

# Solución de conflictos de competencias municipales: Ecuador\*\*

## Solution of conflicts of municipal competences: Ecuador

### RESUMEN

El modelo clásico de centralización política busca ser superado a partir de la reforma democrática del Estado unitario descentralizado que prescribe la Constitución ecuatoriana de 2008; sin embargo, su eficacia enfrenta dificultades que se deben, entre otras razones, a la interpretación restrictiva de la facultad legislativa atribuida a los niveles de gobierno local, en materias de su competencia exclusiva. El objeto de este estudio es discutir en qué medida puede ser eficaz el principio de competencia para fortalecer el gobierno descentralizado y revisar los límites impuestos a la actividad legislativa de la Asamblea Nacional sobre materias de competencia exclusiva de los gobiernos autónomos descentralizados. La tesis propuesta consiste en afirmar la prevalencia de los actos normativos de los niveles de gobierno local que regulan el ejercicio de competencias exclusivas sobre disposiciones normativas de rango legal, en virtud del principio de competencia. Para argumentar este planteamiento, la primera parte contiene reflexiones teórico descriptivas sobre conceptos fundamentales relativos a los alcances del principio de gobierno unitario descentralizado; la segunda parte, abarca un análisis empírico de reflexión crítica respecto a sentencias de control de legalidad y constitucionalidad; y, al final, consta una breve reflexión inherente a los principios que son aplicables a la coherencia entre ordenanzas, leyes y la Constitución ecuatoriana.

\* Máster en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar (Quito-Ecuador). Profesor de Introducción al Derecho, Teoría del Estado y la Constitución y Clínica Constitucional de la Universidad de las Américas (Quito, Ecuador). Contacto: angel.torres@udla.edu.ec, angeltm63@hotmail.com. ORCID ID: 0000-0002-8905-8887

\*\* Recibido el 20 de julio del 2018, aprobado el 7 de octubre del 2019.

Para citar el artículo: TORRES MALDONADO A. *Solución de conflictos de competencias municipales: Ecuador*, En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 45, enero-abril de 2020, pp. 211-243. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n45.08>

## PALABRAS CLAVE

Estado unitario y descentralizado, principio de competencia, facultad legislativa, régimen de autonomía, antinomias jurídicas.

## ABSTRACT

The classic model of political centralization seeks to be overcome from the democratic reform of the decentralized unitary State that prescribes the Ecuadorian Constitution of 2008; however, its effectiveness faces difficulties; which are due, among other reasons, to the restrictive interpretation of the legislative power attributed to the levels of local government, in matters of its exclusive competence. The purpose of this study is to discuss to what extent the principle of competence can be effective to strengthen decentralized government and review the limits imposed on the legislative activity of the National Assembly on matters of exclusive competence of the decentralized autonomous governments. The proposed thesis consists in affirming the prevalence of the normative acts of the levels of local government that regulate the exercise of exclusive competences on normative dispositions of legal rank, by virtue of the principle of competence. To argue this approach, the first part contains descriptive theoretical reflections on fundamental concepts related to the scope of the principle of decentralized unitary government; the second part, includes an empirical analysis of critical reflection regarding sentences of control of legality and constitutionality; and, in the end, there is a brief reflection inherent to the principles that are applicable to the coherence between ordinances, laws and the Ecuadorian Constitution.

## KEYWORDS

Unitary and decentralized state, principle of competence, legislative power, autonomy regime, legal antinomies.

## SUMARIO

Introducción. 1. Conceptos preliminares. 1.1. Estado unitario y descentralizado. 1.2. Principio de competencia. 1.3. Régimen de autonomía. 1.4. Facultad legislativa local. 2. Análisis jurisprudencial. 2.1. Control de legalidad. 2.1.1 Contexto. 2.1.2. Análisis crítico de la sentencia. 2.2. Control de Constitucionalidad. 2.2.1. Contexto. 2.2.2. Análisis crítico de la decisión. 3. Conclusiones. Referencias.

## INTRODUCCIÓN

El constituyente originario de Montecristi plasmó en la Constitución ecuatoriana de 2008 las referencias jurídicas necesarias y pertinentes encaminadas a fortalecer el principio de gobierno descentralizado, para cuyo propósito incorpora un catálogo de competencias exclusivas de cada nivel de gobierno; atribuye facultad legislativa a los gobiernos autónomos descentralizados provinciales, municipales y metropolitanos; y les reconoce autonomía política, administrativa y financiera.

Es más, la Constitución de Montecristi, con el propósito de fortalecer la descentralización política, crea como nivel de gobierno intermedio, el regional, con potestad para dictar normas regionales. También incorpora, como parte del régimen especial, al distrito metropolitano, encargado de ejercer las competencias asignadas a los niveles de gobierno regional, provincial y municipal de manera que cuente con atribuciones suficientes para resolver las complejidades propias de la gran ciudad. Sin embargo, hasta ahora no se ha constituido ningún gobierno regional ni distrito metropolitano.

A pesar de las prescripciones constitucionales, subsisten enunciados normativos de rango legal que limitan el pleno ejercicio de las competencias exclusivas. Además, la jurisprudencia considera a las ordenanzas en un nivel jerárquico similar al reglamentario y los jueces omiten aplicar preceptos que someten a las ordenanzas, exclusivamente al control de constitucionalidad. Por su parte, el legislador nacional se resiste a considerar los límites implícitos impuestos por la Constitución a su actividad legislativa respecto a los ámbitos de competencia material exclusiva, atribuida a los gobiernos locales.

El ordenamiento jurídico, como sistema de normas ordenadas, requiere de unidad, coherencia y plenitud, sin que tal exigencia implique desconocer las dificultades que hay para que el legislador anticipe todas las conductas humanas posibles. Para superar los problemas derivados de posibles antinomias, la teoría general del derecho no se limita a considerar únicamente los criterios tradicionales de jerarquía, especialidad y temporalidad, sino que deriva hacia el principio de competencia.

Jueces ordinarios y constitucionales se resisten a reconocer la voluntad del constituyente originario de fortalecer la descentralización. Conforme a la vigente Constitución la facultad legislativa de los gobiernos autónomos descentralizados para ejercer sus competencias exclusivas, adquiere una dimensión superior a la que, hasta ahora, ellos le han atribuido frente a la voluntad del legislador nacional.

Para hacer frente al estancamiento del ordenamiento jurídico y a la necesidad de hacer efectivo el principio de gobierno descentralizado, en el marco del Estado unitario es imperativo plantear el tema como un aporte al debate académico, jurídico y político, mediante reflexiones conceptuales prospec-

tivas que, se aspira, orienten su aplicación tanto en los niveles de gobierno local como en decisiones legislativas y judiciales.

La tesis que se busca demostrar consiste en que las ordenanzas expedidas por los gobiernos autónomos descentralizados de los niveles de gobierno provincial, municipal y metropolitano existentes en Ecuador, que regulen el ejercicio de competencias exclusivas, están sometidas únicamente al control de constitucionalidad, y que las antinomias entre enunciados contenidos en ordenanzas y leyes deben ser resueltas por el principio de competencia, y no por el de jerarquía.

En términos generales, la descripción teórica conceptual de este estudio abarca a todos los niveles de gobierno local, mientras la reflexión crítica jurisprudencial se limita a sentencias sobre actos normativos municipales; sin embargo, el énfasis corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales y metropolitanos del Ecuador.

Por tanto, para resolver los problemas jurídicos se propone la siguiente pregunta central: ¿por qué razones jurídicas es admisible la prevalencia de enunciados normativos contenidos en ordenanzas municipales sobre los de las leyes expedidas en el marco de un Estado unitario? Para responder a esta interrogante se formulan reflexiones conceptuales sobre el Estado unitario descentralizado, el principio de competencia, el régimen de autonomía y la facultad legislativa atribuida, por la Constitución, a los gobiernos locales. Además, para verificar el grado de aplicación de los principios, se analizan, desde el punto de vista crítico, dos sentencias producidas por las Altas Cortes de Ecuador.

Finalmente, se evidencia la estrategia de omisión selectiva de normas jurídicas que aplican los jueces nacionales, con el aparente propósito de evitar pronunciarse sobre temas, posiblemente polémicos, que permitirían mutar el derecho hacia nuevas concepciones sobre los límites y alcances de la capacidad de producir normas jurídicas, atribuida por la Constitución ecuatoriana de 2008 a distintas autoridades normativas.

## 1. CONCEPTOS PRELIMINARES

Con el propósito de comprender los alcances del principio constitucional de un Estado unitario que se gobierna de manera descentralizada, que tiene una relación directa con la solución de conflictos de competencia que se suscitan entre las instituciones, cuyo ámbito de acción abarca todo el territorio nacional y las de ámbito local, empezamos el presente trabajo investigativo con una aproximación conceptual sobre el Estado unitario y descentralizado, el principio de competencia, el régimen de autonomía política, administrativa y financiera, y la facultad legislativa atribuida a los gobiernos autónomos descentralizados, previstos en la Constitución ecuatoriana de 2008.

### 1.1 El Estado unitario y descentralizado

Los países latinoamericanos son predominantemente unitarios. Tienen una estructura institucional caracterizada por el monopolio del poder político en el nivel central. Las facultades de decisión en materia legislativa, ejecutiva, judicial y electoral se concentran en órganos centrales de gobierno cuyo ámbito de acción y decisión comprende todo el territorio nacional. Por tanto, las autoridades inferiores encargadas de ejecutarlas y las locales o seccionales tienen poca capacidad de acción y decisión.

Según Rodríguez Zapata, el Estado unitario: “Está dotado de un centro único de impulsión política, que acumula la totalidad de las atribuciones y funciones que corresponden a la persona jurídica estatal y consta de un solo aparato gubernamental, que lleva a cabo todas las funciones del Estado”<sup>1</sup>. Entre sus características, Naranjo Meza destaca las siguientes: a) un solo sistema de órganos de gobierno, que actúan en todo el territorio nacional; b) una sola Constitución y las mismas leyes para todo el territorio nacional; c) predomina la centralización política, traducida en la unidad de mando y de la legislación, de la administración de justicia, y de las decisiones políticas<sup>2</sup>.

El Estado unitario puede ser centralizado o descentralizado. El centralizado se caracteriza porque las funciones y atribuciones públicas están a cargo de un órgano administrativo central que concreta la unidad del Estado. El poder central es dominante frente a los órganos de gobierno local. En cuanto que, en el descentralizado existen instituciones intraestatales con personería y personalidad jurídica propias, autonomía administrativa, autarquía económica y política, y competencias atribuidas a cada nivel de gobierno.

