiernos municipales a las actividades económicas a través de la patente, permiso o autorización, todo esto claro está, mediante la reforma legal respectiva que elimine el impuesto de patentes o que lo convierta únicamente en permiso o autorización para el ejercicio de actividades económicas dentro de la jurisdicción cantonal.

Un elemento nuevo, de reciente incorporación al ordenamiento jurídico en relación al impuesto de patente es el previsto en la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil (2014). El artículo 161 de la referida ley, sustituye el artículo 551 del COOTAD, que en su versión previa a la reforma preveía que el SRI, previo a otorgar el Registro Único de Contribuyentes, exigirá el pago de patentes municipales. La norma sustitutiva prevé que para obtener la segunda autorización para imprimir comprobantes de venta, comprobantes de retención o documentos complementarios, las sociedades que son sujetos pasivos del impuesto de patentes municipal, deberán cancelar al Servicio de Rentas Internas, a manera de anticipo, el 1% sobre el capital social o patrimonio de la sociedad. Si el pago fuere excesivo, se reconocerá crédito tributario. Si fuere inferior, la sociedad deberá cancelar la diferencia. Esta reforma es una verdadera desnaturalización del impuesto, pues por una parte, convierte al SRI en agente de percepción del mismo, el que deberá trasladar los valores recibidos a la municipalidad beneficiaria. Por otra parte, al concebirse como anticipo, indistintamente de la fecha en la que ocurra el hecho, es decir la autorización de impresión, el anticipo puede ocurrir en el mismo período del ejercicio en el que ya se pagó el impuesto, lo cual equivaldrá a realizar un anticipo para hacerlo válido en el siguiente ejercicio, lo que dis-

torsiona el carácter anual del impuesto, como fue concebido desde creación en el 2004. Es de esperar que la reforma no provoque conflictos en su aplicación, pues, se vuelve a incluir el concepto de capital social o patrimonio, que ya fue objeto de discusión en el pasado reciente.

8.2.8.1. PATENTE A LOS PROFESIONALES EN LIBRE EJERCICIO

Otro tema de difícil tratamiento, es el cobro del impuesto a los profesionales en libre ejercicio. Aclaro que no está en discusión el hecho que los profesionales en libre ejercicio sean sujetos pasivos del impuesto, pues en efecto, desarrollan actividades económicas, consiguientemente deben satisfacer esta carga impositiva. La problemática se circunscribe a los mecanismos adoptados por los gobiernos municipales, beneficiarios del impuesto, para la determinación de la base imponible, para establecer la cuantía del tributo; si bien la norma legal prevé que se lo haga con base en el patrimonio del sujeto pasivo, sin distinguir los diferentes tipos de sujetos pasivos que pueden haber, la determinación de éste siempre genera dificultades, sobre todo para quienes, como los profesionales, no están obligados a llevar contabilidad sino un registro de ingresos y egresos, pues de manera simple, el patrimonio de las personas jurídicas es el resultado de los activos menos pasivos, ya que es el reflejo de la valoración de bienes, derechos, obligaciones y deudas.

Consecuentes con la disposición legal que únicamente habla de patrimonio, la norma municipal o distrital debería consignar un mecanismo para determinar ese patrimonio para los sujetos no obligados a llevar contabilidad, no solo para los profesionales en libre ejercicio sino también para todos quienes ejercen actividades económicas en una jurisdicción cantonal sin la obligación de llevar contabilidad, cuya casuística es extensa –bares, tiendas, restau-

rantes, farmacias, micromercados, supermercados, entre otros- y que también deben satisfacer el impuesto de patentes.

En este contexto, en el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, MDMQ, se ha optado por determinar un valor fijo para profesionales en libre ejercicio, obviando una realidad evidente, la diversidad económica de los profesionales que ejercen en la jurisdicción, pues no es lo mismo tener un consultorio u oficina en un local arrendado que hacerlo en un bien propio, no es lo mismo tener treinta y seis metros cuadrados de espacio físico a tener cien, doscientos o más metros cuadrados; también existen diferencias en función del lugar en donde se encuentre ubicado en local, pues las diferencias económicas también son evidentes, tener una oficina en el centro histórico a tenerlo en la avenida República de El Salvador, en el centro financiero de la ciudad. Consiguientemente, optar por definir un valor fijo aplicable a todos los profesionales en libre ejercicio, atenta a principios que son la base del régimen tributario como los de progresividad, equidad e igualdad; estos yerros en la regulación metropolitana deben subsanarse, de manera prioritaria.

8.2.8.2. ALTERNATIVAS PARA RACIONALIZAR EL COBRO DEL IMPUESTO A LOS PROFESIONALES

La alternativa de solución debe inclinarse por definir un mecanismo para establecer el patrimonio del sujeto pasivo, de aquellos que no es posible determinarlo mediante normas contables, como ocurre con las personas jurídicas.

8.2.8.2.1. PATRIMONIO O CAPITAL DE OPERACIÓN

La opción desarrollada por el legislador al incluir la posibilidad de determinar la base imponible en función del patrimonio, es aplicable en forma parcial solo a los sujetos pasivos obligados a llevar contabilidad, y deja de lado, todos aquellos sujetos pasi-

vos que, sin estar obligados a llevar contabilidad, ejercen actividades económicas, como consecuencia de lo cual, deben pagar el impuesto anual de patentes. Esta modificación introducida que soluciona en forma parcial el problema, incide en la concepción misma del impuesto, al establecer la determinación en función del patrimonio del sujeto pasivo, elemento que desnaturaliza el tributo y genera una suerte de doble imposición interna, ya que comparte, como se dejó expuesto en líneas anteriores, la misma forma de determinación con otro impuesto de beneficio municipal como es el de Activos Totales, que también se calcula sobre la base del patrimonio. Frente a esto, lo más sensato sería pensar en volver al concepto del “capital de operación” posiblemente con una mejor precisión conceptual, pues desde luego, es un concepto diferente y que permite, desde mi perspectiva, gravar el verdadero hecho imponible que persigue un impuesto como el de patente, el ejercicio de la actividad económica, ya que el capital operativo es aquel dinero que requiere el sujeto pasivo para mantener en funcionamiento la actividad económica, atado a la periodicidad del tributo, anual, ya se cuenta con los elementos para definirlo, el capital de operación, en el respectivo ejercicio fiscal, el año económico. Al no ser el capital de operación, ni el capital social ni el patrimonio, deja abierta la posibilidad de precisar su contenido y alcance, de manera que cubra a todos los sujetos pasivos.

8.2.8.2.2. RANGOS DE CONTRIBUYENTES POR CAPITAL DE OPERACIÓN

Una segunda opción debe explorar la línea de incluir variables para determinar la verdadera capacidad económica del contribuyente, por ejemplo en función de rangos del capital de operación, de manera que se pueda optar por al menos unas diez categorías, considerando lo que la profesión, particularmente considerada, requiera de inversión para el libre ejercicio, pues no es lo mismo el ejercicio de la abogacía que el ejercicio de la medicina, donde posiblemente un equipo médico tenga un valor superlativamente

mayor a un programa informático de leyes, para poner en perspectiva una referencia comparativa de solo dos profesiones.

8.2.8.2.3. SUPRESIÓN

Una solución, quizás extrema, pero necesaria al menos plantearla para su discusión, es la supresión del impuesto, por las siguientes razones: el impuesto de patente mantiene vivo el espíritu de su origen, es decir el permiso o autorización que se requería para el ejercicio de una actividad comercial o industrial. Frente a esto, se puede mantener el impuesto a los activos totales que grava el patrimonio de las personas naturales obligadas a llevar contabilidad y las sociedades; y, para el ejercicio de las actividades económicas, en general, se mantiene la obligación de obtener la patente, pero no como impuesto, sino como un título habilitante o a lo sumo un servicio, ligado al control del cumplimiento de determinadas condiciones necesarias para la seguridad, el ambiente y condiciones de habitabilidad de los establecimientos.

8.2.8.2.4. MECANISMOS

Un elemento que debe considerar el régimen impositivo del impuesto de patentes es la forma jurídica que se requiere para introducir las modificaciones propuestas. Así, si se quiere regresar al concepto del capital de operación, necesitamos modificar el artículo 548 del COOTAD, ya que es esta norma la que contempla el tema del patrimonio del sujeto pasivo para determinar la base imponible.

Y como la ley, en un verdadero ejercicio de delegación legislativa, determina que es el concejo, mediante ordenanza, el que debe establecer la tarifa del impuesto; entonces, son los concejos, municipal o metropolitano, los que deben establecer un mecanismo justo, equilibrado de tarifa, de manera que se aplique de forma clara a la realidad económica, la capacidad contributiva del sujeto

pasivo para el cobro del impuesto. No cabe hacerlo a través de otro mecanismo, por ejemplo resoluciones administrativas, del órgano que sea, porque adolecerían de vicio de legalidad, al no prever la ley atribución para otro órgano de la administración municipal, distinto del concejo municipal o metropolitano.

8.2.9. IMPUESTO A LOS ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

Los espectáculos públicos antes de la reforma de la LORM de 2004 pagaban una tarifa del 27 por ciento. Sin embargo, la Ley contemplaba varios casos de exoneraciones que eran utilizados como “*escudos fiscales*”¹¹⁵ para evitar el pago de la elevada tarifa. La Ley Reformatoria de 2004 establece el impuesto único del 10 por ciento sobre el valor del precio de las entradas vendidas de los espectáculos públicos legalmente permitidos. Para los eventos deportivos de categoría profesional, la tarifa es del 5% sobre el valor de las entradas.¹¹⁶ Estas tarifas se mantienen sin modificación en el COOTAD.

Las exoneraciones se limitan a los espectáculos artísticos donde se presenten única y exclusivamente artistas ecuatorianos y se derogan las demás exoneraciones que consten en cualquier ley general o especial. La reforma al COOTAD por la ley publicada en el Suplemento al Registro Oficial 166 de 21 de enero de 2014, incluye como exoneración a “...*las presentaciones en vivo de artistas extranjero*.”, lo cual desnaturaliza el concepto inicial de la exoneración y la amplía a todos los artistas, nacionales o extranjeros, pues ello de presentaciones en vivo, es una aclaración que no incide en nada en el propósito expreso de reforma, de ampliar la exoneración.

¹¹⁵ Pueden definirse como mecanismos para reducir o evitar el pago de tributos, vinculados con el mecanismo denominado elusión, que implica reducción de la carga impositiva, pero de conformidad con la ley.

¹¹⁶ Quizá como anécdota del proceso de aprobación de la ley reformativa, la reducción de la tarifa para los espectáculos deportivos fue sostenido por diputados que pertenecían a equipos de fútbol profesional, con el argumento de que se trata de un deporte de multitudes. No es pues, una justificación de carácter técnico.

Se reconoce la posibilidad de que los concejos municipales, mediante ordenanza puedan fijar el monto de las entradas de *ínfimo valor*, que lo se tomará en cuenta para establecer el ingreso bruto gravado, con lo que se constituye en un mecanismo de exoneración a aquellas entradas que quepan en este concepto de “*ínfimo valor*”, el que reitero, deberá ser establecido mediante ordenanza.

En la determinación del impuesto, son de importancia algunos conceptos que deben ser regulados por ordenanza:

Artista: Toda persona definida como tal por la ley de defensa profesional del artista como actores, cantantes, bailarines, músicos, fonomímicos, declamadores, directores de teatro, de orquesta, entre otros.

Aforo: La capacidad de asistentes que permite albergar un establecimiento.

Taquilla: La totalidad de ventas autorizadas por la dirección financiera municipal.

Taquilla neta: El total de entradas/boletos vendidos, sobre los que se calcula el impuesto.

Espectáculo público: Todo evento o función por la que se pague un valor como derecho de admisión; pueden ser artísticos musicales y de artes de representación (teatro), recreacionales, electromecánicos, deportivos.

Las dificultades en la determinación del impuesto son varias y de difícil control por parte de las autoridades municipales. Un elemento clave en este proceso es la entrada o boleto que debe ser emitido con medidas mínimas de seguridad, para evitar falsificaciones. Un mecanismo empleado es la utilización de imprentas autorizadas por la respectiva dirección financiera.

8.2.10. IMPUESTO AL JUEGO

Este impuesto, dados los resultados de la consulta popular de 7 de mayo de 2011,¹¹⁷ que prohibió el establecimiento de negocios dedicados a juegos de azar, tales como casinos y salas de juego, ha perdido razón de ser, en tanto únicamente quedarían algunas actividades residuales consideradas como juegos, por ejemplo billares, futbolines y similares, que reducen en forma significativa las posibilidades de recaudación de este impuesto, pese a que el COOTAD, mantiene en similares términos la disposición que estaba en la derogada Ley de Régimen Municipal, sin establecer elementos esenciales del impuesto como sujetos pasivos, hecho generador, base imponible, o tarifa por lo que es el concejo municipal que, mediante ordenanza, regula su aplicación incluso definiendo los elementos esenciales y los sujetos obligados a satisfacerlo.

La reforma de enero de 2014 señala que “son sujetos pasivos de este impuesto los establecimientos de juegos y demás actividades similares que funcionen legalmente en el país”, texto que está más a tono con la prohibición de los juegos de azar resueltos en la referida consulta popular. Este es un impuesto que, antes de la consulta popular, tenía significación económica en ciudades medianas y grandes en las que se encontraban establecimientos de esta naturaleza, no así en el resto de ciudades, donde a lo mucho, llegan máquinas tragamonedas con ocasión de la fecha festivas de las ciudades de los respectivos cantones. De seguro, si se propone su derogatoria, no habría oposición, por los magros resultados que arrojan su gestión.

¹¹⁷ El Presidente de la República, luego de la consulta popular, expidió en el mes de septiembre de 2011, el Reglamento de juegos de azar practicados en casinos y salas de juego, regulando el régimen de transitoriedad de este tipo de actividades, hasta su cierre definitivo.

