



REGISTRO OFICIAL®

ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Administración del Sr. Lcdo. Lenín Moreno Garcés
Presidente Constitucional de la República

EDICIÓN JURÍDICA

Año II - Nº 293

Quito, viernes 11 de
enero de 2019

ING. HUGO DEL POZO BARREZUETA
DIRECTOR

Quito: Calle Mañosca 201
y Av. 10 de Agosto

Oficinas centrales y ventas:
Telf.: 3941-800
Ext.: 2301 - 2305

Sucursal Guayaquil:
Av. 9 de Octubre Nº 1616 y Av. Del Ejército
esquina, Edificio del Colegio de
Abogados del Guayas, primer piso.
Telf.: 3941-800 Ext.: 2310

Suscripción anual:
US\$ 400 + IVA para la ciudad de Quito
US\$ 450 + IVA para el resto del país

Impreso en Editora Nacional

100 páginas

www.registroficial.gob.ec

**Al servicio del país
desde el 1º de julio de 1895**



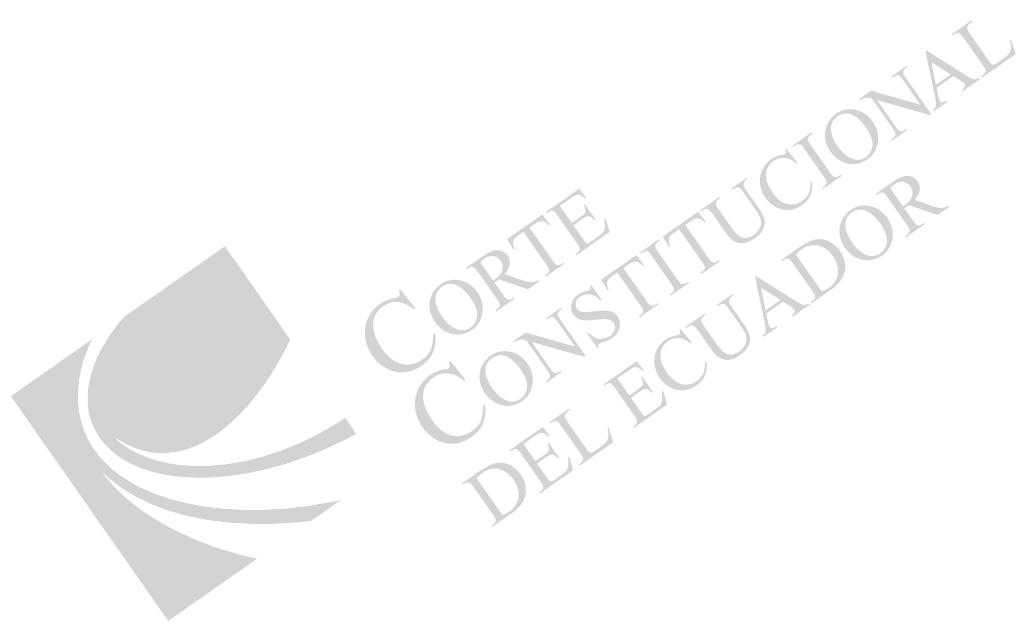
**CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESOLUCIONES:

**SALA ESPECIALIZADA
DE LO CONTENCIOSO
TRIBUTARIO:**

**Oficio N° 1599-2017-SCT-CNJ
R0038-2017, R110-2016, R625-2016**



Quito, 25 de julio de 2017

Oficio No. 1599-2017-SCT-CNJ

REGISTRO OFICIAL

Presente.-

De mi consideración:

Con el presente, remito el respaldo magnético y físico correspondiente a las sentencias dictadas por esta Judicatura durante los meses de enero y febrero del año 2017 conforme el listado adjunto:

16 | 0038-2017 | 17 | 110-2016 | 18 | 625-2016 |



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

Atentamente;

Ab. Alejandra Morales Navarrete



Sala de lo Contencioso-
Tributario

SECRETARÍA

EN LA ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS SEGUIDO POR EL SEÑOR EDUARDO ALBERTO VALDERRAMA RUIZ, EN CONTRA DEL JUEZ DE LA UNIDAD DE GARANTIAS PENALES COMPETENCIA EN DELITOS FLAGRANTES DEL DISTRITO METROPOLITANO DEL CANTÓN QUITO.



Hábeas Corpus No. 2017-0038

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR
SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO
JUEZ PONENTE DR. JOSÉ LUIS TERÁN SUÁREZ

Quito, viernes 20 de enero de 2017, las 16h44.-

A S U N T O

Resolución del recurso de apelación interpuesto por el señor Eduardo Alberto Valderrama Ruiz, a través de su abogado el Dr. Reynaldo Zambrano Velasco, en contra de la sentencia de 3 de enero de 2017, las 14h35, dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro de la acción constitucional de hábeas corpus No. 17124-2016-00058.

1. ANTECEDENTES

1.1 Mediante escrito de 6 de enero de 2017, el señor Eduardo Alberto Valderrama Ruiz, a través de su abogado el Dr. Reinaldo Zambrano Velasco, interpone recurso de apelación en contra de la sentencia de 3 de enero de 2017, las 14h35, dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro de la acción constitucional de hábeas corpus No. 17124-2016-00058, que: “*(...) desecha la acción de Hábeas Corpus presentada por el Ing. Eduardo Alberto Valderrama Ruiz...*”.

1.2 El apelante fundamenta su recurso sosteniendo que: “*...7.- Señores Jueces, el Juez de flagrancia y la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, violaron el Art. 66 numeral 4 y 29 de la Constitución de la*

República del Ecuador, en concordancia con el Art. 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como el Art. 8 numeral 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, porque a pesar de haber justificado en forma documentada mi arraigo laboral, social y familiar, con los siguientes documentos: 1.- Certificados de honorabilidad; 2.- Partidas de nacimiento de mis hijos; 3.- Comprobantes de pago de servicios básicos del lugar donde vivo; 4.- Nombramiento de Gerente de Promanti Cía. Ltda.; 5.- Declaraciones de impuestos; 6.- Certificado de impuestos prediales; 7.- Pagos de colegios y Universidad de mis hijas; 8.- Certificado de no tener antecedentes penales, con los que justifiqué arraigo familiar, social y laboral, no fueron tomados en cuenta por el Juez A quo, violando el Art. 77 numeral 1 y 11 de la Constitución de la República del Ecuador, al mantenerme privado de la libertad, sin que se encuentren reunidos los requisitos establecidos en el Art. 534 del COIP, al no existir fundamentación clara y precisa de cada uno de los presupuestos previstos en el artículo antes mencionado y las citas de las disposiciones legales aplicables. Más aún cuando los jueces de la Sala Penal, aumentan hechos inexistentes al presumir sin indicio alguno que existe peligro de fuga y la posibilidad de destruir evidencia, demostrándose con esta conducta la ARBITRARIEDAD de las decisiones impugnadas, que simulan Constitucionalidad y legalidad, para justificar una prisión preventiva injusta y arbitraria. 8.- Señores Jueces con la Orden de Prisión Preventiva se están vulnerando mis principales Garantías Constitucionales, consagradas en el Art. 76 numeral 2, numeral 7, literal L); en concordancia con el Art. 77 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos Arts. 3, 6, 9, 11; los Arts. 7 y 8 De la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); y más Convenios Internacionales suscritos por el Ecuador, al mantenerme

arbitrariamente detenido violando el Art. 522 y 534 del COIP y de esta forma se está pisoteando, la Presunción de Inocencia por una Orden de Prisión Preventiva, que atenta, contra los Principios Constitucionales y los requisitos legales, al carecer de todo fundamento de hecho como de derecho, al basarse en un parte policial y unas copias de documentos de los que no se desprende delito alguno...”.

2. JURISDICCION Y COMPETENCIA

2.1 Conocemos el presente recurso de apelación, conforme la Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012, emitida por el Consejo de la Judicatura de Transición, por la Resolución No. 341-2014 de 17 de diciembre de 2014, emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura y las Resoluciones Nos. 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia. Este Tribunal Constitucional es competente para conocer y pronunciarse sobre la apelación del hábeas corpus, en virtud de lo establecido en los arts. 184, número 1 de la Constitución de la República, 185, apartado segundo, número 3 del Código Orgánico de la Función Judicial; 169 número 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y por la Resolución de 19 de marzo de 2009 de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 565 de 7 de abril del mismo año.

3. VALIDEZ PROCESAL

3.1 La acción constitucional de hábeas corpus se ha tramitado de conformidad con las normas pertinentes, por lo que no existe nulidad alguna que declarar.

4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

4.1 El señor Eduardo Alberto Valderrama Ruíz, a través de su abogado el Dr. Reynaldo Zambrano Velasco, como fundamento del recurso de apelación menciona que la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha ha violado el art. 66 numerales 4 y 29 de la Constitución de la República, en concordancia con el Art. 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 8 numeral 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; además del art. 77 numerales 1 y 11 de la Constitución del Ecuador, pues a pesar de haber presentado los justificativos de arraigo familiar, social y laboral, éstos no han sido tomados en cuenta por la Sala de instancia, manteniéndole privado de la libertad, sin que se encuentren reunidos los requisitos establecidos en el art. 534 del COIP, al no existir fundamentación clara y precisa de cada uno de los presupuestos previstos en el referido artículo.

5. CONSIDERACIONES Y RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

5.1 Luego del sorteo practicado el 17 de enero de 2017, a las 14h30, ha correspondido a este Tribunal o Sala Constitucional su conocimiento, integrado por el doctor José Luis Terán Suárez, en calidad de Juez Nacional Ponente, y por las doctoras Maritza Tatiana Pérez Valencia y Ana María Crespo Santos, Juezas Nacionales; por lo que, de conformidad con lo previsto en el art. 89 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el art. 44 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esta

Sala debe pronunciarse acerca de la apelación propuesta por el señor Eduardo Alberto Valderrama Ruíz, para lo cual se considera:

5.1.1 El hábeas corpus es una garantía individual de los ciudadanos y ciudadanas que se hallan detenidos de manera arbitraria, ilegal o ilegítima; por tanto, el hábeas corpus es una acción destinada a tutelar la libertad física de las personas mediante un procedimiento sumarísimo que tiene por fin hacer cesar la privación ilegal de la libertad personal. David Gordillo Guzmán define al hábeas corpus como: “...una acción jurisdiccional que tutela los derechos fundamentales derivados de la vida y la libertad, frente a cualquier acto u omisión de cualquier autoridad pública o persona particular, que pueda vulnerar los mencionados derechos...tutela dos derechos fundamentales, la libertad individual relativa a su libertad de movimiento y por tanto a no ser objeto de detenciones arbitrarias y el derecho a la integridad personal, a no ser objeto de daños en su persona, como lesiones, tortura o muerte...”. (Pedro Pablo Camargo, “Manual Teórico Práctico de Derecho Constitucional”, Primera Edición, Editorial Workhouseal Procesal, Quito – Ecuador, 2015, pp. 197 - 198).

5.1.2 La Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, respecto de la acción constitucional de hábeas corpus propuesta por el señor Eduardo Alberto Valderrama Ruíz, manifiesta: “...2.- Después de escuchar la argumentación realizada por la defensa del accionante Eduardo Alberto Valderrama Ruiz y luego de la deliberación correspondiente, este Tribunal de Alzada, por unanimidad emite la siguiente resolución: este Tribunal tiene conocimiento que el accionante Valderrama Ruiz, ha sido detenido con fines investigativos el 10 de noviembre del 2016; en la audiencia de formulación de cargos en relación con el proceso penal N° 17282-2016-05930, realizada el 11 de noviembre del 2016, a las 21h30, ante el Dr. Gonzalo Núñez, Juez de la Unidad Judicial de Garantías Penales, con competencia en infracciones

flagrantes, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, procesa a Valderrama Ruiz y otros, por el supuesto delito de delincuencia organizada, tipificado y sancionado en el Art. 369 del COIP; por haber solicitado la prisión preventiva el Dr. Franklin Bravo Bravo en representación de Fiscalía General del Estado, con fundamento en los recaudos procesales obtenidos por la autoridad citada, tales como: cadena de custodia de los allanamientos realizados a los domicilios de los procesados, entre ellos al de Valderrama Ruiz, se localizó 7.000 dólares; transferencias realizadas desde empresas domiciliadas en el extranjero; y, la presunta utilización del organigrama de PETROECUADOR para aparentemente obtener beneficios propios y en favor de terceros, dispuse la prisión preventiva en contra de Eduardo Alberto Valderrama Ruiz y los otros dos ciudadanos procesados, girando la boleta constitucional de encarcelamiento en contra del procesado mencionado. Valderrama Ruiz, por no estar de acuerdo con la resolución del Juez A-Quo, interpone recurso de apelación de la orden de prisión preventiva dictada en su contra, ante la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, correspondiéndoles conocer y resolver la apelación a los señores jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha, doctores Dilza Muñoz Moreno, Inés Romero Estévez y Leonardo Barriga Bedoya, quienes luego del análisis correspondiente, resuelven ratificar la orden de prisión preventiva dictada en contra de Valderrama Ruiz por el Juez A-Quo, con la motivación constante en la resolución que obra de autos, expresa que la medida cautelar de tipo personal dictada en contra del procesado se justifica porque existe un inminente peligro de fuga, por el tipo penal que tiene una sanción severa, y existe la probabilidad de que el procesado en libertad obstaculice el normal desarrollo del proceso. El Dr. Reinaldo Zambrano Velasco, a nombre del accionante Eduardo Alberto Valderrama Ruiz, expresó que su defendido es víctima de una privación de la libertad arbitraria, porque considera que no se

encuentran establecidos los presupuestos objetivos y subjetivos del Art. 534 del COIP, en ese sentido motivó el recurso, y refirió que se han vulnerado normas constitucionales e internacionales, debidamente especificadas por la defensa del legitimado activo. Al respecto, este Tribunal de Alzada elucida así: el Art. 89 de la Constitución de la República del Ecuador a la letra dice: “La acción de *hábeas corpus* tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentra privado de ella en forma ilegal, arbitraria, o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad...”. En el ámbito de los Convenios y Tratados Internacionales, de los cuales el Ecuador es suscriptor, específicamente en el Art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, expresa que: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; Art. 9 “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”. En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se establece: Art. I “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; Art. XXV “Derecho de protección contra la detención arbitraria”. Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes, es decir que, toda persona que haya sido privada de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su Artículo 7, manifiesta: “Derecho a la Libertad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. Igualmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé en su Art. 9. 1. “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.

Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta (...)".

El Art. 43 numeral 1, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a la letra dice: "A no ser privada de la libertad en forma ilegal, arbitraria o ilegítima, protección que incluye la garantía de que la detención se haga siempre por mandato escrito y motivado de juez competente, a excepción de los casos de flagrancia".

En el libro Temas Fundamentales del Derecho Procesal Penal, el Dr. Ramiro García Falconí, pág. 265 y 266, con respecto a la detención arbitraria dice: "...resulta en ocasiones difícil delimitar donde termina la privación de libertad ilegal y donde comienza la arbitraría, pues en ocasiones la diferencia radicará en la gravedad de la vulneración o en la reiteración de la misma. Sin embargo, tanto la jurisprudencia interamericana, como la europea hacen énfasis en la necesidad de no confundir la una con la otra, no solamente por sus diferentes efectos, sino porque cada una de las mismas tiene un contenido jurídico propio. Ya hemos visto que la declaración de arbitrariedad de una detención o encarcelamiento, no depende de la contradicción con la normativa interna solamente, sino sobre todo de la vulneración de la Convención Americana, aun cuando esta detención respondiere a normas vigentes en el ordenamiento jurídico nacional. Aún más, la detención podrá tornarse arbitraria si en su curso se producen hechos atribuibles al Estado que sean incompatibles con el respeto a los derechos humanos del detenido, como la aplicación de tortura por ejemplo. Esto quiere decir que una detención ilegítima e incluso una legítima en su inicio, pueden tornarse en arbitrarias si el Estado incurre en actos que contravengan el sistema de protección de los derechos humanos. Una detención arbitraria en cambio, no podrá tornarse en legal bajo ninguna circunstancia, criterio que es compartido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mismo que afirma textualmente que "en un Estado que defiende la

supremacía del Derecho, una detención arbitraria no puede nunca ser legal”. Como antecedente de la detención arbitraria, la Corte IDH establece que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que aún calificados de legales puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad...”. De las normas constitucionales referidas; del articulado señalado en los Tratados y Convenios Internacionales mencionados; y, lo indicado en la obra del Dr. Ramiro García, este Tribunal llega a establecer que el Hábeas Corpus, es una de las garantías constitucionales especiales de protección a los derechos humanos, que pertenece a la esfera del control difuso de los derechos fundamentales, y proviene de un mandato constitucional y legal, por tanto, constituye un compromiso de los poderes públicos ante los ciudadanos; implica que toda persona que fuere objeto de privación o restricción de su libertad, o se viere amenazada en su seguridad personal, con violación de las garantías constitucionales, tiene derecho a que una autoridad competente, con jurisdicción en el lugar donde se hubiere ejecutado el acto causante de la solicitud, o donde se encuentre la persona agraviada, expida una sentencia de Hábeas Corpus, a fin de restituir su libertad; es decir, su finalidad es establecer remedios eficaces y rápidos para los eventuales supuestos de detenciones no justificadas legalmente o que transcurran en condiciones ilegales. En este caso determinado, aquello no ha ocurrido, existe una orden de privación de la libertad emitida por el Juez A-Quo debidamente motivada, teniendo como fundamento los elementos de convicción especificados en tal decisión, por lo mismo, este Tribunal de Alzada considera que se encuentran cumplidos los presupuestos determinados en el Art. 534 del COIP, a saber: existen elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público, el tipo penal de delincuencia organizada previsto en el Art. 369 del COIP, es un

delito de ejercicio público, por tanto, está cumplido el presupuesto del numeral 1 del Art. 534 del COIP. Concurren elementos de convicción claros y precisos que refiere el Juez A-Quo, que el procesado Valderrama Ruiz, podría ser autor o cómplice en la infracción que se investiga, teniendo que realizar tal análisis, la autoridad competente y en la etapa pertinente, si el caso así lo requiere, por tanto se encuentra justificado los requisitos del numeral 2 del Art. 534 del COIP. En la obra del Dr. Ramiro García Falconí, titulada “Temas Fundamentales del Derecho Procesal Penal” Tomo I en la Pág. 268 en la parte pertinente, en relación al Informe Peirano Basso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dice: “La Comisión considera en este caso, que para establecer razones legítimas que justifiquen la imposición de una medida de prisión preventiva, debe tomarse en cuenta tanto la presunción de inocencia, como el respeto a la libertad individual, como principios universales, derivándose de la presunción de inocencia, la exigencia de un límite temporal razonable, a la prisión preventiva, en virtud del cual toda persona debe recibir el trato de inocente hasta tanto una sentencia condenatoria firme establezca lo contrario. En virtud de lo anterior, considera la Comisión como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los peligros de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial...”. En este caso específico, este Tribunal considera que por el tipo penal de delincuencia organizada, establecido en el Art. 369 del COIP, que se está investigando, la sanción es rigurosa, la intención de eludir el accionar de la justicia o que intente obstaculizar la investigación, por parte del procesado, es inminente, razón por la cual, las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes, encontrándose cumplidos de esta manera los presupuestos establecidos en el numeral 3 del Art. 534 del COIP. Por último el tipo penal estatuido en el Art. 369 del COIP, está sancionado con una pena privativa de la libertad superior a un año, por lo que se cumplen los

requisitos del numeral 4 del Art. 534 del COIP. En la parte pertinente de la resolución No. 174-2015 de la Corte Nacional de Justicia, en relación al hábeas corpus indica: “El hábeas corpus es una garantía individual de los ciudadanos y ciudadanas que se hallan detenidas de manera arbitraria, ilegal o ilegítima; entonces, el hábeas corpus es una acción destinada a tutelar la libertad física de las personas mediante un procedimiento sumarísimo que tiene por fin cesar la privación ilegal de la libertad personal. Pedro Pablo Camargo define al hábeas corpus como: “... un derecho fundamental y, a la vez, una acción constitucional que tutela la libertad personal cuando alguien es privado de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales, o ésta se prolongue ilegítimamente. Esta acción únicamente podrá invocarse o incoarse por una sola vez y para su decisión se aplicará el principio *pro homine*”. (Pedro Pablo Camargo, “La acción de Habeas Corpus”, Editorial Leyer, Bogotá Colombia 2006. Pág. 117). En el caso, lo que refiere la resolución de la Corte Nacional de justicia y el autor mencionado, explican cuál es la finalidad de la acción constitucional de hábeas corpus, esto es, que la misma tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por tanto, este Órgano Jurisdiccional considera que la orden de privación de la libertad dictada en contra de Eduardo Alberto Valderrama Ruiz, por el Juez A-Quo: ulteriormente es ratificada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, no es ilegal, arbitraria o ilegítima, por las consideraciones mencionadas...”.

5.1.3 Este Tribunal Constitucional, en el caso puesto a su conocimiento, observa lo dispuesto en el inciso primero del art. 89 de la Constitución de la República, que dice:

“Art. 89.- La acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por

orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas de libertad”.

5.1.4 Del texto transrito constante en la norma constitucional, y conforme lo determinado tanto en la doctrina como la jurisprudencia se advierte que, la acción constitucional de hábeas corpus, procede cuando una acción u omisión amenace o vulnere la libertad del individuo y tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentra privado de ella en forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como el proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de ésta; esta norma es concordante con lo que establece el art. 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que dispone: “**Art. 43.-** *Objeto.- La acción de hábeas corpus tiene por objeto proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona, tales como: 1. A no ser privada de la libertad en forma ilegal, arbitraria o ilegítima, protección que incluye la garantía de que la detención se haga siempre por mandato escrito y motivado de juez competente, a excepción de los casos de flagrancia; 2. A no ser exiliada forzosamente, desterrada o expatriada del territorio nacional; 3. A no ser desaparecida forzosamente; 4. A no ser torturada, tratada en forma cruel, inhumana o degradante; 5. A que, en caso de ser una persona extranjera, incluso antes de haber solicitado refugio o asilo político, no ser expulsada y devuelta al país donde teme persecución o donde peligre su vida, su libertad, su integridad y su seguridad; 6. A no ser detenida por deudas, excepto en el caso de pensiones alimenticias; 7. A la inmediata excarcelación de la persona procesada o condenada, cuya libertad haya sido ordenada por una jueza o juez; 8. A la inmediata excarcelación de la persona procesada cuando haya caducado la prisión preventiva por haber transcurrido seis meses en los delitos sancionados con prisión y de un año en los delitos*

sancionados con *reclusión*; 9. A no ser *incomunicada*, o sometida a *tratamientos vejatorios de su dignidad humana*; 10. A ser puesta a disposición del juez o tribunal competente inmediatamente y no más tarde de las veinticuatro horas siguientes a su detención". De lo expuesto en líneas que anteceden, se desprende con claridad que esta garantía constitucional procede únicamente en dos supuestos: si la privación de libertad fuese ilegal, arbitraria o ilegítima, o si es que la libertad fuese necesaria a fin de proteger la vida o integridad física de quien se encuentra privado de la misma. Esta privación de libertad puede ser ilegal, cuando va en contra de una disposición legal; arbitraria, cuando se ejecuta sin tener sustento en una disposición legal, o ilegítima, cuando independientemente de su ordenación jurídica, atenta de forma injustificada a un derecho fundamental.