A decir de Furlan, el Estado descentralizado se origina como una alternativa al intervencionismo y la subsidiaridad y lo define como un: “[...] sistema complejo de instancias estatales interrelacionadas cooperativamente, en el cual el poder, las competencias y los recursos que corresponden a cada una de ellas se distribuyen de modo tal que las decisiones y las acciones públicas se adoptan y se ejecutan en el nivel que permite una relación menos mediada con la sociedad”<sup>3</sup>.

Pero en las relaciones del gobierno central con los locales, se suelen producir contradicciones entre fuerzas centrípetas o centralizadoras y fuerzas centrífugas o descentralizadoras. Maurice Hauriou sostuvo que “[...] la cen-

1 RODRÍGUEZ ZAPATA, J. *Teoría y práctica del derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 83.

2 NARANJO MEZA, V. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. 8a. ed. Bogotá: Temis, 2000, p. 290.

3 FURLAN, J. L. *Cuadernos de la Reforma del Estado*. Programa General, serie Descentralización, Gobierno de Córdoba, edición de 1992. En HERNÁNDEZ, ANTONIO. *Derecho municipal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 251.

tralización es la fuerza propia del gobierno del Estado y la descentralización es la fuerza por la cual, la nación reacciona contra el gobierno del Estado”<sup>4</sup>. De modo que la centralización produce, ejecuta las leyes y gestiona los servicios; y, por su parte, la descentralización procura llevar a la periferia la mayor suma posible de las facultades de decisión y de gestión.

Existen dos teorías y experiencias acerca de la concepción de Estado descentralizado. La primera, presente en la mayoría de países latinoamericanos y el Caribe, es una que fija las competencias y atribuciones del Estado Central y luego las de los gobiernos locales. La segunda, presente en los países de mayor desarrollo, consiste en que los niveles de gobierno subnacional puedan y deban llevar a cabo gran parte de las competencias y funciones públicas en forma libre; pero, al Gobierno Central, le corresponden algunas en forma exclusiva, tales como la defensa nacional o relaciones exteriores. El segundo modelo corresponde a una realidad pública más descentralizada y abierta que la primera.

La acción de descentralizar consiste en transferir de manera definitiva, las competencias, acompañadas de recursos financieros, materiales y talento humano radicado en el gobierno central, hacia entidades que gozan de autonomía, como son los gobiernos locales. También se define a la descentralización como la transferencia de poderes políticos, económicos y administrativos.

Descentralizar es equivalente a redistribuir las competencias en materia normativa, ejecutiva y de los ingresos económicos nacionales. Al gobierno local, cuyo origen es democrático, le corresponde expedir actos normativos a través de ordenanzas, prestar servicios públicos o sociales, y promover la organización y el desarrollo local. Con este objetivo, demanda recursos económicos que provienen de los tributos locales y de los ingresos tributarios y no tributarios del Presupuesto General del Estado.

La acepción descentralizar es, al mismo tiempo, un concepto teleológico e instrumental. Ella permite aplicar el principio de subsidiariedad, según el cual, las instituciones más cercanas a la gente son competentes para intervenir sobre su propio ámbito; por tanto, al ente mayor le corresponde decidir solo las acciones que el bien común, la tecnología o la complejidad recomienden razonablemente. El principio de subsidiariedad reconoce al ser humano como persona humana, en condición individual y de sociabilidad; es decir, aquella que es capaz de promover su propio destino en agrupación con otros: alguien “es persona humana solo entre personas humanas”<sup>5</sup>. Se trata de transferir la capacidad de decisión y de acción.

4 HERNÁNDEZ, A. *Derecho municipal*. México: Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica. n.º 159. 2003, p. 287.

5 BORIS, S. *Desarrollo territorial y descentralización. El desarrollo en el lugar y en las manos de la gente*. Santiago de Chile: Revista CURE (vol. XXX, n.º 90). 2004, pp. 27-40.

Además, la descentralización tiene una cercana relación con la democracia. La distribución social del poder político hacia sectores más cercanos a la población, amplía la participación de los involucrados en la toma de decisiones, pero es, al mismo tiempo, complejo y bien puede resultar antidemocrático si los receptores, de nuevas capacidades de acción, no están adecuadamente preparados para ampliar sus responsabilidades en términos de eficacia y eficiencia.

La Constitución ecuatoriana de 1998 incorporó el sistema de transferencias de competencias conforme al principio dispositivo, es decir, que los gobiernos locales decidían qué competencias podían ejercer y, cuándo las asumían, lo hacían en forma individual y asimétrica: reservó para el gobierno central ciertas competencias no susceptibles de descentralización<sup>6</sup>. Este fue un mecanismo inapropiado, ya que generó disfuncionalidad en la gestión del Estado<sup>7</sup>. El modelo de descentralización optativa no funcionó por diversas razones políticas y gremiales.

Para superar las deficiencias del modelo descrito, la Constitución de 2008 prevé el principio del “gobierno descentralizado”<sup>8</sup> establece un catálogo de competencias exclusivas para cada nivel de gobierno, delega a la ley la definición de las competencias concurrentes cuyo proceso de implementación responsabiliza al Consejo Nacional de Competencias y fija su participación en las rentas provenientes de ingresos permanentes y no permanentes aprobados en el Presupuesto General del Estado.

Así, la Constitución ecuatoriana de 2008 atribuye a los niveles de gobierno: regional (art. 262), provincial (art. 263), municipal o distrito metropolitano (art. 264 y 266) y parroquial rural (art. 267), un amplio catálogo de competencias exclusivas que les obliga a ejercerlas, atenderlas o prestarlas por sí mismos o, por su propia iniciativa procurar la coordinación con otras entidades públicas o formar mancomunidades; consecuentemente, los ciudadanos podrán recurrir directamente con sus reclamos por las deficiencias en la cobertura o su calidad.

Por ejemplo, a los gobiernos municipales o distritos metropolitanos les atribuye competencias que históricamente las ejercieron y otras nuevas, tales como: a) planificar, regular y controlar el tránsito y transporte público dentro

6 El primer inciso del Art. 226 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 prescribía que “Las competencias del gobierno central podrán descentralizarse, excepto la defensa y la seguridad nacionales, la dirección de la política exterior y las relaciones internacionales, la política económica y tributaria del Estado, la gestión de endeudamiento externo y aquellas que la Constitución y convenios internacionales expresamente excluyan”.

7 VICIANO PASTOR, R. *Algunas consideraciones sobre la organización territorial del Estado en la Constitución ecuatoriana de 2008*. En *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, editores. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2009, p. 107.

8 Así dispone el art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial 449, del 20 de octubre de 2008.

del territorio cantonal; b) planificar, construir y mantener los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo; c) delimitar, regular, autorizar y controlar el uso de playas de mar, riberas y lechos de ríos, lagos y lagunas; d) preservar y garantizar el acceso efectivo de las personas al uso de las playas; e) 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; f) gestionar los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios.

Por su parte, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) define el Sistema Nacional de Competencias, y crea el Consejo Nacional de Competencias (CNC) como órgano técnico encargado de regular el procedimiento y plazo para la transferencia de las competencias exclusivas, residuales y las adicionales, regular la gestión de las competencias concurrentes y resolver, en sede administrativa, los conflictos de competencias entre los niveles de gobierno, sin perjuicio de la acción ante la Corte Constitucional.

### *1.2 Principio de competencia*

La competencia puede ser vista desde distintos ángulos. Así, el ejercicio de los derechos subjetivos de las personas se entiende que está autorizado si estos se encuentran previstos en el derecho positivo, pero, si para actuar se requiere de una cierta aprobación, se considera únicamente como autorizada la capacidad para obtener efectos jurídicos. Tal concepción del derecho implica reconocer una categoría superior que contiene las funciones normativas de mandar, permitir o derogar; pues, dado que las normas jurídicas regulan conductas humanas, entonces contienen siempre una competencia para obrar<sup>9</sup>.

Sin embargo, en esta investigación interesa la competencia como capacidad de actuación conferida por el ordenamiento jurídico para crear y aplicar disposiciones normativas, así como para prestar servicios públicos o sociales. También el crear normas en cuanto se trata de órganos públicos habilitados por la Constitución para expedir actos normativos imperativos en territorios determinados y su relación con la ley. Aplicar normas se refiere a la legitimidad de las decisiones basadas en el poder jurídico para decidir casos concretos que generan consecuencias jurídicas. Prestar servicios públicos o sociales tiene que ver con la capacidad de actuación atribuida por la Constitución y la ley para concretar servicios en beneficio de los habitantes, previa habilitación por una norma de competencia.

9 BERNAL PULIDO, C. *Las normas de competencia en la Teoría pura del derecho de Kelsen*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. En *Constitución, ley y proceso*. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, ROBERTO. Coordinador. Perú: ARA Editores y Universidad Andina Cuzco. 2013, p. 58.



Por tanto, no se trata de analizar las competencias atribuidas a los individuos por el derecho privado o político, sino de analizar las atribuciones conferidas a los poderes públicos, en especial, los locales, por el derecho público y sus problemas de interacción con otros entes, especialmente nacionales.

Uno de los objetivos ineludibles del derecho es el control y la limitación al ejercicio del poder. Para obrar, la autoridad pública debe estar facultada por una norma de competencia. No son normas de conducta humana, sino enunciados constitutivos de la potestad para actuar. Así, una norma de competencia anterior es la que determina quién es titular de una competencia y de qué manera se accede a ella.

Se trata de “determinar por adelantado los rasgos y caracteres que va a tener quien ejerza una competencia, por injustos y parciales que pudieran ser esos rasgos”<sup>10</sup>. Es un límite formal que exige una razonable precisión para saber si la actuación administrativa o el enunciado normativo expedido se encuadran en los límites definidos o se ha extralimitado al invadir materias extrañas a la competencia atribuida.

Se define a la competencia, derivada del acto lingüístico contenido en enunciados normativos que regulan la acción de la autoridad pública, como el derecho que tiene para conocer, procesar y resolver los asuntos que le han sido atribuidos legalmente, en razón de la materia, territorio u otro aspecto de interés general previsto en la ley. Es el mecanismo por medio del cual se distingue e individualiza a cada funcionario, ya que a cada órgano le corresponden funciones específicas. Nace de la Constitución o de la Ley y es de carácter imperativo, no es discrecional cumplirla o no<sup>11</sup>.