8.2.11. OTROS IMPUESTOS MUNICIPALES Y METROPOLITANOS

El artículo 562 del COOTAD prevé que las municipalidades y distritos metropolitanos cobrarán los tributos municipales o metropolitanos por la explotación de materiales áridos y pétreos dentro de su circunscripción territorial. La incoherencia entre el título de la sección “otros impuestos” y el texto de la norma, “los tributos”, la considero que no es al azar, pues, bien puede dar paso a que las municipalidades cobren contribuciones y no necesariamente impuestos por la explotación de áridos (materiales de construcción), competencia que se encuentra en fase de transferencia del nivel central a los gobiernos municipales.

8.3. TASAS MUNICIPALES

La tasa es una especie de tributo que está, por lo general, ligado a la prestación de un servicio, aunque también cabe cobrar por el uso de bienes públicos, por ello se define como la contraprestación en dinero por la provisión de un servicio público o la utilización de un bien público. La tasa, para José Luis Shaw (1993), como especie del género tributo, “... *balla su fuente jurídica en la voluntad unilateral y coactiva del Estado, que impone al contribuyente el pago de una determinada suma por la realización de una actividad o la prestación de un servicio con relación a ese contribuyente*”.¹¹⁸ García Novoa, C. (2009) por su parte, sobre la tasa dice: “*Así, la tasa, como tributo que es, tendría una naturaleza contributiva y no estrictamente retributiva. Hablar de una prestación contributiva cuando se paga por recibir algo puede plantear problemas, por lo que la definición de tasa como prestación contributiva que se satisface por una actividad o servicio exige centrar su atención en dos cuestiones. En primer lugar, el pago no tiene su fuente jurídica en un verdadero acuerdo de voluntades manifestado, como mínimo, en la libertad jurídica de recibir o no el bien de la actividad. Y ello enlaza con el segundo de los rasgos*

¹¹⁸ Shaw, José Luis, “Tasas, precios e impuestos, su diferenciación en la doctrina contemporánea”, Fundación Cultura Universitaria, primera edición, pág. 9.

de las tasas: los servicios o actividades por los que se paga deben referirse a actividades o servicios desarrollados por el Estado a la manera de cualquier particular y, concretamente, en un ámbito de carácter industrial o comercial".¹¹⁹ Conceptos que nos ubican con claridad en el escenario en el que se configura esta clase de tributo, como parte del ejercicio de la potestad de imperio del Estado.

No es el escenario para profundizar en los desencuentros que tiene en la actualidad frente a otro concepto económico, los precios públicos, pero baste dejar señalado que es un tema de mucha trascendencia sobre todo cuando el Estado interviene en muchas actividades más allá de las tradicionales, incluso en el campo de actividades económicas desarrolladas fundamentalmente por la empresa privada.

Los gobiernos municipales tienen expreso reconocimiento constitucional, como competencia exclusiva, la de *"crear, modificar o extinguir tasas y contribuciones especiales de mejoras"*, por lo que, con este escenario, que les coloca en una posición privilegiada frente a los otros niveles de gobierno subnacional a los que no les reconoce tal competencia, pueden aplicar tasas retributivas de servicios públicos, con mucha amplitud, incluso más allá de las que determina en forma expresa la ley, que reconoce la posibilidad de cobrar tasas por los siguientes servicios (COOTAD, artículo 568):¹²⁰

8.3.1. APROBACIÓN DE PLANOS E INSPECCIÓN DE CONSTRUCCIONES

En realidad se tratan de dos actividades distintas, la de aprobación de planos, que es fundamentalmente una labor de gabinete, proceso en el que el interesado debe presentar la documentación

¹¹⁹ García Noboa, César, "El concepto de tributo", Tax editor S.A., págs. 291 y 292.

¹²⁰ De la enumeración que constaba en la Ley de Régimen Municipal, se ha excluido la tasa por aferición de pesas y medidas (regulación de balanzas); y, matrículas escolares.

que requiera la administración, para que cumplidos los requisitos, extienda la aprobación respectiva de los planos; y la de inspección de construcciones urbanas, que forma parte de la actividad de control propia de las administraciones municipales y que difícilmente se puede configurar como servicio, que genera, por consiguiente otras consecuencias, como la suspensión de la edificación si es que el personal municipal determina que no cuenta con las autorizaciones correspondientes. En realidad, la tasa debe limitarse a la tarea principal que es la de aprobación de planos; lo demás forma parte del derecho administrativo sancionador, fruto de la presencia de infracciones a las regulaciones sobre edificaciones que expiden los concejos municipales,¹²¹ que puede dar lugar a la imposición de sanciones pecuniarias, multas en dinero, principalmente.

8.3.2. RASTRO

Regula el servicio de utilización de las instalaciones de propiedad municipal destinadas al faenamiento o desposte de ganado, mayor y menor, en los denominados camales municipales, incluido el servicio de control veterinario. Un rubro importante que también forma parte de la realidad de las administraciones municipales en la actualidad, es la regulación de los camales privados, en el que se discute la obligación de pago de esta tasa, pues bien podría ser sustituido por otro servicio como el de autorización de establecimientos.¹²²

¹²¹ El nivel de regulación de los procesos constructivos en las ciudades es muy limitado; Quito por ejemplo tiene un porcentaje superior al sesenta por ciento de construcción informal, según información de la Cámara de la Construcción, que ha conducido a adoptar medidas de regulación, para reducir esta incidencia negativa que contrasta con la planificación urbana.

¹²² Sobre el tema es oportuno hacer referencia al criterio vertido por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, en el recurso No. 374-2011, que al resolver un tema relacionado con las tasas por rastro, señala “La EMURPLAG (Empresa Municipal de Servicios de Rastro y Plazas de Ganado del cantón Cuenca) tiene posibilidad de cobrar dos tipo de tasas en el faenamiento y utilización del rastro; la primera cuando ella

8.3.3. AGUA POTABLE

El servicio de agua potable es competencia exclusiva del gobierno municipal (artículo 264.4 de la Constitución de la República y 55.d) del COOTAD), que puede prestarlo en forma directa a través de su propia institucionalidad o una empresa pública creada para tal efecto. En aplicación del texto constitucional, artículo 318, la gestión delegada de este servicio cabe únicamente con organizaciones comunitarias, pues prohíbe toda forma de privatización del recurso agua, que, sin que lo diga de modo expreso, incluye al agua potable. Las tasas que se cobren por la prestación del servicio deberán ser establecidas por ordenanza en aplicación de lo previsto en el artículo 186, inciso segundo del COOTAD, lo cual es una modificación frente a la liberación que se había generado con las reformas a la LORM de 2004, que permitía que sean los directorios de las empresas las que fijen los pliegos tarifarios de los servicios que prestan.

8.3.4. RECOLECCIÓN DE BASURA Y ASEO PÚBLICO

Este es uno de los servicios de alta complejidad por los niveles de cobertura que debe alcanzar, los volúmenes que se genera, la naturaleza de los desechos (no degradables, biodegradables, reutilizables, etc.) y la disposición final que debe guardar un mínimo de condiciones técnicas (en rellenos sanitarios técnicamente manejados); aunque se ha avanzado de manera considerable en la tecnificación de la disposición final, se mantienen problemas irresolutos que demandan urgente atención y mejora, sobre todo

misma faena el ganado en las instalaciones propias y cobra directamente al usuario este servicio, en cuyo caso no existe discrepancia ni discusión sobre la naturaleza del cobro como tasa, y segundo, cuando presta el servicio de control de rastro en camales privados, para cuyo efecto se ha señalado como “inspecciones veterinarias”, en cuyo caso podrá cobrar igualmente una tasa, pero referida exclusivamente al servicio de control y en relación al costo del servicio de conformidad a lo señalado en el art. 395 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, vigente en el periodo de disputa, pero sin perder su categoría de tasa.”

en la línea de evitar la proliferación de fuentes contaminantes, a través de la disposición a cielo abierto y sin tratamiento. La otra dificultad está relacionada con el sistema tarifario a aplicar por el servicio.¹²³

8.3.5. CONTROL DE ALIMENTOS

Esta es una materia de regulación de mucha complejidad, porque el control de alimentos, también lo tiene el Ministerio de Salud Pública, a través de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria, ARCSA, entidad adscrita, que incluye control de establecimientos de actividades económicas, (no solo alimentos, pero incluye a éstos) y el sistema de registro sanitario. Entonces, el control de alimentos desde el gobierno municipal puede reducirse a los establecimientos de expendio al detal en mercados, tiendas, abacerías, micro-mercados y establecimientos similares, para evitar una intervención duplicada de la autoridad pública. Esto, en el pasado reciente fue regulado, en el Distrito Metropolitano de Quito, mediante acuerdo ministerial, que definía el tipo de establecimientos regulados por el Distrito y los regulados por el Ministerio de Salud. Esta materia debería regularizarse a través del proceso de descentralización, pues de lo que se trata en definitiva es de racionalizar el ejercicio de competencias en los diferentes niveles territoriales. Las tarifas son variadas, en función del establecimiento y su tamaño.

8.3.6. HABILITACIÓN Y CONTROL DE ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES E INDUSTRIALES

Esta actividad es derivada de políticas de control urbano y regulación de uso y ocupación del suelo; los centros urbanos deben

¹²³ En las décadas de los ochenta y noventa se generalizó la utilización de un porcentaje del consumo de energía eléctrica (en promedio el 10% del consumo) para el cobro de la tarifa de recolección de basura, lo cual no tenía ningún sustento técnico, salvo la facilidad de recaudo y el mecanismo coercitivo inmerso, pues la falta de pago de la planilla de luz conducía a la suspensión del servicio.

crecer en forma planificada, con la definición en los planes reguladores o de desarrollo urbano las zonas comerciales, industriales, residenciales, de expansión, de amortiguamiento, de reserva, entre otros. El uso y ocupación del suelo, se traduce en el otorgamiento de autorizaciones en función de la tipología del tipo de industrias o comercio, de bajo, mediano y alto impacto; pueden establecerse otras tipologías de uso. Las tasas se establecen en función del establecimiento o el tipo de industria de la que se trate.

8.3.7. SERVICIOS ADMINISTRATIVOS

Atienden una serie de servicios administrativos, comúnmente denominados “servicios técnico administrativos”, que permiten la recaudación de valores, relativamente bajos, pero que por la asiduidad con la que los requieren los usuarios, implican valores significativos. Entre los servicios que puede identificarse con este rubro están el otorgamiento de certificados, líneas de fábrica, sectorización, etc. Las tasas por servicios administrativos varían tanto en los montos como en la forma de determinación, según la administración municipal de la que se trate.

8.3.8. ALCANTARILLADO Y CANALIZACIÓN

En realidad son dos clases de servicios, pero por lo general se concentra en el servicio de alcantarillado, el cual tiene ciertas particularidades. El servicio de alcantarillado comprende la recepción, conducción, tratamiento y disposición final (vertido a fuentes naturales). Cuando las condiciones e infraestructura lo permite, puede diferenciarse entre alcantarillado sanitario, que recepta las aguas servidas o residuales; y el alcantarillado pluvial que recoge aguas lluvias y las conduce a cauces naturales. La tasa varía en función de si el servicio cuenta o no con tratamiento, previo a su

disposición final. La mayoría de sistemas en el país son únicamente de recolección y disposición final, sin tratamiento.¹²⁴

8.3.9. OTROS SERVICIOS DE NATURALEZA SEMEJANTE

Incluyen servicios como mercados, cementerios, ferias libres, control de contaminación ambiental, entre otros, cuando son prestados en establecimientos de propiedad pública o municipal. Un ejemplo de esta clase de servicios es el de seguridad ciudadana, que por primera vez fue implementado por la administración del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, en el año 2003. Los problemas que se presentan en estos casos, es que difícilmente se configura un servicio, o se trata de un servicio que revisten algunas particularidades, como el caso de la seguridad ciudadana. En la actualidad muchas administraciones municipales han incorporado el cobro de tasas por otros servicios, en algunos de los cuales se discute sobre si efectivamente es la prestación de un servicio o simplemente se trata de un impuesto disfrazado de tasa. Ejemplo de ello fue la tasa por los servicios de seguridad ciudadana expedida por el Concejo Metropolitano de Quito, el doce de diciembre de 2002, en la que se estableció la tasa con una tarifa anual que iba, en zonas residenciales, entre dos dólares en el sector 9 hasta 27 dólares en el sector 1, (la ciudad estaba en ese entonces dividida en 9 sectores); y en sectores económicos y de servicios entre 18 y 30 dólares anuales, valores que en la gran mayoría de casos, cuando se empezó a cobrar en el 2003, era muy superior al monto que se determinaba por concepto de impuesto predial. Un comentario adicional, la tasa empezó a cobrarse en el 2003 y recién en el 2004, con la reforma a la LORM, se incluyó como competencia municipal, el tema de la protección y seguridad ciudadana, con lo cual, en su inicio, el sustento de cobro de

¹²⁴ De manera excepcional, ciudades como Cuenca (casi total) y Babahoyo (parcial) cuentan con sistemas de tratamiento de aguas residuales. Babahoyo tiene además, también con cobertura parcial, un sistema diferenciado de alcantarillado y alcantari-lado sanitario, con cobertura a un 40% de la ciudad. Otras ciudades han emprendido acciones en tal sentido pero siguen siendo acciones limitadas.

esta tasa era por lo menos discutible por falta de competencia explícita a favor de los gobiernos municipales sobre el servicio y porque además el servicio no es tangible, cuantificable ni medible como sí lo son otra clase de servicios.¹²⁵

El riesgo en la determinación de esta clase de servicios es que a título de tasa se puede configurar verdaderos impuestos, rompiendo los principios de reserva de ley y legalidad del sistema tributario. No hay que olvidar que el marco dentro del cual deben actuar las administraciones municipales para el establecimiento de tasas por servicios está dado por las competencias que son de su responsabilidad, los servicios que efectivamente presta y el ámbito territorial de intervención. Ello contribuirá siempre a dar certeza a los administrados.

