

REGISTRO OFICIAL

ÓRGANO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESOLUCIONES:

**SALA ESPECIALIZADA DE LO
CONTENCIOSO TRIBUTARIO**

254-2017, 255-2017, 260-2017, 263-2017



Resolución No. 254-2017



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

JUEZA PONENTE: DRA. ANA MARÍA CRESPO SANTOS

ACTOR: FREDDY RODRIGO CARRILLO RIVERA

DEMANDADO: DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL
ECUADOR (RECURRENTE)

Recurso N° 549-2016

Quito, miércoles 12 de abril del 2017, las 15h09.-

ASUNTO

Resolución del recurso de casación interpuesto por el Director General de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, en contra de la sentencia dictada el 3 de agosto del 2016, a las 15h22, por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N° 2 con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del juicio de impugnación N° 09502-2015-00086, deducido por el Sr. Freddy Rodrigo Carrillo Rivera, por sus propios y personales derechos, propuesto en contra del proceso coactivo N° 108-2015 que dio lugar a la emisión del auto de pago.

I. ANTECEDENTES

1.1.- De acuerdo al escrito que contiene el recurso de casación de fecha 25 de agosto de 2016, el casacionista se fundamentó en la **causal quinta** del Art. 3 de la Ley de Casación y argumentó que la sentencia atacada no contiene los *requisitos exigidos por la Ley*, toda vez que infringe las siguientes normas: Art. 76 número 7) letra l) de la Constitución de la República del Ecuador, Art. 25 y 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, Arts. 274, 275 y 276 del Código de

Procedimiento Civil; también se fundamentó en la **causal primera** del Art. 3 de la Ley de Casación, alegó que se produjo la *errónea interpretación* del Arts. 165 número 1 del Código Tributario y la *falta de aplicación* del Art. 218 letra h) del Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones. Se indica que la Dra. Magaly Soledispa Toro, Conjueza de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, calificó la admisibilidad del recurso en referencia, únicamente por la **causal primera** del Art. 3 de la Ley de Casación.

1.1.1.- Con relación a la **causal primera al alegar “errónea interpretación del Arts. 165 número 1 del Código Tributario”**, cuando fundamenta el vicio señala lo siguiente: “(...) *De la transcripción del acápite de la sentencia, fácilmente señores Magistrados se podrán dar cuenta que la Sala dentro del análisis sobre la procedencia de la aplicación del Artículo 165 numeral primero del Código tributario, que habla sobre las solemnidades que es el punto sobre el cual la Sala está equivocada, nos damos cuenta que al utilizar el artículo 62 de la Ley de Régimen Tributario Interno, el mismo que señala que es el Servicio de Rentas Internas el encargado de recaudar el Impuesto al Valor Agregado (IVA), del cual por cierto no tenemos la menor duda, concluye la Sala dicho acápite manifestando que por tal razón el funcionario (debemos entender que se refiere al Director Distrital) es incompetente para ejercer el cobro de la coactiva, razonamiento que está por demás alejado de la realidad ya que esa norma lo que establece es la competencia del SRI para cobrar un impuesto, en este caso el IVA, pero en ninguna parte se señala que el Funcionario (entendemos el Funcionario Ejecutor de la Aduana), es incompetente para suscribir y dictar un auto de pago dentro del procedimiento coactivo N° 108-2015, por lo que la justificación realizada por el Juez, de que el funcionario executor de la Aduana es incompetente es errónea y responde a una errónea interpretación del Art. 165 numeral primero que habla de la legal intervención del **FUNCIONARIO EJECUTOR**, de la coactiva no así del funcionario competente para cobrar o no un impuesto, ya que además está por demás claro (sic) que la Administración Aduanera cobra aranceles no impuestos. La errónea interpretación, que obviamente conlleva una afectación a la decisión en la sentencia, está dada en que la Sala confunde los momentos procesales dentro del procedimiento coactivo, ya que en el mismo simplemente se ejecuta un acto administrativo que está firme y ejecutoriado, si el juzgador consideraba que el título de crédito, que en este caso es la Rectificación de Tributos, no está a decir de él apegada a derecho, tampoco podía pronunciarse dentro del juicio de excepciones a la coactiva y mucho menos justificar su decisión sobre la falta de competencia del funcionario executor con el artículo ya señalado, puesto que lo uno no tiene nada que ver con lo otro. Lo que nos lleva a analizar la **falta de aplicación** del*

artículo 218 literal h) del COPCI. (...) La Sala sin duda alguna señores Magistrados ha dejado de aplicar en su sentencia lo establecido en el artículo antes mencionado, en virtud de que basa su argumentación en una supuesta incompetencia por parte del funcionario ejecutor para ejercer la acción coactiva en nombre del SENAE, es el Director Distrital, quien obviamente es el funcionario ejecutor sin ánimo de sonar redundante señores Magistrados, concluimos una vez que la confusión del tribunal a quo, radica en que a decir de ellos el funcionario ejecutor es el mismo que realizó el control posterior a través de la rectificación de tributos que el que suscribió el auto de pago como funcionario ejecutor, lo que la Sala debió en si analizar en si pretendía conceder la demanda al actor, por la causal décima del artículo 212 del Código Tributario, que versa sobre la nulidad del auto de pago por falta de requisitos legales que afecten la validez del título o del procedimiento, y que además como dicha sentencia ni siquiera está bien fundamentada es la sub- causal por la cual presumimos la sala concedió la demanda, y que para llegar a dicha conclusión erróneamente interpretó 165 del Código Tributario que habla de las solemnidades y no le queda más que manifestar que el funcionario ejecutor es incompetente, argumento que está absolutamente equivocado y que de la Sala hubiera aplicado lo dispuesto en el art. (sic) 218 literal h) del COPCI, jamás hubiese concedido la demanda al actor por lo menos por la causal que hoy estamos recurriendo (...)"