Según la Corte Constitucional de Ecuador:

En el marco jurídico de un Estado constitucional de derechos y justicia, la competencia constituye la capacidad de acción de un nivel de gobierno en un sector determinado, la cual se ejerce mediante facultades o atribuciones, las cuales pueden ser de rectoría, planificación, regulación, control o gestión, y son establecidas por la Constitución o la ley.<sup>12</sup>

Por *competencia exclusiva* se entiende aquella capacidad jurídica reconocida, única y exclusivamente a un determinado órgano titular para conocer y decidir sobre la materia legislativa o administrativa atribuida, con prescindencia de cualquier otro órgano del Estado o nivel de gobierno.

10 LAPORTA, F. *El imperio de la Ley*. Madrid: Trotta. 2007, p.98.

11 SECAIRA, P. *Curso breve de derecho administrativo*. Ed. Universitaria. Universidad Central del Ecuador. 2004, p. 129.

12 Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador N.º 032-17-SIN-CC, expedida en el caso N.º 0023-16-IN, del 14 de noviembre de 2016, que resuelve la demanda de inconstitucionalidad de la Ordenanza que regula la Gestión de los Servicios de Prevención, Protección, Socorro y Extinción de Incendios en el cantón El Pangui.

*Facultad* es el conjunto de aptitudes jurídicas otorgadas al titular de un órgano público para el ejercicio de las atribuciones derivadas de la Constitución o la Ley; también es la capacidad de libre valoración de los hechos puestos en su conocimiento para decidir conforme a los principios del derecho administrativo, dentro de los límites de la legalidad formal, sustancial y de justicia<sup>13</sup>. El COOTAD, en su artículo 16, define a las facultades como “atribuciones para el ejercicio de una competencia por parte de un nivel de gobierno. Son facultades la rectoría, la planificación, la regulación, el control y la gestión”.

Por su parte, la potestad consiste en la facultad de querer y de hacer, otorgada por el ordenamiento jurídico a una autoridad, sea esta ejercida por sujetos en forma individual o colectiva. Es siempre una derivación de la Constitución o de la Ley, motivo por el cual es ineludible la existencia de disposiciones jurídicas previas que, además de configurar, atribuyan una potestad, en concreto<sup>14</sup>. Esta concepción conduce al principio de legalidad, según el cual, la administración actúa solo en ejercicio de las competencias y facultades que le han sido otorgadas en forma previa. En consecuencia, los actos normativos y administrativos expedidos sin competencia, adolecen de nulidad absoluta, carecen de valor jurídico.

La acción de regular se puede definir como la intervención gubernamental por medio de una política pública expresada a través de enunciados normativos o normas técnicas, cuyo objetivo es modificar la conducta de los participantes en una actividad económica específica que supone el aumento del bienestar social o evitar la pérdida de este, por la vía de corregir la falla del mercado a la cual se dirige la acción gubernamental. Se efectúa mediante la expedición de reglas de carácter jurídico o técnico a las que deben someterse u observar las conductas humanas<sup>15</sup>.

La *autorización* es un acto realizado por una autoridad, a través del cual se permite a un sujeto una cierta actuación que, en otro caso, estaría prohibida; también puede definirse como la remoción administrativa de límites impuestos a derechos preexistentes de los particulares en aras del interés público. Se concreta en la habilitación previa para desarrollar ciertas actividades que no podrían ejercerse sin consentimiento.

El *control* consiste en el proceso por el cual la administración vigila, supervisa y verifica las actividades, a fin de asegurar que se cumplan conforme

13 SECAIRA, P. Óp. Cit., p. 128.

14 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. 12a. ed. España: Thomson Civitas. 2005, p. 449.

15 Según el numeral 12 del artículo 264 de la Constitución ecuatoriana, los gobiernos municipales son competentes exclusivos para “Regular, autorizar y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos existentes en los lechos de los ríos, lagunas, playas de mar y canteras existentes en su territorio”.

fueron planificadas, o para corregir cualquier desviación significativa que impida alcanzar los objetivos institucionales propuestos.

El ejercicio de competencias y facultades representa un precio inevitable que el derecho debe pagar para anclarse institucionalmente en la realidad de una sociedad. Este elemento de factibilidad es necesario en la dimensión institucional del sistema jurídico, en el que el carácter vinculante del ordenamiento jurídico presupone el ejercicio de las competencias: del constituyente, del legislador, la administración, el juez y los particulares. Sin este ejercicio, los enunciados normativos no pueden ser creados, ni convertirse en normas aplicables<sup>16</sup>.

El principio de competencia consiste en el conjunto de materias que el ordenamiento jurídico ordena regular por expreso mandato de otra norma que goza de jerarquía superior. En el caso específico que ocupa este estudio, si la Constitución, como norma suprema del Estado ecuatoriano, atribuye a los gobiernos municipales y metropolitanos el ejercicio de determinadas competencias en forma exclusiva, una ley o reglamento deberían estar limitados a contener parámetros que regulen esa materia, pues, por otra manera, sería violatorio de una potestad que la propia Constitución atribuye a ese nivel de gobierno.

Según García de Enterría

[...] las normas autonómicas no son jerárquicamente subordinadas a las del Estado y para explicar su primaria relación con éstas no hay que acudir al principio de jerarquía, sino al principio distinto de competencia, según la cual en el ámbito competencial autonómico la norma autónoma excluye a la del Estado y, en general, a la de cualquier otro ordenamiento. Por ello, el problema básico de todas las autonomías es justamente la delimitación del ámbito competencial donde esa autonomía, y por tanto sus normas propias, pueden producirse<sup>17</sup>.

El principio de competencia, previsto en el artículo 226 de la Constitución ecuatoriana, dispone que los servidores públicos y toda persona que actúe en virtud de una potestad estatal, solamente ejerzan las competencias y facultades atribuidas en la Constitución y la ley. Este es un límite al obrar público, cuyo propósito radica en evitar posibles excesos en la actuación de cualquier autoridad estatal.

Por su parte, el tercer inciso del artículo 425 de la Constitución ecuatoriana, aunque de manera confusa, ordena que “la jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de

16 BERNAL PULIDO, C. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009, p. 378.

17 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Óp. Cit.* p. 287.

las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados”<sup>18</sup>. La finalidad de este enunciado constitucional radica en orientar la solución de conflictos normativos, incluidos los de distinta jerarquía, mediante la aplicación del principio de competencia, ligado estrechamente al de reserva de ley orgánica, de ley ordinaria y de exclusión legislativa en ciertas materias. Por tanto, las antinomias deben ser resueltas mediante el principio de competencia, puesto que la solución no se encuentra en los tradicionales principios de jerarquía, especialidad o temporalidad<sup>19</sup>.

Por último, el texto constitucional ecuatoriano crea el régimen de competencias con carácter obligatorio y progresivo, dentro del cual atribuye competencias exclusivas a cada nivel de gobierno: Estado central (art. 261), gobiernos regionales (art. 262), gobiernos provinciales (art. 263), gobiernos municipales distritos metropolitanos (art. 264 y 266) y gobiernos parroquiales rurales (art. 267), cuyo propósito es el de organizar sus instituciones, articular los planes y programas, determinar responsables de definir las políticas públicas y de ejecutar las acciones relacionadas con el ejercicio de sus específicas competencias, con observancia de los principios de autonomía, coordinación, complementariedad y subsidiaridad.

El propósito del constituyente originario radica en blindar el ejercicio de las competencias exclusivas de cada nivel de gobierno de la interferencia de cualquier otro órgano del poder público. En consecuencia, ninguna función del Estado tiene capacidad para expedir enunciados normativos o normas técnicas que limiten o invadan el ejercicio de las competencias exclusivas atribuidas a los gobiernos autónomos descentralizados. Las antinomias que se produzcan entre ordenanzas expedidas sobre materias de competencia exclusiva y otros enunciados de rango legal o reglamentario se deben resolver por el principio de competencia y no del de jerarquía; en cuyo caso prevalecen las ordenanzas, incluso sobre las de rango legal, pero están subordinadas inexorablemente a los principios y reglas constitucionales.

La Constitución es condición de unidad de validez de todo el ordenamiento jurídico. La condición de validez implica que toda norma deba fundarse, formal y materialmente, en una superior, de la que se deriva. Si la Constitución otorga facultades y organiza competencias exclusivas para cada nivel de gobierno es obviamente superior a ese poder. La Constitución no solo limita al legislador al establecer el modo de producir el derecho, sino que lo limita también al predeterminar amplias esferas de regulación jurídica<sup>20</sup>.

18 Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial 449, del 20 de octubre de 2008.

19 PAREDES, D. *Los reglamentos autónomos y el principio de competencia normativa en la Constitución Política de la República del Ecuador*. Tesis de Maestría en Derecho, mención en Derecho Administrativo. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. 2006, p. 47.

20 OYARTE, R. *Curso de derecho constitucional*. Tomo I. Fuentes del derecho constitucional, poder constituyente, derechos políticos. Quito: Fundación Andrade Asociados. 2007, p. 19.

### 1.3. Régimen de autonomía

La palabra *autonomía* proviene del griego *autónomos*, compuesta de *nomos* que significa ley y *autos* que quiere decir propio, por sí mismo, e implica la posibilidad de darse su propia ley; para regir intereses peculiares de su vida interior, mediante normas y órganos de gobierno propio. Es la libertad del propio gobierno otorgada a una jurisdicción política menor<sup>21</sup>.

Para Leo Rowe, la *autonomía*

es el poder de la municipalidad para determinar su política local, en todas las materias de carácter propiamente local, sin intervención de una autoridad extraña, ya sea del Estado o de una de sus divisiones; también entraña el poder para determinar los medios y métodos que deben aplicarse en las funciones de carácter más general o del Estado que éste haya delegado en manos de la municipalidad; sujetas aquellas siempre a las facultades de fiscalización del Estado, el cual, en interés del mismo, en general puede exigir un tipo mínimo de eficacia<sup>22</sup>.

El tratadista austriaco, Hans Kelsen, sostiene que

[...] en el ámbito de la administración hay normas locales definitivas, cuyo contenido no puede ser determinado por ninguna norma central [...]. Si esta alcanza un amplio grado de desarrollo, extendiéndose a determinadas competencias, de modo que resulte un orden parcial  $\frac{3}{4}$  compuesto por una multiplicidad de normas  $\frac{3}{4}$  puede hablarse de comunidades administrativas locales dentro de la comunidad jurídica estatal. Tal es el carácter de los cuerpos llamados autónomos<sup>23</sup>.