La ley no contempla exoneraciones para el pago de esta clase de tributos, razón por la cual, el Estado y las entidades del sector público también las pagan y deben hacer constar en sus presupuestos, partidas presupuestarias específicas con tal fin.

8.4. CONTRIBUCIONES ESPECIALES DE MEJORAS

Las contribuciones especiales de mejoras financian las actividades y actuaciones de la administración. Se crean en aplicación del principio del beneficio, pues gravan a quienes obtienen beneficio como consecuencia de la ejecución de obras o el establecimiento o ampliación de servicios. Para ello es preciso que se pueda identificar los beneficiarios para distribuir entre ellos los costos de la inversión. La Constitución de la República (2008) con poca claridad, trata en el artículo 301 de “*contribuciones*” y de “*contribuciones especiales*” y en el artículo 264, número 5 de “*contribuciones especiales*”

¹²⁵ La Clínica de Derecho Tributario de la Universidad San Francisco, cuestionó mediante acción objetiva la legitimidad de la ordenanza, lamentablemente, lo hizo fuera de plazo y la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia desechó la demanda.

de mejoras”, lo cual haría aparentar diferencias entre unas y otras, pero la verdad, amén de la infortunada redacción empleada en las normas constitucionales que puede ser fuente de conflictos, en la práctica no existen muchas diferencias, salvo las que podríamos establecer entre contribuciones especiales (las que cobran diferentes entidades públicas, por ejemplo las superintendencias a sus regulados) y contribuciones especiales de mejoras que son las que corresponde a los gobiernos municipales. Las “*contribuciones especiales de mejoras*” son las que corresponden crear, modificar o extinguir a los gobiernos municipales mediante ordenanza cuando se produce un beneficio real o presuntivo en las propiedades inmuebles urbanas, como consecuencia de la construcción de obras públicas.

Los mecanismos para establecer cuándo una obra pública beneficia a una propiedad son dos: cuando ésta colinda con la obra pública o se encuentra dentro del área o zona de beneficio o influencia, declarada por el concejo, mediante ordenanza. Un tema discutible es el beneficio “presuntivo”, pues una obra pública no siempre puede generar beneficios, y por el contrario, puede resultar perjudicial, como cuando la construcción de un paso elevado reduce o elimina la visibilidad de las edificaciones aledañas, allí el beneficio es discutible, por lo que habría que dejar abierta la posibilidad de analizar caso por caso, como lo propone José Vicente Troya.¹²⁶

Otro tema no resuelto es el relacionado con los beneficios que reciben los bienes inmuebles de propiedad estatal o pública, sobre los que se debería establecer un mecanismo de compensación o pago, de modo que mantengan el valor real o de mercado, de modo que si en un momento determinado deben enajenarse, no tengan el problema de valores irreales, que no reflejan los beneficios derivados de la obra pública ejecutada.

¹²⁶ Ponencia preparada para las V Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario, Cuenca, 2005.

A más de la posibilidad que da la Constitución de la República (2008) para que los gobiernos municipales creen, modifiquen o extingan contribuciones especiales de mejoras, el COOTAD prevé en el artículo 577, las siguientes: apertura, pavimentación, ensanche y construcción de toda clase de vías; repavimentación urbana; aceras y cercas; obras de soterramiento y adosamiento de las redes para la prestación de servicios de telecomunicaciones en los que se incluya audio y video por suscripción y similares, así como redes eléctricas; obras de alcantarillado; construcción y ampliación de obras y sistemas de agua potable; desecación de pantanos y relleno de quebradas; plazas, parques y jardines; y, otras obras que las municipalidades o distritos metropolitanos determinen mediante ordenanza. La enumeración es casi la misma que contenía la LORM, con algunas modificaciones, inclusiones y exclusiones como el alumbrado público.¹²⁷

Las obras que están directamente vinculadas con infraestructura para la prestación de servicios, deben entenderse que no incluye el valor de la infraestructura o maquinaria para la valoración de la tasa del servicio, pues, con la contribución especial de mejoras se recauda el valor de la obra y con la tasa, el servicio prestado, sin que pueda incluirse en la tarifa de la tasa los valores de inversión en infraestructura.

Para concluir el tema impositivo, el sistema tributario municipal, siendo la fuente principal de ingresos propios es de trascendental importancia en la vida institucional de los gobiernos municipales, sin embargo, dada su compleja estructura y el sinnúmero de impuestos que existen, muchos de ellos que no justifican su mantenimiento por sus limitados rendimientos, deben entrar en un proceso de revisión y simplificación para mejorar los recaudos,

¹²⁷ La materia de soterramiento y adosamiento de redes para servicios de telecomunicaciones fue incluido por la Ley orgánica reformativa del COOTAD, publicada en el suplemento al Registro Oficial No. 166, de 21 de enero de 2014.

sobre todo ante la necesidad de cumplir a cabalidad con los principios que gobiernan el sistema tributario y porque es una necesidad para los gobiernos municipales, mejorar la recaudación de recursos propios para fortalecer la autonomía.¹²⁸

9. EL SISTEMA DE PLANIFICACIÓN PARTICIPATIVA DE LOS GAD MUNICIPALES

Haciendo un poco de historia, con el retorno al régimen democrático en 1979 se inauguró una nueva etapa en la planificación nacional, de la mano del Consejo Nacional de Desarrollo, CONADE, presidido por el Vicepresidente de la República, organismo que sustituyó a la Junta Nacional de Planificación, JUNAPLA, con vigencia desde su creación en 1954; su trabajo, de corte centralista y teórico, se evidenció en los *“planes nacionales de desarrollo”* de los gobiernos democráticos que se sucedieron a partir de entonces hasta 1998. En ese año, con ocasión de la puesta en vigencia de las reformas constitucionales aprobadas por la Asamblea de Sangolquí, se eliminó la institución nacional responsable de la planificación, el CONADE y se dio paso a instituciones frágiles y temporales, dependientes de la Presidencia de la República,¹²⁹ como la Oficina de Planificación, ODEPLAN y la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, SENPLADES, que no pasaron de oficinas de segundo orden, únicamente encargadas de “calificar” la prioridad de proyectos formulados por la institucionalidad pública.

¹²⁸ La SENPLADES adelanta un estudio encaminado a formular una propuesta que modifique el sistema impositivo, en principio orientado a modificar únicamente el municipal, pero que debería extenderse a todos los gobiernos autónomos descentralizados.

¹²⁹ El artículo 255 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 señalaba que “El sistema nacional de planificación estará a cargo de un organismo técnico dependiente de la Presidencia de la República, con la participación de los gobiernos seccionales autónomos y de las organizaciones sociales que determine la ley”. Esta ley nunca se expidió.

Frente a este proceso de debilitamiento constante de la planificación nacional, que para unos significó su desmantelamiento total, surgen a partir de 1990, procesos locales de planificación, marcados principalmente por los calificativos de “*participativos*”, “*de desarrollo*” y “*estratégicos*” (Planes Locales Participativos, Planes de Desarrollo Local, fueron muy comunes hasta los primeros años del presente siglo, copando casi la totalidad de los gobiernos subnacionales, principalmente los municipales).¹³⁰

En definitiva, la ausencia de planificación nacional fue sustituida por el esfuerzo de la planificación local, con sus virtudes (sobre todo, los ejercicios participativos que acompañaron los procesos de planificación) y debilidades (propuestas teóricas y tecnocráticas que en muchos casos no pasaron del ejercicio de formulación del plan, olvidando las fases clave de la planificación, la ejecución y el seguimiento). Estos procesos fueron acompañados de instrumentos que aseguraban su vigencia, mediante instrumentos normativos que los ponía en vigencia (ordenanzas) o de espacios encargados de dar seguimiento, las direcciones o unidades de planificación.

En este estado de situación de la planificación viene el proceso constituyente de 2008 impulsado por Rafael Correa Delgado desde su primera campaña presidencial, que da a luz la Constitución de Montecristi que rige en la actualidad.

9.1. MARCO CONSTITUCIONAL

La Constitución de la República del Ecuador (2008) en vigencia trae algunos elementos que es necesario relieves para entender el

¹³⁰ A través del Decreto Ejecutivo No. 1133, publicado en el Registro Oficial No. 253, de 26 de enero de 2001, que establece el Sistema Nacional de Planificación al amparo de la Constitución de 1998, la Oficina de Planificación Nacional, ODEPLAN promovió la ejecución de procesos de planificación a nivel provincial, resultado de lo cual se generaron los llamados planes de desarrollo provincial.

contenido y alcance del denominado “*Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa*” (artículo 279).

1. **La obligación del Estado** para “planificar el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución” (CRE: artículos 275, inciso segundo y 277, número 2) obligación de carácter general que incluye a toda la institucionalidad del Estado, independiente de la Función del Estado o del nivel de gobierno territorial de que se trate.
2. **Los propósitos de la planificación:** “*propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación*”. Equidad que bien puede traducirse en igualdad social y territorial de la mano de la consolidación de los gobiernos autónomos descentralizados y principalmente el nuevo nivel de gobierno, el de la región autónoma; y, la concertación que debe orientar la consecución de consensos entre actores, la institucionalidad pública, productores y actores sociales.
3. **Los principios** que orientan o rigen la planificación: “*participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente*” los cuales deben marcar los derroteros por donde deben conducirse los procesos de planificación. Participativa, que implica el necesario involucramiento de todos los actores; descentralizada, que conlleva la necesidad de su ejercicio en todos los niveles de gobierno; desconcentrada para incluir a la institucionalidad dependiente del gobierno central; y transparente que permita la discusión de contenidos sin reservas ni privilegios.

Ahora bien, la Constitución de la República (2008) señala al “*sistema nacional descentralizado de planificación participativa*” como el encargado de organizar “*la planificación para el desarrollo*”, lo

cual involucra tres ámbitos el institucional, el instrumental y el objetivo o finalidad de la planificación.

- a) **Lo institucional:** las instituciones que estarán involucradas en el sistema son muy variadas:

El “***Consejo Nacional de Planificación***” que estará integrado por representantes de los diferentes niveles de gobierno (cinco, incluido el nacional) y será el encargado de dictar los lineamientos y las políticas que orienten al sistema; además deberá aprobar el plan nacional de desarrollo.

La “***Secretaría Técnica***” que será la instancia encargada de la coordinación de las tareas del Consejo Nacional de Planificación, como su nombre lo indica, será el brazo técnico del Consejo. El Decreto Ejecutivo 1577 entrega esa responsabilidad a la SENPLADES, la que además de las atribuciones otorgadas por varios decretos ejecutivos, desde su creación, tendrá esta responsabilidad adicional.

Los “***consejos de planificación***” de los gobiernos autónomos descentralizados, que serán tantos cuantos gobiernos autónomos existen, que estarán presididos por sus máximos representantes e integrados de acuerdo con la ley. Estos consejos de planificación, a mi entender pueden ser las mismas “instancias de participación” previstas en el artículo 100 de la Constitución de la República para todos los niveles de gobierno, puesto que entre las atribuciones que esta norma constitucional les reconoce está la de “*Elaborar planes y políticas nacionales, locales y sectoriales entre los gobiernos y la ciudadanía*” (CRE, artículo 100.1). Para su integración en los niveles subnacionales se deberá considerar que las comunidades, comunas, recintos, barrios y parroquias urbanas son considerados unidades básicas de participación en los gobiernos autónomos descentralizados y en el sistema nacional de planificación (CRE,

artículo 248). Los GAD municipales para su ejercicio de planificación deben observar esta estructura del sistema nacional.

Los “*consejos ciudadanos*”, como instancias de deliberación y generación de lineamientos y consensos estratégicos de largo plazo que orientarán el desarrollo nacional. De una lectura aislada del texto constitucional, puede advertirse que se trata de otra institucionalidad, sin embargo, cabe que puedan integrarse como parte de los consejos de planificación. El COOTAD, en el artículo 300 señala que participarán en el proceso de formulación, seguimiento y evaluación de los planes y emitirán resolución favorable sobre las prioridades de desarrollo y el artículo 301 que establece que las sesiones de los consejos de planificación de los GAD municipales serán presididas por la máxima autoridad electa. El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, COPFP, (2010), en el artículo 12 señala que la planificación del desarrollo y el ordenamiento territorial es competencia de los gobiernos autónomos descentralizados en sus territorios. Según el artículo 21 del COPFP, las instancias de participación de los GAD municipales forman parte del Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa.

- b) **Lo instrumental:** los elementos visibles son los “**planes de desarrollo**”, los mismos que hay que diferenciarlos en función de los niveles de gobierno:

El “*plan nacional de desarrollo*” en el que deberán constar las políticas, programas y proyectos públicos, la programación y ejecución presupuestaria, la inversión y asignación de recursos y la coordinación del ejercicio de las competencias exclusivas asignadas al “estado central” y los gobiernos autónomos descentralizados. Como su nombre lo indica, su ámbito es nacional, de responsabilidad del Consejo Nacional de Planificación y de la Secretaría Técnica.

Los “*planes de desarrollo cantonal*”, instrumentos en los que se visibilizará el ejercicio de la competencia exclusiva de planificar el desarrollo y el ordenamiento territorial (artículo 55, a) del COOTAD).

También cabría incluir en lo instrumental a las metodologías de planificación, pero éstas dependerán de quienes ejerzan los liderazgos de los procesos, lo cual supone que puede haber, tantas metodologías cuantos procesos de planificación se ejecuten¹³¹. El COPFP, en su artículo 30, determina que la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo será la encargada de establecer los mecanismos, metodologías y procedimientos aplicables a la generación y administración de la información para la planificación, sus estándares de calidad y pertinencia, así como el carácter oficial de los datos relevantes para la planificación nacional.

- c) **Los fines:** éstos se pueden deducir del contenido de la norma constitucional que señala que el sistema “organizará la planificación para el desarrollo”. Y, esto, con el régimen de desarrollo, cuyos objetivos también señala la norma constitucional (CRE, artículo 276).