1.2.- En consideración al auto de fecha 15 de diciembre del 2016, a las 14h39, la Dra. Magaly Soledispa Toro, Conjueza de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, calificó la admisibilidad del recurso en referencia, únicamente por la **causal primera** del Art. 3 de la Ley de Casación. 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.

1.3.- Finalmente, es menester señalar lo que el Tribunal de instancia esgrimió en la sentencia recurrida, que su parte considerativa manifestó: "(...) d) En consecuencia, no cabe la menor duda de que el Administrador de Aduanas del Primer Distrito no era competente para emitir la rectificación de tributos y el título de crédito, ni para expedir la Resolución impugnada, actos que en consecuencia, resultan nulos ...". (...) g) De conformidad con el numeral 1 del artículo 165 del Código Tributario, son solemnidades sustanciales del procedimiento coactivo, la legal intervención del funcionario ejecutor. En la especie, estamos frente a una transgresión a la referida solemnidad dentro del procedimiento coactivo 108-2015 iniciado por la Dirección Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana, el 3 de mayo de 2015, mediante providencia No.- SENAE-DDG-

2015-0892-PV, lo cual hace que el auto de pago sea nulo al tenor del artículo 212 numeral 10 del Código Tributario. (...)”.

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 14 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 primera del Art. 3 de la Ley de Casación, argumentando que ha existido la errónea interpretación y falta de aplicación de normas de derecho, como a continuación se manifiesta:

CAUSAL PRIMERA (Art. 3 Ley de Casación)

Cargo único: Errónea interpretación del Arts. 165 número 1 del Código Tributario y la falta de aplicación del Art. 218 letra h) del Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones.

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 errónea interpretación y la falta de aplicación de normas de derecho, señalada en el número 4.1., cargo único, cuyos textos son los siguientes:

- CÓDIGO TRIBUTARIO:

Art. 165.- Solemnidades sustanciales.- *Son solemnidades sustanciales del procedimiento de ejecución:*

1. Legal intervención del funcionario ejecutor;

- CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN COMERCIO E INVERSIONES:

Art. 218.- Competencias de las Direcciones Distritales.- *La servidora o el servidor a cargo de las direcciones distritales tendrá las siguientes atribuciones:*

h. Ejercer la acción coactiva en nombre del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador;

5.2.1.- En consideración a la causal primera alegada por el recurrente, esta Sala establece lo que el número 1 del Art. 3 de la Ley de Casación indica: "*1ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva;*". Esta causal tiene como limitante la revalorización de las pruebas y debe ser planteada a partir de los hechos probados en la Sentencia. Dicha causal, tiene relación con lo que se denomina vicios *in iudicando* por lo que debe demostrar la violación directa de normas sustantivas. Esta demostración, para que se haga efectiva, implica delimitar los cargos imputados, con precisión y exactitud, por cualquiera de los tres modos establecidos, ya sea por: a) Aplicación indebida; b) Falta de aplicación; y, c) Errónea interpretación de normas de derecho sustantivas, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, tres cargos que son excluyentes del análisis de un mismo atributo, respecto a la misma norma impugnada.

5.2.1.1.- Respecto de la alegación efectuada por el recurrente sobre la “**errónea interpretación**” del Arts. 165 número 1 del Código Tributario y la falta de aplicación del Art. 218 letra h) del Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones. Esta Sala Especializada ha procedido al examen de la sentencia atacada, en donde se ha encontrado lo siguiente: “(...) d) *En consecuencia, no cabe la menor duda de que el Administrador de Aduanas del Primer Distrito no era competente para emitir la rectificación de tributos y el título de crédito, ni para expedir la Resolución impugnada, actos que en consecuencia, resultan nulos...*”. (...) g) *De conformidad con el numeral 1 del artículo 165 del Código Tributario, son solemnidades sustanciales del procedimiento coactivo, la legal intervención del funcionario ejecutor. En la especie, estamos frente a una transgresión a la referida solemnidad dentro del procedimiento coactivo 108-2015 iniciado por la Dirección Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana, el 3 de mayo de 2015, mediante providencia No.- SENAE-DDG-2015-0892-PV, lo cual hace que el auto de pago sea nulo al tenor del artículo 212 numeral 10 del Código Tributario. (...)*”. El recurrente indica que de forma errada la Sala de instancia consideró que el Servicio de Rentas Internas es el encargado de recaudar el Impuesto al Valor Agregado (IVA) y que por tanto, el Director Distrital de la SENAE es incompetente para ejercer el cobro de la coactiva. Antes de iniciar con el análisis planteado por el recurrente, es dable manifestar que ha sido criterio de la Corte Suprema de Justicia y también de esta Corte Nacional, conforme constan en los fallos N° 170-2003, 177-2003, 19-2008, 168-2009, 231-2009, que el Servicio de Rentas Internas es el ente tributario encargado de la administración del Impuesto al Valor Agregado y por ende, a quien se la ha atribuido las facultades determinadora, de control, recaudadora, reglamentaria, sancionadora y resolutive. Por consiguiente, el Servicio Nacional de Aduana es incompetente para ejercer el cobro por vía coactiva en relación al IVA pagado en importaciones; también es importante expresar que este IVA generado en compras, se constituye en crédito tributario, comprendiéndose que el pedido de devolución o compensación del mismo se lo puede solicitar de manera exclusiva al administrador del impuesto. Entonces, queda claro que la Aduana no tiene competencia para proceder con la coactiva en el IVA producido en importaciones. En conclusión, en función del análisis efectuado, no es pertinente ningún pronunciamiento adicional, por lo que no se ha configurado el vicio alegado.

VI. DECISIÓN

6.1.- Este Tribunal de Casación considera que no se ha configurado el vicio contentivo en la causal primera, invocada por el recurrente.