Kelsen relaciona a la autonomía con la descentralización y la democracia, cuando afirma que la descentralización es consecuencia de la democracia y que la democracia es el principio de la autodeterminación; por tal motivo, implica necesariamente que las normas sean creadas por quienes han de ser sus súbditos, con exclusión de todo influjo extraño<sup>24</sup>.

El Tribunal Constitucional del Ecuador definió a la autonomía municipal, como la “[...] potestad que estos organismos ostentan para poder autonomar su gestión y ejercer sus competencias sin subordinación al poder central, tanto desde el punto de vista financiero cuando del administrativo, dentro del marco de la Constitución y de la Ley”<sup>25</sup>.

21 GIULIANO, D. *Derecho municipal: autonomía y regionalización asociativa*. Buenos Aires: Ediar. 2005, pp. 46 y 47.

22 Óp. Cit., pp. 362 y 363.

23 KELSEN, H. *Teoría general del Estado*. México: Coyoacán, 2005, pp. 237 y 238.

24 KELSEN, H. Óp. Cit., p. 238.

25 Se trata del Considerando Quinto de la Resolución del Tribunal Constitucional N.º 0198-05-RA, publicada en el Registro Oficial N.º 316 del 19 de julio del 2006. p. 9.

La Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito expresa que la plena autonomía municipal: “[...] significa un grado completo de actividad pública en la circunscripción territorial asignada al respectivo cantón... se relaciona a las generales atribuciones de estos gobiernos seccionales para legislarse por sí mismos; para administrarse por sí mismos y para financiarse por sí mismos en función de su propia realidad”<sup>26</sup>.

Por su parte, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, señala que

[...] la norma constitucional confiere plena autonomía a los gobiernos provinciales y cantonales; es decir que las entidades municipales gozan de este atributo con amplitud, lo que les faculta expedir normas jurídicas denominadas ordenanzas. En el Art. 230 de la Carta Fundamental se dispone que la ley ‘[...] cuidará de la eficaz aplicación de los principios de autonomía [...]’ Este mandato constitucional dispone que el marco legal deba tomar muy en cuenta el alcance y significado del concepto de autonomía<sup>27</sup>.

La Carta Europea de Autonomía Local, dictada en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985, en su artículo 3, dice que

1. Por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo sus propias responsabilidades y en beneficio de sus habitantes. 2. Este derecho se ejerce por Asambleas o Consejos integrados por miembros elegidos por sufragio secreto, igual, directo y universal y que pueden disponer de órganos ejecutivos responsables ante ellos mismos<sup>28</sup>.

La Constitución española de 1931 creó una forma de autogobierno político regional al que le reconoce la garantía de autonomía y capacidad para dictar normas propias. En línea similar la Constitución italiana de 1947 constitucionaliza el Estado regional. Dicha garantía de la autonomía involucra capacidad normativa, capacidad ejecutiva y asignación de recursos financieros suficientes para el ejercicio de competencias.<sup>29</sup> El modelo español sirvió de fundamento

26 Este texto es el Considerando Séptimo de la Sentencia del 17 de marzo del 2006, que declaró la nulidad de la Resolución N.º SENRES-2004-000216 del 30 de diciembre del 2004, dictada en el juicio N.º 12593-NR, propuesto por la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas contra la Secretaría Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público.

27 Sentencia dictada en el juicio N.º 446-2006-NA del 29 de abril del 2008, que confirma la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo ya referida.

28 Boletín Oficial del Estado (BOE). *Carta europea de autonomía local*. Recuperada el 30/03/2018, a las 20:30 de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1989/BOE-A-1989-4370-consolidado.pdf>.

29 RIBÓ, R. y PASTOR, J. *Estructura territorial del Estado*. En CAMINAL, MIGUEL. (Ed). *Manual de ciencia política* (4a. ed.; pp. 600-620) Madrid: Tecnos. 2015, p. 607.

en las discusiones previas a la incorporación de disposiciones constitucionales en el Ecuador sobre los gobiernos regionales, en orden a reivindicar un modelo de distribución territorial del poder, dentro del Estado unitario.

La Constitución ecuatoriana de 2008 atribuye autonomía política, administrativa y financiera a los gobiernos autónomos descentralizados, la que, según el artículo cinco del COOTAD, comprende el derecho y la capacidad efectiva de estos niveles de gobierno para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios, sin intervención de otro nivel de gobierno y en beneficio de sus habitantes.

La misma disposición legal define a la autonomía política como “la capacidad de cada gobierno autónomo descentralizado para impulsar procesos y formas de desarrollo acordes a la historia, cultura y características propias de la circunscripción territorial”, que se expresa mediante el ejercicio de sus facultades normativas y ejecutivas sobre las competencias de su responsabilidad.

La mencionada disposición legal determina que la autonomía administrativa radica en el pleno ejercicio de la facultad de organización y gestión de su talento humano y recursos materiales para ejercer sus competencias y cumplir sus atribuciones; por su parte, la autonomía financiera se manifiesta en el derecho a recibir de manera directa, predecible, oportuna, automática y sin dilaciones, los recursos económicos que les corresponde del Presupuesto General del Estado, así como en su propia capacidad de generar y administrar recursos, conforme prevén la Constitución y la Ley.

Entonces, se puede definir a la autonomía municipal como la institución jurídica reconocida constitucionalmente para el ejercicio de las potestades<sup>30</sup> otorgadas a las municipalidades para legislarse por sí mismos, administrarse por sí mismos y financiarse por sí mismos en función de su propia realidad e intereses locales, sin subordinación a ninguna autoridad extraña a ella.

#### *1.4. Facultad legislativa local*

A diferencia del Estado unitario, el federal se distingue por la descentralización política, entre sus características se reconoce la existencia política de unidades territoriales que componen el Estado federal. El territorio no es solo una circunscripción administrativa para la prestación de servicios o el ejercicio de derechos políticos, sociales o económicos, sino que constituye el soporte físico de la expresión de la voluntad política autónoma respecto de la voluntad política de la Federación<sup>31</sup>.

30 SANTI ROMANO, define a la potestad como una “situación jurídica activa en virtud de la cual su titular (órgano o autoridad pública) puede exigir o incluso imponer determinados comportamientos a otros sujetos de derecho” SUÍNG, J. Gobiernos Autónomos Descentralizados. Loja: UTPL. 2010, p. 110.

31 PÉREZ ROYO, J. *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons. 2002. 8a. ed., p. 993.

En los gobiernos federales coexisten órganos y ordenamientos jurídicos que rigen para la Federación y para los gobiernos territoriales; por tanto, existe Constitución, leyes y órganos propios de la Federación distintos e independientes del gobierno local. El mayor problema jurídico y político radica en articular las competencias de dos poderes que actúan sobre el mismo territorio y población.

En el Estado unitario existe una sola función Ejecutiva, Legislativa y Judicial con ámbito de acción en todo el territorio nacional y para toda la población, en consecuencia, rige una sola Constitución, las mismas leyes y actúan similares órganos públicos. Tradicionalmente se atribuye exclusivamente al órgano legislativo nacional, la facultad de dictar normas deónticas y regulativas para todo el territorio nacional, mientras que a los gobiernos locales se les permite expedir normas reglamentarias, inferiores a la ley, así concibe la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en sus distintos fallos.

Pero la Constitución ecuatoriana de 2008 rompe el esquema al reconocer niveles de gobierno que gozan de autonomía política, administrativa y financiera en las regiones (no creadas aún), provincias, cantones o distritos metropolitanos, a los que les atribuye facultad legislativa (art. 240) en el ámbito de sus competencias y jurisdicción, que se expresa a través de ordenanzas expedidas por los cuerpos colegiados cuyos integrantes son elegidos por votación popular y hace explícita diferencia con la facultad reglamentaria atribuida a las juntas parroquiales rurales.

Por su parte, el COOTAD usa la denominación facultad normativa, consistente en “la capacidad para dictar normas de carácter general a través de ordenanzas”<sup>32</sup> cuyo procedimiento de formación es similar al fijado por la Constitución para el trámite ordinario de aprobación de las leyes. Precisa destacar que el artículo 132 de la Constitución ecuatoriana define a las leyes como “normas generales de interés común”.

En consecuencia, los enunciados normativos incorporados en ordenanzas municipales forman parte del derecho positivo y, por tanto, son de obligatorio cumplimiento por parte de los habitantes de su jurisdicción y deben ser observados por la propia autoridad normativa, asunto sobre el cual no cabe duda alguna. Sin embargo, para la mayoría de operadores jurídicos y administrativos no es clara la solución de conflictos normativos que se presentan, particularmente al regular el ejercicio de competencias exclusivas.

Así, Viciano Pastor critica la ambigüedad constitucional sobre las facultades legislativas de los gobiernos autónomos descentralizados, considera que debió quedar claro que las normas con fuerza y valor de ley solo pueden ser elaboradas por la Asamblea Nacional<sup>33</sup>. Por su parte, Benalcázar sostiene

32 Ver más en artículo 7 del COOTAD.

33 VICIANO PASTOR, R. *Algunas consideraciones sobre la organización territorial del Estado en la Constitución ecuatoriana de 2008*. En ANDRADE, SANTIAGO. GRIJALVA, AGUSTÍN. STORINI,



que la expresión facultades legislativas expresa “una grave incoherencia del constituyente, puesto que se podría entender que se permite la existencia de legisladores y de leyes locales”; pero cree que se debe entender que se trata de normas con rango normativo reglamentario y no legal<sup>34</sup>.

Por su parte, César Montaña sostiene que la facultad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados debe estar subordinada a la égida de la ley, expedida de manera exclusiva por la Asamblea Nacional, a fin de asegurar que se sujete a las reglas emanadas por aquel y al debido engranaje jurídico administrativo nacional<sup>35</sup>.

En cuanto al control de los actos normativos se produce otro problema jurídico pendiente de solución por la vía de la interpretación jurídica. El Código Orgánico de la Función Judicial<sup>36</sup>, en su artículo 185, atribuye a las Salas de lo Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia la competencia para ejercer el control de legalidad sobre las ordenanzas. Sin embargo, el artículo 404 del COOTAD<sup>37</sup> dispuso que los actos normativos de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, excepto las juntas parroquiales rurales, “no admiten otra vía de impugnación que la jurisdiccional ante la Corte Constitucional [...]”<sup>38</sup>.