5.1.5 En el caso *sub iudice*, como quedó señalado en el planteamiento del problema jurídico, el fundamento del recurso de apelación es que tanto el juez de flagrancia como la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, violaron el art. 66 numerales 4 y 29, en concordancia con el art. 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como el art. 8 numeral 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, porque a pesar de haber justificado en forma documentada su arraigo laboral, social y familiar, éstos no han sido tomados en cuenta por el Juez *a quo*, violando el art. 77 numerales 1 y 11 de la Constitución de la República del Ecuador, al mantenerle privado de su libertad, sin que se encuentren reunidos los requisitos establecidos en el art. 534 del COIP; que más aún los jueces de la Sala Penal, aumentan hechos inexistentes al presumir sin indicio alguno que existe peligro de fuga y la posibilidad de destruir evidencia, demostrándose con esta conducta la ARBITRARIEDAD de las decisiones impugnadas que simulan constitucionalidad y legalidad, para justificar una prisión preventiva injusta y

arbitraria. En definitiva, el apelante considera que con la orden de prisión preventiva se están vulnerando las garantías constitucionales consagradas en el art. 76 numerales 2 y 7, literal l), en concordancia con el art. 77 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, arts. 3, 6, 9, 11; los arts. 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); y más Convenios Internacionales suscritos por el Ecuador, al mantenerle arbitrariamente detenido violando los arts. 522 y 534 del COIP, y que de esta forma se está pisoteando la presunción de inocencia, por una orden de prisión preventiva que atenta contra los principios constitucionales y los requisitos legales, al carecer de todo fundamento de hecho como de derecho, al basarse en un parte policial y unas copias de documentos de los que no se desprende delito alguno.

5.1.6 En la sentencia motivo de la apelación consta que el recurrente ha sido detenido con fines investigativos el 10 de noviembre de 2016, posteriormente en la audiencia de formulación de cargos en relación con el proceso penal N° 17282-2016-05930, realizada el 11 de noviembre del 2016, a las 21h30, ante el Dr. Gonzalo Núñez, Juez de la Unidad Judicial de Garantías Penales, con competencia en infracciones flagrantes, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, se procesa a Valderrama Ruiz y otros, por el supuesto delito de delincuencia organizada, tipificado y sancionado en el art. 369 del COIP, y en la que, por haber solicitado la prisión preventiva el Dr. Franklin Bravo Bravo en representación de Fiscalía General del Estado, con fundamento en los recaudos procesales obtenidos por la autoridad citada, tales como: cadena de custodia de los allanamientos realizados a los domicilios de los procesados, entre ellos al del señor Eduardo Alberto Valderrama Ruiz, se ha localizado 7.000 dólares; transferencias realizadas desde empresas domiciliadas en el extranjero; y, la presunta utilización del organigrama de PETROECUADOR

para aparentemente obtener beneficios propios y en favor de terceros, por lo que se ha dispuesto la prisión preventiva en contra de Eduardo Alberto Valderrama Ruiz, girando la boleta constitucional de encarcelamiento; que ante el recurso de apelación de la orden de prisión preventiva dictada en contra de Eduardo Valderrama Ruiz, el Tribunal de alzada la ha ratificado, expresando que la medida cautelar de tipo personal dictada en contra del procesado se justifica porque existe un inminente peligro de fuga, por el tipo penal que tiene una sanción severa, y existe la probabilidad de que el procesado en libertad obstaculice el normal desarrollo del proceso.

5.1.7 Ahora bien, para resolver el problema jurídico planteado hay que recalcar que el hábeas corpus es una garantía jurisdiccional que permite el ejercicio del derecho a la libertad de los seres humanos y que tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella por orden de autoridad pública o de cualquier persona, de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, y que además tiene por objeto proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad. La Constitución de la República recoge en su artículo 66 numeral 29 el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad, restringiendo la posibilidad de que alguien sea privado de su libertad por deudas, costas, multas, tributos ni obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias. Se recoge de esta manera uno de los primeros anhelos de cualquier régimen constitucional, fijado ya en convenios e instrumentos internacionales de derechos humanos. Por lo tanto, lo que protege la Constitución, en términos genéricos, es la llamada “libertad personal”, entendida ésta como libertad deambulatoria o de movimiento de las personas físicas, protectora frente a la detención, condena o internamiento arbitrarios; de ahí que, nadie será privado de su libertad si no es conforme a lo establecido por la ley, vedando el paso a toda restricción o privación de libertad arbitraria. La prisión preventiva viene contemplada por el artículo 77 de la Constitución y supone el ingreso en prisión

de la persona imputada o procesada durante la tramitación de un procedimiento penal para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena. Por su gravedad, y de acuerdo con el principio de presunción de inocencia (art. 76.2 CRE), esta medida sólo podrá ser acordada por la autoridad judicial, bajo los criterios de excepcionalidad y proporcionalidad y con una finalidad meramente cautelar, nunca como medida punitiva o como ejecución anticipada de la pena. El artículo 534 del COIP se encarga de señalar los requisitos que permiten al juez *a quo* disponer tal medida, de tal suerte que la prisión preventiva sólo podrá ser ordenada cuando se cumplan concurrentemente los requisitos establecidos por la ley, y con las garantías que la ley concede a toda persona detenida, de ahí que para que la privación cautelar de libertad constituya un instrumento legítimo, deben respetarse sus presupuestos, atribución que le corresponde privativamente al juez *a quo*, quien debe dar a conocer cuál es el sustento del juez para determinar que en un caso concreto es necesaria la privación cautelar de libertad para un correcto funcionamiento de la administración de justicia, por eso el auto que dispone o mantiene la prisión preventiva debe contener una motivación más estricta, pues solo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si es que el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la mentada medida cautelar. En este punto cabe preguntarnos: ¿Cuándo se vuelve arbitraria la privación de la libertad? Los instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos el artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos prevé que: “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”. El párrafo 1 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión

arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta". En ese sentido, se considerará como arbitraria la medida de privación de la libertad que, por una u otra razón, son contrarias a las disposiciones internacionales pertinentes establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en los instrumentos internacionales pertinentes ratificados por el Ecuador. A *contrario sensu*, no será arbitraria la privación de libertad cuando emana de una decisión judicial motivada adoptada por un órgano judicial competente que se ajuste a la legislación nacional y a las normas internacionales pertinentes enumeradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en los instrumentos internacionales pertinentes adoptados por los Estados. El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria ha dicho que: "La privación de libertad es arbitraria si el caso está comprendido en una de las cinco categorías siguientes: 1) Cuando es claramente imposible invocar base legal alguna que justifique la privación de la libertad (por ej. El mantenimiento de una persona en detención tras haber cumplido la pena); 2) Cuando la privación de libertad resulta del ejercicio de derechos o libertades consagrados en los artículos 7, 13, 14, 18, 19, 20 y 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y además, respecto de los Estados Partes, en los artículos 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 3) Cuando la inobservancia (total o parcial) de las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial es de una gravedad tal que confiere a la privación de libertad un carácter arbitrario; 4) Cuando personas que solicitan asilo, inmigrantes o refugiados son objeto de una detención administrativa prolongada, sin posibilidad de revisión judicial o administrativa; 5) Cuando la privación de libertad constituye una violación del derecho internacional por discriminación (lugar de nacimiento, origen racial, étnico o social, idioma, religión, condición económica, política u otra opinión, género, orientación

sexual, discapacidad, etc.)". (<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2014/08/ES-Factsheet-WGAD-formato.pdf>). En el Ecuador, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 45, en su numeral 2, señala que: "La privación arbitraria o ilegítima se presumirá en los siguientes casos: a) Cuando la persona no fuere presentada a la audiencia; b) Cuando no se exhiba la orden de privación de libertad; c) Cuando la orden de privación de libertad no cumpla los requisitos legales o constitucionales; d) Cuando se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la privación de libertad; y, e) En los casos en que la privación de la libertad es llevada a cabo por particulares, cuando no se justifique la privación de libertad".

5.1.8 En el caso *sub examine*, el señor Eduardo Alberto Valderrama Ruiz considera que se encuentra arbitrariamente detenido porque según dice ha justificado en forma documentada su arraigo laboral, social y familiar y porque no se encuentran reunidos los requisitos establecidos en el art. 534 del COIP; sostiene además que la Sala Penal ha aumentado hechos inexistentes al presumir sin indicio alguno que existe peligro de fuga y la posibilidad y que de esta forma se está pisoteando la presunción de inocencia por una orden de prisión preventiva que atenta contra los principios constitucionales y los requisitos legales, al carecer de todo fundamento de hecho como de derecho, al basarse en un parte policial y unas copias de documentos de los que no se desprende delito alguno. En base a lo expuesto, de la revisión de los autos y de lo señalado en los párrafos precedentes, esta Sala advierte que el recurso de apelación interpuesto por el señor Eduardo Alberto Valderrama Ruiz, no tiene sustento jurídico por las siguientes razones: La privación de libertad del señor Eduardo Alberto Valderrama Ruíz, responde a una orden de prisión preventiva en consideración a que se encuentran cumplidos los presupuestos determinados en el art. 534 del COIP, al existir elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público y que refieren

que el procesado Eduardo Alberto Valderrama Ruíz, podría ser autor o cómplice de la infracción que se investiga, existiendo un inminente peligro de fuga por el tipo penal que tiene una sanción severa y existiendo la posibilidad de que el procesado en libertad obstaculice el normal desarrollo del proceso; de ahí que, la aseveración del apelante de que la orden de prisión preventiva dictada en su contra, se basa en un parte policial y unas copias de documentos que no prueban delito alguno, no tiene fundamento, porque como se ha manifestado en la sentencia motivo del presente recurso, la solicitud de la orden de prisión preventiva realizada por el Fiscal y dispuesta por el Juez de la Unidad Judicial de Garantías Penales, respondía a los recaudos procesales obtenidos por el mencionado Fiscal, Dr. Franklin Bravo Bravo, es decir, a la cadena de custodia de los allanamientos realizados al domicilio del procesado localizando 7.000 dólares; las transferencias realizadas desde empresas domiciliadas en el extranjero; y, la presunta utilización del organigrama de PETROECUADOR para aparentemente obtener beneficios propios y en favor de terceros. Entonces como se puede deducir de lo expuesto, la medida cautelar de tipo personal dictada, se encuentra plenamente justificada y se fundamenta tanto en la orden de prisión preventiva como en la Boleta Constitucional de Encarcelamiento dictada por el Juez de la Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, al momento de dar inicio a la instrucción fiscal, la misma que se encuentra apegada a la normativa legal y constitucional; por tanto, podemos reiterar que no existe la privación de libertad ilegal, arbitraria e ilegítima del señor Eduardo Alberto Valderrama Ruiz, por cuanto existe el sustento legal y procesal pertinente, ya que la orden de prisión preventiva provino de la resolución dictada por el Juez de la Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, por el delito tipificado y sancionado en el

artículo 369 del COIP y al considerar el pedido de la Fiscalía de la medida cautelar, debidamente fundamentada y motivada. Así las cosas, en cuanto a lo manifestado por el legitimado activo cuando dice: “...los jueces de la Sala Penal, aumentan hechos inexistentes al presumir sin indicio alguno que existe peligro de fuga y la posibilidad de destruir evidencia, demostrándose con esta conducta la ARBITRARIEDAD de las decisiones impugnadas, que simulan Constitucionalidad y legalidad, para justificar una prisión preventiva injusta y arbitraria”; es oportuno mencionar que la detención arbitraria se configura cuando se actúa contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictada por la voluntad o el capricho, es decir, cuando la privación de la libertad no puede vincularse con una base jurídica, cuando los hechos que son motivo del enjuiciamiento o condena tienen que ver con el ejercicio de determinadas libertades fundamentales protegidas por la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la inobservancia total o parcial de las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial; no advirtiéndose en el presente caso vulneración de ninguna de estas garantías, sino más bien se observa la legalidad del procedimiento dentro del cual actuó el Juez para dictar la orden de prisión preventiva y la posterior negativa en la concesión de la acción constitucional de hábeas corpus solicitado, lo que nos lleva a establecer que en esta causa para dictar la orden de prisión preventiva, de conformidad con el art. 534 del COIP, se determinó que existían los elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción; que los elementos de convicción son claros y precisos en cuanto a que el procesado es autor o cómplice de la infracción; que los indicios de los cuales se desprende que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena; y que se trata de una infracción sancionada con pena

privativa de libertad superior a un año, de lo cual se desprende que si bien es cierto, el procesado presentó una serie de documentos con los que pretende justificar su “arraigo familiar”, no es menos cierto que las medidas sustitutivas caben únicamente cuando se adecuan a lo preceptuado en los arts. 536 y 537 del Código Integral Penal y que a juicio del Juzgador de instancia, con un criterio de racionalidad, no se configuraron, pues como se ha manifestado reiteradamente existía un inminente peligro de fuga, por el tipo penal que tiene una sanción severa y porque existe la probabilidad de que el procesado en libertad obstaculice el normal desarrollo del proceso, entonces la orden de prisión preventiva, provino de autoridad competente, fundamentada satisfactoriamente en la ley y por consiguiente es legal y constitucional. Por último cabe anotar que el hábeas corpus al ser un mecanismo de protección a la libertad personal es un derecho que otorga la facultad constitucional de reclamar ante los órganos jurisdiccionales, la libertad frente a detenciones ilegales, arbitrarias o ilegítimas; sin embargo, para que ello suceda es necesario delimitar los presupuestos legales bajo los que se privó a una persona de la libertad, con el fin de determinar la procedencia o no de la acción de hábeas corpus, lo que precisamente ha sucedido en el presente caso, por lo que es claro aseverar que no se trata de una prisión preventiva ni ilegal, ni arbitraria, ni ilegítima. Con respecto al otro presupuesto por el que cabría el hábeas corpus; esto es, si es que la libertad fuese necesaria a fin de proteger la vida o integridad física de quien se encuentra privado de la misma, no se ha demostrado en el proceso que estuviera en peligro la vida o integridad física del ciudadano Eduardo Alberto Valderrama Ruiz. Es preciso aclarar que esta Sala considera que la acción de hábeas corpus es una garantía de derechos fundamentales y no un recurso o medio para tratar de revocar una medida legalmente ordenada.

6. DECISIÓN

6.1 En mérito de las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, **Administrando justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador, y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República**, rechaza el recurso de apelación interpuesto por el señor Eduardo Alberto Valderrama, en lo concerniente a la pretensión de que se disponga la revocatoria de la prisión preventiva que pesa en su contra.

6.2 Comuníquese, publíquese y devuélvase.

Dra. Ana María Crespo Santos

JUEZA NACIONAL

Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

JUEZA NACIONAL

Dr. José Luis Terán Suárez

JUEZ NACIONAL

Certifico.-

Ab. Alejandra Morales Navarrete

SECRETARIA RELATORA

En Quito, viernes veinte de enero del dos mil diecisiete, a partir de las diecisésis horas y cincuenta y nueve minutos, mediante boletas judiciales notifiqué el AUTO que antecede a: VALDERRAMA RUIZ EDUARDO ALBERTO en la casilla No. 3734 y correo electrónico z_vabogados@cablemodem.com.ec del Dr./Ab. REINALDO ENRIQUE ZAMBRANO VELASCO. DILZA MUÑOZ MORENO, JUEZA DE LA SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA en el correo electrónico dilza.munoz@funcionjudicial.gob.ec; INES ROMERO ESTEVEZ, JUEZA DE LA SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA en el correo electrónico ines.romero@funcionjudicial.gob.ec; JUEZ DE LA UNIDAD DE GARANTIAS PENALES CON COMPETENCIA EN DELITOS FLAGRANTES DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO en el correo electrónico gonzalo.nunez@funcionjudicial.gob.ec; LEONARDO BARRIGA BEDOYA, JUEZ DE LA SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA en el correo electrónico leonardo.barriga@funcionjudicial.gob.ec. MINISTERIO DE JUSTICIA en la casilla No. 5648 y correo electrónico chaucar@minjusticia.gob.ec; roadq@minjusticia.gob.ec; teranc@minjusticia.gob.ec; sarabiam@minjusticia.gob.ec; DEFENSORIA PUBLICA en la casilla No. 5711 y correo electrónico boletaspichincha@defensoria.gob.ec; CENTRO DE DETENCION PROVISIONAL DE QUITO en la casilla No. 1080 y correo electrónico audiencias@minjusticia.gob.ec; balsecav@minjusticia.gob.ec; crs.cotopaxi@gmail.com. a: DRS. DILZA MUÑOZ MORENO, INES MARTIZA ROMERO ESTEVEZ Y LEONARDO XAVIER BARRIGA BEDOYA, JUECES DE LA SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA en su despacho. Drs. PATRICIO RICARDO VACA NIETO, JUANA NARCISA PACHECO CABRERA Y EDUARDO GILBERTO OCHOA CHIRIBOGA, JUECES DE LA SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA, en su despacho Certifico:

ABG. MARTHA ALEJANDRA MORALES NAVARRETE
SECRETARIA RELATORA

MEDIAVILLAM

RAZÓN: Siento como tal que las 12 fotocopias que anteceden, son iguales a las que constan dentro del Recurso de Apelación No. 38-2017 (Acción de Habeas Corpus No. 17124-2016-0058), que sigue el señor EDUARDO ALBERTO VALDERRAMA RUIZ en contra del JUEZ DE LA UNIDAD DE GARANTIAS PENALES CON COMPETENCIA EN DELITOS FLAGRANTES DEL DISTRITO METROPOLITANO DEL CANTON QUITO, las mismas que las confiero debidamente certificadas. Quito, 26 de enero del 2017. Certifico.-

ABG. ALEJANDRA MORALES NAVARRETE

SECRETARIA RELATORA



EN EL JUICIO N° 17751-2016-0110 que sigue la ASOCIACION DE EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES (ASETEL) en contra del ALCALDE Y PROCURADOR SINDICO NACIONAL CONSEJO CANTONAL DEL GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTON LORETO, PROVINCIA DE ORELLANA

Acción objetiva de anulación No. 2016-0110

Verdad, Seguridad y Paz
Ilumanta, Kuntaymanta, Kauskmanta

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

JUEZ PONENTE DR. JOSÉ LUIS TERÁN SUÁREZ

Quito, lunes 23 de enero del 2017, las 11h27,--

ASUNTO

Resolución de la acción objetiva de anulación con efecto general deducida por el Ing. Roberto Aspiazu Estrada, en calidad de Director Ejecutivo de la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones, (ASETEL), en contra de la Ordenanza Municipal publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 430 del martes 3 de febrero de 2015, expedida por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Loreto, provincia de Orellana, que regula la utilización del espacio aéreo público, suelo y subsuelo, para la colocación de estructuras, postes y tendido de redes que utilicen u ocupen el espacio público o la vía pública las empresas privadas, personas naturales o jurídicas dentro del territorio del cantón Loreto.

1. ANTECEDENTES

1.1 De la demanda de impugnación objetiva de anulación con efectos generales.- El Ing. Roberto Aspiazu Estrada, en calidad de Director Ejecutivo de la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones (en adelante ASETEL), deduce demanda en acción objetiva de anulación en contra de los señores Alcalde y Procurador Síndico, como representantes legales del Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Loreto, provincia de Orellana, órgano legislativo de la Ordenanza Municipal publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 430 del martes 3 de febrero de 2015. Al respecto expone:

1.1.1 Fundamentos de hecho y de derecho: 1.- Que ASETEL es una persona jurídica de derecho privado, con patrimonio propio, sin fines de lucro, que se rige por sus estatutos, aprobada mediante Acuerdo No. 990084 de 3 de marzo de 1999 del ahora Ministerio de Comercio Exterior. El objeto de esta Asociación es promover el desarrollo armónico del Sector de las Telecomunicaciones; la cooperación entre los miembros de la Asociación; así como la protección y defensa de los legítimos derechos e intereses de los asociados. En tal virtud, sostiene que de parte de ASETEL existe un interés directo para proponer la demanda, debido a que considera que con la emisión de la ordenanza impugnada, se están violentando derechos objetivos de los socios de ASETEL que perjudican gravemente sus intereses. 2.- Que la demanda objetiva de anulación la plantea en contra de la ORDENANZA QUE RÉGULA LA UTILIZACIÓN DEL ESPACIO AÉREO PÚBLICO, SUELO Y SUBSUELO, PARA LA COLOCACIÓN DE ESTRUCTURAS, POSTES Y TENDIDO DE REDES QUE UTILICEN U OCUPEN EL ESPACIO PÚBLICO O LA VÍA PÚBLICA LAS EMPRESAS PRIVADAS, PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS DENTRO DEL TERRITORIO DEL CANTÓN LORETO, expedida por el Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Loreto, provincia de Orellana, órgano legislativo de dicha Ordenanza Municipal publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial N° 430 del martes 3 de febrero de 2015. 3.- El accionante, luego de referirse al artículo 1 de la ordenanza impugnada; inciso segundo del artículo 567 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD); artículos 425 y 261 numeral 10 de la Constitución de la República; pronunciamientos efectuados por la Corte Constitucional respecto de las competencias que tiene el Estado Central sobre el espectro radioeléctrico, el régimen de comunicaciones y telecomunicaciones (sentencias Nos. 007-15-SIN-CC y 008-SIN-CC, expedidas dentro de los procesos Nos. 0009-13-IN y 0008-13-IN); artículo 104 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; y, artículo 18 de la ordenanza impugnada, manifiesta que si analizamos el texto

del artículo 18 de la ordenanza que impugna, se colige que la GAD municipal del cantón Loreto, al establecer tasas por la implantación de estructuras metálicas, antenas y cables necesarios para la prestación de servicios de comunicaciones y telecomunicaciones (retransmisión de contenidos), habría legislado en temas que están fuera del ámbito de su competencia, violando de esta manera lo dispuesto en el artículo 226 de la Constitución de la República.