6.2.- 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:

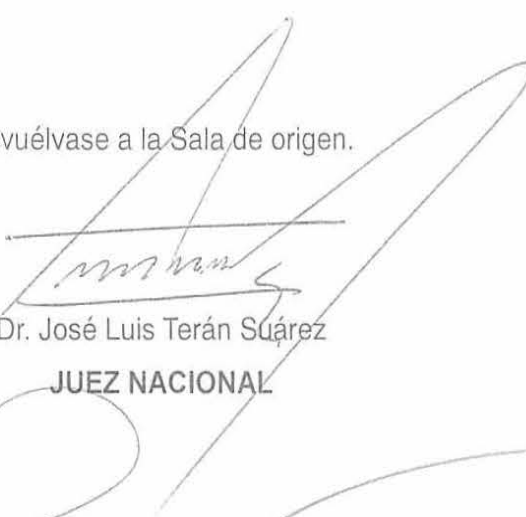
VII. SENTENCIA

7.1.- **NO CASAR** la sentencia dictada el 3 de agosto del 2016, a las 15h22, por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N° 2 con sede en la ciudad de Guayaquil, en los términos señalados en el Considerando V de esta Sentencia.

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

7.3.- Sin costas.

7.4.- Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.



Dr. José Luis Terán Suárez

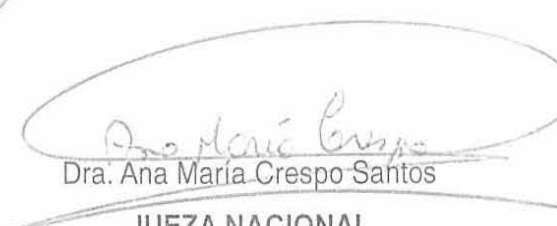
JUEZ NACIONAL



Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

JUEZA NACIONAL

(VOTO SALVADO)



Dra. Ana María Crespo Santos

JUEZA NACIONAL

Certifico:



Ab. Alejandra Morales Navarrete

SECRETARIA RELATORA



RECURSO DE CASACIÓN

N° 549-2016

VOTO SALVADO DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA



CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

ACTOR: SR. FREDDY RODRIGO CARRILLO RIVERA

(RECURRENTE)

DEMANDADO: DIRECTOR GENERAL Y DIRECTOR DISTRITAL DE GUAYAQUIL DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR

Quito, miércoles 12 de abril del 2017, las 15h09.-

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 Yumbra Macías, Directora Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador y el Econ. Pedro Xavier Cárdenas Moncayo Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, interponen recursos de casación en contra de la sentencia de 3 de agosto de 2016 a las 15h22, emitida por la Sala Única del Tribunal Distrital N° 2 de lo Contencioso Tributario con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del juicio N° 09502-2015-00086

que versa sobre las excepciones al procedimiento coactivo 108-2015, iniciado por la Dirección Distrital del Servicio Nacional de Aduana y cuyo fallo declaró con lugar la demanda de excepciones presentada por el actor.-

1.2.- Admisibilidad: Los recurrentes fundamentan su recurso en las causales **quinta y primera** del Art. 3 de la Ley de Casación e indican que existe falta de aplicación del Art. 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República, del Art. 218, literal h del Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, del Art. 83 del Código Tributario y errónea interpretación del Art. 165, numeral 1 del Código Tributario; sin embargo mediante auto de admisión de 15 de diciembre de 2016 a las 14h39 la Dra. Magaly Soledispa Toro, Conjueza de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, admite parcialmente los recursos de casación a la luz de la **causal primera** del Art. 3 de la Ley de Casación, por errónea interpretación del Art. 165, numeral 1 del Código Tributario y falta de aplicación del Art. 218, literal h del Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones.-----

1.3.- Argumento de los recurrentes: En razón de que el contenido de los recursos de casación son iguales se procederá a mencionar lo que describen en función de la causal primera admitida. Se manifiesta que existe errónea interpretación del Art. 165, numeral 1 del Código Tributario, por lo que señalan que el razonamiento de la Sala al establecer que el Director Distrital es incompetente para ejercer el cobro de la coactiva se encuentra alejado de la realidad, ya que no existe una norma que señale que el funcionario ejecutor de la Aduana es incompetente para suscribir y dictar un auto de pago dentro del procedimiento coactivo N° 108-2015, por lo tanto esa errada la interpretación de la norma alegada como infringida por cuanto la norma habla de la legal intervención del funcionario ejecutor de la coactiva, no así del funcionario competente para cobrar o no un impuesto ya que está por demás claro que la Administración Aduanera

cobra aranceles y no impuestos. Señalan que el Tribunal ~~A quo ha dejado~~ de aplicar lo establecido en el Art. 218, literal h del Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones en virtud de que basa su argumentación en una supuesta incompetencia por parte del funcionario ejecutor para ejercer el cobro por vía coactiva; indica que la confusión del Tribunal de instancia radica en que a decir de ellos el funcionario ejecutor es el mismo que realizó el control posterior a través de la rectificación de tributos que el que suscribió el auto de pago como funcionario ejecutor y que lo que la Sala debió en si analizar, es si pretendía conceder la demanda al actor por la causal décima del artículo 212 del Código Tributario, que versa sobre la nulidad del auto de pago por falta de requisitos legales que afecten la validez del título o del procedimiento. Solicitan se case la sentencia.-----

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

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

2.1.- Competencia: Esta Sala es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación de conformidad con los artículos 184 numeral 1 de la Constitución, 1 de la Codificación de la Ley de Casación y 185, segundo inciso, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial.-----

2.2.- Validez: En la tramitación de este recurso extraordinario de casación, se han observado las solemnidades inherentes, 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 sujeta al análisis casacional por el legitimario tiene sustento legal y para ello es necesario determinar cuáles son los fundamentos que se plantean dentro del recurso: -----