Los fines se pueden visualizar en el contenido del Plan Nacional de Desarrollo 2007-2009, en plan del buen vivir 2009-2013 y el Plan del buen vivir 2013-2017 en los que se formulan los objetivos de desarrollo. El artículo 20 del COPFP establece como objetivos del sistema: 1. Contribuir, a través de políticas públicas, al cumplimiento progresivo de los derechos constitucionales, los objetivos del régimen de desarrollo y el buen vivir; 2. Generar los mecanismos e instancias de coordinación de la planificación y de la política pública en todos los niveles de gobierno; y, 3. Orientar

¹³¹ La SENPLADES, a través de la Subsecretaría de Planificación se ha encargado de formular metodologías de planificación y herramientas, para contribuir con los procesos en el territorio.

la gestión pública hacia el logro de resultados que contemple impactos tangibles e intangibles.

9.2. EL SISTEMA NACIONAL DESCENTRALIZADO DE PLANIFICACIÓN PARTICIPATIVA

El sistema nacional descentralizado de planificación participativa, desde mi perspectiva está en proceso de consolidación, luego de los esfuerzos de construcción que se han dado en estos últimos años, desde el 2007. Tanto sus resultados, los planes nacionales (tres) como su institucionalidad, ha sido fortalecida y formalizada a través del Código Orgánico de Planificación y Finanzas, que establece, entre otros temas, los lineamientos para el desarrollo (artículo 2); incluye en su ámbito a todas las entidades y organismos públicos, incluidos los GAD, de manera expresa (artículo 4); los principios comunes del sistema: sujeción a la planificación, sostenibilidad fiscal, coordinación, transparencia y acceso a la información, participación ciudadana, descentralización y desconcentración (artículo 5); el reconocimiento expreso de que la planificación del desarrollo y el ordenamiento territorial es competencia de los GAD en sus respectivos territorios (artículo 12); que el gobierno central y los gobiernos autónomos descentralizados forman parte del Sistema Nacional Descentralizado de Planificación; el Consejo Nacional de Planificación, la Secretaría Técnica del Sistema, los consejos de planificación de los GAD, los consejos sectoriales de política pública de la Función Ejecutiva; los consejos nacionales de la igualdad (en proceso de institucionalización) y las instancias de participación definidas en la Constitución de la República y la ley (artículo 21).

El consejo Nacional de Planificación está conformado de la siguiente manera (Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, artículo 23):

- Presidenta o Presidente de la República, quien lo preside con voto dirimente;
- Cuatro representantes de los GAD, uno por cada nivel de gobierno, elegidos a través de colegios electorales;¹³²
- Siete delegados de la Función Ejecutiva designados por Presidenta o Presidente de la República;
- El Secretario Nacional de Planificación y Desarrollo;
- Cuatro representantes de la sociedad civil, elegidos de conformidad con la ley, y con aplicación de los principios de interculturalidad, plurinacionalidad y equidad; y,
- La Presidenta o Presidente del Consejo de Educación Superior.

La integración toma muchos de los criterios que fueron desarrollados previamente en el Decreto Ejecutivo No. 1577, publicado en el Registro Oficial 535 de 26 de febrero de 2009, que estructuró inicialmente el sistema y su principal institución, el Consejo Nacional.

La integración definitiva del Consejo, desde mi personal punto de vista, adolece de algunos vicios de constitucionalidad y legalidad:

- i. Si atendemos el texto de la norma constitucional, artículo 279, el Consejo integrará los distintos niveles de gobierno, cinco incluido el nacional, no obstante, la integración prevista en la Ley es de una cómoda mayoría de un solo nivel de gobierno, el nivel nacional, representado por la Función

¹³² En vista de que no se ha constituido las regiones autónomas, tampoco existen gobiernos autónomos descentralizados regionales.

Ejecutiva, con nueve representantes de un total de quince integrantes;

- ii. La Secretaría Técnica del Consejo, que por disposición constante en la Ley corresponde a la SENPLADES, tendrá dos papeles, la de miembro del Consejo, con opción de presidirlo en caso de ausencia del Presidente de la República y la de Secretario del Consejo, a través del Secretario Nacional de la misma SENPLADES, en su calidad de vicepresidente del Consejo, lo cual, en otros términos convierte a sus representantes en “juez y parte” puesto que por un lado, como miembro del Consejo, es responsable de conocer y aprobar el Plan Nacional del Desarrollo, por otra, es también responsable del seguimiento al cumplimiento de las metas del mismo Plan; y,
- iii. La Ley reconoce como atribución de la SENPLADES, en su papel de Secretaría Técnica del Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa, la de *“Formular, promover, impulsar y monitorear los procesos de desconcentración y descentralización de competencias y funciones de los organismos y entidades de la Función Ejecutiva”*, atribución que corresponde al Organismo Técnico responsable del Sistema Nacional de Competencias (artículo 269 de la Constitución); lo que en definitiva se produjo, fue una concentración en una misma institucionalidad, la SENPLADES, también la responsabilidad sobre el Sistema Nacional de Competencias.

9.3. LA PLANIFICACIÓN EN EL NIVEL MUNICIPAL

En los niveles subnacionales en general y en el municipal en particular, no ha sido nuevo volver a hablar de planificación, es más, en muchos de ellos la planificación es una realidad institucionalizada, con instancias participativas incluidas. A esta realidad institucional municipal, hay que agregar los nuevos elementos que manda la norma constitucional, especialmente los principios,

aunque muchos de ellos, la participación por ejemplo, nació precisamente en los ejercicios de planificación local. Habrá también que realizar una revisión de las metodologías y los instrumentos, para lo cual, estarán de seguro las organizaciones gremiales de los diferentes niveles preparando los insumos para apuntalar tales procesos. Los temas nuevos, con seguridad, serán las normas e institucionalidad que se genera alrededor de la participación, que hay que tomar en cuenta, de manera obligatoria, en el ejercicio de la planificación, en todos los niveles.

El artículo 28 del COPFP determina la integración de los consejos de planificación de los GAD municipales: a) el alcalde como la máxima autoridad de la Función Ejecutiva, responsable de convocar y presidir el consejo con voto dirimente; b) Un representante del concejo municipal; c) El servidor responsable de la planificación del GAD municipal; d) tres funcionarios del GAD municipal designados por el alcalde; e) tres representantes delegados por las instancias de participación, de conformidad con lo previsto en la ley y en las normas locales; y, f) un representante de los GAD parroquiales.¹³³ Claro, este es un acercamiento somero a la temática de la planificación y que no elucida los temas específicos como la tipología de la planificación que va de la mano de la planificación de desarrollo, la planificación del ordenamiento territorial, la planificación sectorial y la planificación operativa, cada una con contenidos específicos que pueden ser abordados con mayor profundidad, en otro momento.

9.4. LA ARTICULACIÓN DE PROCESOS

Un punto final sobre la planificación es el relacionado con la “*articulación*” de los procesos de participación ejercicio del cual

¹³³ El consejo de planificación de los gobiernos parroquiales rurales está integrado de manera diferente: Presidente de la Junta Parroquial, un representante de los vocales de la Junta Parroquial, un técnico ad-honorem o servidor designado por el Presidente de la Junta Parroquial; tres delegados por las instancias de participación (artículo 28 Código Orgánico de Planificación y Finanzas).

depende, en gran medida, el éxito de los procesos de planificación en los diferentes niveles de gobierno. Legalmente tampoco es nuevo, pues ya las reformas a la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 2004 introdujeron una obligación para los gobiernos municipales de qué manera hacer realidad la articulación y complementariedad; el artículo 24 de la LORM establecía:

“En concordancia con los objetivos y las políticas nacionales y con la participación de los actores públicos y privados, las municipalidades formularán y aprobarán sus planes de desarrollo estratégicos cantonales, programas y proyectos que garanticen la consecución de sus fines y la adecuada coordinación del desarrollo parroquial, cantonal, provincial y nacional.

Los planes cantonales de desarrollo armonizarán los elementos, fundamentos y proyectos urbanos con los planes de las parroquias rurales; a su vez, los planes cantonales servirán de insumo obligatorio para los planes provinciales y nacional de desarrollo”.

Norma pre constituyente, que es rescatada en su propósito, en las regulaciones que contiene el Código Orgánico de Planificación y Finanzas, por ejemplo, las regulaciones contenidas en el artículo 34 que señala en su inciso segundo que “*El Plan Nacional de Desarrollo articula la acción pública de corto y mediano plazo con una visión de largo plazo...*”, o el inciso cuarto cuando señala que “*Los presupuestos de los gobiernos autónomos descentralizados y sus empresas públicas se sujetarán a sus propios planes, en el marco del Plan Nacional de Desarrollo y sin menoscabo de sus competencias y autonomías. El Plan Nacional de desarrollo articula el ejercicio de las competencias de cada nivel de gobierno*”.

A manera de conclusión sobre este tema puedo decir que el sistema de planificación se encuentra en franco proceso de consolidación, con marco legal incluido. Solo resta poner atención a los ejercicios de planificación, la observancia del ciclo de planifica-

ción al interior de los gobiernos municipales, para medir sus bondades.

10. ACTIVIDAD JURÍDICA DE LOS GAD MUNICIPALES

Un capítulo digno de resaltar por su trascendencia en favor de los administrados, porque afianza el principio de seguridad jurídica, es el relacionado con la actividad jurídica de los GAD, y concretamente de los municipales, que cuentan con regulaciones específicas sobre el tema, sin perjuicio del ejercicio de la potestad normativa, a través de la cual pueden expedir regulaciones especiales de procedimiento, pero en el marco de las normas generales previstas en el COOTAD. La actividad jurídica se traduce en toda actividad administrativa con trascendencia y efectos directos o indirectos para el administrado. Se incluye en ellas, actos, contratos y hechos administrativos con relevancia jurídica. No se incluyen los actos normativos, que siendo su formulación y expedición, responsabilidad compartida entre la función legislativa y la función ejecutiva del GAD municipal, tienen su propio procedimiento y sus mecanismos de impugnación. La actividad jurídica se traduce entonces en todas aquellas actuaciones administrativas de responsabilidad de la Función Ejecutiva del GAD municipal.

10.1. POTESTAD EJECUTIVA

El COOTAD en su artículo 364 reconoce potestad ejecutiva al personero municipal, alcalde, al igual que a los ejecutivos de los gobiernos autónomos descentralizados de los otros niveles de gobierno territoriales, en virtud de la cual podrá dictar, para el cumplimiento de los fines institucionales, actos administrativos, actos de simple administración, contratos administrativos y ejecutar hechos administrativos con relevancia jurídica. Es decir, un conjunto de actividades administrativas que constituyen la concreción de la potestad pública administrativa,¹³⁴ que es necesario

¹³⁴ Arias García Fernando, “Estudios de derecho procesal administrativo”, pág. 33.

precisar conceptualmente para marcar las diferencias existentes en cada actuación.

10.2. ACTOS ADMINISTRATIVOS

Es la forma más convencional de manifestación de la actividad administrativa, consistente en la declaración unilateral de la voluntad de un órgano administrativo, con efectos jurídicos particulares. Orlando Santofimio Gamboa, citado por Arias García¹³⁵ sostiene que “...son actos administrativos todos aquellos que en razón de su contenido o sustancia se consideran como administrativos, sin importar las formas externas que puedan adoptar, ni mucho menos del órgano del cual provengan (...) En consecuencia, toda manifestación voluntaria de cualquier órgano del Estado que por su contenido sea considerado administrativo, será acto administrativo”. Efraín Pérez Camacho, luego de una extensa revisión de las diferentes posiciones doctrinarias y la evolución del concepto, concluye que tanto la jurisprudencia como la mayor parte de autores ecuatorianos que tratan el acto administrativo lo consideran como “...la declaración expresa o presunta de un órgano público competente, en ejercicio de la función administrativa, que crea, modifica, reconoce o extingue una situación jurídica individual”.¹³⁶ El legislador ordinario en el COOTAD, artículo 364, inciso segundo, incluye la siguiente definición: “Se entenderá por acto administrativo toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”. Definición que es la misma que contiene el artículo 65 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que a su vez, es la desarrollada por Roberto Dromi. En definitiva, recoge los elementos esenciales del acto administrativo reconocidos ampliamente por la doctrina: competencia, objeto, voluntad y forma. Su vulneración o la inexistencia de los mismos darán lugar a su impugnación, ya en sede administrativa o judicial.

¹³⁵ Ob. Cit., pág. 44.

¹³⁶ Pérez Camacho, E., (2009). “Derecho Administrativo”, pág. 425.

Importa resaltar que la legislación especializada, además de realizar una definición expresa de qué entender por acto administrativo, se inclina por marcar diferencias entre *acto administrativo* y *acto normativo*, discusión que no ha sido superada totalmente por la doctrina, al discriminar sobre el mecanismo de impugnación de los actos normativos cuando señala, en el artículo 404 del COOTAD, que los actos normativos de los órganos legislativos de los GAD causan estado y no admiten otra vía de impugnación que la jurisdiccional ante la Corte Constitucional, disposición que ha sido objeto de controversia, por la disposición del artículo 217.3 del Código Orgánico de la Función Judicial que otorga competencia a los tribunales distritales de lo contencioso administrativo para conocer y resolver las impugnaciones que se propusieren en contra de los reglamentos, resoluciones y más actos normativos de rango inferior a la ley, en materia no tributaria, provenientes de las instituciones del Estado que integran el sector público, entre los que se incluyen los gobiernos autónomos descentralizados municipales. Mientras que los actos administrativos pueden ser impugnados bien por vía administrativa a través de reclamos y recursos administrativos o judicialmente, mediante la correspondiente acción subjetiva o de plena jurisdicción contemplada en la derogada Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y ratificada también en el artículo 217.4 del COFJ, hoy prevista en el COGEP. Esta diferenciación introducida por el legislador, al margen de las discusiones que genera el mecanismo de impugnación de los actos normativos municipales ante la Corte Constitucional, órgano controlador de constitucionalidad, sienta una sana diferencia entre los actos normativos (los que surgen fruto del ejercicio de la llamada facultad legislativa de los GAD) y los actos administrativos que surgen como consecuencia del ejercicio de la potestad ejecutiva o de administración de la denominada Función Ejecutiva de los GAD en general y de los municipales en particular, en este caso del alcalde y de los órganos administrativos que conforman la función ejecutiva municipal, en sus diferentes formas de concreción.