4.- Que la ordenanza impugnada utiliza como soporte legal el segundo inciso del artículo 567 del COOTAD y que según lo manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia No. 007-15-SIN-CC dentro del caso 0009-13-IN respecto de la competencia de los gobiernos autónomos para el establecimiento de tasas por el uso del espacio aéreo y por el soterramiento de cables, el artículo 18 numerales 1, 2, 5 y 6, son susceptibles de anulación total por carecer no solamente de sustentación legal sino también de fundamento constitucional. **5.-** Se refiere a lo señalado en la sentencia ejecutoriada dictada por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia en el juicio No. 128-2013, de 20 de agosto de 2015, seguido por ASETEL en contra de la Municipalidad del cantón Chimbo, provincia de Bolívar. **6.-** Que se encuentra en plena vigencia la normativa de telecomunicaciones; así, artículos 7, 10 y 11 del Reglamento para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado (SMA); artículos 5 y 30 del Reglamento de audio y video; que dichas disposiciones han sido cumplidas fielmente en los contratos de concesión suscritos por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones a través de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones con las empresas CONCEL y OTECEL S.A., SMA y DIRECTV ECUADOR C. LTDA.; que la ordenanza materia de la demanda, a pretexto de regular y tasar el “uso y ocupación del espacio aéreo”, está regulando y gravando el uso de frecuencias previamente concesionadas a los sujetos pasivos de estos tributos por las autoridades competentes en materia de telecomunicaciones; que el ámbito de aplicación de la ordenanza impugnada sobrepasa los límites establecidos dentro de las competencias exclusivas que la Constitución de la República, en su artículo

264 asigna a los gobiernos municipales; y que de esta manera, invade aquellas otorgadas privativamente al Estado Central en el artículo 261.10 sobre el espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones, aspecto que vuelve a este cuerpo normativo de carácter general como inconstitucional. **7.-** Cita los artículos 313 y 314 de la Constitución de la República; **8.-** Luego de transcribir los artículos 4, 8, 14 y 21 de la ordenanza impugnada, respecto del permiso de implantación, manifiesta que cabe resaltar el hecho de que dejar la continuidad de la prestación de los servicios de telecomunicaciones y retransmisión, sometido a la precariedad de un permiso municipal, significa a fin de cuentas, desde un punto de vista material, que quedan en las manos de un GAD la posibilidad virtual de “autorizar” o “desautorizar” la prestación de este servicio, competencia que no tiene ni le corresponde, la cual se encuentra constitucionalmente conferida al Estado Central; que enlazar, adicionalmente, esta ilegítima “autorización” al pago de una tasa exorbitante, resulta inaceptable y reñido con el régimen de competencias exclusivas establecidas en la Ley y en nuestra Constitución Política. **9.-** Respecto de la valoración del tributo establecido en los artículos 8, 14 y 18 de la ordenanza impugnada, el demandante dice que queda claro que el cobro, es ilegal e inconstitucional; que es un hecho aceptado que las tasas por regla general se establecen como contraprestación de algún tipo de servicio que presta la administración tributaria que las percibe; que el texto del artículo 566 del COOTAD conlleva a preguntarnos ¿cuál es el “servicio” que, en este caso estaría supuestamente prestando el GAD del cantón Loreto al contribuyente?; al respecto dice que les parece claro que el “servicio” no consiste en el uso de suelo, que no es un servicio; como tampoco lo es la propiedad inmobiliaria, que es materia de gravamen por la vía del impuesto predial; que al parecer, el supuesto “permiso” respecto del cual el GAD demandado se auto atribuye la potestad de conceder, no para “construir” las estructuras sino para permitir su funcionamiento periódicamente, vendría a ser el “servicio” supuestamente gravado con la tasa; respecto de este punto

reproduce la parte pertinente de la sentencia No. 038-15-SIN-CC, dentro del caso 0009-15-IN, dictada por la Corte Constitucional en contra de la Ordenanza Municipal expedida por el cantón Sucre, publicada en el Registro Oficial No. 325 de 03 de septiembre de 2014; que en el supuesto y consentido caso de que existiese un servicio prestado por el GAD, éste se limitaría a la entrega de la autorización para la instalación de la infraestructura, servicio por el cual el Municipio no incurre en gastos equivalentes al 5 % del costo de cada estación; en esta parte se refiere al Acuerdo Ministerial del MINTEL No. 041 de 15 de septiembre de 2015. **10.-** En este punto el accionante analiza si la tasa establecida en el artículo 18 de la ordenanza impugnada guarda relación y, sobre todo, si cumple fielmente con los principios de justicia tributaria constantes en el artículo 300 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 5 del Código Tributario; a continuación se refiere al concepto de tasa de acuerdo con el artículo 16 del Modelo de Código Tributario para América Latina; que nuestro ordenamiento jurídico estable que los GADs gozan de la facultad para crear tasas ante dos supuestos claramente identificables, el primero en relación a la prestación de un servicio público en el marco de sus competencias, y que el segundo tiene que ver con la utilización o el aprovechamiento especial del dominio público; que en este caso, es evidente que el Gobierno Municipal no presta ningún servicio, sino que autoriza a que los particulares hagan uso privativo y con fines comerciales de un espacio público de uso común; que este segundo caso de hecho generador para el cobro de una tasa es el que el COOTAD reconoce en su artículo 567; que respecto del establecimiento de tasas que se refieren a espectro radioeléctrico y telecomunicaciones que constan en el artículo 18 de la ordenanza impugnada, es necesario incluir dentro del presente análisis el informe técnico proporcionado por la Escuela Superior Politécnica del Litoral, bajo el título de “Análisis de impuestos y tasas municipales por derecho de vía para infraestructura de internet para ser considerada dentro de la nueva Ley Orgánica de Telecomunicaciones del Ecuador”; que partiendo de esta realidad,

es evidente que las tasas por ocupación de espacio público, previstas en el artículo 18 de la ordenanza impugnada atentan contra el principio de no confiscatoriedad, el principio de proporcionalidad, el de capacidad contributiva y el de reserva legal. **11.-** Que de acuerdo con lo establecido en los literales a) y c) del artículo 328 del COOTAD, se encuentra expresamente prohibido a los órganos legislativos de los GADs interferir en la gestión de funciones y competencias que no les corresponden por disposición legal o constitucional. **12.-** Que el numeral 2 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, da competencia a esta Sala para conocer acciones de impugnación que se propongan en contra de ordenanzas municipales.

1.1.2 Pretensión procesal. En base a los fundamentos de hecho y de derecho expresados en el libelo de demanda, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 185 numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial y 231 del Código Tributario, ASETEL demanda en acción objetiva de anulación a los señores Alcalde y Procurador Síndico como Presidente, el primero, y representantes legales del Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Loreto, provincia de Guayas (sic) órgano legislativo de la Ordenanza Municipal publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial N° 430 del martes 3 de febrero de 2015, a fin de que en sentencia se declare la anulabilidad total de la mentada ORDENANZA QUE REGULA LA UTILIZACIÓN DEL ESPACIO AÉREO PÚBLICO, SUELO Y SUBSUELO, PARA LA COLOCACIÓN DE ESTRUCTURAS, POSTES Y TENDIDO DE REDES QUE UTILICEN U OCUPEN EL ESPACIO PÚBLICO O LA VÍA PÚBLICA LAS EMPRESAS PRIVADAS, PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS DENTRO DEL TERRITORIO DEL CANTÓN LORETO, expedida por el Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Loreto, provincia de Orellana, con todas las consecuencias jurídicas que implica una declaratoria de anulación; así como la anulación de todos los actos administrativos generados

a partir de la promulgación de la ordenanza impugnada, especialmente aquellos que tienen que ver con la ejecución de dicha ilegal ordenanza.

1.2 De la calificación y admisión a trámite de la demanda propuesta por ASETEL.- Mediante auto de 14 de marzo de 2016, las 11h32 (fs. 37), esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, califica y admite a trámite la demanda propuesta por ASETEL, disponiendo que los accionados contesten la demanda dentro del término legal.

1.3 De la citación a los accionados con la demanda propuesta por ASETEL.- De autos (fs. 40) consta que el señor Procurador General del Estado, así como los accionados (fs. 108-113), han sido citados legalmente.

1.4 De la contestación a la demanda de impugnación objetiva de anulación con efectos generales.- El Ing. Welinton Liborio Serrano Bonilla, y el Dr. Héctor Bolívar Pico Pico, en calidad de Alcalde y Procurador Síndico Municipal del GAD del cantón Loreto, respectivamente (fs. 55-57 vuelta), dan contestación a la demanda en los siguientes términos: Señalan la calidad en la que comparece el Ing. Roberto Aspíazu Estrada y su argumento para presentar la demanda; subrayan que dentro de la pretensiones del actor se demanda a los accionados refiriéndose a la provincia del Guayas; que se debe puntualizar que respecto a la ordenanza impugnada, ésta ya fue resuelta por la Corte Constitucional en el proceso No. 0061-15-IN, en Sentencia Constitucional No. 017-16-SIC-CC de 22 de marzo de 2016, en la que se resuelve: “*Negar la demanda de acción pública de inconstitucionalidad planteada, en virtud de que el acto normativo impugnado ha sido derogado; en consecuencia, se dispone su archivo*”; es decir que, la presente acción judicial propuesta, carece en absoluto de eficacia y sustento legal, porque, simplemente se pretende anular una ordenanza, vía sentencia de la Sala Competente, de un instrumento (Ordenanza), que ya ha sido derogada el 23 de septiembre de 2015 por parte del Órgano legislativo municipal, tal cual lo justifican y prueban con la copia certificada que en una foja útil acompañan; citan los artículos 1, 6, 11, 82, 169,

238, 240, 264 numerales 1 y 2 de la Constitución de la República; citan también los artículos 54 y 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; y, manifiestan que con base en los arts. 99, 100 y 101 del Código de Procedimiento Civil, Ley Supletoria a la de la materia, proponen las siguientes excepciones: Dilatorias: 1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda propuesta; 2. Falta de derecho para proponer una acción de esta naturaleza, por cuanto, existe subjetividad en la pretensión esgrimida en demanda; y, 3. Illegitimidad de personaría, puesto que el actor del juicio, no ha probado ser el representante legal, documentadamente, de la entidad por la cual comparece. Perentorias: 1. Alegan expresamente improcedencia de la demanda propuesta, por cuanto, al alegar la anulación de la Ordenanza Municipal que regula la utilización u ocupación del espacio público o la vía pública y el espacio aéreo municipal, suelo y subsuelo por la colocación de estructuras, postes y tendido de redes pertenecientes a personas naturales o jurídicas dentro del cantón Loreto, publicada en el suplemento del Registro Oficial N° 430 del martes 3 de febrero de 2015, por cuanto ésta ha sido DEROGADA por el Gobierno Municipal Autónomo Descentralizado Municipal de Loreto a través de su órgano legislativo, esto es el Concejo Municipal, en sesión ordinaria efectuada el día miércoles 23 de septiembre de 2015; 2. No puede ser una misma persona, sea natural o jurídica, demandada más de una vez, por los mismos hechos, pues, como dejamos expuesto, pretendiendo la anulación de la Ordenanza Municipal impugnada, fue presentado un proceso Constitucional, la misma que se halla con sentencia, debidamente ejecutoriada, pasada en autoridad de cosa juzgada.

1.5 De la calificación a la contestación de la demanda propuesta por ASETEL y apertura de prueba.- Mediante providencia de 26 de abril de 2016, las 14h01(fs. 59), se dispone que los Personeros Municipales completen la contestación a la demanda, presentando el original o copia certificada de los antecedentes que sirvieron para la promulgación del acto impugnado. Cumplida

que fuera la referida providencia, mediante auto de 14 de octubre de 2016, las 15h40 (fs. 115) y en virtud de que la contestación a la demanda presentada por los accionados ha sido presentada dentro de término, se la califica de clara y completa, y se abre la causa a prueba por el término de diez días, período durante el cual los sujetos procesales solicitan la práctica de las siguientes diligencias:

1.5.1 De la prueba solicitada por ASETEL. - **I.** Que se reproduzca todo cuanto de autos le fuere favorable; **II.** Que se oficie a la Escuela Politécnica del Litoral con la finalidad que remita copias certificadas de: 1.- Análisis de impuestos y tasas municipales por derecho de vía para infraestructura de internet para ser considerada dentro de la nueva Ley Orgánica de Telecomunicaciones del Ecuador; y, 2.- Consultoría análisis regulatorio, técnico, económico respecto a las tasas impuestas por los GADs, por la instalación y uso de diferentes elementos de redes de telecomunicaciones, en sus cantones; **III.** Que se oficie a la Corte Constitucional para que remita copias certificadas de las siguientes sentencias de inconstitucionalidad: Nos. 007-15-SIC-CC, y 008-15-SIN-CC; **IV.** Que se oficie a la Procuraduría General del Estado para que remita copias certificadas del Oficio No. 00969 de 27 de abril de 2015, suscrito por el Procurador General del Estado y dirigido al Alcalde del GAD del cantón Salcedo, que absuelve dos consultas; **V.** Que se oficie a la Municipalidad del Cantón Loreto para que remita copias certificadas del expediente administrativo de aprobación de la ordenanza impugnada y de todos los títulos de crédito que se hayan emitido con motivo de la expedición de dicha ordenanza. **VI.** Que se oficie al Ministro de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información para que remita copias certificadas del Acuerdo Ministerial No. 037-2013 y, Acuerdo Ministerial No. 041-2015; **VII.** Que se incorpore a este proceso: 1.- Copias certificadas de las sentencias ejecutoriadas expedidas por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia dentro de los procesos 17751-2013-128 y 17751-2013-129, del 20 de agosto de 2015 y 19 de octubre de 2015; 2.- Compulsa de los Estatutos a Asociación de Empresas de

Acción objetiva de anulación No. 2016-0110

Telecomunicaciones (ASETTEL); **VIII.** Que se tenga en cuenta que la presente acción tiene como objetivo la anulación de un acto administrativo de carácter general, impersonal y objetivo, violatorio de una norma jurídica; **IX.** Que se tenga en cuenta que impugna la contestación a la demanda por improcedente y ajena a la litis, especialmente el acápite segundo. **X.** Impugna la prueba que presente la administración tributaria demandada por improcedente, mal actuada y ajena a la *litis*.

1.5.1.1 Todas las diligencias probatorias solicitadas por ASETTEL, dentro del término de prueba concedido para tal efecto, fueron dispuestas sean practicadas mediante providencia de 31 de octubre, las 14h09.

1.5.2 De la prueba solicitada por el GAD del cantón Loreto.- Los accionados, señores Alcalde y Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Loreto, no han presentado escrito de prueba.

2. INTEGRACIÓN DE LA SALA

2.1 Mediante sorteo de 4 de marzo de 2016, las 11h10, le ha correspondido conocer la presente acción de impugnación objetiva de anulación con efectos generales a esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, integrada por el doctor José Luis Terán Suárez (en calidad de Juez Ponente); y, por las doctoras Maritza Tatiana Pérez Valencia y Ana María Crespo Santos (en calidad de Juezas Nacionales).

3. JURISDICCION Y COMPETENCIA

3.1 Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver la presente acción objetiva de anulación con efectos generales, en virtud de las Resoluciones Nos. 004-

2012 de 25 de enero del 2012 y 341-2014 de 17 de diciembre de 2014, 060-2015 de 1 de abril de 2015, emitidas por el Pleno del Consejo de la Judicatura; Resoluciones Nos. 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; y, en atención a lo previsto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República Ecuador y, 185 apartado segundo, numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial.

4. VALIDEZ PROCESAL

4.1 No se observa del proceso ninguna circunstancia que pueda afectar la validez procesal y no existe nulidad alguna que declarar.

5. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

5.1 ASETEL deduce acción objetiva de anulación con efectos generales, con la que impugna la Ordenanza Municipal publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 430 del martes 3 de febrero de 2015, expedida por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Loreto, provincia de Orellana, que regula la utilización del espacio aéreo público, suelo y subsuelo, para la colocación de estructuras, postes y tendido de redes que utilicen u ocupen el espacio público o la vía pública las empresas privadas, personas naturales o jurídicas dentro del territorio del referido cantón. La accionante pretende que esta Sala Especializada, en sentencia, declare la anulabilidad total de la mentada ordenanza, con todas las consecuencias jurídicas que implica una declaratoria de anulación; así como la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza impugnada. Por la otra parte, el GAD del cantón Loreto propone las siguientes excepciones a la demanda: **1.** Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; **2.** Falta de derecho para proponer una acción de esta naturaleza; **3.** Illegitimidad de personería, puesto que el actor no

ha probado ser el representante legal. **4.** improcedencia de la demanda, por cuanto la ordenanza municipal se encuentra derogada por el GADM del cantón Loreto a través de su órgano legislativo, en sesión ordinaria efectuada el día miércoles 23 de septiembre de 2015. **5.** No puede ser una misma persona natural o jurídica, demandada más de una vez por los mismos hechos, pues, fue presentado un proceso constitucional, la misma que se halla con sentencia, debidamente ejecutoriada, pasada en autoridad de cosa juzgada. Es en estos términos que las partes fijan el objeto de la acción, y en consecuencia, esto es lo que es materia de análisis y decisión de esta Sala Especializada, en virtud del principio dispositivo consagrado en el art. 168 número 6 de la Constitución de la República del Ecuador y regulado por el art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

6. CONSIDERACIONES GENERALES DEL TRIBUNAL ESPECIALIZADO RESPECTO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

6.1 De la motivación de las decisiones judiciales.- Conforme el mandato contenido en el art. 76, número 7, letra l) de la Constitución de la República, las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso. La falta de motivación y por lo mismo de aplicación de la norma constitucional en referencia ocasiona la nulidad de la resolución. De lo dicho se puede concluir que la motivación se concreta como criterio diferenciador entre la racionalidad y arbitrariedad y que no existe motivación si no se ha expresado en la sentencia el porqué de determinado razonamiento judicial. Cumpliendo con la obligación constitucional de motivación antes señalada, esta Sala Especializada fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación:

6.2 De la acción objetiva de anulación con efectos generales.- La acción objetiva de anulación con efectos generales prevista en el art. 185, apartado segundo, número 2 del Código Orgánico de la Función Judicial, puede proponerse en contra de reglamentos, ordenanzas, resoluciones, y otras normas de carácter general de rango inferior a la ley, de carácter tributario, tiene como fin lograr la anulación total o parcial del acto normativo. No se trata en este caso de la lesión de un derecho subjetivo, sino que lo que se persigue es su anulación con efectos generales, es decir, la decisión que tome el tribunal es de carácter general. Esta acción que es objetiva y persigue el imperio de la juridicidad, según lo prevista en el artículo citado del COFJ, “...podrán proponerse por quien tenga interés directo, o por entidades públicas y privadas”. Para Enrique Tarigo Vásquez en su obra “*Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación*”, Editorial FCU, 1ra. Edición, Montevideo, 1999, págs. 29/30, por interés directo debe entenderse “...el inmediatamente vulnerado por el acto, significando tanto como interés ‘inmediato’, no eventual o futuro”; es decir, la existencia de un interés directo significa o implica que el particular (o quien accione, más genéricamente) se encuentra en una situación jurídica definida y actual con relación a la Administración. En suma se trata del interés inmediatamente vulnerado por el acto respectivo. El mismo autor añade que, están legitimados para proponer esta acción “quienes afirmen ser titulares de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo que, al mismo tiempo, afirman ha sido violado o lesionado por el acto administrativo”. Este punto guarda relación con la legitimación causal, que como lo enseña Giorgi, la “*legitimatio ad causam*” no es un presupuesto procesal sino “*la condición indispensable para obtener una sentencia favorable*”. El presupuesto procesal lo constituye la “*legitimatio ad procesum*”. Mientras la primera implica la calidad de sujeto del litigio, de parte en sentido material, la segunda refiere a la calidad de sujeto de la acción, de parte en sentido formal (Héctor Giorgi, “*El Contencioso Administrativo de Anulación*”, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y

Ciencias Sociales de la Universidad de la República del Uruguay, pág. 122). Así, al recurrir a la jurisdicción competente para la anulación de un acto normativo que se hubiera llevado a cabo en forma ilegal, su anulación será imperativa en los casos en que el acto estuviera viciado por irregularidades manifiestas, de ahí que el interés debe ser directo, siendo éste el actual o inmediato y no el eventual o futuro. En el caso *sub júdice*, ASETEL tiene interés directo en la presente causa por ser una entidad de derecho privado, con personería jurídica y patrimonio propio, sin fines de lucro, que según sus estatutos protocolizados en la Notaría Trigésima Primera del Distrito Metropolitano de Quito el 19 de julio de 2006 (fs. 119 a 125 de los autos), tiene por objeto “...promover el desarrollo armónico del Sector de las telecomunicaciones; la cooperación entre los miembros de la Asociación; así como la protección y defensa de los legítimos derechos e intereses de los asociados”. Por lo expuesto, en la especie, se han satisfecho debidamente los presupuestos esenciales habilitantes para el accionamiento de anulación, con efectos generales, del acto normativo impugnado (Ordenanza Municipal).

6.3 De la finalidad de la acción objetiva de anulación con efectos generales.- La finalidad de la acción objetiva de anulación con efecto general es la tutela del orden jurídico, a fin de que aquel quede sin efecto por contrariar las normas superiores del derecho. Esta acción se encuentra consagrada en el interés general para que prevalezca la defensa de la legalidad abstracta sobre los actos de la administración de inferior categoría, y por ello tiene como propósito la expulsión del ordenamiento jurídico del acto impugnado con efecto *erga omnes*. Dentro de las características más sobresalientes de esta acción, se encuentran, entre otras, que no tiene término de caducidad, se ejerce en defensa e interés de la legalidad, y procede contra actos normativos de carácter general. Esta acción está consagrada en el art. 185, apartado segundo, número 2 del Código Orgánico de la Función Judicial, que dice: “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 o privadas. La resolución se publicará en el Registro Oficial”.

7. CONSIDERACIONES, ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

7.1 Del problema jurídico planteado.- De la revisión del proceso se puede advertir lo siguiente:

7.1.1 La acción objetiva de anulación que propone ASETEL está dirigida en contra del siguiente acto normativo: Ordenanza Municipal publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 430 del martes 3 de febrero de 2015, expedida por el Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Loreto, provincia de Orellana, que regula la utilización del espacio aéreo público, suelo y subsuelo, para la colocación de estructuras, postes y tendido de redes que utilicen u ocupen el espacio público o la vía pública las empresas privadas, personas naturales o jurídicas dentro del referido cantón.

7.1.2 La pretensión concreta de ASETEL es que en sentencia se declare la anulabilidad total de la Ordenanza Municipal publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 430 del martes 3 de febrero de 2015, con todas las consecuencias jurídicas que implica una declaratoria de anulación; así como la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la misma.

7.1.3 Respecto de esta pretensión, el GAD del cantón Loreto, provincia de Orellana, propone las excepciones puntualizadas en el numeral 5.1 del presente fallo.

7.2 De las actuaciones procesales.- Dentro de esta causa constan las siguientes piezas procesales: **1.** Original del Registro Oficial N° 430, del 3 de febrero de 2015, Suplemento, donde se observa la Ordenanza Municipal objeto de la presente acción (fs. 1-20 vuelta); **2.** Registro de la Directiva de ASETEL donde aparece como su Director Ejecutivo el Ing. Roberto Aspiazu (fs. 21); **3.** Copia simple de la sentencia N° 017-16SIN-CC, dentro del caso N°. 0061-15-IN dictada por la Corte Constitucional del Ecuador (fs. 45-51 y vuelta) **4.-** Copia certificada de la Resolución del Consejo N°. 111 expedida por el GADM del cantón Loreto, de fecha 23 de septiembre de 2015, que resuelve derogar la ordenanza impugnada (fs. 52-54); **5.-** Copias certificadas de los siguientes documentos: Ordenanza aprobada por el GAD del cantón Loreto el 27 de noviembre de 2014; Memorando N°. 02009-SG GADM; Resolución del GAD del cantón Loreto mediante la cual se envía a la Comisión de Legislación y Fiscalización del GADM, el memorando N°. 198-AJ-GADM con la conclusiones y recomendaciones para la aprobación de la referida ordenanza; Actas de las sesiones ordinarias de fechas 24 de octubre de 2014, y 17 de noviembre de 2014, respectivamente, celebradas por el I. Concejo Cantonal de Loreto, donde se ha aprobado en primero y segundo debate la ordenanza impugnada (fs. 73-103); **6.** Copias certificadas de las sentencias N°s. 003-15-SIN-CC; 007-15-SIN-CC; y, 007-15-SIN-CC, dictadas por la Corte Constitucional del Ecuador (fs. 124-158); **7-** Copia certificada de los Acuerdos Ministeriales N°s. 037-2013 y 041-2015, expedidos por el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (fs. 162-170); **8.** Copia certificada del Oficio N°. 00969 del 27 de abril de 2015, suscrito por el Ab. Marcos Arteaga Valenzuela, Director Nacional de Patrocinio de la Procuraduría General del Estado, quien adjunta la absolución a las consultas formuladas por el GAD del cantón Salcedo relacionadas con el uso de frecuencias del espectro

radioeléctrico dentro de la jurisdicción cantonal (fs. 172-186); **9.** CD remitido por la Escuela Superior Politécnica del Litoral que contiene: La consultoría para el “Análisis regulatorio, técnico, económico respecto a las tasas impuestas por los GADs, por la instalación y uso de diferentes elementos de redes de telecomunicaciones en sus cantones”; y, el Proyecto “Estudio de las Herramientas TIC para fomentar el Comercio Electrónico en el Ecuador” (fs. 190 - 198); **10.** Certificación emitida por el Jefe de Rentas del GADML, en que consta que jamás se emitió título de crédito alguno que se haya derivado de la ordenanza impugnada (fs. 203), con lo cual la pretensión de ASETEL de que se declare la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza impugnada, y especialmente aquellos que tiene que ver con la ejecución de dicha ordenanza, se torna improcedente; **11.** Copias certificadas que forman parte del expediente administrativo por el cual se aprobó la ordenanza impugnada por el Órgano Legislativo del GASML.