A) ¿El fallo de instancia incurre en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, al supuestamente existir errónea interpretación del Art. 165, numeral 1 del Código Tributario que se refiere a las solemnidades sustanciales al procedimiento de ejecución y falta de aplicación del Art. 218 literal h del Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, en relación a las competencias de las Direcciones Distritales.?-----

III.- ARGUMENTACIÓN DE LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

3.1.- Consideraciones casacionales generales: Previo a abordar el vicio denunciado por el recurrente, 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 jurídica de un recurso extraordinario y formal 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 en 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). En consecuencia el recurso de casación busca el estricto cumplimiento de las normas a través del control de legalidad de las decisiones judiciales y vela por la unificación de los criterios judiciales a través de la jurisprudencia casacional.-----

3.2.- Identificación del problema jurídico: El problema jurídico planteado en el punto 2.3 de la presente sentencia guarda relación con la **causal primera** del artículo 3 de la Ley de Casación que establece: *“Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva.”.*

3.2.1.- El autor Tolosa Villabona Luis Armando, (*Teoría y Técnica de Casación, Editorial Doctrina y Ley, Bogotá Colombia, páginas 257 y 359*) en cuanto a la errónea interpretación manifiesta: *“que se trata de la exégesis equivocada de la norma en su contenido mismo, independientemente de las cuestiones de hecho debatidas en la sentencia y del caso que trata de regular. El sentenciador acierta en la norma pero falla en su verdadero significado alejándose de su espíritu y finalidad. No puede entonces, presentarse falta de aplicación de un precepto mal interpretado”.* Sobre la falta de aplicación señala: *“Ocurre la falta de aplicación cuando se deja de aplicar un precepto legal, y ello constituye la infracción directa típica, por haberlo ignorado el sentenciador o por haberle restado validez, sea por desconocimiento del fallador o por abierta rebeldía contra el precepto.”*-----

3.3.- Hechos considerados como ciertos y probados en la sentencia del Tribunal de instancia: Cuando se alega la **causal primera** del artículo 3 de la Ley de Casación se debe partir de los hechos considerados como probados por el Tribunal de Instancia en la sentencia recurrida, es decir

que no cabe una nueva consideración de los mismos, ya que los medios de prueba fueron analizados y apreciados por el Tribunal A quo, restando realizar el control de legalidad respectivo, en base a la causal primera sobre la adecuada pertinencia de la norma no aplicada a los hechos considerados como ciertos. Conforme el fallo recurrido en este se determinó: “**f)** Como se puede advertir, el caso resuelto por la Corte Nacional de Justicia se ajusta al que esta sentencia está abordando, por lo que nos inclinamos por ratificar que el proceso coactivo está siendo llevado por un funcionario manifiestamente incompetente”. “**g)** De conformidad con el numeral 1 del artículo 165 del Código Tributario, son solemnidades sustanciales del procedimiento coactivo, la legal intervención del funcionario ejecutor. En la especie, estamos frente a una transgresión a la referida solemnidad dentro del procedimiento coactivo 108-2015 iniciado por la Dirección Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana, el 3 de mayo de 2015, mediante providencia No.- SENAE-DDG-2015-0892-PV, lo cual hace que el auto de pago sea nulo al tenor del artículo 212 numeral 10 del Código Tributario. i) En función del análisis anterior, la Sala ha verificado la procedencia de la primera y tercera excepción interpuesta por el actor en su demanda, y no estima necesario, por la naturaleza de este proceso, entrar al análisis de la segunda excepción formulada por el demandante.[...]”. (el subrayado le corresponde a esta Sala).-----

3.4.- Normas acusadas como infringidas dentro del recurso de casación: El recurrente indica que existe errónea interpretación del Art. 165, numeral 1 del Código Tributario y falta de aplicación del Art. 218, literal h del Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones.-----

3.6.- Contenido material de las normas denunciadas: Para los propósitos del control de legalidad es importante citar el contenido de los artículos considerados como infringidos: Código Tributario: “**Art. 165.- Solemnidades sustanciales.-** Son solemnidades sustanciales del

procedimiento de ejecución: 1. Legal intervención del funcionario ejecutor;[...]". Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones: **"Art. 218.- Competencias de las Direcciones Distritales.- La servidora o el servidor a cargo de las direcciones distritales tendrá las siguientes atribuciones: h. Ejercer la acción coactiva en nombre del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador;[...]"**.-----

3.7.- Examen de si las normas denunciadas son subsumibles a los hechos considerados como ciertos y probados en la sentencia de instancia:

3.7.1. Esta Sala Especializada observa que el Tribunal A quo en el edicto recurrido, llegó a la convicción material de que el proceso coactivo fue realizado por un funcionario manifiestamente incompetente y que el auto de pago es nulo al tenor del artículo 212 numeral 10 del Código Tributario, por lo tanto en función de los hechos probados, esta Sala manifiesta que las normas acusadas como infringidas relacionadas a las solemnidades sustanciales al procedimiento de ejecución y a las competencias de las Direcciones Distritales no son subsumibles a estos hechos probados, más aun considerando de que esta Sala mantiene el criterio de que carecen de competencia las Rectificaciones del Impuesto al Valor Agregado, que han sido efectuadas por funcionarios de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, pues, tal actuación es propia del Servicio de Rentas Internas al tratarse de un Impuesto sujeto a su gestión, tal como lo manifiesta el Art. 62 de la Ley de Régimen Tributario Interno que dispone: **"Art. 62.- Sujeto activo.- El sujeto activo del impuesto al valor agregado es el Estado. Lo administrará el Servicio de Rentas Internas (SRI). El producto de las recaudaciones por el impuesto al valor agregado se depositará en la cuenta del Servicio de Rentas Internas que, para el efecto, se abrirá en el Banco Central del Ecuador. Luego de efectuados los respectivos registros contables, los valores se transferirán en el plazo máximo de 24 horas a la Cuenta Corriente Única del Tesoro Nacional para su distribución a los partícipes."** **3.7.1.1.** Concomitantemente se señala que si