Como consecuencia, existió un enunciado normativo de rango orgánico que atribuyó competencia a las Salas de la Corte Nacional de Justicia para ejercer control de legalidad de las ordenanzas y otro, del mismo rango, que admitió exclusivamente la impugnación de esos actos normativos, ante la Corte Constitucional que no fue aplicado por los operadores jurídicos.

Por tanto, cabe preguntarse si los actos normativos expedidos por los gobiernos autónomos descentralizados provinciales, municipales o distritales metropolitanos, que existen en Ecuador, tienen rango de ley, y si, en consecuencia, solo admiten impugnación ante el máximo órgano de interpretación constitucional o se trata efectivamente de un exceso o error del constituyente originario de Montecristi, en el marco de la definición de Estado unitario descentralizado.

CLAUDIA, editores. *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional. 2009, p. 108.

34 BENALCÁZAR, J. C. *Comentarios sobre la facultad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados*. Revista de Derecho, N.º 13. Quito: UASB-Ecuador/CEN. 2010.

35 MONTAÑO, C. *Derecho tributario municipal ecuatoriano: fundamentos y práctica*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Nacional Editora. 2014, p.23.

36 El Código Orgánico de la Función Judicial fue publicado en el Registro Oficial N.º 544 del 9 de mayo de 2009.

37 El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización fue publicado en el Registro Oficial N.º 303 de 19 de octubre de 2010.

38 Disposición derogada conjuntamente con otras que estaban previstas en capítulo Siete del título Ocho del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y de Descentralización al aprobar el Código Orgánico Administrativo, publicado en el Registro Oficial Suplemento 31, del 07 de julio de 2017.

Para resolver el problema jurídico precisa considerar, por una parte, los principios de solución de antinomias relativos a la competencia, jerarquía, especialidad y temporalidad de la ley interpretados en virtud de los fines que persiguen los enunciados normativos en forma sistémica y no aislada ni limitada puramente al sentido literal o gramatical de tipo exegético.

Así, en primer lugar, la antinomia presente entre la regla de control de legalidad prevista en el Código Orgánico de la Función Judicial y la de control exclusivo de constitucionalidad prevista en el COOTAD, precisa considerar que el principio de competencia no es aplicable por cuanto la Asamblea Nacional del Ecuador goza de competencia atribuida por la Constitución para expedir leyes; además, los dos Códigos tienen igual jerarquía, se trata de códigos orgánicos, en consecuencia, tampoco es aplicable el principio de jerarquía normativa.

El principio de especialidad de la ley sí es aplicable puesto que el Código Orgánico de la Función Judicial se refiere al control de legalidad de “reglamentos, ordenanzas, resoluciones y otras normas generales”; es decir, abarca todos los actos normativos inferiores a la ley. Por su parte, el COOTAD dispone exclusivamente para las ordenanzas expedidas por los gobiernos autónomos descentralizados, en cuya virtud es específico y prevalece. Además, mientras el Código Orgánico de la Función Judicial fue publicado el nueve de mayo de 2009, el COOTAD se publicó el 19 de octubre de 2010, entonces, también por el principio de temporalidad prevalece el último; en consecuencia, las ordenanzas municipales no son susceptibles de control de legalidad, sino exclusivamente de control constitucional.

Sin embargo, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en la sentencia expedida el 14 de diciembre de 2016, en el juicio No. 17751-2015-0491, omite pronunciarse sobre la manifiesta contradicción legal, mediante el uso de la estrategia de omisión selectiva de normas de derecho y justifica su decisión de desatender la excepción opuesta por la entidad demandada al sostener que

[...] esta acción objetiva tiene como finalidad el imperio de la juridicidad con la anulación total o parcial del acto normativo impugnado, por considerarlos violatorios de la normativa legal no se trata de lesión a un derecho subjetivo, sino que lo que se persigue es su anulación con efectos generales, [...] se ejerce en defensa e interés de la legalidad abstracta sobre los actos de la administración de inferior categoría; en consecuencia, lo resuelto por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario es de efecto general [...].

La afirmación de los jueces nacionales equivale a la defensa a ultranza del principio de legalidad sin considerar el principio de supremacía constitucional; además, sugiere que los gobiernos autónomos descentralizados son órganos subordinados a los entes nacionales; por tanto, a sus actos los considera “de

inferior categoría”, cuando la autonomía implica un alto grado de independencia y no subordinación jerárquica a otras entidades públicas, excepto a las de control. Sin embargo, llama la atención la omisión del análisis sobre la exclusividad del control constitucional, dispuesta por el legislador nacional.

Si se aplican los principios de especialidad de la ley y de temporalidad cabe sostener que el legislador decidió que las ordenanzas expedidas por los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados no están sujetas a control de legalidad por parte de la Corte Nacional de Justicia, sino exclusivamente al control constitucional. Este criterio se confirma con un análisis más amplio y sistémico sobre la competencia para ejercer la facultad legislativa que consta a continuación.

En segundo lugar, es necesario tener presente los factores que determinaron la necesidad de la reforma democrática del Estado ecuatoriano. Antes de los cambios constitucionales de 2008, el desarrollo del Ecuador se reflejó, con mayor énfasis, en los resultados de la acción de los gobiernos seccionales frente a los del gobierno central. Varias provincias se habían pronunciado, mediante referéndum, a favor de un régimen de autonomías provinciales que, a veces, se confundió con pretensiones de escisión del territorio nacional. Las competencias atribuidas a los gobiernos seccionales no estaban claramente definidas y se crearon órganos paralelos cuya consecuencia fue la duplicidad de funciones y esfuerzos.

Esa realidad motivó que el constituyente de Montecristi tenga por fin o propósito fundamental fortalecer la autonomía política, administrativa y financiera; fomentar la descentralización mediante la definición de competencias exclusivas para cada nivel de gobierno; y mejorar la capacidad planificadora y financiera de los gobiernos autónomos descentralizados, sin interferencia de ningún otro órgano del poder público. Para asegurar que se cumplan esos fines o propósitos determinó la posibilidad de crear gobiernos regionales y otorgó facultad legislativa a los gobiernos provinciales, municipales y metropolitanos mediante la expedición de ordenanzas; potestad claramente diferenciada de la reglamentaria atribuida a las juntas parroquiales rurales; la finalidad consiste en dotarles de mayor peso a los actos normativos, tanto más que emanan de órganos democráticos.

El informe de mayoría presentado, para segundo debate, por la Mesa Constituyente No. 4 de la Asamblea Constituyente de Montecristi, denominada De Ordenamiento Territorial y Asignación de Competencias constante en el Acta No. 079 del ocho de julio de 2008<sup>[39]</sup>, reza:

39 Asamblea Constituyente, Acta N.º 079. Sumario: 08 de julio de 2008. Tomada el 14/01/2018 a las 12h02 de [http://montecristivive.com/wp-content/uploads/2008/07/acta-079-08-07-2008\\_Part1.pdf](http://montecristivive.com/wp-content/uploads/2008/07/acta-079-08-07-2008_Part1.pdf).

4. Sobre las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos, sus facultades legislativas. Literal a). Se establecen nuevas competencias exclusivas en los diferentes niveles de gobierno, así como las facultades legislativas de cada uno de ellos en el ámbito de su competencia y territorio. Con esto, se logra avanzar en la desagregación y definición precisa de las competencias por nivel de gobierno...; d). Luego del correspondiente debate, se logró resolver el cambio de paradigma en la resolución de aparentes conflictos de competencia, estableciendo el criterio de competencia antes que el de jerarquía, en el afán de evitar intromisiones en el accionar de los diferentes gobiernos autónomos y desterrar la superposición de competencias y por ende el despilfarro de los siempre escasos recursos.

El informe de minoría, de la Mesa Constituyente referida, señala que

[...] en un régimen de verdadera autonomía política, hay que establecer que los conflictos de competencia que se susciten entre los entes centrales y los regionales o distritales, deberán dirimirse siempre aplicando un criterio de competencia y no en aplicación del principio de jerarquía. Es decir, las normas autonómicas sin importar el rango jerárquico que se les atribuya, deberían prevalecer aún sobre las normas de rango superior como leyes orgánicas, si es que existe una invasión de las segundas en el ámbito de competencia de las primeras.

Entonces, la facultad legislativa está estrechamente ligada al ejercicio de la autonomía política, administrativa y financiera, y a la atribución de competencias exclusivas. El propósito que tuvo el Constituyente originario de Montecristi supera la tradicional consideración, hasta la fecha, de las altas Cortes, en el sentido de tener al principio de jerarquía como único criterio para superar los conflictos de competencia normativa.

En coherencia con los criterios expuestos por los constituyentes, en el tercer inciso del artículo 425 de la Constitución, explícitamente disponen que “La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados”. La invocada prescripción normativa implica que el constituyente originario revistió de un tratamiento especial a las ordenanzas de los gobiernos autónomos al conferirles facultad legislativa, en particular, cuando se trata de regular sus competencias exclusivas; lo cual responde a que provienen de órganos democráticos que conocen de mejor forma sus realidades locales y, en consecuencia, pueden regular con mayor precisión y especificidad que el legislador nacional.

La finalidad del precepto contenido en el artículo 404 del COOTAD, desarrollado por el legislador ordinario, consiste en proteger la voluntad democrática expresada por los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados en resguardo, especialmente, de su capacidad de gestionar sus competencias exclusivas y de su capacidad de financiamiento. Es muy

importante destacar que en el Estado constitucional, definido en el artículo uno, es la Constitución la que prevalece y a la que están subordinados todos los actos normativos y administrativos. El principio de legalidad entra en crisis por la prevalencia del principio de constitucionalidad, tema sobre el cual existe abundante doctrina que prevaleció en la Constituyente de Montecristi.

Por otra parte, en el Estado constitucional, el derecho no se limita a prever la estructura, organización y competencias institucionales, así como a incorporar los derechos y garantías ciudadanas, sino que establece un conjunto de límites y vínculos al obrar público, tal como sostiene el teórico italiano Luigi Ferrajoli<sup>40</sup>. En el presente caso, el constituyente originario limita las impugnaciones de los actos normativos expedidos por los órganos legislativos de los GAD, excepto los reglamentos de las Juntas Parroquiales Rurales, exclusivamente al control de constitucionalidad.

Conforme al artículo uno de la Constitución, Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia; de manera que la Constitución, además de regular la organización del poder y las fuentes del derecho, genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles, su eficacia ya no depende de la interposición de ninguna voluntad legislativa, sino que es directa e inmediata. La Constitución no solo limita al legislador al establecer el modo de producir el derecho, sino que limita también las esferas de regulación jurídica y la inmersión de la Constitución como norma suprema, según afirma Prieto Sanchís<sup>41</sup>.