7.3 Del control de legalidad del acto normativo impugnado.- Este Tribunal Especializado considera que, una vez que se ha probado el interés directo de ASETEL, de acuerdo a la naturaleza de presente acción, según las pretensiones de los accionantes y en virtud de las excepciones propuestas por el GAD del cantón Loreto, y del contexto de las pruebas incorporadas al proceso, el análisis que debe efectuar esta Sala Especializada es el relacionado con el control de legalidad del acto normativo impugnado, esto es la Ordenanza Municipal publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 430 del martes 3 de febrero de 2015, expedida por el GAD del cantón Loreto, provincia de Orellana. En ese sentido, el inciso segundo del art. 273 del Código Tributario, dispone: *“La sentencia será motivada y decidirá con claridad los puntos sobre los que se trabó la litis y aquellos que, en relación directa a los mismos, comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o actos impugnados, aun supliendo las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o apartándose del criterio que aquellos atribuyan a los hechos”*.

7.4 Del análisis del problema jurídico planteado.- Con fundamento en las consideraciones que anteceden, esta Sala Especializada considera que el problema jurídico planteado tiene sustento en las razones que se exponen a continuación:

7.4.1 Conviene reiterar que, *“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* (en este caso de la Ordenanza Municipal expedida por el GAD del cantón Loreto, provincia de Orellana), procede...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;...*”. En este caso, el accionante, en la demanda sostiene que la ordenanza impugnada violenta derechos objetivos de los socios de ASETEL que perjudican gravemente sus intereses; añade que el Concejo del GAD del cantón Loreto sobrepasó sus atribuciones y competencias exclusivas que le otorga la Constitución de la República y que de esta manera invade aquellas otorgadas privativamente al Estado Central (espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones), aspecto que vuelve a este cuerpo normativo de carácter general como inconstitucional; que es discutible que exista el hecho generador declarado para causar el tributo, pues el uso y ocupación del espacio aéreo no debe ser considerado como sinónimo del desplazamiento atmosférico de las ondas y otras energías difusas; y, respecto de la valoración del tributo, que ha sido reproducida en los artículos 8, 14 y 18 de la ordenanza impugnada, sostiene que el cobro es ilegal e inconstitucional. Como puede advertirse, los fundamentos de la demanda se refieren a asuntos que ASETEL los considera inconstitucionales y a asuntos que ASETEL los considera ilegales. En ese sentido, corresponde a esta Sala Especializada pronunciarse exclusivamente sobre los puntos de la litis que implican un control de legalidad del acto normativo impugnado (Ordenanza

Municipal) y no sobre aquellos que implican un control de constitucionalidad por ser de competencia privativa de la Corte Constitucional. Por lo tanto, esta Sala Especializada procederá a analizar exclusivamente los argumentos propuestos por ASETEL en relación a los artículos 1, 4, 8, 14, 18 y 21 de la ordenanza impugnada.

7.4.2 Del contenido del acto normativo impugnado (Ordenanza Municipal), se verifica el siguiente texto:

“Art.1. Objeto y Ámbito de Aplicación.- Esta ordenanza tiene por objeto regular y controlar la implantación de estructuras, postes y tendidos de redes; instalaciones de antenas, además de la fijación de las tasas correspondientes por la utilización u ocupación del espacio aéreo Municipal, suelo y subsuelo en el Cantón Loreto, a fin de cumplir con las condiciones de zonificación y reducción del impacto ambiental, sujetos a las determinaciones de las leyes, ordenanzas y demás normativas vigentes”.

“Art. 4.- Condiciones Particulares de Implantación de postes, tendidos de redes y Estructuras Fijas de Soportes de Antenas comerciales.-

a) En las zonas urbanas podrán implantarse estructuras fijas de soportes de antenas de hasta 40 metros de altura, medidos desde la base y cuando se instalen en edificaciones ya construidas se deberá contar con la mencionada altura desde el nivel de acera;

b) En las zonas rurales en las que no hay alta densidad poblacional podrán implantarse estructuras fijas de soporte respetando las normas técnicas pertinentes (...).

“Art. 8.- Seguros de Responsabilidad civil frente a terceros.- Por cada estación de transmisión, los prestadores del Servicio Comercial deberán contratar y mantener vigente una póliza de seguros de prevención de daños que cubran la responsabilidad civil frente a terceros para garantizar todo riesgo, o siniestro que puedan ocurrir por sus instalaciones y que pudiera afectar a personas, medio ambiente, bienes públicos o privados. La póliza deberá ser de 500 R.B.U del trabajador en general del sector

privado y permanecerá vigente acorde al plazo de duración del permiso municipal de implantación”.

“Art. 14.- El plazo para la implantación de postes, tendidos de redes y estructura fija de soporte será de dos años, con carácter revocable, contando desde la fecha de emisión del permiso de implantación.

Superado este plazo, el permiso será revocado y la persona natural o empresa privada deberá iniciar el proceso nuevamente.

En caso de no obtener el permiso municipal de implantación, se sancionara con una multa del 20% Remuneración Básica Unificada (R.B.U) por cada estructura que no obtuvo el permiso”.

“Art. 18.- Valoración de las Tasas.- Las personas naturales, jurídicas, sociedades nacionales y extrajera todas ellas de carácter privado, deberán cancelar anualmente estas tasas Municipales, generadas por la implantación e instalación de postes, tendidos de redes y estructuras; además de la fijación de las tasas correspondientes por la utilización u ocupación del espacio aéreo municipal, en el Cantón Loreto; tasas que se cancelará por los siguiente conceptos:

- 1. Estructuras Metálicas:** Por cada estructura metálica de uso comercial de propiedad privada instaladas en zonas urbanas o rurales dentro del cantón y otras, pagaran el 20% del RBU diario; así como también las utilizadas para uso de comunicación a celulares o canales de televisión e internet, excepto empresas de cobertura local que pagaran una tarifa de 0.5% de la RBU diario.
- 2. Antenas para servicios celulares:** Por cada una de las antenas instaladas, y que forman parte de las redes para telecomunicaciones celulares, pagará el 20% del RBU diario; por concepto de uso de Espacio Aéreo.
- 3. Antenas para radio ayuda y radioaficionado:** Por cada antena para radio ayuda fija y radioaficionado, éstas pagarán diez centavos de dólar de los Estados Unidos de Norteamérica diarios por concepto de uso de Espacio Aéreo.
- 4. Antena para radio emisoras comerciales:** Por cada antena para radio emisoras comerciales, éstas pagarán \$ USD 1.00 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica diarios por concepto de uso de Espacio Aéreo.
- 5. Antenas parabólicas para recepción de la señal comercial de televisión satelital, televisión por cable e internet:** pagaran el equivalente a tres dólares de los Estados Unidos de Norteamérica diarios, por cada antena parabólica instalada en el área geográfica del cantón, inventario establecido por la municipalidad, excepto empresas de cobertura local que pagaran una tarifa de cincuenta centavos diario.

6. Cables: Los tendidos de redes que pertenezcan a las empresas privadas estarán sujetos a una tasa diaria y permanente de un centavo de dólar de los Estados Unidos de Norteamérica por cada metro lineal de cable tendido, por ocupación de espacio aéreo, suelo o subsuelo, excepto empresas de cobertura local que pagaran una tarifa de un centavo mensual.

7. Postes: Las empresas privadas pagaran una tasa diaria y permanente de veinticinco centavos de dólar de los Estados Unidos de Norteamérica por cada poste instalado, por ocupación del espacio público o vía pública”.

“Art. 21. Infracciones y Sanciones.- Está terminantemente prohibida la implantación de infraestructura fija de soporte de antena e infraestructura relacionada con la prestación del Servicio, que no cuente con el permiso de implantación”.

7.4.3 De las disposiciones transcritas se evidencia que la ordenanza impugnada dispone la creación de una “tasa”. Para José Vicente Troya Jaramillo, “la tasa es un tributo cuyo presupuesto es un servicio, pero se trata de una obligación legal y no de una contraprestación” (José Vicente Troya Jaramillo, *Manual de Derecho Tributario*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2014, p. 28). César García Novoa, identifica a la tasa como “aquel tributo cuyo hecho imponible consiste en la realización de una actividad por la Administración que se refiere afecta o beneficia al sujeto pasivo” (César García Novoa, *El concepto de tributo*, p. 289); es decir, las tasas son tributos, pues consisten en prestaciones que cobra el Estado, en este caso las Municipalidades, unilateralmente sin que se requiera necesariamente el consentimiento del particular, así la tasa es una prestación unilateral y coactiva que el Estado la exige en virtud de su poder de imperio, de tal manera que no es apropiado considerarla como una contraprestación, pues este término denotaría un carácter contractual que no le es aplicable. El mismo doctor Troya, citando a Pérez de Ayala y González y a Montero Traibel, manifiesta que la diferencia entre las concepciones clásica y moderna de la tasa, radica en que, para la primera de las dos concepciones, la tasa es la contraprestación del beneficio que obtiene el contribuyente por el servicio público; para la segunda, es la prestación exigible con ocasión del servicio; en otras palabras, la tasa se paga, no por la prestación de un servicio, sino con ocasión del

mismo. Siguiendo a Valdés Costa, se ha de convenir, que el único punto que no causa dificultad en la tasa, es reconocer que la misma se vincula a una actividad del Estado. En este orden de ideas, la tasa además de darse por el uso de servicio público se da por el uso de bienes públicos.

7.5 De la resolución del problema jurídico planteado.- Teniendo como premisa lo expuesto, corresponde realizar el análisis de las pretensiones de la parte actora y de las excepciones propuestas por la parte demandada, para lo cual se realizan las siguientes consideraciones:

7.5.1 En *prima facie* no existe controversia entre las partes de que el acto normativo impugnado contenga normas de carácter tributario, y por lo tanto no existe duda respecto a la competencia que tiene esta Sala Especializada para conocer y resolver el problema jurídico planteado. Tampoco existe controversia sobre la competencia que tienen los GADs para expedir actos normativos tributarios (Ordenanzas Municipales) y para establecer tasas, en virtud de lo que disponen los artículos 566 y 567 del COOTAD. La controversia surge porque a criterio de ASETEL el GAD del cantón Loreto en el ámbito de aplicación de la ordenanza impugnada sobrepasa los límites establecidos dentro de las competencias exclusivas que la Constitución de la República, en su artículo 264 asigna a los gobiernos municipales; y de esta manera invade aquellas otorgadas privativamente al Estado central en el artículo 261.10 sobre el espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones. Al respecto, esta Sala Especializada advierte que si bien es cierto, la parte actora utiliza el término anulabilidad total, sus alegaciones básicamente van encaminadas a controvertir un artículo puntual, que es el artículo 18 de la ordenanza impugnaba y únicamente en lo relacionado al espectro radioeléctrico y al régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones. No obstante lo expuesto, es importante mencionar que del texto de su demanda, ASETEL se refiere además a los artículos 1, 4, 8, 14 y 21 de la ordenanza que se refieren en su orden al objeto y ámbito de aplicación de

la ordenanza, condiciones particulares de implantación de postes, tendidos de redes y estructuras fijas de soportes de antenas comerciales, seguros de responsabilidad civil frente a terceros, el plazo para la implantación de postes, tendidos de redes y estructura fija de soporte, y a las infracciones y sanciones, asuntos que no serán abordados por esta Sala Especializada en virtud de que su contenido no está relacionado a situaciones de orden tributario; además de que en la demanda no existe una fundamentación expedita de hecho y de derecho que permita a esta Sala verificar cuál es el alcance que quiso dar el accionante a su pretensión respecto a los referidos artículos.

7.5.2 Con fundamento en análisis realizado en el numeral 6.2 de este fallo, se rechazan las excepciones propuestas por el GAD del cantón Loreto, provincia de Orellana de: falta de derecho de ASETEL para proponer la presente acción, así como de la ilegitimidad de personería del actor; y, respecto de la excepción de que no puede ser una misma persona natural o jurídica demandada más de una vez por los mismos hechos, pues, fue presentado un proceso constitucional, el mismo que se halla con sentencia ejecutoriada, vale la pena aclarar que la naturaleza de la justicia constitucional es distinta a la naturaleza de la justicia ordinaria, por lo tanto no existe la alegada cosa juzgada respecto de una sentencia dictada por la Corte Constitucional. Finalmente, respecto a la excepción de improcedencia de la demanda por cuanto la ordenanza municipal se encuentra derogada por el GADML a través de su órgano legislativo, es su tema que será abordado en el siguiente considerando.

7.5.3 Esta Sala Especializada al realizar el análisis del proceso verifica que a fojas 52 - 54 de los autos, el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Loreto, provincia de Orellana, incorpora al proceso la Resolución de Concejo No. 111 GADML del 23 de septiembre de 2015, mediante la cual la Cámara Municipal en sesión ordinaria resolvió derogar la ordenanza impugnada, la misma que fue aprobada el 19 de noviembre de 2014, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 430 del 3 de febrero de 2015; así, el

Secretario General de dicho organismo CERTIFICA: “1. Que, la Cámara Municipal, en sesión ORDINARIA del 23 de septiembre de dos mil quince, dentro del SEXTO PUNTO del Orden del día: **Lectura, análisis y resolución del oficio No. 388-AJ GADMIL-2015, remitido por el Procurador Síndica de fecha 21 de septiembre de 2015, relacionado con la derogatoria de la ordenanza que regula la utilización del espacio aéreo público, suelo y subsuelo, para la colocación de estructuras, postes y tendido de redes que utilizan u ocupan el espacio público, o la vía pública las empresas privadas, personas naturales o jurídicas dentro del territorio del cantón Loreto, debido a la demanda de acción pública de inconstitucionalidad, propuesta por el apoderado de la compañía OTECEL S.A....RESUELVEN:**

ARTÍCULO PRIMERO.- APROBAR el informe contenido en el oficio No. 388-AJ--GADMIL-2015, enviado por el Procurador Síndico, y en base al mismo se DEROGA LA ORDENANZA MUNICIPAL QUE REGULA LA UTILIZACIÓN DEL ESPACIO AÉREO PÚBLICO, SUELO Y SUBSUELO, PARA LA COLOCACIÓN DE ESTRUCTURAS, POSTES Y TENDIDO DE REDES QUE UTILIZAN U OCUPAN EL ESPACIO PÚBLICO, O LA VÍA PÚBLICA LAS EMPRESAS PRIVADAS, PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS DENTRO DEL TERRITORIO DEL CANTÓN LORETO, la misma que fue aprobada el 19 de noviembre de 2014, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 430 del martes 3 de febrero de 2015”. En consecuencia, al encontrarse DEROGADA la citada ordenanza a través de su órgano legislativo, no existe controversia que resolver, pues el acto normativo materia de la acción objetiva de anulación ya no está vigente y por ende ya no forma parte del ordenamiento jurídico interno; por lo tanto, esta Sala Especializada acepta la excepción de improcedencia de la demanda propuesta por el GAD del cantón Loreto, por cuanto la ordenanza municipal se encuentra derogada por el mismo órgano legislativo que la creó, y en tal virtud considera que no puede pronunciarse sobre la pretensión de ASETEL de que se declare la anulabilidad de la

mentada ordenanza, puesto que no le es posible a este Tribunal Especializado realizar el control de legalidad de un acto normativo DEROGADO.

8. DECISIÓN

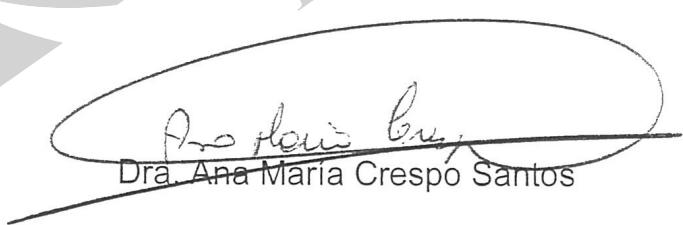
8.1 Por las consideraciones expuestas, la Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, **Administrando justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador, y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República**, resuelve:

9. SENTENCIA:

9.1 DESECHAR la demanda propuesta por el Ing. Roberto Aspíazu Estrada, en calidad de Director Ejecutivo de la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones, (ASETEL), en los términos expuestos en el presente fallo.

9.2 Sin costas.

9.3 Comuníquese y publíquese en el Registro Oficial.



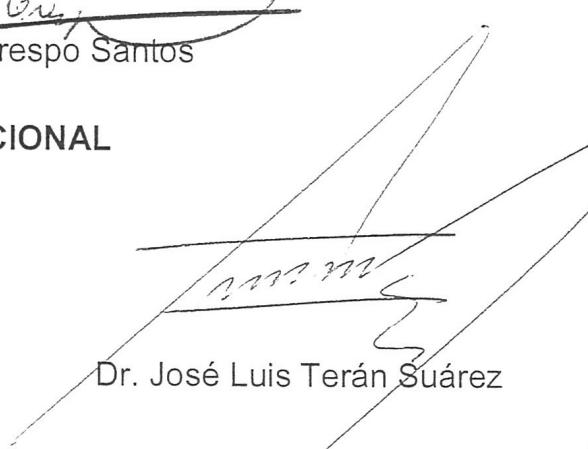
Dra. Ana María Crespo Santos

JUEZA NACIONAL



Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

JUEZA NACIONAL



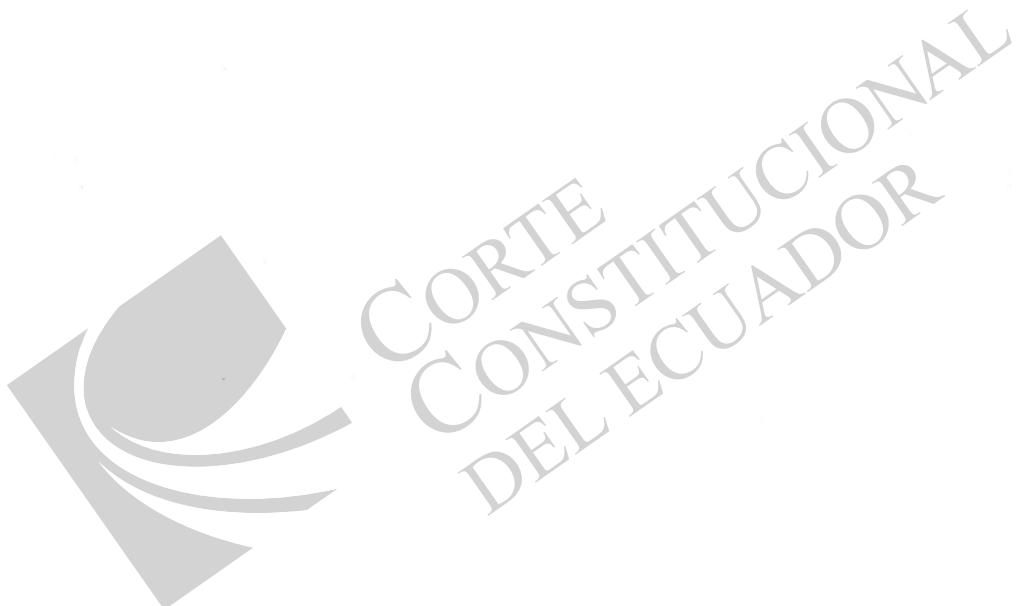
Dr. José Luis Terán Suárez

JUEZ NACIONAL

Certifico.-


Ab. Alejandra Morales Navarrete

SECRETARIA RELATORA



En Quito, lunes veinte y tres de enero del dos mil diecisiete, a partir de las once horas y cuarenta y tres minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la RESOLUCION que antecede a: ASOCIACION DE EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES (ASETEL) en la casilla No. 2150 y correo electrónico javierbarbaramos@yahoo.es del Dr./Ab. BARBA RAMOS JAVIER MARTIN. ALCALDE Y PROCURADOR SINDICO DEL CONSEJO CANTONAL DEL GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTON LORETO, PROVINCIA DE ORELLANA en la casilla No. 4550 y correo electrónico bolivarcpico@hotmail.com del Dr./Ab. HECTOR BOLIVAR PICO PICO. No se notifica a PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO por no haber señalado casilla y/o correo electrónico. Certifico:

ABG. MARTHA ALEJANDRA MORALES NAVARRETE
SECRETARIA RELATORA

MEDIAVILLAM

RAZÓN: Siento como tal que las 14 fotocopias que anteceden, son iguales a los originales que constan dentro del Juicio 110-2016 que sigue la ASOCIACION DE EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES (ASETEL) en contra de ALCALDE Y PROCURADOR SINDICO DEL CONSEJO CANTONAL DEL GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTON LORETO, PROVINCIA DE ORELLANA, las mismas que las confiero debidamente certificadas. Quito, 27 de enero del 2017. Certifico.-

ABG. ALEJANDRA MORALES NAVARRETE
SECRETARIA RELATORA



EN EL JUICIO DE IMPUGNACIÓN SEGUIDO POR LA COMPAÑÍA NANDESA S.A., EN CONTRA DE LA DIRECTORA DISTRITAL DE GUAYAQUIL DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS DEL ECUADOR

Recurso N° 0625-2016

VOTO DE MAYORÍA DRA. ANA MARÍA CRESPO SANTOS Y DR. JOSÉ LUIS TERÁN SUÁREZ

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

ACTOR: COMPAÑÍA NANDESA S.A.

DEMANDADO: DIRECTORA DISTRITAL DE GUAYAQUIL DEL SERVICIO DE ADUANAS DEL ECUADOR (RECURRENTE)

Recurso N° 0625-2016

Quito, lunes 23 de enero del 2017, las 15h00.-

ASUNTO

Resolución del recurso de casación interpuesto por la Lcda. Alba Marcela Yumbla Macías, en calidad de Directora Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE), en contra de la sentencia dictada el 13 de septiembre de 2016, a las 15h58, por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N° 2, con sede en Quito, dentro del juicio de impugnación N° 09501-2015-00115, deducido por el Ing. Marco Antonio Terán Morales, en calidad de Gerente General de la compañía NANDESA S.A., propuesto en contra del contenido de la Resolución N° SENAEE-DDG-2015-0963-RE dictada el 29 de septiembre de 2015.

I. ANTECEDENTES

1.1.- De acuerdo al escrito que contiene el recurso de casación de fecha 03 de octubre de 2016, la casacionista se fundamentó en la **causal primera y quinta** siendo que la única que se admitió es la causal quinta por lo tanto es la única que entra en análisis, debiendo destacar que se planteó esa causal por el vicio de falta de motivación de la sentencia.