bien es cierto no es objeto del recurso de casación, esta ~~Sala~~ ^{SECRETARÍA} estima pertinente señalar en el control de legalidad del presente juicio de excepciones lo siguiente: La Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado, fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 583 del 24 de noviembre del 2011, en esta Ley se promulgaron la Disposición Cuarta y la Disposición Décima cuyos textos se transcriben a continuación: "**Cuarta:** Sustitúyase el primer y tercer inciso del artículo 968 del Código de Procedimiento Civil, por los siguientes textos: "Serán admisibles las excepciones que se deduzcan en juicio coactivo." "**Para que el trámite de las excepciones suspenda la ejecución coactiva**, será necesaria la consignación de la cantidad a que asciende la deuda, sus intereses y costas, aún en el caso de que dichas excepciones propuestas versaren sobre falsificación de documentos o sobre prescripción de la acción.". "**Décima:** Agréguese al Código de Procedimiento Civil, la siguiente Disposición Transitoria: "Disposición Transitoria: De conformidad con lo establecido en el Art. 968 inciso tercero del Código de Procedimiento Civil, **en aquellas demandas o juicios de excepciones presentados con anterioridad a la vigencia de este reforma**, se da un plazo improrrogable e inmediato de 10 días para que los deudores, sus herederos, fiadores o más obligados, cumplan en consignar el dinero que hace referencia el Art. 968 inciso tercero del Código de Procedimiento Civil, sin que en ningún caso, esta disposición sea motivo para declarar nulidad procesal, presentar recurso o acción alguna. Cumplido el plazo establecido en la disposición transitoria anterior, se les otorga a los Juzgadores o Juzgadoras de primera o segunda instancia, Tribunales Contenciosos Administrativos o de casación, el término de veinticuatro horas improrrogables, para ordenar la conclusión, que se oficie al Juzgado de Coactiva y se disponga el archivo del proceso; y, en el mismo término de veinticuatro horas las Secretarías y Secretarios, para notificar lo resuelto al funcionario competente de la Institución de origen (Juzgado de Coactiva) y archivar el proceso. Los Juzgadores o Juzgadoras de los distintos niveles, Secretarías y Secretarios, que no cumplan con las

obligaciones contenidas en esta disposición serán inmediatamente destituidos de sus funciones por el Consejo Nacional de la Judicatura. Esta reforma al Código de Procedimiento Civil, será aplicable para todas las leyes que contienen normativa en materia de coactiva e incluso en los procesos que se encuentren en la Corte Nacional de Justicia y que no medie sentencia ejecutoriada.” (El resaltado me corresponde). Como se puede observar se contemplan dos situaciones; **la primera** que hace relación a la disposición **Cuarta** en la que se define que en los juicios de excepciones **presentados de manera posterior** al 24 de noviembre de 2011, para que el trámite de las excepciones **suspenda la ejecución coactiva**, será necesaria la consignación de la cantidad a que asciende la deuda, sus intereses y costas; y, la **segunda** que en función de la disposición **Décima** que hace relación a que en aquellas demandas o juicios de excepciones **presentados con anterioridad** a la vigencia de la reforma, se da un plazo improrrogable e inmediato de 10 días para que los deudores, sus herederos, fiadores o más obligados, cumplan en consignar el dinero que hace referencia el Art. 968 inciso tercero del Código de Procedimiento Civil, concediendo a los Juzgadores o Juzgadoras de primera o segunda instancia, Tribunales Contenciosos Administrativos o de casación, el término de veinticuatro horas improrrogables, para **ordenar la conclusión**, que se oficie al Juzgado de Coactiva y se **disponga el archivo del proceso**. Ahora bien el presente caso se enmarcaría únicamente dentro de la Disposición Cuarta en virtud de que el proceso fue presentado en la Oficina de Sorteos de Función Judicial el 13 de agosto de 2015 conforme consta a foja 58 del expediente, es decir en forma posterior a la publicación de la Ley La Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado por lo que la posibilidad de la consignación de la cantidad a que asciende la deuda, sus intereses y costas, sería una condicionante únicamente para que se suspenda la ejecución coactiva en el trámite de excepciones y no para su archivo lo que diferencia al presente caso de los otros juicios de excepciones que han sido enviados en consulta a la Corte Constitucional

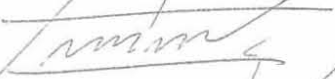
del Ecuador, en virtud de que fueron casos anteriores a la publicación de la Ley.-----

IV.- DECISIÓN

En mérito de estas consideraciones, y en aplicación del precedente jurisprudencial anotado, por haberse violado las normas del Código Tributario que constan en este fallo, 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: -----

SENTENCIA

No se casa la sentencia y por lo tanto se desecha el recurso 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.-----


Dr. José Luis Terán Suárez

JUEZ PRESIDENTE

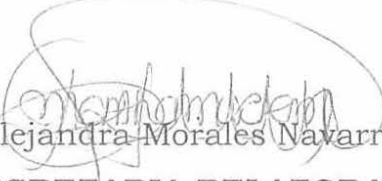

Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

JUEZA NACIONAL


Dra. Ana María Crespo Santos

JUEZA NACIONAL

Certifico:


Ab. Alejandra Morales Navarrete

SECRETARIA RELATORA

En Quito, miércoles doce de abril del dos mil diecisiete, a partir de las quince horas y cincuenta y cinco minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la ~~SENTENCIA~~ ^{Tributario} VOTO SALVADO que antecede a: FREDDY RODRIGO CARRILLO RIVERA en la casilla No. 866 y correo electrónico mauriciogarrido@yahoo.com; marco.acosta.a@gmail.com del Dr./Ab. RAMIRO MAURICIO GARRIDO ESPINOSA. DIRECTOR DISTRITAL DE GUAYAQUIL DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR en la casilla No. 1346 y correo electrónico mjbejaranomacias@gmail.com; 3157.distrito.guayaquil@aduana.gob.ec; bastidaalejandros@hotmail.com; citurralde@ymail.com; carlosytu18@hotmail.com del Dr./Ab. BEJARANO MACIAS MARIA JOSE; DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR en la casilla No. 1346 y correo electrónico sammy_cp88@hotmail.com; 3198.direccion.general@aduana.gob.ec; acornejo@aduana.gob.ec del Dr./Ab. CORNEJO PARRALES ANA MARIA. Certifico:


ABG. MARTHA ALEJANDRA MORALES NAVARRETE
SECRETARIA RELATORA

CARMEN.DAVILA

RAZÓN: Siento como tal que las once (11) fotocopias que anteceden, son iguales a las que constan dentro del Recurso de Casación No. 549-2016 (Juicio de Impugnación No. 09502-2015-00086), seguido por FREDDY RODRIGO CARRILLO RIVERA en contra de los DIRECTORES GENERAL Y DISTRITAL DE GUAYAQUIL DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR las mismas que las confiero debidamente certificadas. Quito, 24 de abril del 2017. Certifico.-


ABG. MARTHA ALEJANDRA MORALES NAVARRETE
SECRETARIA RELATORA.





Dra. Ana María Crespo Santos
JUEZA NACIONAL PONENTE



Recurso de Apelación de Hábeas Corpus No. 17113-00007-2017

Resolución No. 255-2017

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO
JUEZA PONENTE: DRA. ANA MARIA CRESPO SANTOS

Quito, miércoles 12 de abril del 2017, las 15h22.-

ASUNTO

Resolución en sede de apelación de la acción jurisdiccional de hábeas corpus interpuesta por el señor Neil Diego López Calle (en adelante legitimado activo o accionante), en contra de la sentencia constitucional, expedida el 27 de marzo de 2017, las 14h59, por la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha (en adelante Jueces constitucionales), dentro de la acción No. 17113-2017-00007.

I. ANTECEDENTES

A fojas 30, del proceso constitucional de instancia, consta el recurso de apelación interpuesto por el legitimado activo, en contra de la sentencia impugnada, al indicar que: "(...) Mediante sentencia de 27 de marzo de 2017 se me niega la acción de hábeas corpus, por carecer de sustento fáctico y jurídico, ya que la

privación de la libertad, no es ilegal, ilegítima ni arbitraria, particularidades que hacen que la acción de hábeas corpus sea improcedente y por ello no se me concede. Esta negativa se la hace sin verificar los argumentos expuestos durante la audiencia, referentes a la inobservancia del control de convencionalidad que nos consagra la Constitución, donde las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son de inmediata aplicación por los funcionarios judiciales, y a la inobservancia de la aplicación de la prisión preventiva y de los estándares mínimos que deben ser aplicados para que esta se conceda según nuestra legislación (...)".

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Este Tribunal constitucional (los administradores de justicia cuando conocemos de garantías jurisdiccionales nos alejamos temporalmente de nuestras funciones originales y recibimos la denominación de jueces y juezas constitucionales –Sala o Tribunal constitucional-. (Sentencias No. 001-10-PJO-CC; No. 031-09-SEP-CC, emitidas por la Corte Constitucional de Ecuador), es competente para conocer y resolver la presente acción constitucional de hábeas corpus, en virtud de los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República; 185 segunda parte, numeral 3 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 169 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; Resoluciones Nos. 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 Nos. 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; Resolución. s/n, de la Corte Nacional de Justicia, de 23 de marzo de 2009, publicada en el R. O. 565 de 7 de abril de 2009, que señala: “Los recursos de apelación que se interpongan en contra de las sentencias dictadas por las

Salas de las Cortes Provinciales, dentro de los recursos de Hábeas Corpus propuestos de conformidad con el último inciso del artículo 89 de la Constitución de la República, serán conocidos, previo sorteo, por cualquiera de las Salas que conforman la Corte Nacional de Justicia”, en concordancia con la Resolución No. 01-2015, expedida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; así como por el sorteo que consta en el proceso.

III. VALIDEZ PROCESAL

No se observa del proceso constitucional de hábeas corpus ninguna circunstancia que pueda afectar la validez procesal; y, no existe nulidad alguna que declarar.

IV. INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Por el sorteo realizado en la Secretaría General, Documentación y Archivo.- Unidad de Gestión Documental, Sorteos y Archivo, de la Corte Nacional de Justicia el 7 de abril de 2017, las 11h12, le ha correspondido conocer la presente garantía jurisdiccional de hábeas corpus a este Tribunal constitucional, integrado por las doctoras Ana María Crespo Santos (en calidad de Ponente), Maritza Tatiana Pérez Valencia; y, doctor José Luis Terán Suárez.

V. PLANTEAMIENTO JURÍDICO DE LA ACCIÓN

El accionante fundamenta la presente apelación de la acción jurisdiccional de hábeas corpus, en contra de la sentencia constitucional expedida el 27 de marzo de 2017, las 14h59, por la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de conformidad con el artículo 24 de la Ley de Garantías

Jurisdiccionales y Control Constitucional, que dice: *“Las partes podrán apelar en la misma audiencia o hasta tres días hábiles después de haber sido notificadas por escrito. La apelación será conocida por la Corte Provincial; si hubiera más de una sala, se radicará por sorteo (...)”*.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL

Toda vez que el tema medular al caso en concreto radica en la garantía jurisdiccional del hábeas corpus y, en *ultima ratio*, con el derecho mismo de la libertad; es importante para esta Sala constitucional, realizar las siguientes consideraciones.