La norma del COOTAD, artículo 364, inciso tercero, incluye también a los “actos de simple administración” a los que define como “aquellos actos jurídicos de la administración pública que no crean, modifican ni extinguen derechos”, que en definitiva son aquellos denominados de trámite o preparatorios de la voluntad de la administración, que si bien, per se, no crean, modifican o extinguen derechos, la decisión final, fruto de esos actos preparatorios o de simple administración, el acto administrativo propiamente tal, si lo hace, por lo que también, con una interpretación extensiva del artículo 173 de la Constitución de la República, pueden ser impugnados tanto en la vía administrativa como en la judicial, con el matiz necesario, siempre que afecten el derecho del administrado, porque el texto constitucional no excluye a una clase específica de acto administrativo, por el contrario es amplio, incluyente de todo acto administrativo de autoridad estatal.

También la norma del COOTAD, artículo 364, inciso cuarto, incluye una definición de contrato administrativo, entendido como “aquellas declaraciones bilaterales de voluntad alcanzadas entre un ente estatal o no estatal en ejercicio de una función administrativa y un particular u otro ente público”, definición que si bien contribuye a entender, especificar y diferenciar a estas actuaciones administrativas, no agota el amplio y complejo escenario de la contratación administrativa o pública, que de suyo tiene un tratamiento diferenciado, a través de la normativa específica que la regula como es la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, así como su reglamento general de aplicación, cuerpos normativos a los que hay que remitirse para desbrozar sus especificidades.

Por último el mismo artículo 364, inciso final del COOTAD, agrega una definición de hechos administrativos que los describe como “*aquellas actividades materiales traducidas en operaciones técnicas o actuaciones físicas ejecutadas en ejercicio de una función administrativa, productora de efectos jurídicos ya sea que medie o no una decisión o un acto ad-*

ministrativo”. Intención positiva la del legislador de construir normas didácticas, explicativas de las actuaciones y hechos de la administración, que no obstante, tampoco agotan la casuística de los mismos, que siempre es superada por la complejidad de la actuación administrativa en el ámbito municipal.

Son entonces los actos administrativos, los actos de simple administración, los contratos administrativos y los hechos administrativos las actividades de la administración municipal, con relevancia jurídica, que constituyen la actividad jurídica de la administración y que debe observar los principios que orientan todo el accionar público, en defensa de los derechos de los administrados, símbolo de un actuar apegado a derecho.

10.2.1. VIGENCIA, NOTIFICACIÓN Y EFICACIA

Los actos administrativos para que tengan validez deben ser notificados o dados a conocer a los interesados, fecha desde la cual tendrán plena eficacia, con lo que puede ocurrir que un acto administrativo sea válido, con su expedición, pero no eficaz, mientras no se haya dado a conocer al interesado, es decir hasta que se haya producido su notificación sea en persona, por boletas, por la prensa o por medios electrónicos. Los actos de simple administración no requieren de su notificación a los interesados para su validez, elemento que dificulta su impugnabilidad.

10.2.2. AUTOTUTELA

La *autotutela administrativa* no es otra que la facultad de la administración para revisar sus propias actuaciones, fundados en razones válidas que no pueden ser otras que el interés general que es el que está llamado a precautelar con sus acciones. El interés general no es otro que aquel que dirigido a una colectividad, a la sociedad en su conjunto, prevalece por sobre los intereses de los particula-

res, aun cuando éstos en un momento determinado puedan representar a una pluralidad de individuos.

10.2.3. LEGITIMIDAD Y EJECUTORIEDAD

Los actos administrativos también están revestidos de las presunciones de *legitimidad*, se presumen legítimos, válidos y de *ejecutoriedad*, es decir que están llamados a cumplirse, una vez que se han dado a conocer a los interesados, a través de la notificación. Sin embargo, a criterio de la propia autoridad administrativa, cuando estime que puede producirse un daño o perjuicio irreparable al administrado, puede disponer se suspenda la ejecución del acto hasta que se resuelva su impugnación, administrativa o judicial.

10.2.4. EXTINCIÓN O REFORMA: RAZONES DE OPORTUNIDAD Y LEGITIMIDAD

Los actos administrativos se extinguen y pueden también modificarse o reformarse. La forma más común de extinción es su cumplimiento, el vencimiento del plazo o el cumplimiento de la condición. La manera de reformar un acto puede ser de oficio o a petición de parte interesada. También la autoridad que los emitió puede disponer su extinción alegando *razones de legitimidad o de oportunidad* (artículos 367 y 368 del COOTAD).

Las razones de *oportunidad* deben ser de *orden público* que justifiquen declarar extinguido el acto. El problema está en determinar esas razones de orden público que justifiquen la extinción, conceptos que por indeterminados pueden dar lugar a la arbitrariedad, porque en definitiva, todas las acciones de la administración revisten razones de orden público. Debe en todo caso, la autoridad administrativa, evitar incurrir en arbitrariedades, algo que es muy proclive cuando las normas contienen cláusulas como la que es objeto de análisis. Una forma de determinar el orden público como razón para la extinción o modificatoria del acto administra-

tivo bien puede ser el interés general, prevalente siempre sobre el particular, a pesar de que tampoco esta categoría contribuye a dar certezas sobre el orden público.

Las razones de legitimidad, artículo 370, son aquellas que afectan al acto con vicios no susceptibles de convalidación o subsanación y se debe declarar su extinción de oficio. Son vicios que impiden la convalidación del acto, según el artículo 371 del COOTAD:

- a) Los que lesionen, de forma ilegítima, los derechos y libertades consagrados en la Constitución;
- b) Los dictados por órgano incompetente por razón de la materia, del tiempo o del territorio.
- c) Los que contengan un contenido materialmente imposible;
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta;
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos de la administración, sean colegiados o no;
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos, cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición;
- g) Aquellos que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales; y

- h) Los actos que tengan por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto, así como los actos que no se encuentren debidamente motivados.

La extinción de oficio por razones de legitimidad tiene efectos retroactivos, es decir se retrotraen a la fecha en la que se expidió el acto; no ocurre lo mismo con la extinción declarada por razones de oportunidad o de orden público, cuyos efectos se producen para el futuro es decir, a partir de su declaratoria, por lo que los efectos ya consumados permanecen.

10.2.5. LESIVIDAD

Cuando un acto es lesivo (perjudicial) a los intereses institucionales y ha producido efectos a terceros debe ser declarada la lesividad y demandar su extinción al órgano judicial respectivo, esto es, los tribunales distritales de lo contencioso administrativo. Mucho se ha discutido la procedencia de este mecanismo de impugnación y no ha existido claridad en su enfoque y decisión por parte de los jueces, pese a que la derogada Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa la preveía de modo expreso en el artículo 23. Procede la declaratoria de lesividad cuando el acto es contrario a derecho o ha sido expedido en flagrante inobservancia de disposiciones constitucionales y legales, pero tal acto ha producido efectos, es decir ha generado derechos al administrado o a terceros, razones por las que el órgano de la administración municipal no puede optar por la extinción de oficio por razones de orden público o de legitimidad, aunque bien pueden presentarse los mismos motivos que impiden la convalidación. La diferencia está en los efectos o los derechos reconocidos a favor del administrado o de terceros que ha producido el acto considerado lesivo. Estas regulaciones, que no las tenía la Ley de Régimen Municipal, fueron incorporadas al COOTAD, en el artículo 373.

La declaratoria de lesividad procede por la máxima autoridad del gobierno municipal, el alcalde, quien podrá hacerlo dentro de los tres años, contados a partir de la fecha de expedición del acto, vencido el plazo ya no cabe tal declaratoria. Deberá hacerse previa audiencia en la que se escuchará a todo cuanto interesado hubiere. El procedimiento para la declaratoria no podrá exceder de tres meses, vencido los cuales, caduca el derecho de la autoridad municipal para declarar lesivo el acto. Con la declaratoria de lesividad, la autoridad podrá impugnar judicialmente el acto declarado lesivo, dentro del plazo de tres meses, si no lo hace dentro de ese plazo, igual caduca la facultad para demandar.¹³⁷ El juez de derecho, deberá en sentencia, confirmar la lesividad o declarar que su declaratoria fue improcedente.

10.3. POTESTAD DE EJECUCIÓN

Es entendida como la facultad que tienen los órganos administrativos competentes para ejecutar los actos y resoluciones administrativas, regulado por el artículo 378 del COOTAD. Para ejercer esta potestad, la autoridad competente, que es la misma que expidió el acto o resolución, puede adoptar las medidas que fueren necesarias, inclusive solicitar el auxilio de la Policía Nacional. Puede también ejecutar los actos que el obligado a hacerlo no lo hubiere ejecutado, en cuyo caso la administración tiene derecho a recuperar los valores que hubiere invertido, por la vía coactiva,

¹³⁷ Sobre la acción de lesividad la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo ha señalado que “Si bien las disposiciones del ERJAFE no comprenden a los gobiernos autónomos descentralizados, la doctrina y jurisprudencia han señalado que estas entidades también deben efectuar la declaración de lesividad como paso previo a demandar la anulación del acto administrativo, puesto que dicha exigencia se sustenta en los principios constitucionales de legalidad y debido proceso (Juan Carlos Benalcázar, “Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano”, Quito, Andrade & Asociados fondo editorial, 2007, p. 225). Prueba de ello es que, a partir de la vigencia del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, COOTAD, cuerpo legal que sustituye la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, en el art. 373 contiene norma expresa que regula de extinción de los actos administrativos mediante la acción de lesividad”, causa 315-2011.

más un recargo del 20%, más los intereses. Este recargo tiene naturaleza punitiva, en los términos en que se ha expresado la Corte Nacional de Justicia respecto al recargo del 20% por la determinación de obligaciones tributarias, que ya fue referido. En el caso de los gobiernos municipales, el mecanismo coercitivo se concreta con la posibilidad de disponer la ejecución por parte de la propia administración, y trasladar los costos al infractor.

10.3.1. VÍA COACTIVA

La coactiva o procedimiento de ejecución es un mecanismo de recaudación de acreencias que tiene el Estado o sus instituciones, en el que interviene el funcionario ejecutor a nombre de la entidad acreedora. El responsable del procedimiento de ejecución coactiva es el tesorero o el funcionario que se haya designado para cumplir tal fin. La condición para que proceda es que exista una obligación clara, pura, determinada y de plazo vencido, sustentado en título de crédito, resolución administrativa o sentencia ejecutoriada, liquidación o asiento contable.

El procedimiento se inicia con el *auto de pago* por el que el funcionario ejecutor dispone que el deudor pague o dimita bienes en el término de tres días contados a partir de la fecha de notificación con el contenido del mismo. El ejecutor puede dictar medidas cautelares, que si se dictan con el auto de pago, se harán efectivas antes de la notificación con el mismo; puede dictarlas también después de la notificación. Ante la coactiva, el ejecutado tiene varias opciones: 1. Pagar, en cuyo caso el procedimiento concluye y el ejecutor debe disponer el archivo del expediente, luego de declarar extinguida la obligación; 2. Dimitir bienes, que deberán ser suficientes para cubrir el monto de la obligación, intereses y costas del proceso; la suficiencia deberá ser calificada por el funcionario ejecutor, en este caso el proceso continúa hasta el remate de los bienes, producto con el que se cubrirá la obligación cuyo pago se persigue; 3. Proponer excepciones, en cuyo caso para que

se suspenda el procedimiento, deberá consignar el monto de la obligación, en aplicación de las reformas al procedimiento de ejecución coactiva introducidas por el Decreto - Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado publicado en el suplemento al Registro Oficial No. 583 de 24 de noviembre de 2011;¹³⁸ disposiciones que fueron modificadas con la entrada en vigencia del COGEP. 4. Otra opción podría ser solicitar facilidades de pago, lo cual, implica el reconocimiento de la existencia de la obligación; en este caso, también se suspende el proceso hasta que se resuelva la petición de facilidades; y, 5. No hacer nada, en cuyo caso el procedimiento continuará hasta el embargo y remate de bienes suficientes para el pago de las acreencias que se persiguen.