1.1.1.- Con relación a la causal quinta expresó: “(...) Como podrán observar de lo señalado, la Sala no solo ha contravenido con el carácter lógico de la motivación al sancionar de forma contradictoria a los motivos que justifican su decisión en clara infracción del Art. 139 del Código Tributario, sino que además del control de motivación elaborado por la Corte Constitucional la Sala inclusive incurre en falta de motivos, por la contradicción de motivos, ya si consideraba que existía pago indebido lo correcto no era la nulidad, nulidad que no es explicada por la Sala, y si existe, lo que correcto era establecer cuál sería el acto nulo, que nos diga cuál es el presupuesto del artículo 122 que conllevo tal nulidad, sin establecer aquello que ordenen el reintegro de los valores , sin realmente resolver sobre la validez o no de la resolución del reclamo de pago indebido que era el punto en el que se trababa la Litis. Además la Sala en una completa falta de motivos no justifica en razón de que existe un pago indebido, es decir señala que considera que porque en una diligencia de exhibición de documentos, donde a criterio de la Sala la SENAE debía entregar las declaraciones aduaneras que demuestren como se llegó al tercer método de valoración, pero la Sala indica que lo que valora son los informes que constan en el reclamo administrativo 393-2015. Señores jueces de la Corte Nacional con esto NO indica que la Sala haya valorado un supuesto pago indebido o que realmente existe un análisis sobre los tributos lo que hace la Sala es desconocer la competencia privativa que cuenta la Administración Aduanera para valorar las mercancías, aplicar la duda razonable, utilizar las bases de valor que si cuenta la Administración para determinar que efectivamente existe o no precios por debajo de otros, pero no determina en que presupuesto del Art. 122 del Código Tributario encaja el presente caso es decir no realiza la adecuación típica de lo que afirma a lo señalado en lo articulado. Por ende, resuelve sin que sepamos hasta este momento bajo que criterio se consideró pago indebido, si es por un tributo no establecido legalmente o del que haya exención por mandato legal; si se ha efectuado sin que haya nacido la respectiva obligación tributaria, conforme a los supuestos que configuran el respectivo hecho generador o si se hubiere satisfecho o exigido ilegalmente o fuera de la medida legal. En el presente caso la ausencia del carácter lógico de la sentencia así como la falta de motivos en el control de motivación hace carecer a la sentencia de motivación y por ende INFRINGIR EL ART. 76 NUMERAL 7 LITERAL L DE LA CONSTITUCIÓN Y EL ART. 139 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO. (...)

1.2.- En consideración al auto de fecha 09 de noviembre de 2015, a las 11h51, la Dra. Magaly Soledispa Toro, Con jueza de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, calificó la admisibilidad del recurso en referencia, únicamente por la causal quinta. En consideración a lo

anterior, se ordenó correr traslado a la contraparte para que de contestación al mismo, dentro del término previsto en el Art. 13 de la Ley de Casación, misma que no fue presentada por la parte actora. .

1.3.- Finalmente, es menester señalar lo que el Tribunal de instancia esgrimió en la sentencia recurrida, que su parte considerativa manifestó: “SÉPTIMO.- *De lo expuesto y luego del análisis y confrontación efectuada de los hechos propuestos por las partes procesales, pruebas y normas de derecho, la Sala tiene a bien sostener que en el informe con recomendaciones por parte del técnico especialista del SENAE quien emitió el Informe Técnico No. DNR-DTA-JVA-JAMS-725-2015 suscrito por el señor Juan A. Menéndez S, Especialista Técnico Aduanero, de la Jefatura de Consultas de Valoración Origen, de la Dirección Nacional de Gestión de Riesgo y Técnica Aduanera, que fuera remitido a la Dirección del SENAE mediante memorando No. SENAE-DNR-2015-11103-M por el economista Miguel Angel Padilla Celi, Director Nacional de Gestión de Riesgos y Técnica Aduanera del SENAE, y de fecha 25 de agosto de 2015 en concordancia con el informe consignado mediante memorando No. SENAE-JAFG-2015-0852-M suscrito por el Ingeniero Marcos Fernando Nina Suárez, en su calidad de Jefe de Procesos Aduaneros Aforo Físico de la Dirección de Despacho de ese Distrito. Los funcionarios que desempeñan actividades en la SENAE y, que han presentado los informes a los que se hace mención, han establecido situaciones conexas de otra índole y no proceder con los motivos de aplicación de los Métodos de Valoración como lo tiene establecido la Organización Mundial de Comercio, no aplicando correctamente los métodos de valoración como el que se identifica como MÉTODO DEL VALOR DE TRANSACCIÓN, con aplicación del Artículo 1 concordante con el Artículo 8 y sus notas interpretativas. Una característica general del Acuerdo de la OMC, es el criterio que ha expresado sobre la valoración, al que determina como “el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas”, eso significa que el valor de la mercancía que se tomará en cuenta es el que efectivamente se pagó y que consta en la factura, el mismo que es recogido para la aplicación del Primer Método de Valoración y en el Primer Artículo de las Normas de Valoración en Aduana. Además el Acuerdo establece principios generales aplicables al procedimiento de valoración aduanera y son: Valor real: El valor en aduana es el precio realmente pagado o por pagarse por las mercancías, es decir, el valor de transacción; Publicidad: Los criterios y métodos para determinar el valor en aduana deben ser puestos a conocimiento público; Uniformidad: Los procedimientos de valoración aduanera se aplican uniformemente en todos los países miembros de la OMC; Simplicidad: Los procedimientos de valoración aduanera deben ser redactados para ser*

entendidos fácilmente; Exclusividad: Los procedimientos de valoración aduanera se hallan destinados exclusivamente a determinar el valor en aduana de las mercancías importadas; Objetividad: Los valores en aduana se obtienen sobre una base real, acreditada o demostrada; de ninguna manera sobre bases arbitrarias o ficticias. Los métodos de valoración del Acuerdo de Valoración de la OMC han sido establecidos en criterios sencillos y equitativos, como son: 1. MÉTODO DEL VALOR DE TRANSACCIÓN; 2. MÉTODO DEL VALOR DE TRANSACCIÓN DE MERCANCÍAS IDÉNTICAS; 3. MÉTODO DEL VALOR DE TRANSACCIÓN DE MERCANCÍAS SIMILARES; 4. MÉTODO DEDUCTIVO; 5. MÉTODO DEL VALOR RECONSTRUIDO; y, 6. MÉTODO DEL ULTIMO RECURSO. Al respecto la RESOLUCION N° 1684 de la Comunidad Andina, que trae la Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 - Valor en Aduana de las Mercancías Importadas, contempla en el Título II Capítulo I Artículo 4 que dice “Aspectos Generales del Valor de Transacción”; que de la revisión del expediente procesal no aparece la fórmula o fórmulas que se haya implementado en la aplicación para llegar a determinar el valor de las mercancías, sino que fue directamente al tercer método, afirmándose en la nota interpretativa del art. 3 que dice: “Para la aplicación del art. 3 siempre que sea posible la Administración de Aduana utilizará el valor de transacción de mercancías similares vendidas al mismo nivel comercial y sustancialmente en las mismas cantidades de las mercancías objeto de valoración”, no se conoce si existe por parte de la Administración Aduanera algún informe en el que se demuestre que efectivamente hubieron importaciones similares con las mismas exigencias que señala la nota interpretativa del Art. 3, de tal manera, que se considera que no se aplicó el método correcto de valoración, ya que no se encuentra dentro de los insertos procesales documento alguno que soporte la aplicación de este método aplicado para valorar las mercancías como lo manifiesta la nota interpretativa del Art. 3 de los métodos para determinar los Valores en Aduanas, que impide al contribuyente verificar los datos comparables para establecer si es real o ficticio y que corresponde a una importación similar. Realizado el reajuste los valores constantes en la Factura Comercial del Importador NANDESA S.A. se establece una nueva base imponible: FOB \$719,956.19, FLETE \$ 14,130.00, SEGURO \$ 1,492.04, VALOR EN ADUANA \$ 735,578.23, y de acuerdo a la liquidación 32952773, pagando la accionante en concepto de tributos al comercio exterior la cantidad de \$ 197,479.56 adicionales a los ya cancelados \$ 149,806.41, estableciéndose una diferencia por la cantidad de \$ 47,673.15, pagados de manera indebida que la Resolución Administrativa No. SENAE-DDG-2015-0963-RE, confirma de la cual la accionante ha acudido a impugnar en reclamo de Pago Indebido. La Sala en mérito a los preceptos establecidos en el presente fallo, determina que la mercancía importada por la accionante NANDESA S.A., está

legalmente amparada en las facturas comerciales y en los documentos presentados por el importador y que constituyen pruebas del precio realmente pagado o por pagar, además de los presentados en la declaración aduanera, cuyas copias notariadas han quedado establecidas en uno de los considerandos de esta sentencia y como queda debidamente explicado y fundamentado que la controversia que origina esta acción tributaria por la aplicación de un Método no debidamente fundamentado y sin los correspondientes soportes de legalidad. OCTAVO.- De conformidad con lo que determina el Art. 270 del Código Tributario que dice: “A falta de prueba plena, el tribunal decidirá por las semiplenas, según el valor que tengan dentro del más amplio criterio judicial o de equidad. Podrá también establecer presunciones, que deducirá de los documentos y actuaciones producidos por las partes y de todas las pruebas que hubiere ordenado de oficio, inclusive de aquellas que se presentaren extemporáneamente, siempre que con ellas pueda esclarecerse la verdad o ilustrar el criterio de los ministros.”. La sentencia será motivada y decidirá con claridad los puntos sobre los que se trabó la litis y aquellos que, en relación directa a los mismos, comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnados, aun supliendo las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o apartándose del criterio que aquellos atribuyan a los hechos; por lo tanto, aplicando la sana crítica, y la valoración que se ha otorgado a las pruebas que han sido presentadas en este proceso por los litigantes, existe el análisis de los fundamentos de hecho y de derecho que se han aportado, lo que nos hace merecedores para emitir la sentencia con criterio jurídico, pruebas de las partes intervenientes, que han sido apreciada en su conjunto y se las valora como corresponde en derecho, la misma que presentada por la parte accionante de esta demanda, es concluyente, en cuanto se refiere al contenido de la demanda, los documentos aportados y la fundamentación legal para rebatir lo que se ha expresado en la Resolución Impugnada, conforme la Sala lo declara, y la califica de positiva para la pretensión que persigue la parte accionante, ya que las excepciones propuestas por la accionada, se desechan y acogiendo la prueba que presenta la accionante en lo que se refiere a la presentación de los documentos que se encuentran identificados en el considerando sexto, procede la aceptación en pretensión del accionante, todo esto en conformidad con lo que dispone el Art. 270 del Código Tributario, que determina la manera de valorar la prueba; y, en mérito de los considerandos y motivaciones que anteceden, esta Sala Única del Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 2 con sede en Guayaquil”

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

2.1.- Esta Sala Especializada es competente para conocer y resolver el presente Recurso de Casación, en virtud de las Resoluciones N° 004-2012 de 25 de enero de 2012 y 341-2014 de 17 de diciembre de 2014, emitidas por el Pleno del Consejo de la Judicatura: Resoluciones N° 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; así como por el sorteo que consta a foja 165 del proceso y en atención a lo previsto en los Arts. 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, 185 segunda parte, número 1 del Código Orgánico de la Función Judicial y primero de la Codificación de la Ley de Casación.

III. VALIDEZ PROCESAL

3.1.- No se observa del proceso ninguna circunstancia que pueda afectar la validez procesal y no existe nulidad alguna que declarar; por lo que, estando en autos para resolver, se considera.

IV.- PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

4.1.- Previamente a señalar el cargo imputado, es pertinente indicar que el proponente del recurso de casación ha fundamentado su pedido en la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación, argumentando que la sentencia no contiene los requisitos exigidos en la ley, como a continuación se manifiesta:

CAUSAL QUINTA (Art. 3 Ley de Casación)

Cargo único: Falta de motivación en la sentencia recurrida, por cuanto manifiesta que se vulneró la disposición constante en el Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución del Ecuador, en relación con el Art. 139 del Código Tributario.

V.- CONSIDERACIONES Y RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1.- El Recurso de Casación es de carácter extraordinario, de alta técnica jurídica, formal y excepcional, cuyo principal objetivo es la defensa del ius constitutionis, esto es, protege el ordenamiento jurídico imperante, por medio de la correcta interpretación y aplicación del Derecho, con el propósito de hacer efectivos los principios de seguridad jurídica, legalidad e igualdad en la aplicación de la Ley, mediante dos vías ordenadas: por un lado, la llamada función nomofiláctica de protección y salvaguarda de la norma, y por otro lado la función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación del derecho objetivo. Así la crítica del recurrente a la Sentencia de

instancia, para conseguir ser examinada por la Sala de Casación, debe tener por objeto las consideraciones de ésta, que constituyan la ratio decidendi del fallo.

5.2.- Conforme el problema jurídico descrito en este fallo, el recurrente acusa la falta de motivación de la sentencia recurrida, señaladas en el número 4.1., cargo único, cuyos textos son los siguientes:

- CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

I) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

- CÓDIGO TRIBUTARIO

Art. 139.- Invalidez de los actos administrativos.- Los actos administrativos serán nulos y la autoridad competente los invalidará de oficio o a petición de parte, en los siguientes casos:

- 1. Cuando provengan o hubieren sido expedidos por autoridad manifiestamente incompetente; y,*
- 2. Cuando hubieren sido dictados con prescindencia de las normas de procedimiento o de las formalidades que la ley prescribe, siempre que se haya obstado el derecho de defensa o que la omisión hubiere influido en la decisión del reclamo*

5.2.1.- En consideración a la causal quinta alegada por el recurrente, descrita en el número 5 del Art. 3 de la Ley de Casación indica: “*5ta. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles;*”. Ahora bien, es pertinente enfocarnos a la primera hipótesis de dicho motivo, la misma que se orienta a un error in procedendo, por el incumplimiento de la actividad procesal y

determinada por los requisitos de fondo y forma que toda Sentencia o Auto debe contener, si llegase a faltar alguna parte de la Resolución final, ya sea la relación de los hechos, motivación o decisión; esta se encontraría diminuta y sería susceptible de casación.

5.2.2.- Bajo el contexto antes descrito, se procede a analizar las acusaciones formuladas por el recurrente, quien alega, que la Sala de instancia infringió las siguientes normas de derecho: Art. 76 numeral 7 literal I) de la Constitución de la República del Ecuador, en relación con el Art. 139 del Código Tributario.

5.2.2.1.- Respecto de la alegación efectuada por la recurrente sobre la “**falta de requisitos exigidos por la Ley**”, quien manifiesta conforme se estableció en el punto 1.1.1 de este fallo, que la resolución acusada carece de uno de los requisitos formales exigibles para que toda finalización de un litigio judicial sea válido y eficaz, como lo es, la motivación; esta Sala Especializada señala que para Emilio Fernández citado por Álvaro Mejía Salazar en su obra Diccionario de Derecho Tributario, expone que la motivación: “*permite establecer la necesaria relación de causalidad entre los antecedentes de hecho, el derecho aplicable y la decisión adoptada, en consecuencia es necesario que los motivos sean expuestos de una manera concreta y precisa, no siendo suficientes las referencias vagas y completas*”. Ahora bien, una vez examinada la sentencia objetada, se aprecia que la Sala juzgadora ha indicado en su parte expositiva, la parte procesal que propone la acción materia del litigio, el acto administrativo impugnado (materia de la controversia), de igual manera se establece la pretensión y solicitud efectuada de manera clara y concreta; también consta la notificación a la parte demandada y las excepciones propuestas por ésta, en función de lo esgrimido en la demanda del actor. También constan las pruebas solicitadas y practicadas por las partes en el proceso judicial, tendientes a confirmar o desvanecer las pretensiones de cada una; en la parte considerativa, se ubica la competencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N°2 para conocer la causa puesta a conocimiento, la declaración de que en el proceso no se encontró vicio alguno, no se observa la expresión del objeto de la litis, por tanto no es posible identificar el camino que trazó el juzgador para resolver la causa puesta a su conocimiento; entendiéndose además la existencia de la mínima operación mental de los hechos argüidos por las partes procesales puestos a su conocimiento y someramente sustentados en las normas jurídicas; situación que evidencia una resolución de la causa, carente de motivos y de claridad, en consideración de que el Tribunal A quo procedió a declarar nula la resolución impugnada, así como acepta el pedido de devolución de lo indebidamente pagado conforme lo que se dispuso en la sentencia de instancia; sin que medie la operación lógica jurídica necesaria debiendo también

destacar que el Juzgador de instancia, manifestó que la SENAE no había presentado ~~las~~ declaraciones que le habían servido de base para la aplicación del Tercer Método así como que por esta razón considera que la SENAE no aplicó el método correcto de valoración, es decir que la Resolución Administrativa es nula, según el criterio de Instancia, por cuanto la Administración Aduanera no reveló la información que utilizó en el control posterior, evento que no puede ser considerado como falta de fundamento para la aplicación del Método, porque existe norma expresa que le faculta al ente administrativo a mantener en reserva la información que por su naturaleza sea confidencial o que se suministre con carácter de tal a los efectos de la valoración en aduana, dejando en claro que se la puede revelar por pedido expreso de quien la suministró o por orden judicial, dejando claro que conforme el pedido del recurrente la falta de motivación de la sentencia opera por el hecho de que la Sala de Instancia ha desconocido la competencia privativa de la administración aduanera para valorar las mercancías, aplicar la Duda Razonable y utilizar las Bases de Valor con las que cuenta la administración aduanera a fin de determinar si existe o no precios por debajo de otros, así como también por el hecho de que en la sentencia jamás se determinó en que presupuesto del artículo 122 del Código Tributario encaja el presente caso, es decir no realizó la adecuación típica de lo que afirma y resuelve sin que se conozca el criterio del pago indebido, razón por la cual es difícil entender cuál fue el camino que utilizó el juzgador para resolver la causa y por ende ocuparse de los puntos o cuestiones comprendidas en aquella así como al no existir una explicación lógica del porqué se produjo el pago indebido. Por todo lo antes expuesto, y conforme a la disposición contenida en el Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, se determina que dicha norma, no sólo evidencia la trascendencia de la motivación en las sentencias y autos, sino que también señala el efecto que produce su incumplimiento, el cual, como no puede ser de otra manera, acarrea la nulidad de los fallos que no se encuentren debidamente motivados, es decir, que en los mismos, no se explique la pertinencia y debida correspondencia que las normas jurídicas, deben guardar con los hechos propuestos y atacados por las partes procesales; y finalmente consta la resolución del caso, en donde se expone la decisión. En consecuencia el fallo recurrido conforme el Art. 76 número 7 letra l) de la Constitución de la República del Ecuador, adolece de NULIDAD al no cumplir con el requisito de motivación; por tanto, se configura plenamente la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación y así se la declara, por lo que este Tribunal debe expedir la sentencia que corresponde:

VI.- SENTENCIA DE MÉRITO

6.1.- El señor Ingeniero Marco Antonio Terán Morales, en calidad de Gerente General de la

compañía NANDESA S.A., comparece y deduce demanda contenciosa tributaria en contra de la Directora Distrital de Aduana de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, Lcda. Alba Marcela Yumbla Macías; impugnando la Resolución N° SENAE-DDG-2015-0963-RE dictada y notificada el 29 de septiembre del 2015, acto administrativo que pone fin al reclamo administrativo de Pago indebido No. 393-2015 propuesto en contra del cobro de valores que fueron realizados de manera indebida por parte de la dirección Distrital de Aduana de Guayaquil dentro del proceso de despacho y nacionalización de las mercaderías constantes en el Refrendo No. 028-2015-10-003116691. Fundamenta su pretensión en lo siguiente: **FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-** **6.1.1)** Procedente de Shanghai República de China la actora importó mercancías clasificadas dentro del Arancel de Importaciones en los capítulos 39, 42, 72, 73, 76, 82, 83, 84, 85, 87, 90, 94, 96, 98, mismas que se encuentran amparadas en la Factura Comercial No. 15018SHE007 de fecha 10/04/2015, por un valor FOB\$630.923,84. Para lo cual se utilizó el sistema electrónico ECUAPASS, signándole el número de Refrendo 028-2015-10-00316691. **6.1.2)** Que para el despacho y nacionalización de la mercancía se envió los respectivos documentos de importación mediante el sistema ECUAPASS, que con la liquidación de los tributos al comercio exterior No. 329414418, se procedió a cancelar los mismos conforme lo determina la normativa legal aduanera por la cantidad de \$ 149,806.41, con fecha 23/5/2015 en el Banco Bolivariano, siendo su valor en aduana por la cantidad de \$646,545.88, que se desprenden de la siguiente manera FOB \$ 630,923.84; FLETE \$ 14,130.00; SEGURO \$1,492.04. **6.1.3)** Que en el acto de aforo físico se determinó por parte de la Aforadora Claudia Ratti, observaciones en la clasificación arancelaria de las mercancías consistentes en Amarras Plásticas (3921.19.90.00), Manguera (8414.90.90.00) y Andador (8715.00.10.00) clasificándolas en las subpartidas arancelarias 3923.90.00.00, 4009.42.00.00, 9403.70.00.00 respectivamente, así como también se procedió a la separación y / fraccionamiento de 2 catálogos correspondientes al ítems 166 de la Factura Comercial No. 1508SHE007, por ser de prohibida importación, conforme al Informe de Separación SENAE-CZPG-2015-1769-M. Mediante fecha de notificación 2015-05-26, la antes citada Aforadora genera Duda Razonable (Trámite con Alerta de Valor), en la que se solicita documentos de soporte-probatorios del valor de transacción de las mercancías constantes en la Factura Comercial No. 15018SHE007 y se envía a remitirse a lo que indica el Boletín No. 239 (Documentos Probatorios del Valor declarado), de fecha 29 de julio del 2014. Duda Razonable que tiene como antecedente lo determinado en la Resolución 04-2010-R1 que se menciona en la Resolución que se impugna y que expresa “Que la valoración de la mercancía de la DAI en referencia se encuentra motivada en la Resolución 04-2010-R1, mercancías de las cuales se recibió alerta por parte del

perfilador de riesgo indicando textualmente lo siguiente: "Observación de Valor: Sin perjuicio de los demás aspectos de control aduanero, se solicita revisar la presente declaración, poniendo especial énfasis en la mercancía "Coche de Bebé". De generarse dudas o inconsistencias con respecto a los valores se solicita actuar conforme a lo dispuesto en la resolución No. 04-20010-R1". **6.1.4)** Que Teniendo como antecedente lo anteriormente expuesto y en virtud de que el plazo para la presentación de los documentos probatorios de valor se encontraba vencido, se procedió a descartar el primer método de valoración por lo que se procedió con la aplicación de los métodos secundarios, continuando con la aplicación se descartó el segundo método por cuanto no se evidenció mercancías en la base de valor, por lo que se procedió con la aplicación y valoración de las mercancías conforme el método 3 de valoración "Valor de mercancías similares". La Aplicación del Tercer Método de Valoración-Valor de Transacción de Mercancías Similares tiene su propio procedimiento plenamente establecido en el Acuerdo de Valoración de la OMC y las Normas Comunitarias Andinas de Valoración, que se analizará más adelante en los fundamentos de Derecho de la presente acción contenciosa tributaria. Realizado el reajuste los valores constantes en la Factura Comercial antes indicada se establece una nueva base imponible: FOB \$719,956.19, FLETE \$ 14,130.00, SEGURO \$ 1,492.04, VALOR EN ADUANA \$ 735,578.23, y de acuerdo a la liquidación 32952773, la actora pago por concepto de tributos al comercio exterior la cantidad de \$ 197,479.56 adicionales a los ya cancelados \$ 149,806.41, estableciéndose una diferencia por la cantidad de \$ 47,673.15, pagados de manera indebida por parte de mi representada. **6.1.2)** Que la Resolución Administrativa No. SENA-DDG-2015-0963-RE, materia de esta Demanda Contenciosa Tributaria, es NULA, porque se encuentra carente de motivación, toda vez que evitó pronunciarse sobre los argumentos de hecho y de derechos expuestos en el reclamo administrativo de Pago Indebido Nro. 393-2015, vulnerando y transgrediendo principios Jurídicos y elementales, normas de derecho vigentes y fundamentales Garantías Básicas del Debido Proceso como es la Seguridad Jurídica consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, conforme a la elemental Garantía Constitucional del Debido Proceso, consagrada en el Literal I) del Numeral 7mo del Art. 76 y el principio y exigencia jurídico establecido en el Art. 81 del Código Orgánico Tributario. **LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO EXPUESTOS EN EL RECLAMO ADMINISTRATIVO DE PAGO INDEBIDO QUE LA ADUANA IGNORÓ PRONUNCIAMIENTO EN LA RESOLUCIÓN MATERIA DE ESTA DEMANDA SON LOS SIGUIENTES.- 1.-)** Que la entidad demandada señala que en la Resolución Nro. SENA-DDG-2015-0963-RE de fecha 29 de septiembre del 2015, que no se pudo desvirtuar por parte de la actora la Duda Razonable por Alerta de Valor, por cuanto de los documentos que se ingresaron a la Dirección Distrital de la