6.1.- Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, que respeta los derechos constitucionales de toda persona, así pues la institucionalidad del Estado está concebida para el respeto, protección y garantía de los derechos humanos como la libertad, los mismos que deben ser el objetivo primigenio, donde la misma aplicación e interpretación de la ley únicamente sea posible en la medida que la normativa se ajuste y no contradiga la Carta Suprema y la Carta Internacional de los Derechos Humanos; en este contexto, el Estado, está llamado a cumplir dos objetivos primordiales: i) Salvaguardar y defender el principio de la supremacía constitucional; y, ii) Proteger los derechos, garantías y libertades públicas; protección por medio de las garantías jurisdiccionales constitucionales que llegan a ser un conjunto coherente de mecanismos de defensa de los derechos constitucionales¹. En el Estado Constitucional los derechos, específicamente el de la libertad personal, se identifican por presentar una específica fuerza o resistencia jurídica frente a la acción de los poderes públicos².

¹ Gregorio, Peces-Barba, *Curso de Derechos Fundamentales*, 1999, capítulo 10.

² Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, 2003, p. 230.

6.2.- En nuestro contexto constitucional, el “*hábeas corpus*”, se encuentra contemplado, dentro de las garantías jurisdiccionales, del artículo 89 de la Constitución de la República, Título III, Capítulo III, Sección Tercera; y normado y desarrollado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Título II, Garantías Jurisdiccionales de los Derechos Constitucionales, Capítulo Cuarto, artículos 43 al 46. El *hábeas corpus*, se erige como aquel proceso jurisdiccional constitucional que tiene por objeto tutelar la libertad física, corporal o de locomoción³, que le permite a las personas acudir ante cualquier administrador de justicia a demandar su recuperación, cuando estas se encuentren privadas de ella de manera ilegítima, arbitraria o ilegal; es por tanto además, una garantía para proteger la vida y la integridad física, y más derechos conexos de las personas privadas de su libertad; consecuentemente, procede esta garantía constitucional, al reunirse los siguientes presupuestos: i) privación de libertad; y, ii) que aquella privación sea ilegal, arbitraria o ilegítima.

6.3.- De lo manifestado, este Tribunal constitucional, debe verificar, si los jueces constitucionales de instancia al emitir el fallo impugnado inobservaron las reglas de aplicación de la garantía jurisdiccional al *hábeas corpus*, dentro de la acción No. 17113-00007-2017.

6.3.1.- Así pues, el numeral 1 del artículo 45 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional e inciso cuatro del artículo 89 de la Norma Suprema, que establecen que los jueces constitucionales al verificar formas de tortura, tratos inhumanos o degradantes inmediatamente dispondrán la libertad de la víctima, su atención integral y especializada, y la imposición de

³ Carlos Aguirre, *La garantías del hábeas corpus*, en Jorge Benavides, Jhoel Escudero Solíz, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, 2013, p. 162.

medidas alternativas a la privación de libertad; al caso concreto, el legitimado activo, no impugna lo manifestado, tampoco, el órgano jurisdiccional de instancia se ha pronunciado al respecto; de igual manera este Tribunal de la revisión del expediente tanto penal como constitucional no evidencia la vulneración de derechos constitucionales en especial a la vida o su integridad personal.

6.3.2.- El numeral 2 del artículo 45 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, refiere a la privación de libertad arbitraria o ilegítima; al respecto, cabe indicar que, existe ilegitimidad cuando no es conforme con la Ley; y, existe arbitrariedad *“a) cuando es evidentemente imposible invocar base legal alguna que justifique la privación de la libertad, como el mantenimiento de una persona en detención tras haber cumplido la pena o a pesar de una ley de amnistía que le sea aplicable (categoría I); b) cuando la privación de libertad resulta del ejercicio de derechos o libertades proclamados en los artículos 7, 13, 14, 18, 19, 20 y 21 de la Declaración de 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 (categoría II); c) cuando la inobservancia, total o parcial, de las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial, establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los instrumentos internacionales pertinentes aceptados por los Estados afectados, es de una gravedad tal que confiere a la privación de libertad carácter arbitrario (categoría III)”*, criterio esgrimido por el Grupo de Trabajo sobre detenciones arbitrarias, creado por el Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU, sobre las categorías de detenciones arbitrarias. Sin embargo, la norma *in examine* establece los casos que procede la ilegalidad y arbitrariedad de la privación de la libertad: *“(...) a) Cuando la persona no fue 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 (...)". Cabe señalar, que existe ilegalidad de la privación de la libertad cuando la misma es contraria o prohibida por la Ley.

6.4.- En este sentido el Tribunal constitucional de instancia, luego de realizar un análisis de la garantía jurisdiccional de hábeas corpus, de la competencia, y de los fundamentos de derecho y explicación de pertinencia, manifestó: "(...) *Lo que corresponde a este Tribunal en esta acción constitucional de hábeas corpus, se limita a determinar si la privación de libertad ordenada en esa causa, es ilegal, arbitraria o ilegítima, al respecto, se aprecia que es el propio accionante quien relata dentro de los fundamentos de hecho las circunstancias en que se habría dado la audiencia de calificación de flagrancia efectuada el 25 de septiembre del 2016, pero no dice nada respecto a la Audiencia Evaluatoria y Preparatoria de Juicio, efectuada el 01/12/2016, en la cual el Juez de la Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en infracciones Flagrantes, indica: POR CUANTO DE LA REVISIÓN DEL EXPEDIENTE FISCAL Y DE LA ARGUMENTACIÓN ESGRIMIDA EN LA AUDIENCIA, SE AVIZORAN ELEMENTOS DE CONVICCIÓN, PRESUNCIONES GRAVES Y FUNDADAS SOBRE LA EXISTENCIA DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL, DE ESTA MANERA SE HA DEMOSTRADO LA EXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN DE ABUSO SEXUAL TIPIFICADA Y SANCIONADA EN EL ART. 170 INCISO SEGUNDO DEL COIP, ASÍ COMO LA RESPONSABILIDAD DE LÓPEZ CALLE NEIL DIEGO EN CALIDAD DE AUTOR. EN TAL VIRTUD, DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL ART. 608 DEL COIP EMITO AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO EN CONTRA DE LÓPEZ CALLE NEIL DIEGO EN CALIDAD DE AUTOR DEL DELITO PREVISTO EN EL ART. 170 INCISO SEGUNDO DEL COIP; ESTO*