No se trata de pretender disminuir la capacidad decisoria de la Corte Nacional de Justicia. Se trata de interpretar, ejecutar y aplicar el derecho como un sistema jurídico. No basta que las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia consideren el precepto canónico del artículo 185, numeral dos, del Código Orgánico de la Función Judicial para declararse competentes, sino que es indispensable tener en cuenta la limitación competencial prevista en el artículo 404 del COOTAD, norma especial y posterior.

Es evidente que la Constitución ecuatoriana de 2008 quebranta el concepto tradicional de la ley y de la teoría anglofrancesa sobre la soberanía del parlamento. Al atribuir a la Corte Constitucional y a la Corte Nacional de Justicia de facultad para expedir sentencias vinculantes y obligatorias, respectivamente, implica una mutación constitucional trascendente. Además, no basta considerar la existencia de leyes orgánicas y ordinarias, sino que, al reconocer explícitamente el principio de competencia, reserva determinadas decisiones legislativas a entes distintos de la Asamblea Nacional: los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados.

40 FERRAJOLI, L. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Trad. Ibáñez, Perfecto. Madrid: Trotta. 2011, p. 33.

41 PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta. 2009, p.108.

El sistema de exclusión legislativa se sustenta en dos situaciones fundamentales: la primera consiste en limitar la producción legislativa ordinaria y la segunda se basa en la importancia determinada por el constituyente para que ciertas materias asignadas por la Constitución sean sacadas de la órbita de la ley debido a su carácter técnico o por la cercanía al problema objeto de regulación y, por ende, sean regladas por ciertos órganos del poder público en virtud de sus competencias y funciones exclusivas, específicas, de especialidad o de singular importancia.

En el Ecuador, de una manera *sui generis* coexisten tres sistemas: el primero, de dominio máximo de leyes orgánicas; el segundo, de dominio mínimo de la ley ordinaria y, tercero, el sistema de exclusión legislativa que atribuye a los gobiernos autónomos descentralizados la potestad de regular ciertas materias por medio de ordenanzas, un concepto que no es novedoso en el campo del derecho comparado.

Las ordenanzas contienen enunciados normativos expedidos por los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales, municipales y distritales metropolitanos en el ejercicio de su facultad legislativa, que poseen características de generalidad, obligatoriedad, universalidad, abstracción y permanencia; sirven para regular las actividades propias de sus competencias exclusivas, concurrentes o de las transferidas por el Consejo Nacional de Competencias y dentro de su respectiva jurisdicción.

## 2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Con el propósito de verificar la eficacia de las disposiciones constitucionales y legales relativas al ejercicio de competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados, en este apartado se analizan dos sentencias: una expedida por la Corte Nacional de Justicia sobre el control de legalidad de una ordenanza tributaria municipal; y, otra, pronunciada por la Corte Constitucional que trata de la (in)constitucionalidad de una ordenanza que regula el ejercicio de la competencia exclusiva en materia de gestión de servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios.

### 2.1. Control de legalidad

La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario la Corte Nacional de Justicia del Ecuador expidió sentencia de mayoría, y voto salvado, en el caso n.º 17751-2015-0491 del 14 de diciembre de 2017, en la que decidió sobre la (i)legalidad de disposiciones contenidas en la “Ordenanza que regula la utilización u ocupación del espacio aéreo, suelo, subsuelo por parte de elementos de redes pertenecientes a operadoras que brindan servicios comerciales en el cantón Balzar, provincia del Guayas” publicada en el Registro Oficial n.º 095 del 4 de octubre de 2013, es objeto del presente análisis crítico.

### 2.1.1. Contexto

A la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador le correspondió pronunciarse sobre la acción de impugnación objetiva de anulación con efectos generales presentada contra la “Ordenanza que regula la utilización u ocupación del espacio aéreo, suelo, subsuelo por parte de elementos de redes pertenecientes a operadoras que brindan servicios comerciales en el cantón Balzar, provincia del Guayas” puesto que, según los accionantes, quebranta principios constitucionales y reglas previstas en el COOTAD, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y el Código Tributario.

La entidad demandada sostiene, en el proceso que, al existir un enunciado normativo de rango orgánico que atribuye competencia para ejercer control de legalidad de ordenanzas y otro del mismo rango que admite exclusivamente la impugnación de los actos normativos de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados ante la Corte Constitucional, amerita una definición judicial respecto al conflicto normativo.

Tanto en la sentencia de mayoría como en el voto salvado, los jueces refieren que la entidad demandada se excepciona en la incompetencia de la Corte Nacional de Justicia para conocer y resolver la demanda contra actos normativos de los gobiernos autónomos descentralizados en virtud de lo dispuesto en el artículo 404 del COOTAD<sup>42</sup>; sin embargo, la Sala, al declarar la validez procesal describe la facultad de control de legalidad atribuida en el artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial<sup>43</sup> para conocer y resolver acciones objetivas que tienen “como finalidad el imperio de la juridicidad” que “se ejerce en defensa del interés de la legalidad abstracta sobre actos de la administración de inferior categoría” y considera que la excepción opuesta carece de asidero, sin entrar en mayor análisis.

42 El artículo 404 del COOTAD, publicado en el Registro Oficial, Suplemento n.º 303 de 19 de octubre de 2010 prescribe “Impugnación de actos normativos.- Los actos normativos de los órganos legislativos que forman parte de los gobiernos autónomos descentralizados, excepto las juntas parroquiales rurales, causan estado y no admiten otra vía de impugnación que la jurisdiccional ante la Corte Constitucional, sin perjuicio de la iniciativa popular normativa establecida en la norma constitucional y la ley”. La disposición transcrita mantiene vigencia hasta el 31 de julio de 2018 que, entrará en vigor el Código Orgánico Administrativo.

43 El artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial Suplemento n.º 544 del 9 de marzo de 2009 dispone: “Por su parte, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario conocerá: 2. Las acciones de impugnación que se propongan en contra de reglamentos, ordenanzas, resoluciones, y otras normas de carácter general de rango inferior a la ley, de carácter tributario, cuando se alegue que tales disposiciones riñen con preceptos legales y se persiga, con efectos generales, su anulación total o parcial. Dichas acciones de impugnación podrán proponerse por quien tenga interés directo, o por entidades públicas y privadas. La resolución se publicará en el Registro Oficial [...]”

Los jueces de la Sala sostienen que los administradores de justicia deben atenerse preferentemente al texto de la Constitución por ser la norma jurídica más importante y fuente de todas las demás; sin embargo, mantienen que el Estado respeta el principio de legalidad e insisten que deben afirmar aquel principio; pero aplican la estrategia de omisión selectiva de disposiciones constitucionales y legales al no analizar, en absoluto, sobre el significado y alcances del sometimiento exclusivo de los actos normativos de los gobiernos autónomos descentralizados al control constitucional, ordenado en el artículo 404 del COOTAD.

La carencia de interpretación del principio de competencia y la omisión de atribuir un significado a la decisión legislativa de someter exclusivamente al control de constitucionalidad de los actos normativos de los gobiernos autónomos descentralizados, por parte de la Corte Nacional de Justicia, limita el desarrollo y aplicación eficaz de la facultad legislativa determinada en la Constitución.

### 2.1.2. Análisis crítico de la sentencia

Para resolver el conflicto normativo planteado se puede considerar, por una parte, los principios de solución de antinomias: competencia, jerarquía, especialidad y temporalidad de la ley, y, por otra, los fines o propósitos que persiguen los enunciados normativos. En cuanto al principio de competencia, no cabe duda que la Asamblea Nacional goza de facultad para expedir las dos leyes que contienen criterios contrapuestos, por tanto, no es aplicable. Además, los dos códigos tienen igual jerarquía.

El principio de especialidad de la ley es aplicable, puesto que el Código Orgánico de la Función Judicial trata de las acciones judiciales en todas las materias; en particular, el numeral 2 del artículo 185 atribuye facultad de control de legalidad a la Sala de lo Contencioso Tributario, sobre “reglamentos, ordenanzas, resoluciones y otras normas generales”; al abarcar todos los actos normativos inferiores a la ley es general frente al COOTAD que determinó específicamente que las ordenanzas solo admitan impugnaciones en la vía constitucional, la que es una disposición especial.

Además, en cuanto al principio de temporalidad se debe considerar que mientras el Código Orgánico de la Función judicial fue publicado el 9 de mayo de 2009, el COOTAD fue publicado el 19 de octubre de 2010, es decir que, al prevalecer la última voluntad del legislador, las ordenanzas no serían susceptibles de control de legalidad, sino exclusivamente de constitucionalidad.

El constituyente de Montecristi tuvo el propósito de fortalecer la autonomía, la descentralización y la capacidad de gestión de los gobiernos autónomos descentralizados. Para alcanzar esos fines les otorga facultad legislativa a los gobiernos provinciales, municipales y metropolitanos, en coherencia con la autonomía política y establece una clara diferencia de la potestad reglamen-



taria atribuida a las juntas parroquiales; esto con el claro propósito de darles mayor fuerza normativa.

El constituyente originario revistió un tratamiento especial a las ordenanzas al conferir facultad legislativa a los gobiernos autónomos, en particular cuando se trata de sus competencias exclusivas; lo cual responde a que provienen de órganos democráticos que conocen de mejor forma sus realidades locales, lo que les permite regular con mayor precisión y especificidad que el legislador nacional.

El procedimiento de formación de las ordenanzas provinciales, municipales y metropolitanas, definido en el COOTAD, es el mismo que la Constitución prevé para la formación de las leyes. Por tanto, las ordenanzas municipales no son asimilables a los reglamentos como hasta ahora considera la jurisprudencia; en consecuencia, es necesario que la Corte Nacional de Justicia revise los criterios que sobre esos actos normativos mantiene hasta la actualidad.

Desde otra perspectiva, vale destacar que en el Estado constitucional el Derecho no se limita a prever la estructura, organización y competencias institucionales y a incorporar los derechos y garantías ciudadanas, sino que establece un conjunto de límites y vínculos al obrar público, tal como sostiene el teórico italiano Luigi Ferrajoli. El legislador limita las impugnaciones de los actos normativos expedidos por los órganos legislativos de los GAD, excepto los reglamentos de las Juntas Parroquiales Rurales, exclusivamente al control de constitucionalidad.