Aduana de Guayaquil SENAЕ, no subsanan las observaciones de los documentos bancarios y no se presentó Contrato. **2.-)** Constan de dicho reclamo administrativo de pago indebido signado con el 393-2015, mismo que sustanciado en esa Dirección Distrital de Guayaquil, que la actora presentó los documentos que establece el Boletín 236-2014 de fecha 29 de julio del 2014, documentos como a) Swift Certificado por el Banco Girador, b) Transferencia Bancaria del Valor de Transacción de la Factura Comercial No. 15018SHE007, c) Estados Cuenta del Banco donde consta el giro realizado, d) Cobro del correspondiente Impuesto por Salida de Divisas en razón del monto de la transferencia, d) Certificación por parte del exportador del Contrato de Venta, e) Certificación del Sello del exportador Shanghai International Co. Ltd., f) documentos contables auxiliares de diario, registro en el diario de los pagos efectuados de la importación bajo el Refrendo No. 028-2015-10-00316691, y demás documentos de soporte y acompañamiento conforme lo dispone la normativa legal aduanera. Documentos que fueron debidamente analizados en legal y debida forma por parte de esa Dirección Distrital de Guayaquil del SENAЕ. **3.-)** EL ACUERDO DE VALORACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO OMC EN SU INTRODUCCIÓN GENERAL, establece: El “valor de transacción”, tal como se define en el artículo 1, es la primera base para la determinación del valor en aduana de conformidad con el presente Acuerdo. El artículo 1 debe considerarse en conjunción con el artículo 8, que dispone, entre otras cosas, el ajuste del precio realmente pagado o por pagar en los casos en que determinados elementos, que se considera formar parte del valor en aduana, corran a cargo del comprador y no estén incluidos en el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas. Art.1.- El valor en aduana de las mercancías importadas será el valor de transacción, es decir, el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías cuando éstas se venden para su exportación al país de importación, ajustado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8. **4.-)** La Resolución 1684 que Reglamenta a la Decisión 571- Valor en Aduana de las Mercancías Importadas, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Año XXXI Número 2340 Lima, 28 de mayo de 2014, señala en su Artículo 5 los Requisitos para Aplicar el Método de Valor de Transacción y expresa: a) Que la mercancía a valorar haya sido objeto de una negociación internacional efectiva, mediante la cual se haya producido una venta para la exportación con Destino al territorio Aduanero Comunitario; b) Que se haya acortado un precio real que implique la existencia de un pago, independiente de la fecha en que se haya realizado la transacción y de la eventual fluctuación posterior de los precios; y, c) Que en los términos pueda demostrarse documentadamente el precio realmente pagado o por pagar directa o indirectamente al vendedor de la mercancía importada, de la forma prevista en el Artículo 8 del presente Reglamento. El Art. 25

de la Decisión 571 de la CAN-Valor en Aduana de las Mercancías Importadas, establece que "La utilización de los bancos de datos no debe llevar al rechazo automático del valor de transacción de las mercancías importadas. Debe permitir la verificación de los valores declarados y la constitución de indicadores de riesgo para generar y fundamentar las dudas a que se refiere el artículo 17 de esta Decisión para el control y la elaboración de programas sobre estudios e investigaciones de valor". NORMAS DE DERECHO QUE DENUNCIAN LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO CONTENIDO EN LA RESOLUCIÓN No. SENAE-DDG-2015-096-RE POR VIOLACIÓN DE LAS SIGUIENTES NORMAS TÉCNICAS JURÍDICAS ADUANERAS DE DERECHO Y CONSTITUCIONALES. Señalado los hechos que presuntamente sustentan la Resolución No. SENAE-DDG-2015-0963-RE materia de la presente impugnación es preciso señalar lo siguiente: Conforme lo hemos señalado señores Jueces, el Acto Administrativo materia de la presente impugnación, NO CUMPLE las disposiciones legales establecidas en el Acuerdo de Valoración de la OMC, Decisión 571 Valor en Aduana de Mercancías Importadas y su Resolución 1684, señaladas en líneas anteriores y que establecen una serie de parámetros y factores se debe analizar y aplicarse por parte de la Administración Tributaria Aduanera para que este determine de forma legal y correcta el Método de Valoración en la importación de una Mercancía y por lo tanto al no haberlos aplicado, como tampoco haberse pronunciado conforme lo exigen las normas legales y constitucionales, respecto a los argumentos expuestos en el reclamo administrativo de impugnación, trasgrede y vulnera derechos fundamentales, que como Garantías del Debido Proceso están obligados a Tutelar la Administración Pública a favor de sus administrados en todos su actos administrativos. Enunciándose las siguientes disposiciones constantes en la Constitución de la República como son las siguientes: Art. 76 numeral 3; Art. 76 numeral 7 letras a), l) e i); Arts. 82, 169, 300 y 425; del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva Art. 122; del Código Tributario Arts. 103, 81 y 312; del Acuerdo de Valoración de la Organización Mundial de Comercio Art. 3 letras a) y b). NORMAS COMUNITARIAS INAPLICADAS E INOBSERVADAS POR LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA ADUANERA EN LA RESOLUCIÓN No. SENAE-DDG-2015-0963-RE. Resolución No. 1684 - Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 Valor en Aduana de las mercancías importadas publicada en la Gaceta Oficial Acuerdo de Cartagena año XXXI número 2340 Comunidad Andina.- Sección II Tercer Método: Valor de Transacción de Mercancías Similares, Art. 41 Aspectos Generales de Aplicación, Art. 42 Ajustes, Art. 43 Elemento Tiempo. FALLO DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA Y SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES DISTRITALES DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE PROVINCIAL DE GUAYAQUIL.- 1.-) La

sentencia de las Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia dada en el Recurso de Casación dentro del Juicio de Impugnación No. 242-2009, seguido por la compañía Importaciones y Distribuciones ALTAPRINCE CIA. LDA., publicado en el registro Oficial Edición Especial No. 261 del 12 de Marzo del 2012; 2.-) Así como las Sentencias dictadas por La Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 2 de Guayaquil, en los Juicios No. 09501-2015-00030, seguido por la empresa SUPERIMPORT S.A. y No. 09501-2015-0008, seguido por la empresa NADUSS S.A. y por la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario dentro del Juicio Nro. 09504-2015-00034 seguido por la empresa COALBRO S.A., en contra del Director General del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, casos con identidad jurídica similares, en los que se señala la siguientes: Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 2 de Guayaquil, el No. 09501-2015-00030, numeral UNDECIMO literal E); Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 2 de Guayaquil, Juicio de Impugnación 09501-2015-0008, en su Numeral Noveno; literal E); Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 2 con Sede en Guayaquil, dentro del Juicio de Impugnación No. 09504-2015-00034, que en el Considerando NOVENO. Los Argumentos expuestos en esta demanda Contenciosa Tributaria fueron expuestos con claridad meridiana a la administración aduanera, sin embargo de aquello y conforme lo hemos demostrado en el libelo de esta demanda, se pretende cobrar tributos al amparo de un acto administrativo que vulnera elementales normas legales y constitucionales, lo cual causa su nulidad conforme hemos señalado, con los fundamentos de hecho y de derecho mencionados, conforme a lo que determinan los Arts. 76 numeral 7 literales a) y l) de la Constitución de la República, Art. 103 numerales 2 y 5 y Art. 81 del Código Tributario, finalmente la parte actora solicitó que en sentencia se declare lo siguiente: A.-) Que se declare con lugar la presente demanda Contenciosa Tributaria, y se deje sin efecto jurídico la Resolución No. SENAE-DDG-2015-0963-RE dictada por la Lcda. Alba Marcela Yumbla Macías en su calidad de Directora Distrital de la Aduana de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador; B.-) Que se disponga la devolución de lo pagado de forma indebida y arbitraria mismo que es por la cantidad de \$ 47,673.15, más los intereses de ley de conformidad con lo que dispone el Art. 21 del Código Tributario; y, C.-) Que se sirvan ratificar que el valor de transacción por la presente importación es la cantidad establecida en la correspondiente Factura Comercial No. 15018-SHE007, y que sus tributos al comercio exterior se encuentran debidamente cancelados mediante liquidación No. 32941418 por la cantidad de \$ 149,806.41.

6.2.- Mediante providencia de 22 de diciembre de 2015, la Juez de Sustanciación de la causa, por

reunir los requisitos de ley, admite a trámite la demanda y se ordena Citar con la misma a la Directora Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, para que la conteste en el término de quince días.

6.3.- La Licenciada Alba Marcela Yumbla Macías, en su calidad de Directora Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, comparece con su escrito de contestación a la demanda, proponiendo las excepciones siguientes: **1.-** Falta de prueba del actor de acuerdo a lo establecido en el artículo 113 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil y en concordancia con el artículo 258 del Código Tributario; **2.-** Procedencia y legitimidad de la Resolución No. SENAE-DDG-2015-0963-RE, del 29 de Septiembre de 2015, la misma que fue expedida por la autoridad competente, dentro del plazo establecido por la ley, y debidamente motivada como lo establece el artículo 76 numeral 7) literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador y que ratifica la valoración impuesta dentro del procedimiento de aforo de importación, amparada con la declaración aduanera No. 028-2015-10-00316691, en el cual se descartó el primer método de valoración; **3.-** Falta de derecho del actor, por cuanto los actos emanados por la Administración Aduanera han sido totalmente apegados a derecho; **4.-** No se allanó a ninguna de las solemnidades sustanciales y nulidades que pudiere viciar el presente proceso. Y Finalmente solicitó que se declare sin lugar la demanda de PAGO INDEBIDO presentada por el señor MARCO ANTONIO TERAN MORALES, por los derechos que representa de la compañía NANDESA S.A., en contra de la Dirección Distrital de Guayaquil del servicio Nacional de Aduana del Ecuador, así como se ratifique en todas sus partes la resolución No. SENAE-DDG-2015-0963-RE, del 29 de Septiembre de 2015, dictada por el Director Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, la cual a su vez ratifica la valoración impuesta dentro del procedimiento de aforo de importación, amparada con la declaración aduanera No. 028-2015-10-00316691, en el cual se descartó el primer método de valoración.

6.4 Por existir hechos sujetos a justificación, con providencia de fecha 17 de febrero de 2016, recibe la causa a prueba por el término común de diez días, de conformidad con el Art. 257 del Código Orgánico Tributario, presentando ambas partes escritos de prueba los mismos que fueron oportuna y debidamente proveídos para su evacuación.

6.5.- Siendo este el estado del proceso, la Sala para resolverlo se sustenta en las siguientes consideraciones: **6.5.1.-** Conforme lo señalado en el punto 5.2.2.1 de este fallo, de acuerdo a la nulidad encontrada en el fallo recurrido, amparados en el Art. 76 número 7 letra l) de la

Constitución de la República del Ecuador, se procede a efectuar la sentencia de mérito correspondiente, en función de aquello, se indica que esta Sala Especializada es competente para conocer y decidir sobre la materia de la controversia. **6.5.2.-** El proceso es válido puesto que se lo ha tramitado de conformidad con la Ley, sin omisiones que pudieran viciarlo y se ha garantizado el derecho a la defensa de las partes intervenientes. **6.5.3.-** En síntesis, la controversia, consiste en establecer si la emisión de la Resolución N° SENAE-DDG-2015-0963-RE emitida por la Directora Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del ecuador el 29 de septiembre del 2015 dictada el 10 de febrero de 2015 que negó el Reclamo administrativo de Pago indebido No. 393-2015, por el cobro de valores indebidamente realizados por la Dirección Distrital de Aduana de Guayaquil, dentro del proceso de valoración impuesta en el procedimiento de aforo de importación amparada en la declaración aduanera N°. 028-2015-10-00316691 en el cual se descartó el primer método de valoración, fue dictada conforme a Derecho, o si su emisión vulneró algún principio o normativa tributaria y por consiguiente dicha actuación estaría viciada; así como si se configura o no el pago indebido por parte de la actora . **6.5.4.-** Para el efecto el actor alega que la Dirección Distrital de Guayaquil de la SENAE, ha generado una duda razonable al respecto de las mercaderías por el importadas y que ha presentado durante el control concurrente oportunamente toda la información que la SEANE le había solicitado y que finalmente no se le reconoció el pago de los tributos por el primer método el de valor de la transacción, razón por la cual procedió al pago de tributos de lo cual ahora reclama el pago indebido de los mismos y solicita que se declare sin lugar la demanda de pago indebido y se deje sin efecto la Resolución de la SENAE No. DDG-2015-0963 y la devolución de lo indebidamente pagado y que se sirvan ratificar el valor de la transacción de la presente importación correspondiente a la Factura comercial No. 15018SHE007. En conclusión, se traba la litis en los términos de confrontar la pretensión procesal antes descrita que consigna la actora con las excepciones siguientes propuestas por la parte demandada: **a)** Falta de prueba del actor de conformidad con el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 258 del Código Tributario. **b)** Legitimidad y procedencia de la resolución SENAE – DDG-2015-0963-RE , del 29 de septiembre del 2015 la que fue emitida por autoridad competente, dentro del plazo establecido por la ley , y debidamente motivada en actos de administración y las normas legales pertinentes tal como lo establece el artículo 76 numeral 7) literal L de la Constitución de la Republica y ratifica la valoración impuesta dentro del procedimiento de aforo de importación, amparada en la declaración aduanera No. 028-2015-10-00316691 en la que se descartó el primer método de valoración; **c)** Falta de derecho del actor; **d)** No se allana a ninguna de las solemnidades sustanciales y nulidades que pudieren viciar el presente caso

6.6.- En consideración a lo antes esgrimido, corresponde a esta Sala, en estricto derecho dirimir la controversia y para hacerlo realiza el siguiente análisis: 6.6.1.- La Administración Aduanera tiene en el ejercicio de la gestión tributaria, a la facultad determinadora, la misma que consiste en establecer el hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo; para mejor ilustración nos permitimos citar lo siguiente: “... *el conjunto de normas jurídicas que disciplina la actividad administrativa del que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de las relaciones tributarias sustantivas y de las relaciones entre la administración pública y los particulares que sirven al desenvolvimiento de esta actividad ...*” (JARACH, Dino citado por Juan Martín Queralt, y otros. “*Curso de Derecho Financiero y Tributario*”, Madrid, Tecnos, 2002, p. 307). Como se puede evidenciar de la doctrina citada, la determinación tributaria constituye una actividad reglada y no discrecional, apegada a los principios de legalidad, seguridad jurídica, etc, que a más de permitir la recaudación tributaria, también apoya al cumplimiento de deberes formales y sustanciales acaecidos por la relación jurídica existente entre el Estado y los particulares. De igual manera el Art. 9 del Código Tributario señala en qué consiste la gestión tributaria enmarcándose en las funciones de determinación, recaudación de los tributos, entre otras, así: “*Art. 9.- Gestión tributaria.- La gestión tributaria corresponde al organismo que la ley establezca y comprende las funciones de determinación y recaudación de los tributos, así como la resolución de las reclamaciones y absolución de las consultas tributarias*”. En el mismo sentido los Arts. 67 y 68 del Código Tributario, establecen las facultades de la Administración Tributaria Aduanera, en donde se indica que dentro del ejercicio de las mismas, la SENAE goza de la facultad determinadora de la obligación tributaria, de la siguiente manera: “*Art. 67.- Facultades de la administración tributaria.- Implica el ejercicio de las siguientes facultades: de aplicación de la ley; la determinadora de la obligación tributaria; la de resolución de los reclamos y recursos de los sujetos pasivos; la potestad sancionadora por infracciones de la ley tributaria o sus reglamentos y la de recaudación de los tributos*”; atribución que al ser ejercitada, comprende lo siguiente: “*Art. 68.- Facultad determinadora.- La determinación de la obligación tributaria, es el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo. El ejercicio de esta facultad comprende: la verificación, complementación o enmienda de las declaraciones de los contribuyentes o responsables; la composición del tributo correspondiente, cuando se advierta la existencia de hechos imponibles, y la adopción de las medidas legales que se estime convenientes para esa determinación*”; concordante con lo esgrimido en el Art. 68 de la norma antes citada: “*Art. 87.- Concepto.- La determinación es el acto o conjunto de actos*

provenientes de los sujetos pasivos o emanados de la administración tributaria, encaminados a declarar o establecer la existencia del hecho generador, de la base imponible y la cuantía de un tributo. Cuando una determinación deba tener como base el valor de bienes inmuebles, se atenderá obligatoriamente al valor comercial con que figuren los bienes en los catastros oficiales, a la fecha de producido el hecho generador. Caso contrario, se practicará pericialmente el avalúo de acuerdo a los elementos valorativos que rigieron a esa fecha". De la normativa antes citada y de lo ya expresado en líneas anteriores, la Administración Tributaria Aduanera goza plena y legalmente de la facultad determinadora, la misma que al efectuarla se debe tomar en cuenta entre otras cosas la verificación de las declaraciones de los contribuyentes o responsables y la adopción de las medidas legales que se estime convenientes para esa determinación. **6.6.2.-** El reclamo se origina por la impugnación a la Resolución No. SENAE-DDG-2015-0963-RE dictada y notificada el 29 de septiembre del 2015 por la Directora Distrital de Aduana Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador , acto administrativo que pone fin al reclamo administrativo de Pago indebido No. 393-2015.- **6.6.3.-** Que al realizarse el acto de aforo físico se observaron en la clasificación arancelaria de las mercaderías de las mercancías consistentes en Amarras Plásticas (3921.19.90.00), Manguera (8414.90.90.00) y Andador (8715.00.10.00) clasificándolas en las subpartidas arancelarias 3923.90.00.00, 4009.42.00.00, 9403.70.00.00 respectivamente, así como también se procedió a la separación y / fraccionamiento de dos catálogos correspondientes al ítems 166 de la Factura Comercial No. 1508SHE007, por ser de prohibida importación, conforme al Informe de Separación SENAE-CZPG-2015-1769-M, generando Duda Razonable (Trámite con Alerta de Valor), Observación de Valor, que se solicita revisar, poniendo especial énfasis en la mercancía "Coche de Bebé", al generarse dudas o inconsistencias con respecto a los valores se solicita actuar conforme a lo dispuesto en la resolución No. 04-20010-R1", acorde con la lectura de la propia Resolución materia de la impugnación y, en virtud de que el plazo para la presentación de los documentos probatorios de valor se encontraba vencido, se procedió a descartar el Primer Método de Valoración, continuando con la aplicación se descartó el Segundo Método por cuanto no se evidenció mercancías identicas en la base de valor, por lo que se procedió con la aplicación y valoración del Tercer Método de Valoración, esto es, "Valor de Mercancías Similares"; **6.6.4.-** La Aplicación del Tercer Método de Valoración - Valor de Transacción de Mercancías Similares tiene su propio procedimiento plenamente establecido en el Acuerdo de Valoración de la OMC y las Normas Comunitarias Andinas de Valoración, al realizar el reajuste de los valores constantes en la Factura Comercial, se establece una nueva base imponible: FOB \$719,956.19, FLETE \$ 14,130.00, SEGURO \$ 1,492.04, VALOR EN ADUANA \$ 735,578.23, y de acuerdo a la liquidación

32952773, se realiza un pago por concepto de tributos al comercio exterior, por la cantidad de \$ 197,479.56 adicionales al ya cancelado en la cantidad de \$ 149,806.41, estableciéndose una diferencia en la cantidad de \$ 47,673.15, que según la parte actora han sido pagados de manera indebida; **6.6.5.** La accionada con referencia a la solicitud que presenta la actora en su demanda, se ha opuesto a la pretensión solicitada, interponiendo las excepciones previstas en este fallo y manifestando que al revisar los valores de la mercancía declarada por el actor en comparación con los valores registrados en la Base de Valor del SENA, se ha verificado que los valores de la mercancía declarada se encontraban por debajo de lo evidenciado en dicha herramienta, por aquello, se generó la DUDA RAZONABLE indicándole al importador “Trámite con alerta de valor, favor remitirse a boletín 236 sobre documentos probatorios del valor declarado”, para la presentación de los documentos de soporte, dispuesto por el Art. 54 del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 de la Comunidad Andina adoptado mediante Resolución 1684”, el plazo para la presentación de la documentación, era hasta el 02 de junio del 2015, solicitando el contribuyente prórroga, que le fuera concedida hasta el 04 de junio de 2015; al no acatar el importador la observación dentro del plazo estipulado, al no desvirtuar la duda razonable se procedió a realizar el ajuste de valor, aplicando el Tercer Método de Valoración: “Valor de Transacción de Mercancías Similares”, por lo que operó el reajuste FOB \$719,956.19, dando como resultado los tributos reales de la DAU 028-2015-10-00316691 dentro del cual se genera la liquidación complementaria No. 32952773 por USD \$46,483.10 estos valores fueron calculados con el método 3 “Mercaderías Similares”, establecido en la DECISIÓN 571 de la Comunidad Andina de Naciones, en concordancia con los artículos 15, 16, 17, 18 y 25 de la Decisión 571 de la CAN y del Acuerdo sobre la Valoración de la OMC. Solicitando se declare sin lugar la demanda de Pago Indebido presentada por la compañía NANDESA S.A., en contra de la Dirección Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador y, se ratifique la Resolución No. SENA-DDG-2015-0963-RE, del 29 de Septiembre de 2015, dictada por el Director Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador; **6.6.6.-** Dentro de la prueba evacuada se tiene la siguiente por parte de la parte demandada : **1.-** Que se reproduzca lo que fuere favorable a los intereses institucionales del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, en lo que proceda a derechos, en especial el contenido de la contestación a la demanda con sus excepciones deducidas, así como las disposiciones legales y reglamentarias invocadas y puntualizadas en la misma; y, cuando de todo lo que obre en este proceso a favor de mi representada, en lo que tuviere lugar en derecho. **2.-** Se Impugnó, y se redarguyó de falso y objeto en su legitimidad todo lo que fuere adverso a los intereses de la Aduana, así mismo, se impugnó las pruebas que haya presentado o