El referido Decreto Ley incorporaba una disposición reformatoria del Código de Procedimiento Civil, por el que reconocía la calidad de jueces a los funcionarios administrativos ejecutores

¹³⁸ En las denominadas “DISPOSICIONES PARA EL COBRO EFICIENTE DE LAS ACREENCIAS DEL ESTADO” del Decreto Ley que contiene varias regulaciones modificatorias y reformatorias del Código de Procedimiento Civil, cuerpo legal derogado por el COGEP, que modifica también este procedimiento, consta la Décima que a la letra señala: “Décima: *Agréguese al Código de Procedimiento Civil, la siguiente Disposición Transitoria: “Disposición Transitoria: De conformidad con lo establecido en el Art. 968 inciso tercero del Código de Procedimiento Civil, en aquellas demandas o juicios de excepciones presentados con anterioridad a la vigencia de este (SIC) reforma, se da un plazo improrrogable e inmediato de 10 días para que los deudores, sus herederos, fiadores o más obligados, cumplan en consignar el dinero que hace referencia el Art. 968 inciso tercero del Código de Procedimiento Civil, sin que en ningún caso, esta disposición sea motivo para declarar la nulidad procesal, presentar recurso o acción alguna. Cumplido el plazo establecido en la disposición transitoria anterior, se les otorga a los Juzgadores o Juzgadoras de primera o segunda instancia, Tribunales Contenciosos Administrativos o de casación, el término de veinticuatro horas improrrogables, para ordenar la conclusión, que se oficie al Juzgado de Coactiva y se disponga el archivo del proceso; y, en el mismo término de veinticuatro horas las Secretarías y Secretarios, para notificar lo resuelto al funcionario competente de la Institución de origen (Juzgado de Coactiva) y archivar el proceso. Los Juzgadores o Juzgadoras de los distintos niveles, Secretarías y Secretarios, que no cumplan con las obligaciones contenidas en esta disposición serán inmediatamente destituidos de sus funciones por el Consejo Nacional (SIC) de la Judicatura. Esta reforma al Código de Procedimiento Civil, será aplicable para todas las leyes que contienen normativa en materia coactiva e incluso en los procesos que se encuentren en la Corte Nacional de Justicia y que no medie sentencia ejecutoriada.”*

de los procedimientos de ejecución coactiva, disposición que contradice abiertamente la del artículo 168.3 de la Constitución de la República que establece que en virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria. La coactiva, no olvidemos, no es un procedimiento judicial sino administrativo, por lo que es absurdo que se le reconozca al funcionario ejecutor la calidad de juez, que no lo tiene, pues incurriría en el absurdo de ser juez y parte, por ser funcionario de la misma institución acreedora, que con la coactiva, lo que activa es un mecanismo extraordinario de recaudación cuyo único fundamento es la potestad estatal.

10.3.2. MEDIOS DE EJECUCIÓN FORZOSA

Los medios de ejecución forzosa están previstos para el cumplimiento de las decisiones administrativas que han causado ejecutoria. Para su ejecución debe observarse el principio de proporcionalidad y los medios previstos en la ley y en la normativa específica del GAD municipal.

10.3.3. APREMIO SOBRE EL PATRIMONIO

Si en virtud de una resolución administrativa hubiere de satisfacerse una cantidad de dinero, se procederá con el procedimiento coactivo. Agrego a lo dicho sobre éste que la diferencia entre el procedimiento de ejecución de acreencias tributarias de las no tributarias, es que las primeras no requieren de orden de cobro de la máxima autoridad, porque, por mandato legal, llevan implícita la orden de cobro. Las deudas de naturaleza distinta a la tributaria en cambio para perseguirse por coactiva, requieren de orden de cobro de la máxima autoridad, si no hubiere, el procedimiento sería nulo.

10.3.4. MULTAS COMPULSORIAS

Buscan el cumplimiento del acto administrativo. Deben imponerse en forma proporcional y progresiva hasta el cumplimiento efectivo del acto administrativo. En la imposición de estas multas se debe concretar el principio de proporcionalidad. Las multas deberán ser reguladas por las normas de los GAD municipales.

10.3.5. CLAUSURA

Medida compulsoria que busca el cumplimiento de actos administrativos, se aplicará en las condiciones previstas en la normativa local. Pueden ser temporales o definitivas. Las clausuras no pueden constituirse como sustitutivos del acto administrativo que se busca ejecutar.

10.4. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Por la naturaleza jurídica de los actos administrativos éstos son impugnables en vía administrativa, a pesar de la presunción de legalidad y legitimidad de la que gozan, derecho que le asiste al administrado como un instrumento eficaz de su defensa, ante la propia administración a través del **procedimiento administrativo**. En la mecánica de protección jurídica del administrado puede ocurrir una doble posibilidad: 1. Que el administrado obtenga solución a su reclamación presentada por vía administrativa, en cuyo caso concluye el conflicto; en este caso, el administrado ejerce su derecho dentro del procedimiento administrativo, que puede llegar incluso a la interposición de los recursos administrativos que reconoce el ordenamiento; o, 2. Que se vea obligado a demandar a la administración por haberle negado el derecho invocado, en cuyo caso lo debe hacer dentro de la correspondiente acción contenciosa administrativa que le posibilita pretender la invalidez jurídica o nulidad del acto que se impugna.

10.4.1. TUTELA ADMINISTRATIVA

Es la protección que otorga la administración pública a las situaciones jurídicas subjetivas de los individuos, mediante la cual se llega al control de la legitimidad de los actos que ella genera. Es una verdadera fiscalización de los actos administrativos que puede traducirse a través de los órganos de la misma administración, a través de órganos judiciales o legislativos.

La fiscalización de la administración por los propios órganos, puede darse de oficio (autocontrol administrativo) o a petición de parte, a través de la impugnación que formula el afectado en contra de los actos administrativos expedidos por cualquier órgano del Estado, expedidos en ejercicio de la función administrativa, a través de recursos administrativos, reclamaciones y denuncias administrativas.

10.4.2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Es la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa (Gordillo); estudia la participación y defensa del interesado en todas las etapas de preparación de la voluntad administrativa y su impugnación a través de los recursos, reclamaciones y denuncias administrativas (Dromi). El fin del procedimiento administrativo es dar a las partes oportunidad para hacer valer sus derechos e intereses.

Lo esencial del procedimiento administrativo estriba en la tramitación e impugnación de actos o hechos administrativos, cuando la legalidad de la actividad administrativa hubiese venido a menos. Más aún si nos referimos a la función administrativa comprendida ésta como toda aquella actividad que desarrollan los órganos de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, con prescindencia de los actos normativos del órgano legisla-

tivo, que tienen sus propios mecanismos de impugnación. Tenemos el procedimiento administrativo cuando estamos frente a un sistema de actos imprescindibles para expedir un acto administrativo.

En la práctica, muchos confunden el proceso judicial y el procedimiento administrativo, pero no existe identidad entre estos dos conceptos, puesto que el primero implica un contenido teleológico-jurisdiccional y, el segundo un contexto formal administrativo.

10.4.3. RECLAMOS ADMINISTRATIVOS

Los reclamos administrativos son la materialización del ejercicio del derecho de petición consagrado en la Constitución de la República (artículo 66. 23). Pueden presentarse dentro del plazo de treinta días de producidos los efectos jurídicos contra el administrado o de notificado el acto administrativo, cuando éste existe. Puede ser presentado por el administrado o por quien tenga interés legítimo contra cualquier conducta o actividad de la administración municipal.

La resolución debe expedirse y notificarse en un plazo no mayor a treinta días contados desde la fecha de presentación del reclamo. Si no se notifica dentro de ese plazo, se entenderá que opera el silencio administrativo positivo, a favor del administrado. Este plazo es razonablemente modificado frente al de 15 días previsto en la Ley de Modernización del Estado, que para el procedimiento administrativo municipal no aplica.

10.4.4. DENUNCIAS

La denuncia administrativa consiste en la mera comparecencia del interesado ante la respectiva autoridad administrativa con el propósito de poner en su conocimiento la comisión de algún acto

o hecho contrarios al desarrollo normal de la administración pública.

En este caso, el denunciante solo está movido por su mero interés ciudadano para que la acción administrativa cumpla su función dentro del marco legal y de servicio a la colectividad dentro del Estado. Si bien es cierto que la denuncia administrativa no constituye materia de resolución obligatoria, en cambio el funcionario que la hubiere recibido no puede denegarla ni expresa ni tácitamente, sino que deberá otorgarle alguna consideración y trámite ante el superior competente para los efectos de legalidad y moral administrativa. Se dice que contribuye a su fiscalización.

10.4.5. POTESTAD RESOLUTORIA

Los directores departamentales o quienes hagan sus veces en la estructura organizacional de los gobiernos autónomos descentralizados municipales (Secretarios Generales y Secretarios se denominan en la estructura organizacional del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito), en cada área de la administración, tienen potestad para conocer, sustanciar y resolver solicitudes, peticiones, reclamos y recursos de los administrados, excepto en las materias que la ley reserva a la máxima autoridad administrativa. Como tal, son responsables directos de su tramitación y deben remover los obstáculos que dificulten, impidan o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados.

10.4.6. POTESTAD SANCIONADORA

La potestad sancionadora de la Administración, como lo reconoce Alejandro Nieto (2011) “...es tan antigua como esta misma y durante varios siglos ha sido considerada como un elemento esencial de la Policía”;¹³⁹ el mismo autor, más adelante sostiene “...la potestad sancionadora de la Administración forma parte,

¹³⁹ Nieto, Alejandro, “Derecho Administrativo Sancionador”, Quinta edición, pág. 24.

junto con la potestad penal de los Tribunales, de un *ius puniendi* superior del Estado, que además es único, de tal manera que aquéllas, no son sino simples manifestaciones concretas de éste”.¹⁴⁰ Forma parte esencial del denominado Derecho Administrativo Sancionador.

Una primera inquietud que surge de este tema es el relacionado con el principio constitucional de la tipicidad de infracciones administrativas, puesto que de conformidad con la norma constitucional, “*Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley*” (artículo 76. 3). Sobre este tema, el legislador ordinario, en el artículo 395 del COOTAD reconoce que los gobiernos autónomos descentralizados, entre ellos, los municipales, tienen plena competencia para establecer sanciones administrativas mediante acto normativo, en el ámbito de su competencia; consecuencia de este reconocimiento, también tienen facultad para juzgar y hacer cumplir la resolución que se expida en ejercicio de la facultad sancionadora, con respeto al debido proceso consagrado de igual manera en la Constitución de la República.

El legislador también regula los principios como el de proporcionalidad (artículo 396 del COOTAD) que establece que tanto en la normativa del régimen sancionador como en la de imposición de sanciones deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, con base a los siguientes criterios: a) La trascendencia social y el perjuicio causado por la infracción cometida; b) el grado de intencionalidad; c) la reiteración o reincidencia en la comisión de infracciones; y d) la cuantía eventual del beneficio obtenido.

¹⁴⁰ Ob. Cit., pág. 24.

Sobre el principio de tipicidad, el artículo 397 del COOTAD prevé que constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico tipificadas como tales en la ley (debe entenderse que se contemple en la respectiva ordenanza municipal) siempre que la conducta tipificada y la sanción se ajusten a los principios previstos en el Código. Debe observar los siguientes principios: 1. Que la sanción sea proporcional al hecho que se acusa; 2. Que la sanción consista en una o más de las siguientes medidas: a) sanciones pecuniarias de cuantía fija que oscilarán entre el diez por ciento de un salario básico unificado hasta cien salarios básicos unificados; b) Sanciones pecuniarias de cuantía proporcional, fijadas en una proporción variable entre una a cinco veces el monto del criterio de referencia que puede consistir, entre otros, en el beneficio económico obtenido por el infractor, el valor de los terrenos, construcciones, garantías otorgadas o cualquier otro criterio de similares características; c) Derrocamiento, desmontaje y, en general, el retiro a costa del infractor, del objeto materia de la infracción administrativa; d) Clausura temporal o definitiva del establecimiento; e) Cancelación definitiva de licencias, permisos o autorizaciones administrativas; f) Decomiso de los bienes materia de la infracción administrativa; g) Suspensión provisional o definitiva de la actividad económica o industrial materia de la infracción; h) Desalojo del infractor del bien inmueble materia de la infracción; i) Reparación del daño causado a costa del infractor; y j) Cualquier otra medida administrativa contemplada y ampliamente reconocida por el derecho público ecuatoriano.

Los procedimientos administrativos sancionatorios se regirán por los principios de legalidad, proporcionalidad, tipicidad, responsabilidad, irretroactividad y prescripción. Cabe aplicar medidas provisionales y cautelares de naturaleza real, para asegurar la inmediación del presunto infractor, la aplicación de la sanción y precautar a las personas, los bienes y el ambiente.

10.4.7. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Sayagués Laso, los define como “...los distintos medios que el derecho establece para obtener que la administración, en vía administrativa revise un acto y lo confirme, modifique o reforme”. Marienhoff (1964) señala que los recursos administrativos son ciertos medios para impugnar la decisión de una autoridad administrativa, con el objeto de obtener, en sede administrativa, su reforma o extinción. Por otro lado, Granja Galindo (2002) sostiene que desde un punto de vista restringido, los recursos administrativos consisten en el derecho especial que tiene el administrado para obtener del órgano administrativo correspondiente, una resolución en la pretensión interpuesta contra un acto administrativo, en defensa de sus derechos subjetivos o intereses legítimos, con el propósito de lograr su revocación, sustitución o reforma.

El derecho de petición consagrado en la Constitución de la República es también el fundamento de los recursos administrativos, que se desarrollan de manera desordenada y con marcadas diferencias en los distintos cuerpos normativos que los prevén.

En el ámbito municipal, el COOTAD los prevé de manera expresa, al reconocer que las resoluciones (administrativas, se entiende) podrán impugnarse en vía administrativa, observando las reglas de procedimiento que establece el mismo código (artículo 405).

10.4.7.1. CARACTERÍSTICAS

Los recursos administrativos se los ejercen y tramitan ante la misma administración pública, dentro del procedimiento administrativo. La doctrina reconoce los recursos de reposición, recurso jerárquico, recurso de alzada, recurso de queja, recurso de revisión y recurso de aclaración y rectificación. El COOTAD

reconoce los recursos de reposición, de apelación y el extraordinario de revisión. La LORDMQ reconoce además el recurso jerárquico, que sería el equivalente al recurso de apelación.

10.4.7.2. RECURSO DE REPOSICIÓN

Se lo conoce también como recurso de reconsideración, de oposición, de revocatoria, advertencia. En Francia se lo conoce como recurso gracioso. Consiste en una reclamación que el afectado entabla ante la misma autoridad administrativa que dictó la resolución, con el propósito que la deje sin efecto, la enmiende por lesionar su interés, en virtud de las pruebas presentadas. Para Sayagués Laso (1965), el recurso de reposición es el que se plantea ante el órgano que dictó el acto administrativo impugnado a fin de que se lo revoque, lo reforme o lo sustituya por otro. Por el mismo hecho de que este recurso se lo interpone contra el acto administrativo y ante la misma autoridad administrativa que lo dictó, se asemeja a la solicitud de revocatoria en el procedimiento judicial.