## *2.2. Control de constitucionalidad*

Con el propósito de enriquecer la discusión sobre los conflictos de competencia, presentados en los gobiernos autónomos descentralizados, conviene analizar la sentencia n.º 032-17-SIN-CC expedida por la Corte Constitucional del Ecuador el 14 de noviembre de 2017 en el caso n.º 0023-16-IN que trata de la inconstitucionalidad parcial de la Ordenanza que Regula la Gestión de los Servicios de Prevención, Protección, Socorro y Extinción de Incendios en el cantón El Pangui, expedida por el concejo del Gobierno autónomo descentralizado municipal de dicho cantón, sancionada por el alcalde, el 1 de abril de 2015.

Vale destacar que la Corte Constitucional ha expedido otras sentencias con similar línea argumentativa, tales como la sentencia n.º 033-17-SIN-CC, caso n.º 0059-16-IN de fecha 22 de noviembre de 2017, sobre la ordenanza del GAD Municipal de La Maná; o la n.º 034-17-SIN-CC, caso n.º 0013-16-IN, de 13 de diciembre de 2017, ordenanza del GAD Municipal de Guano.

### *2.2.1. Contexto*

El artículo 264 numeral 13 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) atribuye al nivel de gobierno municipal, la competencia exclusiva

para “Gestionar los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios”. Por su parte, el artículo 140 del COOTAD remite su ejercicio a la ley de la materia, es decir, la Ley de Defensa contra Incendios, y destaca que los Cuerpos de Bomberos serán entidades adscritas a los gobiernos municipales que funcionarán con autonomía administrativa y financiera, presupuestaria y operativa.

La Ley de Defensa contra Incendios<sup>44</sup> es una norma legal preconstitucional reformada por el Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público<sup>45</sup> (COESOP), que ratifica la condición del Cuerpo de Bomberos como entidad adscrita, con patrimonio y fondos propios, personalidad jurídica y autonomía, ordena que los recursos asignados por la ley deban ser transferidos directamente a la cuentas del Cuerpo de Bomberos; prevé la existencia de un Comité de Administración y Planificación presidido por el alcalde o su delegado, cuyas facultades están relacionadas con la planificación estratégica, presupuesto, supervisión de la gestión administrativa y económica, entre otras.

El accionante –Primer Jefe del Cuerpo de Bomberos del cantón El Pangui– impugna la ordenanza municipal por considerar que vulnera los principios de jerarquía normativa, seguridad jurídica, adecuación material a los principios constitucionales e incompatibilidad normativa con los artículos 6 y 8 de la Ley de Defensa contra Incendios y el artículo 140 del COOTAD, además de otras disposiciones de carácter interno del Cuerpo de Bomberos.

La entidad demandada sustenta la constitucionalidad de la ordenanza aprobada por el concejo municipal en los principios constitucionales de gobierno descentralizado, autonomía política, administrativa y financiera; ejercicio de la facultad legislativa respecto de una competencia exclusiva implementada por el Consejo Nacional de Competencias, sostiene que el conflicto no se puede resolver por el principio de jerarquía normativa, sino por el de competencia.

Por su parte, la Corte Constitucional plantea, por la forma, dos problemas jurídicos: (i) el gobierno municipal goza de competencia para dictar la ordenanza; y, (ii) si al hacerlo, observó el principio de unidad normativa o unidad de la materia. En relación con el primero, plantea que la Constitución instituye el sistema nacional de competencias de carácter obligatorio y progresivo a

44 La Ley de Defensa contra incendios es ley preconstitucional, puesto que fue publicada en el Registro Oficial n.º 815 de 19 de abril de 1979 para regular la actividad de los Cuerpos de Bomberos cuando eran entidades adscritas al Ministerio de Bienestar Social, por tanto, no responde a los principios y reglas de la Constitución de 2008.

45 El Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, publicada en el Registro Oficial Suplemento n.º 19 de 21 de junio de 2017, establece los parámetros respecto al ingreso, carrera, formación, capacitación y ascensos, así como el régimen disciplinario, promoción, estabilidad y evaluación del personal de todas las entidades complementarias de seguridad de la Función Ejecutiva y de los gobiernos autónomos descentralizados.

cargo del Consejo Nacional de Competencias, dentro del cual se encuentra el sistema nacional descentralizado de gestión de riesgos compuesto por instituciones locales y nacional, cuya rectoría se ejerce en cada nivel territorial, y cuya gestión debe observar el principio de descentralización subsidiaria.

Además, describe que la Constitución atribuye facultad legislativa a los gobiernos autónomos descentralizados a través de ordenanzas, dentro del ámbito de sus competencias, sujetándose al principio de legalidad previsto en el artículo 226 *ibídem*, razón por la cual no puede extralimitar sus atribuciones en el desarrollo de sus funciones. Concluye que al haber sido discutida y aprobada, la ordenanza impugnada, en dos debates y sancionada conforme al procedimiento establecido para su creación no adolece de inconstitucionalidad por la forma.

En relación con el segundo problema jurídico formal la Corte Constitucional examina el principio de unidad normativa<sup>46</sup> para sostener que las disposiciones contenidas en la ordenanza impugnada determinan el contenido temático, cuyas disposiciones se encuentran, objetiva y razonablemente, dentro del núcleo temático, es decir, se refieren a una sola materia y tienen correspondencia con su título y es coherente entre todas sus disposiciones, razón por la cual declara que es coherente con el artículo 136 de la Constitución y 116 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional<sup>47</sup>.

Pero su análisis no alcanza a discutir sobre el principio de unidad del ordenamiento jurídico entendido como conjunto de normas de conducta y de estructura, en el cual, el último punto de referencia es el poder originario que crea nuevos centros de producción de normas jurídicas, entre los que se encuentran los entes territoriales autónomos que dictan normas adaptadas a las necesidades locales<sup>48</sup>.

La Corte Constitucional, consecuente con su línea de análisis de corte positivista normativista, propone el problema jurídico respecto a si la ordenanza impugnada vulnera el derecho a la seguridad jurídica. En su análisis plantea que la Constitución goza de supremacía respecto a las demás normas; y, que asegura la previsibilidad del derecho. Considera que la ordenanza municipal debe guardar armonía con la Ley de Defensa contra Incendios, el COOTAD y el Código Orgánico de Entidades de Seguridad y Orden Público, es decir, debe mantener la línea de la autonomía y adscripción del Cuerpo de Bomberos en relación con los GAD, pese a que la Constitución prevé que esa es una competencia exclusiva del nivel de gobierno municipal.

46 La Corte Constitucional invoca la Sentencia n.º 010-15-SIN-CC, expedida en el caso n.º 0017-13-IN, en el sentido de que la unidad normativa debe entenderse “a partir de la existencia de una relación lógica, necesaria, principal y objetiva entre las disposiciones que son objeto de la declaración de inconstitucionalidad y las que identifica la Corte Constitucional”.

47 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

48 BOBBIO, N. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Ed. Temis 2.ª ed. 2005, p. 156.

Por tanto, reconoce que la mayoría de los contenidos de la ordenanza municipal impugnada son coherentes con la Constitución, no así las referidas a la organización administrativa y autonomía del Cuerpo de Bomberos. Cabe destacar que el objetivo del presente estudio no radica en discutir sobre la constitucionalidad o no del texto formulado y aprobado por el gobierno municipal, sino que interesa analizar el modo de solución del conflicto de competencias, en otras palabras, la falta de consideración del principio de competencia en el análisis del órgano de control constitucional.

### 2.2.2. Análisis crítico de la decisión

Conforme queda descrito, la Corte Constitucional resuelve la demanda de inconstitucionalidad de la ordenanza municipal con fundamento en el principio de seguridad jurídica, vale decir, en la necesidad de respetar disposiciones de orden legal, tanto de rango ordinario como la Ley de Defensa contra Incendios, cuanto de rango orgánico como son el COOTAD y el COESCOP; es más, modifican directamente el artículo 25 de la ordenanza al establecer la estructura del Consejo de Administración y Vigilancia —o el nombre que adopte en el futuro— para que lo presida el jefe de la Unidad Municipal de Incendios y no el alcalde, pero esa previsión contradice al literal a) del artículo 281 del COESCOP, es decir, incurre en contradicción con su propio análisis referente al respeto a las disposiciones contenidas en normas de rango superior a la ordenanza municipal.

Igual que el caso resuelto por la Corte Nacional de Justicia, la Corte Constitucional también aplica la estrategia de omisión selectiva de normas jurídicas al no haber discutido el principio de competencia, en especial, cuando se trata de regular el ejercicio de una competencia exclusiva atribuida por la Constitución, tal como dispone el tercer inciso del artículo 425 constitucional. Tampoco discute los alcances del principio de gobierno descentralizado en el marco del nuevo modelo de Estado constitucional de derechos y justicia.

El problema del sometimiento al imperio de la ley, como considera la Corte Constitucional, tiene distintas perspectivas; así, el neoconstitucionalismo metodológico —desde la perspectiva de Dworkin y Alexy— admite la relación necesaria entre derecho y moral, a través de los principios y valores, lo cual implica la necesaria obediencia a la ley, solo si es justa; en tanto que desde la perspectiva de Ferrajoli la obediencia a la ley es imperativa, solo si es coherente con la Constitución. Esa coherencia no solo se refiere a lo formal, sino, y sobre todo, a lo sustancial, es decir, a su relación con su contenido, con su significado.

En cambio, desde la perspectiva del *ancien régime*, la obediencia a la ley es imperativa, sin importar su contenido o su significado. Pero, el estatismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativos —que caracterizan los argumentos de la sentencia de inconstitucionalidad de la ordenanza en

cuestión— “[...] tres características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles”<sup>49</sup>.

Mantiene incólume el principio de supremacía de la ley frente a la administración. La prevalencia de las decisiones del legislador nacional sobre cualquier ámbito de interés nacional, convierte a la ley en fundamento y límite del ordenamiento jurídico al que somete a las demás fuentes del derecho<sup>50</sup>, supera los límites derivados del principio de competencia en materia legislativa relacionada con las competencias exclusivas de las que los gobiernos autónomos descentralizados son sus titulares.

La Corte Constitucional no toma en cuenta que la Constitución ecuatoriana se caracteriza por ser, parafraseando a Riccardo Guastini, extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto a la legislación cuanto a la jurisprudencia; entre sus características esenciales están su fuerza vinculante, aplicación directa, interpretación de las leyes conforme a la Constitución y la influencia sobre las relaciones políticas entre los órganos del Estado<sup>51</sup>.