llegare a presentar la contraparte, por ser falsas y ajenas a la Litis. **3.-** Que se reproduzca el contenido del reclamo administrativo Nro. 393-2015, que en copias certificadas fue adjunto con el escrito de contestación, especialmente: a) La Providencia Nro. SENAE-DRTG-2015-0570-PV, de fecha 20 de julio de 2015, suscrita por la Abg. María Gabriela Ochoa Ochoa, Directora de Reclamos y Trámites Operativos de la Dirección Distrital de Guayaquil en el cual se concede el térmico de diez (10) días hábiles, para ejercer su defensa y practique todas las pruebas de descargo pertinentes a la infracción; b) Memorando No. SENAE-JADG-2015-0852-M, de fecha 27 de julio de 2015, firmado por el Ing. Marcos Fernando Nina Suárez, Jefe de Procesos Aduaneros; c) Providencia Nro. SENAE-DRTG-2015-0614-PV, de fecha 07 de Agosto de 2015, firmado por la Abg. María Gabriela Ochoa Ochoa Directora de Reclamos y Trámites Operativos de la dirección Distrital de Guayaquil; d) Memorando No. SENAE-DNR-2015-1103-M, de fecha 25 de agosto de 2015, suscrito por el Econ. Miguel Ángel Padilla Celi, Director Nacional de Gestión de Riesgos y Técnica Aduanera; e) Informe Técnico No. DNR-DTA-JAMS-725-2015, de fecha 21 de Agosto, suscrito por el señor Juan A. Menéndez S, Especialista Técnico Aduanero, de la Jefatura de Consultas de Valoración Origen, de la Dirección Nacional de Gestión de Riesgo y Técnica Aduanera; f) Informe Jurídico Nro. DRTG-INF-JUR-(1)-393-2015 de fecha 17 de septiembre de 2015, suscrito por el abogado Fabricio Reyes De Luca, aduanero y la Ab. Emilia Moscoso Valarezo, Directora de Reclamos y Trámites Operativos de la Dirección Distrital de Guayaquil, Dirección Distrital. **4.** La procedencia y legitimidad del Reclamo Administrativo de Impugnación Nro. 393-2015 y de la Resolución Nro. SENAE-DDG-2015-0963-RE, de 29 de septiembre de 2015, la misma que fue expedida por la autoridad competente, dentro del plazo establecido por ley y debidamente motivada, por lo que se solicitó se reproduzca, como prueba a favor de la SENAE el contenido de dicha Resolución, suscrita por el Director Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador; **6.6.7.-** La parte actora presentó la siguiente prueba ; **1)** Que se reproduzca y que se tenga como prueba a su favor, los fundamentos de hecho y de derecho constante en el libelo de la demanda presentada con fecha 27 de octubre del 2015, así como los documentos de prueba que se adjuntaron a la misma. **2).**- Que se tenga por impugnado todo cuanto en autos le fuera adverso, particularmente lo siguiente: a.-) La Resolución Administrativa Nro. SENAE-DDG-2015-0963-RE materia de esta demanda, dictada el 29 de septiembre del 2015, dictada por la Lcda. Alba Marcela Yumbla Macías, Directora Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.- b.-) Impugna la Duda Razonable y el respectivo Informe de Aforo con Reajuste dado a las mercancías amparadas bajo el Refrendo 028-2015-10-00316691, y la respectiva reliquidación dada mediante Formulario Nro. 32952773, por carecer de eficacia jurídica y haber sido dictada

contrariando elementales normas de derechos.- c.-) El escrito de contestación a la Demanda presentado por el demandado Director Nacional del Servicio de Aduanas del Ecuador, porque en el mismo evita pronunciarse sobre los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el libelo de la demanda, en la que denotan la vulneración de la seguridad jurídica como elemento sustancial de la Garantía Constitucional del Debido Proceso. 3) Que se tenga como prueba a su favor todos los documentos de soporte de valor que constan en el reclamo administrativo de pago indebido No. 393-2015, los cuales no fueron valorados en legal y debida forma. 4.-) Téngase en cuenta las siguientes disposiciones constitucionales y legales, las mismas que determinan la NULIDAD de la Resolución Administrativa No. SENAE-DDG-2015-0963-RE, materia de esta demanda falta de Motivación y porque lesiona derechos fundamentales como es la Seguridad Jurídica y el Derecho a la Defensa como Garantía Básica del Debido Proceso consagrados en los Arts. 300, 82 y 76, Numerales 3ero y 7mo literal a) de la Constitución de la República del Ecuador y demás normas constitucionales y legales que describo: 81 y 311 del Código Orgánico Tributario y 2da Disposición General del COPCI. 5.-) Que se tenga como prueba a su favor lo que determina el Acuerdo de Valoración de la Organización Mundial de Comercio y las Normas Andinas Resolución 1684, que en tema de valoración determinan de forma clara todos y cada uno de los procedimiento que deben de cumplirse para aplicar el Tercer Método de Valoración Valor de Transacción de Mercancías Similares a las que fueron sometidas las mercancías constantes en el Refrendo No. 028-2015-10-00316691 6.)- Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.- Art. 224.- Información Relativa al Comercio Exterior.- Información Relativa al Comercio Exterior.- La información estadística relativa al comercio exterior procesada por el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador será publicada de manera gratuita y sin otras restricciones que las contempladas en la Ley de Propiedad Intelectual, en el portal web del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, y podrá ser consultada sin prohibiciones, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. 7).- Que se oficie a la Dirección Distrital de la Aduana de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador para que remita copias certificadas de las siguientes Declaraciones Aduaneras y/o documentos administrativos, los mismos que solicitó como prueba lo que le favorezca y que se deseche lo que le sea adverso.- 1.- Copia certificada del Reclamo Administrativo de pago Indebido No. 393-2015. 2.- Copia certificada de la Declaración Aduanera Refrendo No. 028-2015-10-00316691, así como también se indique qué tipo de Aforo se realizó y todos los documentos de acompañamiento y soporte de dicha Declaración Aduanera. 3.- Copia certificada de las Declaraciones Aduaneras con las cuales se identificó y se comparó mercancías similares a las importadas por la actora que fueron objeto de

reajuste, en donde deberá constar los nombres de los importadores, precios, calidad, cantidades, tiempo de la importación, nivel y prestigio comercial de las mercancías objeto de comparación que utilizo la Aduana como sustento técnico de su Base de Datos para la aplicación del Tercer Método de Valoración Valor de Transacción de Mercancías similares de conformidad con lo que determina el Art. 41, 42 y 43 del Reglamento 1684 de la Comunidad Andina. 8.)- Que se disponga a la Dirección Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, a través del Área Administrativa respectivas, Exhiba a la Sala en sitio, las Declaraciones Aduaneras con todos los documentos técnicos e informes de valoración en las que debe constar todas las características sustanciales detalladas en el punto CUARTO del escrito presentado por el actor mismos que sirvieron de soporte técnico para el reajuste del valor de las mercancías amparadas en el refrendo No. 028-2015-10-00316691, a fin de que se informe a esa Sala Contenciosa Tributaria técnicamente, si se ha procedido con la correcta aplicación del 3er Método de Valoración Valor de Transacción de Mercancías Similares, conforme lo establece el Acuerdo de valoración de la OMC, Resolución 1684 y todos aquellos aspectos de orden técnico que exigen las Disposiciones de la Comunidad Andina 9) Que se reproduzca y considere como como prueba a su favor las Sentencias dictada por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

7.- De lo expuesto y del análisis y confrontación de los hechos propuestos por las partes procesales, pruebas y normas de derecho, esta Sala establece que: El actor procesal alega la nulidad de la Resolución administrativa No. SENAE-DDG-2015-0963-RE, materia de esta demanda por falta de motivación y por lesionar derechos fundamentales como la seguridad jurídica y el Devido Proceso por cuanto evitó pronunciarse sobre los argumentos de hecho y de derechos expuesto en el reclamo de pago indebido.- 7.1) El actor arguye que la dirección Distrital de Guayaquil de la SENAE, ha generado una duda razonable respecto a las mercancías por el importadas, razón por la cual aclara que durante el control concurrente ha presentado toda la documentación solicitada oportunamente sin embargo de lo cual procedió al pago de los tributos de comercio exterior que fueron reajustados por parte de la Aduana y que la documentación de soporte por él presentada sirve para que se aplique cabalmente el primer método de valoración, relacionado con el valor en aduana de las mercancías importadas y que en definitiva, se debe respetar el valor de transacción de las mercancías importadas por su representada. Es dable señalar que, la aplicación de los métodos de valoración se lo lleva a cabo en orden sucesivo, de manera que si no se puede utilizar el primer método, el cual es el principal e insigne, se puede

proceder con los siguientes métodos, que son considerados como secundarios. De lo descrito en la Resolución N° SENAE-DDG-2015-0963-RE, obra a fs. 1 a 10 vuelta, el Servicio Nacional de Aduanas descartó el primer método de valoración, por cuanto la compañía actora no suministró oportunamente, ni en la forma, ni en los plazos establecidos por el SENAE, la información requerida mediante notificación de 2015-05-26 en la cual se generó la duda razonable, por cuanto al revisarse los valores de la mercadería en comparación con los valores registrados en la base de valor de la SENAE se verificó que los valores de la mercadería declarada se encontraban por debajo de lo evidenciado en la herramienta del ECUAPASS incumpliendo con lo previsto en el Art. 16 de la Decisión 571; también prescindió de la aplicación del segundo método de valoración, por cuanto no se evidenció mercancías idénticas en la base de valor, por lo que se procedió con la aplicación del tercer método relacionado con el valor de transacción de mercancías similares, para lo cual consideró la información registrada en la Base de Valor del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (naturaleza, cantidad y país de origen de las mercancías importadas), estudio a través del cual se ha mostrado claros indicios de que la compañía actora había subvalorado las mercancías importadas en los años 2015 (Art. 18 de la Decisión 571 y 258 del Código Tributario), por un valor FOB estimado de USD \$719,756.19 dólares lo que implicaría que el Estado Ecuatoriano habría dejado de percibir USD \$47,683 dólares por concepto de aranceles, FODINFA, salvaguardias e IVA; ante lo cual, la compañía actora alega que en el mencionado Refrendo No. 028-2015-10-00316691 – valor en Aduana de las mercancías importadas, del cual menciona presentaron toda la documentación soporte más sin embargo la Administración Aduanera no realizó la correcta valoración y análisis de los documentos razón por la cual realizó el ajuste de la valoración, dice el actor, de forma arbitraria descartando el valor de Transacción de mercaderías importadas y el valor de Transacción de mercaderías idénticas, realizando la aplicación del Tercer Método de Valoración de la Transacción de Mercancías Similares, para lo cual tomo la Base de Valor que posee la Administración Aduanera, Base de Valor de la Aduana en la que se establecen las características de las mercaderías para los comparativos de aplicación del Tercer Método, lo que dice el actor no se ha cumplido en el presente caso ya que no se enuncian en la Resolución la información que se tomó de referencia por lo que dice le han dejado en indefensión. En consideración a lo anterior, esta Sala Especializada expresa lo siguiente: **6.8.3.1.** El tercer método de valoración de mercancías está previsto en el Art. 3 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC y su nota interpretativa; para establecer que se comprende por mercancías similares es dable remitirse al Art. 15 número 2 letra b) de dicho Acuerdo que señala, que son similares aquellas mercancías que sin ser iguales en todo, “tienen características y composición semejantes, lo que les permite cumplir

las mismas funciones y ser comercialmente intercambiables”, y para determinar si las mercancías son similares habrá de considerarse, entre otros factores: (i) su calidad, (ii) su prestigio comercial y (iii) la existencia de una marca comercial. **6.8.3.2.** La aplicación del método en cuestión permite a la Administración Aduanera, determinar el valor en Aduana de las mercancías importadas, efectuar los ajustes necesarios para equipar el precio de venta de las mercancías importadas al valor que dicho precio, de acuerdo a la ley, debía alcanzar. En todo caso, dichos ajustes deben realizarse sobre la base de datos comprobados que demuestren claramente que aquéllos son razonables y exactos, tanto si suponen un aumento como una disminución del valor. **6.8.3.3.** Los datos almacenados en una base de datos sobre valoración deberán tratarse de conformidad con las disposiciones sobre confidencialidad que son de aplicación; así, en el caso en concreto, son pertinentes y aplicables las disposiciones constantes en los Arts. 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI), 63 de la Resolución N° 1684 “Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 - Valor en Aduana de las Mercancías Importadas” de la Comunidad Andina de Naciones.- Obligación de suministrar información; y 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC); así: **Arts. 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI).**- El Servicio Nacional de Aduana del Ecuador y el Servicio de Rentas Internas, cuando éstas lo requieran, tendrán libre acceso y sin restricciones, ya sea vía informática o física, y en forma permanente y continua, a toda la información de las actividades de comercio exterior que repose en los archivos y bases de datos del Banco Central del Ecuador, Policía de Migración, Registro Civil, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Superintendencias, Agencia de Calidad del Agro, Instituto Ecuatoriano de Normalización, Registro Mercantil, Unidad de Inteligencia Financiera y demás entidades que participan en el comercio exterior ecuatoriano directa o indirectamente. Los servidores públicos que no entreguen la información o que pongan obstáculos o interferencias para obtenerlas, serán sancionados con la destitución de sus cargos. **El contenido de las bases de datos del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador es información protegida, su acceso no autorizado o la utilización indebida de la información contenida en ella, será sancionado conforme el Código Penal** (La negrilla, cursiva y el subrayado son de la Sala Especializada); **63 de la Resolución N° 1684 “Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 - Valor en Aduana de las Mercancías Importadas” de la Comunidad Andina de Naciones.- Obligación de suministrar información.**- 1. Para comprobar y/o determinar el valor en aduana de las mercancías importadas, el importador o cualquier persona directa o indirectamente relacionada con las operaciones de

importación de las mercancías de que se trate o con las operaciones posteriores relativas a las mismas mercancías, así como cualquier otra persona que posea los documentos y datos de la declaración en aduana de las mercancías importadas y de la declaración andina del valor, estarán obligados a suministrar de manera oportuna, la información, documentos y pruebas que a tal efecto le sean requeridos por la autoridad aduanera, en la forma y condiciones establecidas por las legislaciones nacionales. **2.** En aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 del Acuerdo sobre valoración de la OMC, la información suministrada, que por su especial naturaleza, sea confidencial o aportada con ese carácter, no será revelada por la autoridad aduanera sin la expresa autorización de la persona o del gobierno que la haya proporcionado, salvo orden de autoridad judicial. **3.** Los documentos privados como son, los contratos, en especial los de compraventa, de propiedad intelectual, de licenciamiento, de distribución, entre otros, y en general, la información relativa a la negociación e importación de la mercancía, por su naturaleza serán considerados confidenciales y no podrán ser hechos públicos, sujetándose a lo dispuesto en el inciso anterior. **4.**

La información de la transacción comercial contenida en los bancos de datos a los efectos de valoración aduanera a que se refiere el artículo 25 de la Decisión 571, así como los valores que se encuentren en proceso de investigación o estudio por la administración aduanera, constituyen información confidencial, sujetándose a lo señalado en el numeral 2 del presente artículo (La negrilla, cursiva y el subrayado son de la Sala Especializada); y, 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC).- *Toda información que por su naturaleza sea confidencial o que se suministre con carácter de tal a los efectos de la valoración en aduana será considerada como estrictamente confidencial por las autoridades pertinentes, que no la revelarán sin autorización expresa de la persona o del gobierno que haya suministrado dicha información, salvo en la medida en que pueda ser necesario revelarla en el contexto de un procedimiento judicial.* (La negrilla, cursiva y el subrayado son de la Sala Especializada). Del contenido de la normativa antes expuesta, no cabe duda que la información empleada para evaluar los riesgos potenciales con respecto a la veracidad o exactitud del valor en aduana declarado por las mercancías importadas, es de carácter confidencial, por lo que los funcionarios de la Administración Aduanera autorizados para la obtención de la información, análisis y uso de la herramienta de perfiles de riesgo deberán guardar absoluta reserva y confidencialidad en razón del ejercicio de sus funciones. **6.8.3.4.-** Ahora bien, la Resolución N° SENAEE-DDG-2015-0963-RE que contiene el Refrendo N° 028-2015-10-00316691 y la respectiva liquidación complementaria N° 32952773 por la cantidad de USD \$46,483.10 que

obra a fs. 1 a 10, se evidenciaron claros indicios de que el importador habría subvalorado las mercancías importadas en los años 2015 ; por lo que a criterio de este Tribunal Especializado es indudable que en el proceso de control concurrente, como parte de la facultad determinadora de la Administración Aduanera, se determinó un perfil de riesgo para la compañía NANDESA, mismo que dio origen a la verificación y rectificación de tributos en las importaciones de mercancías realizadas por dicha compañía; es pertinente observar que dicho perfil de riesgo, se fundamenta en la información contenida en la base de datos, que para dicho fin, mantiene la Administración Aduanera; de ahí que, el Art. 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, establece que: *“El contenido de las base de datos del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador es información protegida...”*, lo cual se corrobora en el Art. 63 número 4 de la Resolución 1684 del Reglamento Comunitario de la Decisión 571, que estatuye: *“La información de la transacción comercial contenida en los bancos de datos a los efectos de valoración aduanera a que se refiere el artículo 25 de la Decisión 571, así como los valores que se encuentren en proceso de investigación o estudio por la administración aduanera, constituyen Información confidencial, sujetándose a lo señalado en el numeral 2 del presente artículo”*; numeral éste que prescribe que: *“En aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 del acuerdo sobre Valoración de la OMC, la información suministrada, que por su especial naturaleza, sea confidencial o aportada con ese carácter, no será revelada por la Autoridad Aduanera sin la expresa autorización de la persona o del gobierno que la haya proporcionado, salvo orden de autoridad judicial”*; similar sustento legal contiene el Art. 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, ya citado en líneas anteriores. En definitiva, lo que estas normas de derecho resguardan es el carácter de confidencial o protegida de la información contenida en las bases de datos del SENAE, la cual para el caso en particular, ha sido utilizada, para establecer el perfil de riesgo y para realizar la valoración y rectificación de tributos de las mercancías importadas por la empresa ENDISER S.A. y, dado que esta información por su particular característica de confidencial, solo podía ser revelada por pedido expreso de quien la suministró o por orden judicial, en aplicación del principio dispositivo, por lo que quedaba a criterio del importador, dentro de la instancia administrativa o jurisdiccional, el solicitarla a objeto de que una autoridad judicial ordene su exhibición. **6.8.4.-** El Código de Procedimiento Civil en su Art. 115, indica que la prueba debe ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, mientras que el Art. 270 del Código Tributario prescribe que, a falta de prueba plena, el Tribunal A quo decidirá por las semiplenas, según el valor que tengan dentro del más amplio criterio judicial o de equidad. En ese orden de ideas, por valoración de la prueba judicial se entiende la operación

mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido. Cada medio de prueba es susceptible de valoración individual, y en ocasiones puede bastar uno para formar la convicción del juez, pero lo ordinario es que se requiera varios, de la misma o distinta clase para llegar a la certeza de los hechos discutidos en el proceso contencioso. En la especie, con base en los hechos por los que se trabó la litis y los documentos de prueba presentados por las partes procesales, esta Sala Especializada, con sujeción a lo establecido en los Arts. 270 y 273 del Código Tributario, aprecia que el actor no justifica de manera adecuada los hechos que afirma en su demanda y que sustentan su pretensión, esto es que al impugnar, y solicitar que se declare sin efecto jurídico la Resolución N° SENAE-DDG-2015-0963-RE la cual se fundamenta en el Memorando No. SENAE –DNR-2015-1103-M, elaborado por el Economista Miguel Ángel Padilla quien establece que es efectivamente correcto que dentro del control concurrente se haya descartado el primer método de valoración, que la Resolución impugnada también se sustenta en el Informe Jurídico No. DRTG-RECG-INFJUR-(i)-393-2015 donde realiza un amplio análisis y concluye que es pertinente ratificar el método de valoración utilizado con todo lo cual se concluye que la SENAE justificó las razones jurídicas que le sirvieron de base para la resolución del reclamo de pago indebido destacado adicionalmente que el actor no ha precisado o establecido la causa por la cual considera que el pago por él efectuado, es indebido siendo que del análisis efectuado se establece que el pago realizado por el actor se ha realizado por un acto legítimo de determinación Tributaria de la Administración Aduanera (Art. 140 del COPCI) razón por la cual el pago realizado no es ni ilegal, ni ha ido exigido fuera de la medida legal, ni ha sido realizado por un tributo no establecido legalmente, ni existe exención legal sobre el tributo pagado. Con lo antes expuesto se concluye que se ha demostrado que se efectuó el pago del tributo pero no existe constancia de que éste haya sido indebido. Finalmente, esta Sala señala que por lo esgrimido en la Resolución Administrativa No. SENAE-DDG-2015-0963-RE materia de esta demanda, dictada el 29 de septiembre del 2015, dictada por la Lcda. Alba Marcela Yumbla Macías, Directora Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador así como el reajuste del Refrendo 028-2015-10-00316691, y la respectiva reliquidación dada mediante Formulario No. 32952773, se evidenciaron que la actuación del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, se ubicó dentro del marco legal vigente y por tanto las mismas son actos administrativos que gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad, las cuales no fueron desvanecidas por parte del contribuyente NANDESA S.A., pese que sobre él recayó la carga de la prueba, conforme lo establece el Art. 258 del Código Tributario, es decir, no desvirtuó lo aseverado por el ente administrativo en el acto impugnado.

VII. DECISIÓN

7.1.- Por los fundamentos expuestos, la Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelve:

VIII. SENTENCIA

8.1.- **DESECHAR** la demanda interpuesta por el Ing. Marco Antonio Terán Morales, en calidad de Procurador Judicial de la compañía NANDESA S.A. y confirmar la legitimidad de la Resolución N° Resolución Administrativa No. SENAE-DDG-2015-0963-RE materia de esta demanda, dictada el 29 de septiembre del 2015, dictada por la Lcda. Alba Marcela Yumbla Macías, Directora Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador así como el reajuste del Refrendo 028-2015-10-00316691, y la respectiva reliquidación dada mediante Formulario No. 32952773.

8.2.- Actúe dentro de este proceso, como Secretaria Relatora la Ab. Alejandra Morales Navarrete, de conformidad con la Acción de Personal N° 6037-DNTH-2015-KP.

8.3.- Sin costas.

8.4.- Comuníquese, notifíquese y cúmplase.

Dra. Ana María Crespo Santos

JUEZA NACIONAL

Dra. Maritza Tatjana Pérez Valencia

JUEZA NACIONAL

(VOTO SALVADO)

Dr. José Luis Terán Suárez

JUEZ NACIONAL

Ab. Alejandra Morales Navarrete

SECRETARIA RELATORA

Certifico:

RECURSO DE CASACIÓN

N° 625-2016

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA



CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

JUEZA PONENTE: DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

ACTOR: COMPAÑÍA NANDESA S.A**DEMANDADO:** DIRECTORA DISTRITAL DE GUAYAQUIL DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR**(RECURRENTE)**

Quito, lunes 23 de enero de 2017, las 15h00.