Para Fiorini (1976), el recurso de reposición procede contra los actos definitivos expresos o tácitos o actos interlocutorios o de mero trámite que son aquellos trámites que causan gravamen y que no pueden rectificarse en la oportunidad de dictarse el acto administrativo definitivo.

Sobre el plazo dentro del que debe interponerse el recurso nuestra legislación administrativa municipal (COOTAD, artículo 408) prevé que será de cinco días si el acto fuera expreso y de treinta días si fuera tácito y se contará desde el día siguiente en el que se produzca el acto presunto. Señala además que el recurso cabe sobre actos administrativos que afecten derechos subjetivos del administrado.

El plazo para resolver el recurso de reposición será de sesenta días. Contra la resolución del recurso de reposición no podrá interponerse un nuevo recurso de reposición pero si el de apelación o la acción contenciosa administrativa.

10.4.7.3. RECURSO DE APELACIÓN

Revisada la doctrina administrativa, el recurso de apelación, se lo reconoce también como recurso de alzada o como recurso jerárquico, pues tiene por objeto obtener de la autoridad superior que anule o reforme el acto del inferior, previo el conocimiento del fondo del asunto.

Para Escola (1984) el recurso jerárquico es aquel recurso administrativo que se interpone ante el superior jerárquico del órgano administrativo que dictó el acto objeto de impugnación, a fin de que ejerza el poder de control que le es inherente en tal carácter. Se interpone ante el órgano administrativo que denegó expresa o tácitamente el recurso de reposición, generalmente, dentro del plazo de cinco días, si no hubiese disposición legal en contrario, contados desde el vencimiento del plazo de treinta días previstos para resolver el recurso de reposición o bien contados desde su notificación para evitar la caducidad o pérdida del derecho.

Interpuesto el recurso, las actuaciones se elevarán de inmediato a fin de que sea resuelto por el superior jerárquico competente que tiene la facultad de revocar las decisiones, dentro del plazo de treinta días, salvo disposición legal en contrario, sin más sustanciación que el dictamen jurídico.

Frente a la posibilidad de que el inferior deniegue el recurso interpuesto, el administrado puede acudir directamente para ante el superior jerárquico.

Es considerado como un recurso necesario para tener derecho a recurrir jurisdiccionalmente y procede contra actos administrati-

vos definitivos o que impidan totalmente la tramitación del reclamo del administrado. Esta posición no es aplicable a nuestra realidad pues no se requiere agotar la vía administrativa para intentar la acción judicial. Las decisiones dictadas en este recurso son irrecurribles en sede administrativa.

En este recurso, si una decisión emana de un órgano administrativo sobre el cual no existe otro, en el orden jerárquico, no procede el ejercicio del recurso y se pone fin al procedimiento en sede administrativa.

El recurso de apelación lo reconoce de manera expresa el COOTAD (artículo 409); procede cuando las resoluciones o actos administrativos no ponen fin a la vía administrativa; corresponde conocer a la máxima autoridad administrativa del gobierno municipal, el alcalde. Puede interponerse en forma directa, sin que medie el recurso de reposición; procede también contra la resolución que niegue el recurso de reposición. De la negativa a la apelación no cabe recurso alguno. El plazo para interponer el recurso será de cinco días a partir del día siguiente a la notificación del acto o resolución. Si el acto no fuere expreso, el plazo será de dos meses y se contará desde el día siguiente a aquel en que se produzca los efectos del silencio administrativo. Si transcurridos estos plazos no se interpone el recurso, la resolución queda en firme. La resolución del recurso deberá expedirse en el plazo de treinta días. Sobre la resolución del recurso de apelación no cabe recurso alguno en sede administrativa, salvo el recurso extraordinario de revisión, en los términos previstos en la ley.

10.4.7.4. RECURSO DE ALZADA

Es el que se interpone ante el poder ejecutivo contra la decisión de autoridades superiores de un ente descentralizado de la administración (Dromi). Escola (1984) señala que el recurso administrativo de alzada es el que se interpone ante el órgano administra-

tivo legalmente competente para que efectúe el control de los actos dictados por un ente autárquico de la administración. El recurso debe interponerse en el plazo de quince días, terminados los cuales, será remitido de oficio al Ministerio correspondiente en cuya estructura orgánica conste la institución que hubiere emitido el acto ilegal. La resolución se dictará dentro de sesenta días o dentro del término previsto en la Ley. La interposición de este recurso es optativa, no obligatoria, previo al ejercicio de la acción judicial correspondiente. En nuestro ordenamiento jurídico, la LORDMQ prevé el recurso de alzada, sin marcar mayor distinción, por lo que puede entenderse que es el mismo recurso de apelación previsto en el COOTAD. En la legislación anterior, en la Ley Orgánica de Régimen Municipal preveía el recurso de alzada, con las características doctrinarias señaladas, cuando establecía que de las decisiones del concejo municipal de destitución de alcalde o concejales, el interesado podía recurrir ante el consejo provincial (otro órgano, distinto al que adopta la decisión) y de lo resuelto por el consejo provincial, se podía incluso recurrir ante el Tribunal Constitucional (Tribunal de Garantías Constitucionales, en su tiempo), con cuya decisión se concluía el procedimiento administrativo. Estos podían reconocerse como recursos jerárquicos.

10.4.7.5. RECURSO DE QUEJA

Su finalidad es impugnar actos, hechos u omisiones administrativas. Constituye una reclamación presentada por el perjudicado ante el superior jerárquico por la violación de trámites y procedimientos, por el hecho de no enviar el expediente del recurso al superior que le hubiese solicitado para resolver el recurso jerárquico, por impedir el derecho de presentar escritos o de controlar la evaluación de pruebas, cometidos por el inferior dentro de la tramitación del procedimiento, a fin de que éste sea obligado a cumplirlos o rectificarlos. El ordenamiento jurídico municipal actual no establece el recurso de queja.

Debe ser tramitado obligatoriamente y su resolución es irrecurrible. Se interpone el recurso dentro del plazo de diez días y su resolución se dicta dentro del término de cinco días. Es de carácter meramente procesal, no se anula ninguna resolución.

10.4.7.6. RECURSO DE REVISIÓN

En principio no caben recursos administrativos contra las resoluciones que cierran el trámite administrativo, que hubiesen causado estado. No obstante en forma excepcional, el afectado puede interponer este recurso optativo contra actos y resoluciones firmes ante la máxima autoridad administrativa, el alcalde, por las siguientes circunstancias:

- a) Cuando hubieren sido adoptados, efectuados o expedidos con evidente error de hecho;
- b) Aparecimiento de documentos decisivos de existencia ignorada al momento de expedir el acto administrativo;
- c) Cuando los documentos que sirvieron de base para dictar tales actos hubieren sido declarados nulos o falsos por sentencia judicial ejecutoriada;
- d) Acto expedido en base a declaraciones testimoniales falsas y los testigos hayan sido condenados a falso testimonio mediante sentencia ejecutoriada; y,
- e) Por haberse dictado el acto administrativo en razón de delito cometido por los funcionarios o empleados públicos que intervinieron en el acto administrativo, siempre que sea declarado en sentencia ejecutoriada.

También procede la revisión de oficio, cuando, por cualquier medio, el ejecutivo del gobierno municipal llegue a tener conoci-

miento de que el acto se encuentre en alguno de los supuestos previstos como causas para que el administrado proponga revisión. Previo informe de asesoría jurídica se dispondrá la instrucción del expediente sumario, con notificación a los interesados. El sumario debe concluir en quince días, dentro del que se actuarán las pruebas que disponga la administración o presenten o soliciten los interesados. Concluido el sumario, el ejecutivo emite la resolución motivada que confirmará, invalidará, modificará o sustituirá el acto administrativo revisado. Un tema que puede provocar dudas en su aplicación es el mecanismo con el que puede llegar a conocimiento de la máxima autoridad, pues, la norma señala que puede ser por cualquier medio, lo cual abre la posibilidad de que el propio interesado, pueda dar a conocer a la máxima autoridad para que ésta a su vez instrumente el recurso.

10.4.7.7. RECURSO DE ACLARACIÓN Y RECTIFICACIÓN

Este recurso que para algunos no es un verdadero recurso porque no se trata de impugnar el acto, consiste en el derecho que le asiste al administrado para solicitar del órgano competente que dictó la decisión administrativa para que esclarezca su contenido, en caso de oscuridad o bien, rectifique algún error de cálculo o de redacción.

Este recurso se asemeja en su trámite al recurso de reposición, por lo que puede interponerse conjuntamente de estimarlo necesario el interesado.

Si se rechazare la interposición del recurso de aclaración o rectificación, el perjudicado podrá recurrir ante la autoridad jerárquicamente superior y, de estimarlo procedente, entablará acción por vía contencioso administrativa pidiendo la rectificación o extinción del acto.

11. EL NUEVO MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA JUSTICIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN EL CONTEXTO DEL DERECHO MUNICIPAL

Todo cambio provoca dudas, incertidumbre y temores, especialmente entre los involucrados directos principalmente porque los cambios vienen cuando no hay condiciones para asumirlos o, por naturaleza humana, nos resistimos a ellos. En este sentido, los cambios que se han concretado en la administración de justicia en general y en la contencioso administrativa en particular, como consecuencia de la nueva institucionalidad que se diseña desde la Constitución de la República (2008), identificada también con el cambio por su fuerza normativa, no escapan a ese escenario. De allí la necesidad de aportar con algunas ideas que aclaren las dudas que nacen fruto de los contenidos trazados en la Carta Fundamental y materializados en el Código Orgánico de la Función Judicial y Código Orgánico General de Procesos, COGEP expedidos como consecuencia de la vigencia de aquella, procurando hacer incapié en aquellos aspectos que inciden en el quehacer de los gobiernos autónomos descentralizados municipales.

Para todos es conocido que la administración de justicia en el Ecuador ha tenido de manera inveterada, y tiene, cuestionamientos de diversa índole, ya por la cercanía de algunos jueces a determinados partidos políticos, ya por la injerencia, abierta o solapada, de líderes y dirigentes políticos en el entramado mismo de la propia administración de justicia, ya en fin, por ciertos niveles de corrupción que no hay que olvidar que también están presentes, elementos que, de una u otra manera, han aportado a configurar una debilitada institucionalidad, que no escapa a la actual.

No hay modelo óptimo pues, lo perfecto es enemigo de lo bueno y así, sin que sepa a excusa, se puede marcar un largo espacio que separa el deber ser y la realidad, por lo que tampoco podemos

aspirar a encontrar perfección en las modificaciones institucionales que se introducen con la Constitución de Montecristi.

Para hablar de la justicia administrativa, o con la denominación que se la conoce en nuestro país, de la justicia contencioso administrativa hay que señalar que ésta, luego de un nacimiento dubitativo, en el denominado Consejo de Estado, un órgano de similares características al de su par francés,¹⁴¹ alcanzó su máximo nivel de expresión y desarrollo con la creación, en 1968, del Tribunal Contencioso Administrativo, órgano especializado de administración de justicia en materia contencioso administrativa, autónomo, con jurisdicción nacional y de única instancia, en el mismo nivel de la entonces denominada Corte Suprema de Justicia; luego, fruto de la necesaria evolución que demanda toda sociedad, y ante la necesidad de hacer efectivo el principio de inmediación, el Tribunal Contencioso Administrativo fue sustituido por cuatro Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, en 1992, con sedes en las ciudades de Quito, Guayaquil, Cuenca y Portoviejo y cada uno con jurisdicción en varias provincias.¹⁴² Y, en esta última forma de organización se encuentra aún la justicia contenciosa administrativa, pese a una fase de transición llena de dudas por el mandato de constituir salas especializadas en las cortes provinciales, que finalmente no prosperó por la reforma al Código Orgánico de la Función Judicial que permitió mantener a los tribunales distritales de lo contencioso administrativo y de lo contencioso tributario, pese a que el Consejo de la Judicatura, mediante resolución los ha transformado en la denominación genérica de UNIDAD JUDICIAL, con la que se conocen a todas las judicaturas de primera instancia.

¹⁴¹ El Consejo de Estado de Francia es el supremo órgano consultivo del gobierno y constituye la última instancia de la jurisdicción administrativa. Similar característica tiene el Consejo de Estado colombiano, con su propia y participar estructura.

¹⁴² Los de más reciente creación, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 5, con sede en la ciudad de Loja y jurisdicción en las provincias de Loja y Zamora Chinchipe, y el de Ambato, tienen también competencia en materia tributaria.

11.1. LA SEPARACIÓN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA ADMINISTRACIÓN DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

La separación entre la administración de justicia y la administración propiamente dicha de la Función judicial, aunque es un tema que ya lo contempló la Carta Política de 1998,¹⁴³ y que recoge la experiencia desarrollada por otros ordenamientos como el colombiano o el español, el modelo se profundiza con la Constitución de la República (2008), pues, acentúa en mayor grado la separación entre la “*administración de justicia*” que corresponde a los llamados “*órganos jurisdiccionales*”, como la Corte Nacional, las Cortes Provinciales, los tribunales y juzgados creados por ley y los juzgados de paz y la “*administración*” propiamente tal, tanto del recurso humano como de los recursos financieros y técnicos de toda la Función Judicial, que corresponde al Consejo de la Judicatura, como “*órgano administrativo*” con lo que nos enfrentamos no solo a un cambio de nombre, sino a un cambio profundo, de contenido, ya por su nueva forma de integración, desligada de la participación de los órganos jurisdiccionales, ya por sus atribuciones, en la esfera del gobierno, administración, vigilancia y disciplina, que genera consecuencias como las que estamos viviendo en estos momentos, con los sumarios administrativos y destituciones de jueces y conjuces de la Corte Nacional de Justicia y de otros niveles por parte del Consejo de la Judicatura.