Como sostiene Bernal Pulido

[...] la dependencia que los mandatos jurídicos y en general el deber ser jurídico tienen de la facticidad del ejercicio de las competencias, representa un precio inevitable que el derecho debe pagar, para anclarse institucionalmente en la realidad de una sociedad. [...] Sin este ejercicio las normas no pueden ser creadas ni aplicadas<sup>52</sup>.

En consecuencia, la Corte Constitucional ecuatoriana, al evitar el análisis sobre el ejercicio de la potestad legislativa de los gobiernos autónomos descentralizados en materias de su competencia exclusiva y prescindir de la voluntad de la ley, no solo limita el progreso de la concepción de gobierno descentralizado, sino que lo contradice, y por omisión se abstrae de su capacidad de mutar el derecho constitucional mediante el correcto ejercicio de su atribución de máxima instancia de interpretación constitucional, a través de sus sentencias.

49 COMANDUCCI, P. *Constitucionalización y neoconstitucionalismo*. En CARBONELL, M. y GARCÍA, L. Editores. *El Canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2010, p. 177.

50 MONTAÑA PINTO, J. *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*. Quito: Corte Constitucional y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC). 2012, p. 16.

51 CARBONELL, M. *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis*. En Carbonell, M. y García, L. (eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2010, p. 166.

52 BERNAL PULIDO, C. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009, p. 378.

### 3. CONCLUSIONES

No está en duda la necesidad de mantener la coherencia material entre las normas que forman parte del ordenamiento jurídico. A decir de Bobbio, el ordenamiento “constituye un sistema porque en él no pueden coexistir normas incompatibles”<sup>53</sup>. Por tanto, el problema radica en el tipo de criterio aplicable para solucionar la antinomia que, en el caso en análisis, sea pertinente. No se trata de encontrar una solución jurídica cualquiera, sino una satisfactoria.

No se discuten los distintos criterios de solución de antinomias jurídicas, puesto que, en este estudio, interesa específicamente la solución del conflicto material entre ordenanzas y leyes; la validez formal de las ordenanzas está regulada por el COOTAD, norma de rango legal que debe ser obedecida durante el procedimiento de trámite y aprobación.

El problema consiste en la competencia para ejercer el control de legalidad de las ordenanzas atribuida, por el Código Orgánico de la Función Judicial, a las Salas Especializadas de lo Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia versus el sometimiento exclusivo al control constitucional por parte de la Corte Constitucional, que estuvo dispuesta en el COOTAD, se resuelve mediante la aplicación de los criterios de especialidad y cronológico, conforme se analiza en el párrafo 2.1.2. Pero el control de constitucionalidad no puede limitarse meramente a la aplicación del principio de jerarquía, sino, y sobre todo, al de competencia.

Ahora bien, si las antinomias deben ser resueltas a partir del criterio jerárquico, vale decir que la fuente ordenanza deba estar subordinada materialmente a la fuente ley, es obvio que la primera no puede contradecir a la segunda, en cuyo caso corresponde aplicar la norma superior, y la inferior queda inválida. Sin embargo, las dos fuentes tienen ámbitos de competencia diferente, en cuyo caso queda inválida la invasora por efectos del principio la competencia; entonces, la norma que proviene de la fuente competente debe ser la aplicable<sup>54</sup>.

Cuando los gobiernos autónomos descentralizados provinciales y municipales ecuatorianos ejerzan la facultad legislativa en materias de su competencia exclusiva, determinadas en la Constitución, las antinomias que se produzcan entre ordenanzas y leyes deben ser resueltas por el principio de competencia, cuando las ordenanzas regulen otras materias distintas a las exclusivas, como es el caso de las que desarrollan los impuestos locales, no pueden ser válidas si de algún modo contradicen los preceptos legales.

Desde el punto de vista formal, las ordenanzas provinciales, municipales y metropolitanas son válidas si, durante su producción, se ha observado el

53 BOBBIO, N. *Óp. Cit.*, p. 183.

54 GUASTINI, R. *La sintaxis del derecho*. Trad. Núñez, Álvaro. Madrid: Marcial Pons. 2016, p. 260.

procedimiento de formación, es decir, si han sido propuestas por quien está revestido de iniciativa normativa local, si se cumplió el procedimiento determinado en el artículo 322 del COOTAD y recibió el número de votos suficientes para su aprobación (mayoría absoluta).

Desde el punto de vista material las ordenanzas que regulan el ejercicio de competencias exclusivas están revestidas de validez sustancial si su contenido, su significado, es coherente con los principios y reglas constitucionales, si respeta los derechos y garantías previstas en la Constitución, aunque contradigan preceptos definidos por el legislador ordinario a través de las leyes.

En cambio, las ordenanzas expedidas para regular competencias concurrentes o adicionales de los gobiernos locales no tienen el respaldo del principio constitucional de competencia, por tanto, están subordinadas materialmente a los contenidos de la ley y de la Constitución.

Lo dicho hasta aquí significa que es posible que las ordenanzas provinciales, municipales o metropolitanas que regulen el ejercicio de competencias exclusivas sean materialmente incoherentes con las leyes y, sin embargo, prevalezcan sobre ellas a pesar de su rango jerárquico inferior. Pero, en ningún caso, pueden contradecir a la Constitución porque ella es fuente de unidad y validez de todo el ordenamiento jurídico.

La razón es que se trata de un nuevo modelo de Estado unitario descentralizado, con autonomía política atribuida a los niveles de gobierno local que supera la denominada *autonomía municipal* que abarcó un grado de descentralización puramente administrativa, con facultad reglamentaria, derivada de las leyes elaboradas por el órgano legislativo estatal, de ámbito nacional. Este cambio fundamental en los gobiernos autónomos descentralizados provinciales y municipales, en Ecuador, aún se mantiene pendiente de concreción efectiva.

#### REFERENCIAS

- BENALCÁZAR, J. (2010). *Comentarios sobre la facultad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados*. Revista de Derecho, n.º 13. Quito: UASB-Ecuador/CEN.
- BERNAL PULIDO, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BERNAL PULIDO, C. (2013). *Las normas de competencia en la Teoría pura del derecho de Kelsen*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. En Constitución, ley y proceso. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, ROBERTO. Coordinador. Perú: ARA Editores y Universidad Andina Cuzco.
- BOBBIO, N. (2005) *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis 2.<sup>a</sup> ed.
- BORIS, S. (2004). *Desarrollo territorial y descentralización. El desarrollo en el lugar y en las manos de la gente*. Santiago de Chile: Revista CURE (Vol. xxx, N.º 90).

- CARBONELL, M. (2010). *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis*. En CARBONELL, M. y GARCÍA, L. Editores. *El Canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- COMANDUCCI, P. (2010). *Constitucionalización y neoconstitucionalismo*. En CARBONELL, M. y GARCÍA, L. Editores. *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- FERRAJOLI, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Trad. Ibáñez, Perfecto. Madrid: Trotta.
- FURLAN, J. (2003). *Cuadernos de la Reforma del Estado*. Programa General, serie Descentralización, Gobierno de Córdova, edición de 1992. En HERNÁNDEZ, ANTONIO. *Derecho municipal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2005). *Curso de derecho administrativo*. Tomo I. 12.<sup>a</sup> ed. Madrid: Thomson Civitas.
- GIULIANO, D. (2005). *Derecho municipal: autonomía y regionalización Asociativa*. Buenos Aires: Ediar.
- GUASTINI, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Trad. Núñez, Álvaro. Madrid: Marcial Pons. 2016.
- HERNANDEZ, A. (2003). *Derecho municipal*. México: Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica. N.º 159.
- KELSEN, H. (2005). *Teoría general del Estado*. México: Coyoacán.
- LAPORTA, F. (2007). *El imperio de la ley*. Madrid: Trotta.
- MONTAÑO, C. (2014). *Derecho tributario municipal ecuatoriano: fundamentos y práctica*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Nacional Editora.
- MONTAÑA PINTO, J. (2012). *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*. Quito: Corte Constitucional y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).
- NARANJO MEZA, V. (2000). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá: Temis. 8a. ed.
- OYARTE, R. (2007). *Curso de Derecho Constitucional*. Tomo I. Fuentes del Derecho Constitucional, Poder Constituyente, Derechos Políticos. Quito: Fundación Andrade Asociados.
- PAREDES, D. (2006). *Los reglamentos autónomos y el principio de competencia normativa en la Constitución Política de la República del Ecuador*. Tesis de Maestría en Derecho, mención en Derecho Administrativo. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- PÉREZ ROYO, J. (2002). *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons. 8a. ed.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- RIBÓ, R. y PASTOR, J. (2015). *Estructura territorial del Estado*. En CAMINAL, M. *Manual de Ciencia Política*. Madrid: Tecnos. 4a. ed.



RODRÍGUEZ ZAPATA, J. (1996). *Teoría y práctica del derecho constitucional*. Madrid: Tecnos.

SECAIRA, P. (2004). Curso breve de derecho administrativo. Quito: Editorial Universitaria. Universidad Central del Ecuador.

SUING, J. (2010). Gobiernos autónomos descentralizados. Loja: UTPL.

VICIANO, P. (2009). *Algunas consideraciones sobre la organización territorial del Estado en la Constitución ecuatoriana de 2008*. En *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. SANTIAGO ANDRADE, AGUSTÍN GRIJALVA, CLAUDIA STORINI, editores. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

### *Constitución*

Constitución de la República del Ecuador, de 20 de octubre de 2008. Registro Oficial 449.

### *Leyes orgánicas*

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), de 19 de octubre de 2010. Registro Oficial Suplemento 303.

Código Orgánico de la Función Judicial de 9 de marzo de 2009. Registro Oficial Suplemento 544.

Código Orgánico de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público (COESOP), de 21 de junio de 2017. Registro Oficial Suplemento 19.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), de 22 de octubre de 2009. Registro Oficial Segundo suplemento 52.

### *Ley Ordinaria*

Ley de Defensa contra Incendios de 19 de abril de 1979. Registro Oficial 815.

### *Jurisprudencia*

Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N.º 010-15-SIN-CC, caso N.º 0017-13-IN, de 31 de marzo de 2015.

Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N.º 032-17-SIN-CC, en el caso N.º 0023-16-IN de 14 de noviembre de 2017.

Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador. Sentencia N.º 17751-2015-0491 de 14 de diciembre de 2017.