VISTOS: **Composición del Tribunal:** La doctora Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Nacional, conoce del presente recurso, conforme la Resolución N° 004-2012 de 25 de enero de 2012, emitida por el Consejo de la Judicatura. Conocen también la presente causa los doctores José Luis Terán Suárez, y Ana María Crespo Santos, en virtud de la Resolución N° 341-2014 de 17 de diciembre de 2014, emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura y las Resoluciones N°s 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, así como del sorteo que consta en el proceso.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- Sentencia recurrida: La Lcda. Alba Marcela Yumbla Macías, Directora Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, interpone recurso de casación en contra de la sentencia de 13 de septiembre de 2016 a las 15h58, emitida por la Sala Única del Tribunal Distrital N° 2 de lo Contencioso Tributario con sede en el Cantón Quito, dentro del juicio de impugnación N° 09501-2015-00115,instaurado en contra de la Resolución N° SENAE-DDG-2015-0963-RE, que pone fin al reclamo administrativo de pago indebido N° 393-2015, propuesto en contra por cobro de valores que fueron realizados de manera indebida por parte de la Dirección Distrital de Aduana de Guayaquil, dentro del proceso de despacho y nacionalización de las mercancías constantes en el refrendo N° 028-2015-10-00316691 y cuyo fallo declaró con lugar la demanda de pago indebido declarando la nulidad y sin valor jurídico la Resolución impugnada.-----

1.2.- Admisibilidad: La recurrente interpone su recurso por las causales primera y quinta del Art. 3 de la Ley de Casación; sin embargo el auto de admisión de 9 de noviembre de 2015 a las 11h51 de la Dra. Magaly Soledispa Toro, Conjueza de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, admite únicamente la **causal quinta** del Art. 3 de la Ley de Casación por el vicio de falta de motivación.—

1.3.- Argumentos de la recurrente: La recurrente manifiesta que: “ *Como podrán observar de lo señalado, la sala no solo ha contravenido con el carácter LOGICO (sic) de la motivación al sancionar de forma contradictoria a los motivos que justifican su decisión en clara infracción del Art. 139 del Código Tributario, sino que además dentro del control de motivación elaborado por la Corte Constitucional la Sala inclusive incurre en FALTA DE*

MOTIVOS, por la contradicción entre motivos, ya si consideraba que existía pago indebido lo correcto era establecer cuál sería el acto nulo, que nos diga cuál es el presupuesto del art. 122 del Código Tributario que conllevó tal nulidad, sin establecer aquello cómo es posible que ordenen el reintegro de los valores, sin realmente resolver sobre la validez o no de la resolución del reclamo de pago indebido que era el punto en que se trataba la litis.”. “ Además la sala en una completa **FALTA DE MOTIVOS, no justifica en razón de que (sic) existe un pago indebido,** es decir señala que considera que porque en una diligencia de exhibición de documentos, **donde a criterio de la Sala la SENAÉ debía entregar las Declaraciones Aduaneras que demuestren como se llegó al tercer método de valoración, pero la Sala indica que lo que valora son los informes que constan en el reclamos (sic) Administrativo 393-2015.** Señores jueces de la Corte Nacional con esto NO indica que la Sala haya valorado un supuesto pago indebido o que realmente exista análisis sobre los tributos, lo que hace la Sala es desconocer la **competencia privativa** que cuenta la Administración Aduanera para **Valorar las mercancías**, aplicar la **Duda Razonable**, utilizar las **bases de Valor** que si cuenta la Administración para determinar qué efectivamente existe o no precios por debajo a otros, pero no determina en que presupuesto del Art. 122 del Código Tributario encaja el presente caso **es decir no realiza la adecuación típica de lo que afirma a lo señalado en el articulado. Por ende, resuelve sin que sepamos hasta este momento bajo qué criterio se consideró pago indebido, si es por un tributo no establecido legalmente o del que haya exención por mandato legal; si se ha efectuado sin que haya nacido la respectiva obligación tributaria, conforme a los supuestos que configuran el respectivo hecho generador, o ;si (sic) se hubiere satisfecho o exigido ilegalmente o fuera de la medida legal.”.** “ **En el presente caso la ausencia del**

carácter lógico de la sentencia así como la FALTA DE MOTIVOS en el control de la motivación hace carecer a la sentencia de motivación y por ende INFRINGIR EL ART. 76 NUMERAL 7 LITERAL L DE LA CONSTITUCIÓN Y EL ART. 139 DEL CODIGO TRIBUTARIO (sic)". Solicita se case la sentencia.-----

1.4.- Argumentos de la contestación al recurso: Admitido el recurso de casación, la parte actora no ha dado contestación. Pedidos los autos para resolver se considera:-----

II.- CUESTIONES PROCEDIMENTALES PREVIAS E IDENTIFICACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA A RESOLVER

2.1.- Competencia: Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario es competente para conocer y pronunciarse sobre el recurso de casación, en virtud de lo establecido en los artículos 184, numeral 1 de la Constitución de la República, 185, segundo inciso, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, y 1 de la Ley de Casación. -----

2.2.- Validez: En la tramitación de este recurso extraordinario de casación, se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de impugnaciones, y no existe nulidad alguna que declarar.-----

2.3.- Determinación del problema jurídico a resolver: La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia examinará si la sentencia impugnada por el recurrente tiene sustento legal y para ello es necesario determinar lo siguiente: -----

A) ¿En la sentencia de instancia, se configura la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación al supuestamente infringir el Art. 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República, en relación a la motivación de la misma? -----

III.- ARGUMENTACIÓN DE LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

3.1.- Consideraciones Casacionales generales: Previo a abordar los vicios denunciados por la autoridad demandada, es menester iniciar estableciendo ciertos hitos necesarios para conceptualizar las características generales de la casación planteándonos la siguiente pregunta: ¿Qué es la casación? Dentro de la doctrina autorizada, Hernando Devis Echandía en su obra Nociones Generales de Derecho Procesal Civil pág. 797, al referirse al recurso de casación manifiesta que: “*Se trata de un recurso extraordinario, razón por la cual está limitado a los casos en que la importancia del litigio por su valor o su naturaleza lo justifica. Por él se enjuicia la sentencia del tribunal, que es su objeto, sin que implique una revisión del juicio.*”; así mismo, Luis Armando Tolosa Villabona en su obra Teoría y Técnica de la Casación pág. 39, señala que: “[...] *el recurso de Casación es un medio de impugnación extraordinario por motivos específicamente establecidos en la Ley y cuyo conocimiento está atribuido a un órgano judicial supremo (Corte Suprema de Justicia en Colombia, o Tribunal de Casación o Corte de Casación en otros ordenamientos) con el fin de anular, quebrar o dejar sin valor, por razones procesales sustanciales inmanentes, sentencias que conculcan el derecho objetivo, y que contienen errores in iudicando, errores facti in iudicando o errores procesales.*”.

Partiendo de estas citas doctrinarias, es claro que el recurso de casación tiene la característica de un recurso extraordinario en virtud de que únicamente puede ser propuesto por los motivos expresamente establecidos en la Ley, así pues en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se establece taxativamente en el artículo 3 de la Ley de Casación cinco causales sobre las que se puede proponer el recurso de casación, fuera de las cuales no se puede aceptar la existencia de alguna adicional. En materia Tributaria, el recurso de casación fue introducido en el título III del Libro Tercero del Código Tributario publicado en el Registro Oficial 958 de 23 de diciembre de 1975, en donde se establecía que el recurso sería interpuesto ante un Tribunal de Casación constituido por Magistrados de las Salas que no hubiesen conocido la causa. La competencia para conocer la Casación por parte de los Tribunales Distritales tuvo vigencia hasta el 5 de mayo de 1993, cuando se expidió la Codificación de la Constitución Política de la República, en cuyo Disposición Transitoria Décima Séptima dispuso que *“El recurso de casación previsto en el Título III, del Libro Tercero, del Código Tributario (artículos 328 a 335) será interpuesto, a partir de la fecha de la vigencia de estas reformas constitucionales, para ante la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia.”*. Así mismo el artículo 21 de la Ley de Casación publicada el Registro Oficial 192 de 18 de mayo de 1993, derogó en forma total el Título Tercero del Código Tributario, estableciéndose de este modo la casación que se encuentra vigente hasta nuestros días. Finalmente hay que también considerar que el recurso de casación tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de las normas de Derecho sustanciales como procesales dentro de la sentencia o auto del inferior. Sobre el tema, Calamandrei pregonaba la naturaleza del medio extraordinario de impugnación y de estar encerrado en las cuestiones y revisión del derecho, cuando comentaba del recurso de casación. (Ver. Citado por A. MORELLO, en La Casación, Un modelo

Intermedio Eficiente, Segunda edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pág. 71). -----

3.1.1.- Identificación del problema jurídico: El problema jurídico planteado en el punto 2.3., literal A) de la presente sentencia guarda relación con la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación que establece: “...5ta. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles.”. Respecto a la falta de motivación de la sentencia, el Doctor Santiago Andrade Ubidia en su libro La Casación Civil en el Ecuador, página 136, Andrade&Asociados, Fondo Editorial, sobre la causal quinta manifiesta que la Primera Sala de lo Civil y Mercantil en la Resolución N° 271 de 19 de julio de 2001, en el juicio 90-01 (DAC vs. Cobo, publicada en el Registro Oficial 418 de 24 de septiembre de 2001) indica: ”Toda sentencia debe ser motivada, esto es, contener la razones o fundamentos para llegar a la conclusión o parte resolutiva. La falta de motivación está ubicada en la causal 5a del artículo 3 de la Ley de Casación y tiene como efecto la anulación del fallo....”.

3.1.2 Contenido material de la norma denunciada: **3.1.2.1.** Conforme lo establece el Art. 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República, a la letra dice: “...En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...]7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se

considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados...” (El subrayado pertenece a la Sala).-----

3.1.3.) Análisis doctrinario del controvertido jurídico: Cabe mencionar lo que dice la doctrina acerca de la motivación y para lo cual citamos lo que manifiesta Fernando de la Rúa en su libro el Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino, (Editor Víctor P. de Zavalía. Buenos Aires, página 149) acerca de la motivación: “*La motivación de la sentencia constituye el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión y que se consignan habitualmente en los “considerandos” de la sentencia. Invoca este autor que para Couture, Vocabulario Jurídico, página 425 y Claría Olmedo, oc, cit define a la motivación como “conjunto de razonamientos, tanto en el aspecto fáctico como en el jurídico, en los cuales el Tribunal apoya las conclusiones que han de ser el basamento del dispositivo”.* **3.1.3.1.)** Considera esta Sala que en un Estado constitucional de derechos y justicia la función más importante de las juezas y jueces, está encaminada a garantizar los derechos de los ciudadanos. La Constitución de la República del Ecuador, expedida en el Registro Oficial N° 449 del 20 de octubre del 2008, entre una de las garantías del debido proceso, establece la obligación de que las resoluciones o fallos judiciales que se adopten sean motivados, es decir que el juez a través de su razonamiento, experiencia y sapiencia debe vincular los fundamentos de hecho y de derecho para apoyar su decisión y evitar de esta manera situaciones discretionales y arbitrarias que pueden afectar los derechos de los ciudadanos. Es por demás claro que la motivación es uno de los requisitos esenciales que deben cumplir las decisiones de las funciones públicas, ya sea en el ámbito administrativo o judicial. Motivar es explicar la manera en que las normas jurídicas son aplicables a los

hechos controvertidos y definidos en la litis del proceso, luego de que éstos han sido verificados en base a las pruebas debida y legalmente actuadas.---

3.1.4) Control de legalidad en relación a la motivación del fallo:

Anteponiendo las premisas expuestas en los numerales que anteceden, esta Sala Especializada procede a analizar el contenido del fallo recurrido, desglosando lo siguiente: **1)** la enunciación de las afirmaciones de las partes en sus respectivos escritos de impugnación y contestación, **2)** la verificación de la competencia del Tribunal de instancia para conocer la causa; **3)** la declaración de validez del proceso, **4)** enunciación de las normas legales relacionadas al caso, **5)** descripción de los hechos, enunciación y valoración de la prueba y **6)** pronunciamiento sobre las pretensiones del actor, relacionando los hechos comprobados por el Tribunal A quo con las normativas que a su criterio se aplican al caso, situación que se observa a partir de los considerandos séptimo y octavo como se verifica a continuación: “SÉPTIMO.-*De lo expuesto y luego del análisis y confrontación efectuada de los hechos propuestos por las partes procesales, pruebas y normas de derecho, la Sala tiene a bien sostener que en el informe con recomendaciones por parte del técnico especialista del SENAE quien emitió el Informe Técnico No. DNR-DTA-JVA-JAMS-725-2015 suscrito por el señor Juan A. Menéndez S, Especialista Técnico Aduanero, de la Jefatura de Consultas de Valoración Origen, de la Dirección Nacional de Gestión de Riesgo y Técnica Aduanera, que fuera remitido a la Dirección del SENAE mediante memorando No. SENAE-DNR-2015-11103-M por el economista Miguel Angel Padilla Celi, Director Nacional de Gestión de Riesgos y Técnica Aduanera del SENAE, y de fecha 25 de agosto de 2015 en concordancia con el informe consignado mediante memorando No. SENAE-JAFG-2015-0852-M suscrito por el Ingeniero Marcos Fernando Nina Suárez,*

en su calidad de Jefe de Procesos Aduaneros Aforo Físico de la Dirección de Despacho de ese Distrito. Los funcionarios que desempeñan actividades en la SENAE y, que han presentado los informes a los que se hace mención, han establecido situaciones conexas de otra índole y no proceder con los motivos de aplicación de los Métodos de Valoración como lo tiene establecido la Organización Mundial de Comercio, no aplicando correctamente los métodos de valoración como el que se identifica como MÉTODO DEL VALOR DE TRANSACCIÓN, con aplicación del Artículo 1 concordante con el Artículo 8 y sus notas interpretativas. Una característica general del Acuerdo de la OMC, es el criterio que ha expresado sobre la valoración, al que determina como “el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas”, eso significa que el valor de la mercancía que se tomará en cuenta es el que efectivamente se pagó y que consta en la factura, el mismo que es recogido para la aplicación del Primer Método de Valoración y en el Primer Artículo de las Normas de Valoración en Aduana. Además el Acuerdo establece principios generales aplicables al procedimiento de valoración aduanera y son: *Valor real: El valor en aduana es el precio realmente pagado o por pagarse por las mercancías, es decir, el valor de transacción;* *Publicidad: Los criterios y métodos para determinar el valor en aduana deben ser puestos a conocimiento público;* *Uniformidad: Los procedimientos de valoración aduanera se aplican uniformemente en todos los países miembros de la OMC;* *Simplicidad: Los procedimientos de valoración aduanera deben ser redactados para ser entendidos fácilmente;* *Exclusividad: Los procedimientos de valoración aduanera se hallan destinados exclusivamente a determinar el valor en aduana de las mercancías importadas;* *Objetividad: Los valores en aduana se obtienen sobre una base real, acreditada o demostrada; de ninguna manera sobre bases arbitrarias o ficticias.* Los métodos de valoración del Acuerdo de Valoración de la OMC han sido establecidos en criterios sencillos y

equitativos, como son: 1. MÉTODO DEL VALOR DE TRANSACCIÓN; 2. MÉTODO DEL VALOR DE TRANSACCIÓN DE MERCANCÍAS IDÉNTICAS; 3. MÉTODO DEL VALOR DE TRANSACCIÓN DE MERCANCÍAS SIMILARES; 4. MÉTODO DEDUCTIVO; 5. MÉTODO DEL VALOR RECONSTRUIDO; y, 6. MÉTODO DEL ULTIMO RECURSO. Al respecto la RESOLUCION N° 1684 de la Comunidad Andina, que trae la Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 - Valor en Aduana de las Mercancías Importadas, contempla en el Título II Capítulo I Artículo 4 que dice “Aspectos Generales del Valor de Transacción”; que de la revisión del expediente procesal no aparece la fórmula o fórmulas que se haya implementado en la aplicación para llegar a determinar el valor de las mercancías, sino que fue directamente al tercer método, afirmándose en la nota interpretativa del art. 3 que dice: “Para la aplicación del art. 3 siempre que sea posible la Administración de Aduana utilizará el valor de transacción de mercancías similares vendidas al mismo nivel comercial y sustancialmente en las mismas cantidades de las mercancías objeto de valoración”, no se conoce si existe por parte de la Administración Aduanera algún informe en el que se demuestre que efectivamente hubieron importaciones similares con las mismas exigencias que señala la nota interpretativa del Art. 3, de tal manera, que se considera que no se aplicó el método correcto de valoración, ya que no se encuentra dentro de los insertos procesales documento alguno que soporte la aplicación de este método aplicado para valorar las mercancías como lo manifiesta la nota interpretativa del Art. 3 de los métodos para determinar los Valores en Aduanas, que impide al contribuyente verificar los datos comparables para establecer si es real o ficticio y que corresponde a una importación similar. Realizado el reajuste los valores constantes en la Factura Comercial del Importador NANDESA S.A. se establece una nueva base imponible: FOB \$719,956.19, FLETE \$ 14,130.00, SEGURO \$ 1,492.04, VALOR EN ADUANA

\$ 735,578.23, y de acuerdo a la liquidación 32952773, pagando la accionante en concepto de tributos al comercio exterior la cantidad de \$ 197,479.56 adicionales a los ya cancelados \$ 149,806.41, estableciéndose una diferencia por la cantidad de \$ 47,673.15, pagados de manera indebida que la Resolución Administrativa No. SENAE-DDG-2015-0963-RE, confirma de la cual la accionante ha acudido a impugnar en reclamo de Pago Indebido. La Sala en mérito a los preceptos establecidos en el presente fallo, determina que la mercancía importada por la accionante NANDESA S.A., está legalmente amparada en las facturas comerciales y en los documentos presentados por el importador y que constituyen pruebas del precio realmente pagado o por pagar, además de los presentados en la declaración aduanera, cuyas copias notariadas han quedado establecidas en uno de los considerandos de esta sentencia y como queda debidamente explicado y fundamentado que la controversia que origina esta acción tributaria por la aplicación de un Método no debidamente fundamentado y sin los correspondientes soportes de legalidad. OCTAVO.- De conformidad con lo que determina el Art. 270 del Código Tributario que dice: “A falta de prueba plena, el tribunal decidirá por las semiplenas, según el valor que tengan dentro del más amplio criterio judicial o de equidad. Podrá también establecer presunciones, que deducirá de los documentos y actuaciones producidos por las partes y de todas las pruebas que hubiere ordenado de oficio, inclusive de aquellas que se presentaren extemporáneamente, siempre que con ellas pueda esclarecerse la verdad o ilustrar el criterio de los ministros.”. La sentencia será motivada y decidirá con claridad los puntos sobre los que se trabó la litis y aquellos que, en relación directa a los mismos, comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnados, aun supliendo las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o apartándose del criterio que aquellos atribuyan a los hechos; por lo tanto, aplicando la sana crítica, y la

valoración que se ha otorgado a las pruebas que han sido presentadas en este proceso por los litigantes, existe el análisis de los fundamentos de hecho y de derecho que se han aportado, lo que nos hace merecedores para emitir la sentencia con criterio jurídico, pruebas de las partes intervenientes, que han sido apreciada en su conjunto y se las valora como corresponde en derecho, la misma que presentada por la parte accionante de esta demanda, es concluyente, en cuanto se refiere al contenido de la demanda, los documentos aportados y la fundamentación legal para rebatir lo que se ha expresado en la Resolución Impugnada, conforme la Sala lo declara, y la califica de positiva para la pretensión que persigue la parte accionante, ya que las excepciones propuestas por la accionada, se desechan y acogiendo la prueba que presenta la accionante en lo que se refiere a la presentación de los documentos que se encuentran identificados en el considerando sexto, procede la aceptación en pretensión del accionante, todo esto en conformidad con lo que dispone el Art. 270 del Código Tributario,[...] ” ; en consecuencia como se puede observar el fallo recurrido conforme el Art. 76, numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, se encuentra motivado, por lo tanto no se configura la causal quinta invocada por el recurrente. Es importante mencionar que esta Sala Especializada considera que no porque la fundamentación jurídica del Tribunal A quo sea contraria a los intereses del recurrente, significa que exista falta de motivación en el fallo, sin que ello obste el derecho del casacionista a que pueda plantear el recurso de casación por las otras causales previstas en el Art. 3 de la Ley de Casación. Adicionalmente es menester indicar que la recurrente argumenta dentro de su recurso de casación respecto a la falta de motivación lo siguiente: “ Señores jueces de la Corte Nacional con esto NO indica que la Sala haya valorado un supuesto pago indebido o que realmente exista análisis sobre los tributos, lo que hace la Sala es desconocer la **competencia privativa** que cuenta la

Administración Aduanera para **Valorar las mercancías**, aplicar la **Duda Razonable**, utilizar las **bases de Valor** que si cuenta la Administración para determinar que efectivamente existe o no precios por debajo a otros, pero no determina en que presupuesto del Art. 122 del Código Tributario encaja el presente caso **es decir no realiza la adecuación típica de lo que afirma a lo señalado en el articulado. Por ende, resuelve sin que sepamos hasta este momento bajo qué criterio se consideró pago indebido, si es por un tributo no establecido legalmente o del que haya exención por mandato legal; si se ha efectuado sin que haya nacido la respectiva obligación tributaria, conforme a los supuestos que configuran el respectivo hecho generador, o ;si se hubiere satisfecho o exigido ilegalmente o fuera de la medida legal.”** Al respecto esta Sala observa que el Tribunal A quo resolvió la acción de impugnación y emitió su fallo considerando los antecedentes de hecho y las normas de derecho que a su consideración eran subsumibles al caso resolviendo uno de los puntos sobre los que se trabó la litis. En este sentido es importante señalar que de la revisión de la pretensión planteada en el recurso de casación por la parte recurrente no se evidencia que se encasille en un vicio de falta de motivación de la sentencia, sino más bien en un defecto de *mínima petita* al amparo de la causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación, en virtud de que a su criterio no se resolvió sobre la existencia del pago indebido. Al no configurarse el vicio denunciado al amparo de la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación y al no existir casación de oficio, este Tribunal de Casación no puede pronunciarse al respecto supliendo las omisiones de la recurrente. Por todo lo expresado, esta Sala concluye que no se configura la causal quinta invocada.-----

IV.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, expide la siguiente: -----

SECRETARÍA

SENTENCIA

No se casa la sentencia y por lo tanto se desecha el recurso de casación interpuesto. Sin costas. Actúe la Ab. Alejandra Morales Navarrete en calidad de Secretaria Relatora, de conformidad con la Acción de Personal No. 6037-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015, expedida por el Consejo de la Judicatura. Notifíquese, devuélvase y publíquese.-----

Dra. Ana María Crespo Santos

JUEZA PRESIDENTA

Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

JUEZA NACIONAL

Dr. José Luis Terán Suárez

JUEZ NACIONAL

Certifico:

Ab. Alejandra Morales Navarrete

SECRETARIA RELATORA

En Quito, lunes veinte y tres de enero del dos mil diecisiete, a partir de las quince horas y treinta y seis minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la RESOLUCION ~~SECRETARIA DE VOTO~~ SALVADO que antecede a: COMPAÑIA NANDESA S.A. (ING. MARCO ANTONIO TERAN MORALES, GERENTE GENERAL) en el correo electrónico ~~SECRET~~ dmontece@estudiolegal.com.ec; estudio.legal@hotmail.com; carlos.quimi@estudiolegal.com.ec del Dr./Ab. RÓMULO MANUEL ELÍAS GUEVARA. LCDA. ALBA MARCELA YUMBLA MACIAS, DIRECTORA DISTRITAL DE ADUANA DE GUAYAQUIL DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR en la casilla No. 1346 y correo electrónico byronpapito86@hotmail.com; 3157.distrito.guayaquil@aduana.gob.ec del Dr./Ab. CEVALLOS JARAMILLO BAIRON JOSE. Certifico:

ABG. MARTHA ALEJANDRA MORALES NAVARRETE
SECRETARIA RELATORA

GALLARDOM

RAZÓN: Siento como tal que las veintitrés (23) copias que anteceden son iguales a su original constantes en el Recurso de Casación No. 625-2016 (juicio impugnación No. 09501-2015-00115) seguido por la COMPAÑIA NANDESA S.A., en contra de la DIRECTORA DISTRITAL DE GUAYAQUIL DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR, mismas que las confiero debidamente certificadas. Quito, 27 de enero de 2017. Certifico.-

Ab. Alejandra Morales Navarrete
SECRETARIA RELATORA



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR



REGISTRO OFICIAL®
ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR



LA CORTE CONSTITUCIONAL INFORMA A LA CIUDADANÍA EN GENERAL QUE SE HA SUSCRITO UN CONVENIO CON LA EMPRESA EDICIONES LEGALES A QUIENES SE AUTORIZA PARA HACER USO DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y USO DE LA MARCA REGISTRADA "REGISTRO OFICIAL"



REGISTRO OFICIAL®

ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

El Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI) otorga Derecho de Marca y de Autor al Registro Oficial