Entonces, en aplicación del nuevo modelo del sistema de administración de justicia, al órgano jurisdiccional, al juez, de la materia y del nivel que sea, lo único que le compete y corresponde, de manera exclusiva, es “*administrar justicia*” y “*ejecutar lo juzgado*”, con lo cual, a más de que se propugna la especialización del profesio-

¹⁴³ El art. 206 señalaba que el Consejo Nacional de la Judicatura será el órgano de gobierno, administrativo y disciplinario de la Función Judicial y disponía que la ley determine su integración, forma de designación de miembros, estructura y funciones.

nal que se dedique a la magistratura, le entrega la responsabilidad exclusiva de administrar justicia, dejando para el órgano administrativo, el Consejo de la Judicatura, los temas **administrativos** como el recurso humano, **financieros** como la gestión de los recursos económicos, **materiales** como la provisión de bienes e insumos, **técnicos** como la provisión de software y hardware o **la profesionalización y capacitación**. Consecuencia de lo cual, al Consejo de la Judicatura, al ser el órgano de “*gobierno, administración, vigilancia y disciplina*” de la Función Judicial, le corresponde no solo encargarse de los procesos de selección y concurso del recurso humano, sino también de los aspectos disciplinarios del mismo recurso humano, incluidos los jueces de todos los niveles, pues no se contempla excepciones o reservas en el ejercicio de esta atribución. Y, es precisamente en este escenario en el que la línea divisoria entre la administración del recurso humano y la administración de justicia resulta poco evidente y puede convertirse en fuente de controversias, porque bien sea a título de “gobierno” o del ejercicio de facultades disciplinarias y de vigilancia, el Consejo de la Judicatura, puede estar tentado a realizar juicios de valor sobre el contenido de las sentencias de los jueces, con lo cual, se atentaría contra uno de los principios rectores de la administración de justicia, cual es el de la independencia, tanto interna como externa del juzgador, lo que debilitaría aún más el sistema de administración de justicia.

En todo caso, de las resoluciones y decisiones que adopte el Consejo de la Judicatura, cabe interponer acción contencioso administrativa por dos razones principalmente, primero porque las resoluciones del Consejo de la Judicatura son actos administrativos y segundo porque, en aplicación del principio constitucional de la impugnabilidad de todo acto administrativo de cualquier autoridad del Estado,¹⁴⁴ éstos actos también son justiciables. Sin embargo, un hecho que también debilita al modelo, es que

¹⁴⁴ Art. 173 de la Constitución de la República.

quien debe conocer la acción contencioso administrativa es un órgano jurisdiccional, sometido al control disciplinario y de vigilancia del órgano del cual dimana el acto, lo que puede, en perspectiva, incidir en la inobservancia del principio de independencia del juzgador.

11.2. LOS TRIBUNALES DISTRITALES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

A los tribunales distritales de lo contencioso administrativo les corresponde conocer y resolver tanto las acciones subjetivas o de plena jurisdicción cuanto las objetivas o de anulación que se interpongan de actos administrativos de los gobiernos municipales. El legislador en este tema no adoptó la misma solución que si lo hizo en materia tributaria, en la que la competencia para conocer las acciones de impugnación de actos normativos la trasladó a la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, lo cual, a más de dar uniformidad a la temática, pudiera contribuir no solo a descongestionar las tareas acumuladas de los actuales Tribunales, sino que, con buen criterio, hubiera ayudado también a evitar la dispersión de criterios o fallos contradictorios sobre las mismas materias o los mismos puntos de derecho, lo cual, si bien se puede solucionar con la generación de jurisprudencia por parte del Pleno de la Corte Nacional de Justicia,¹⁴⁵ por la triple reiteración de fallos sobre un mismo punto de derecho, más expedito es el mecanismo que tenga la competencia para resolver solo una Sala de la Corte Nacional. Un cuestionamiento válido sobre este esquema es que, en el caso del cuestionamiento de actos normativos tributarios de los gobiernos municipales por parte de interesados, deberán acudir a la Corte Nacional de Justicia, restando eficacia al principio de inmediatez de la administración de justicia.

¹⁴⁵ Art. 184, numeral 2 de la Constitución de la República.

11.3. LA SALA ESPECIALIZADA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

En la Corte Nacional de Justicia, funciona la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, en su integración actual, de tres jueces, encargada de conocer los recursos extraordinarios de casación que se interpongan contra las sentencias y autos que emitan los tribunales de lo contencioso administrativo. A ello, se debe agregar la integración de los conjuces, que son responsables de la admisibilidad del recurso de casación, en tribunal, antes de la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, ahora, de modo unipersonal, que de algún modo, se han convertido en una barrera que limita o impide que la causa, subida en casación pase a conocimiento de la Sala Especializada, lo cual es controversial, pues afectaría el principio de libre acceso a la administración de justicia, claro, que siempre se puede encontrar argumentos en contra, como aquello de que se fortalece la rigidez del control de legalidad de los fallos, con la verificación de la rigidez del contenido el recurso.

11.4. LA CORTE CONSTITUCIONAL

Para cerrar este acápite, vale señalar que la Corte Constitucional también juega un rol preponderante en tanto es responsable de conocer y resolver las acciones extraordinarias de protección que pueden interponer los interesados por los fallos de casación o aquellas providencias que inadmiten el recurso, cuando se reclama la vulneración de derechos. Sus decisiones, pese a que de manera reiterada ha señalado que se circunscriben a razones de vulneración de derechos y no de legalidad, el límite entre los dos escenarios siempre será de difícil identificación, sin que esté libre de polémicas, cuestionamientos y contradicciones. La práctica nos muestra que quién está inconforme con la decisión de última instancia, al menos intentará la acción extraordinaria.

REFERENCIAS

- Álvarez, J.F., (2009). *Riofrío, nuestro Sainz de Bujanda andino*. En: Boletín del Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario, No. 11. Quito.
- Arias García, F., (2013). *Estudios de derecho procesal administrativo*. Bogotá, Editorial Ibañez.
- Atehortua Ríos, C.A., (2006). *Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles*. Bogotá; Universidad Externado de Colombia, primera edición.
- Benalcázar Guerrón, J.C., (2007). *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*. Quito; Fundación Andrade & Asociados Fondo Editorial.
- De la Guerra Zuñiga, (2012) *El régimen tributario ecuatoriano*. Quito; Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.
- Dromi, R., (1983). *Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, editorial Astrea.
- Enriquez Fuentes, G., (2011). *El control político como requisito del Estado Constitucional, evolución histórica*, Revista Criterio Jurídico: tomado de la web: revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/download/252/1007.
- Escola H., (1984). *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires.
- Fiorini B., (1968). *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires.
- García de Enterría, E., Fernández, R., (2005). *Curso de Derecho Administrativo*, 9na. Edición.

- García Novoa, C., (2009). *El Concepto del tributo*. (Lima) Tax Editor S.A.
- González Sandoval, R., (2008). *La licitación pública y el contrato administrativo, aplicación y medios de defensa*. México; Editorial Porrúa.
- Granja G. N., (1997). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Loja. Universidad Técnica Particular de Loja. Lugar; editorial.
- Henao Hidron, J., (2000). *El poder municipal*. Bogotá; Editorial Temis, décima edición.
- Hernández Terán, M., (2009). *Descentralización y Gobiernos Autónomos ante la Constitución de Montecristi*. Quito; Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Instituto Ecuatoriano De Derecho Tributario. (2005) VI Jornadas de Derecho Tributario, Cuenca.
- Larenas Loor, R., (2012). *Articulación horizontal-vertical en los GAD, reflexiones y caja de herramientas*. Consorcio de Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales, CONGOPE.
- López Jácome, N., (2005). *Manual teórico práctico de la expropiación*. Quito.
- Marienhoff M., (1982). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires.
- Montaño Galarza, C., Mogrovejo Jaramillo, J.C., (2014). *Derecho tributario municipal ecuatoriano*. En: Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador. Estudios jurídicos. Quito; Corporación Editora Nacional.

- Morales Tobar, M., (2012) (Coord.) *La nueva organización territorial y el nuevo modelo de descentralización en el Ecuador*. Quito; Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Nieto García, A., (2011). *Derecho Administrativo sancionador*. Madrid; Editorial TECNOS, Quinta edición.
- Olivos Campos, J.R., (2011). *Derecho municipal*. Michoacán, México, Morelia, primera edición.
- Parejo Alonso, L., (2009). *El concepto del derecho administrativo*. Bogotá; Universidad Externado de Colombia, Serie Derecho Administrativo 1, segunda edición.
- Patiño Ledesma, R., (2013). *Sistema Tributario Ecuatoriano*. Cuenca; Universidad del Azuay.
- Patiño Ledesma, R., (2009) Relator del tema Autonomía y Poder Tributario de las VIII Jornadas de Derecho Tributario. En: *Boletín del Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario*, Número 10.
- Pérez Camacho, E., (2009). *Derecho administrativo*. Quito; Corporación de Estudios y Publicaciones, 3ra. Edición.
- Programa de Desarrollo Municipal (1994). Quito. *Manual de Reclamos administrativos*.
- Programa de Desarrollo Municipal (1994). Quito. *La contratación municipal*.
- Queralt, J. M., (et. al). (2004). *Manual de Derecho Tributario*. Navarra; Thomson Aranzadi.

Rebollo, L.M. et.al. (año). *Fundamentos del derecho urbanístico*. Pamplona, Thomson Aranzadi.

Rodríguez, J., Muñoz, A., (2009). *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*. Bogotá. Universidad Externado.

Sayagués Laso, (1976). *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo.

Shaw, J. L., (1993) *Tasas, precios e impuestos, su diferenciación en la doctrina contemporánea*. Fundación Cultura Universitaria, primera edición.

Santofimio Gamboa, J.O., (2011). *Procedimientos administrativos y tecnología*. Bogotá; Universidad Externado de Colombia, Serie Derecho Administrativo 14, primera edición.

SECRETARIA NACIONAL DE PLANIFICACION Y DESARROLLO.

(2014) *Distribución espacial referencial de los establecimientos prestadores de servicios públicos*, Guía Técnica, Quito; SENPLADES.

(2014) *La desconcentración del Ejecutivo en el Ecuador, el estado en el territorio y la recuperación de lo público*, documento de trabajo, Quito, 2014.

Segovia Salcedo, A., *Nociones de Técnica Legislativa*. Nina comunicaciones. Quito, 2014.

Suing Nagua, J.

(1997) *El Gobierno y la Administración Municipal, análisis de la normativa vigente*. Babahoyo, editorial Malena.

(2005) *Las reformas a la Ley de Régimen Municipal, un apoyo a la gobernabilidad local*. Quito; LERC Impresiones.

(2010) *Gobiernos Autónomos Descentralizados*. Loja; Ed. UTPL.

Hernández Terán, M., (2009). *Descentralización y Gobiernos Autónomos ante la Constitución de Montecristi*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

Torres Maldonado, *La autonomía municipal para administrar sus recursos humanos*. Monografía, UASB. Quito. 2008.

Troya Jaramillo, J.V., Simone, L., Amalia, C., (2014). *Manual de Derecho Tributario*. Quito; Corporación de Estudios y Publicaciones.

Troya, J.V., (2005). *Ponencia para las V Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario*. Cuenca.

Ugalde, L.C., *La rendición de cuentas en los Gobiernos Estatales y Municipales, Serie Cultura de la Rendición de Cuentas*, No. 4. Recuperado en agosto 2016, de: www.asf.gob.mx.

Zavala Egas, J., (2003). *Introducción al Derecho Administrativo*, Editorial EDINO.

Normativa:

Congreso Nacional

(1993) *Ley de Modernización del Estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada*. R.O. No. 347. Quito.

(1997) *Ley Especial de Descentralización del Estado y Participación Social*. R. O. No. 169. Quito.

(2002) *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. R.O. No. 595. Quito.

(2004) *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*. R. O. No. 312. Quito.

(2004) *Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública*. R.O. No. 337. Quito.

(2004) *Ley Orgánica reformativa de la Ley de Régimen Municipal*. R.O. No. 429. Quito.

(2005) *Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (LORM)*. R.O. suplemento No. 159. Quito.

Gaceta Constitucional (1998). *Constitución Política de la República del Ecuador*. Quito. Asamblea Nacional.

Asamblea Constituyente

(2008) *Constitución de la República del Ecuador*. R.O. No. 449. Quito; Registro Oficial.

(2008) *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. R.O. No. 395. Quito; Registro Oficial.

Asamblea Nacional

(2015) *Código Orgánico General de Procesos*. Suplemento al R.O. 506, de 22 de mayo de 2015.

(2009) *Ley Orgánica de Empresas Públicas*. R.O. No. 48. Quito.

- (2009) *Código Orgánico de la Función Judicial*. R.O. Suplemento No. 544 Quito.
- (2010) *Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos*. R.O. No. 162. Quito.
- (2014) *Ley reformativa al COOTAD*. R. O. NO. 166, de 21 de enero de 2014. Quito.
- (2010) *Ley Orgánica de Participación Ciudadana*. R.O. No. 175. Quito.
- (2010) *Ley Orgánica de Servicio Público*. R.O. No. 294. Quito.
- (2010) *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*, R.O. No. 303, de 19 de octubre de 2010.
- (2010) *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*. R.O. Segundo Suplemento No. 306. Quito.
- (2011) *Decreto Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado*. R.O. No. 583. Quito.
- (2013) *Ley Reformativa a la Ley orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado*. R.O. No. 884. Quito.
- (2013) *Ley para la fijación de límites territoriales internos*. R.O. No. 934. Quito.
- (2014) *Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil*. R.O. No. 249. Quito.
- (2014) *Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad*. R.O. No. 283.

(2016) *Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo*. R.O. No. 790. Quito.

(1993) *Ley Orgánica de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito*. R.O. No. 345

(1968) *Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*. Quito.

Consejo Nacional de Competencias (2012). *Plan Nacional de Descentralización*. R.O. No. 593. Quito.