ES, ABUSO SEXUAL. SE RATIFICAN LAS MEDIDAS CAUTELARES DISPUESTAS EN CONTRA DEL MENCIONADO CIUDADANO...; 3.5.- Resulta necesario aclarar que mediante el hábeas corpus este Tribunal no puede examinar las actuaciones efectuadas por los jueces en el proceso penal, pero si verificar que existe un auto de llamamiento a juicio en contra de Neil Diego López Calle, en calidad de autor del delito previsto en el Art. 170 inciso segundo del COIP, el cual se refiere al Abuso sexual, y que sanciona con pena privativa de libertad de cinco a siete años, es decir la prisión preventiva cumple con los requisitos del Art. 534 ibídem, así como no se encuentra en ninguno de los casos de improcedencia previstos en el Art. 539 del mismo cuerpo legal, verificándose con la documentación certificada que adjunta uno de los accionados que la orden de prisión preventiva dictada en contra del accionante Neil Diego López Calle, no es ilegítima ni arbitraria; pues existe orden de prisión preventiva, que cumple con todos los requisitos legales y constitucionales exigidos (...). (Ibídem, fs. 27-29)

6.5.- De lo manifestado por los jueces constitucionales de instancia, y con el objeto de comprender cabal y adecuadamente los casos de procedencia de la ilegalidad, arbitrariedad e ilegitimidad acorde al numeral 2 del artículo 45 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es importante recalcar lo ocurrido en sede judicial penal y posteriormente constitucional, así: i) En la audiencia de calificación de flagrancia, realizada en la Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, con sede en el cantón Quito, el 25 de septiembre de 2016, las 04h30, la Fiscal, al encontrar suficientes elementos de convicción formuló cargos en contra del ciudadano Neil Diego López Calle, por el cometimiento del delito tipificado y sancionado en el inciso segundo del artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal-COIP, que regula el abuso sexual con pena privativa de libertad de cinco a siete años, de

manera que, solicitó al Juez, como medida cautelar la prisión preventiva en contra del ciudadano en mención. En tanto el Juez de la mencionada Unidad de Garantías Penales, calificó la flagrancia y la legalidad de la aprehensión del detenido de conformidad con el artículo 527 del COIP; por tal motivo, dictó prisión preventiva en contra del señor Neil Diego López Calle (*Ibídem*, fs. 10-12); y, ii) En la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio, de fecha 01 de diciembre de 2012, suscitada en la Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, con sede en el cantón Quito, la Fiscal, solicitó: 1. Auto de llamamiento a juicio en contra del hoy apelante como autor del delito tipificado y sancionado en el segundo inciso del artículo 170 del COIP; y, 2. Que se ratifique la prisión preventiva dictada en contra del ciudadano Neil Diego López Calle. Por su parte, el Juez de Garantías Penales, resolvió: “(...) SE AVOZORAN ELEMENTOS DE CONVICCIÓN, PRESUNCIONES GRAVES Y FUNDADAS SOBRE LA EXISTENCIA DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL. DE ESTA MANERA SE HA DEMOSTRADO LA EXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN DE ABUSO SEXUAL TIPIFICADA Y SANCIONADA EN EL ART. 170 INCISO SEGUNDO DEL COPI, ASÍ COMO LA RESPONSABILIDAD DE LÓPEZ CALLE NEIL DIEGO EN CALIDAD DE AUTOR. EN TAL VIRTUD, DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN L ART. 608 DEL COIP EMITO AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO EN CONTRA DE LÓPEZ CALLE NEIL DIEGO EN CALIDAD DE AUTOR DEL DELITO PREVISTO EN EL ART. 170 INCISO SEGUNDO DEL COIP, ESTO ES ABUSO SEXUAL. SE RATIFICAN LAS MEDIDAS CAUTELARES DISPUESTAS EN CONTRA DEL MENCIONADO CIUDADANO. NO EXISTEN ACUERDOS PROBATORIOS (...)”.IV) Que en sede constitucional, dentro de la garantía jurisdiccional de hábeas corpus No. 17113-00007-2017, se evidencia que: a) El legitimado activo asistió con su abogado defensor a la audiencia (*Ibídem*, fs. 26), b) A fojas 19, consta la boleta de encarcelamiento No. 17282-2016-003512,

emitida el 25 de septiembre de 2016, por el doctor Juan Andrés Salas Burbano, Juez de la Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Delitos Flagrantes del cantón Quito, en contra del señor Neil Diego López Calle, por el delito tipificado y sancionado en el inciso segundo del artículo 170 del COIP; esto es, abuso sexual, sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años; y, c) A fojas 20-21, consta el parte policial No. GOMDMQ262617, expedido por los cabos Byron Iván Ortega Sandoval y Cristian Fabián Bonifaz Oña, del Grupo de Operaciones Motorizadas (GOM), elevado al Tcnl. Jimmy Edison Calero Balboa, mediante el cual se resume las circunstancias del hecho; parte que fuera elaborado de conformidad con el artículo 77, numerales 1, 2 y 12 de la Constitución de la República.

6.6.- En esas circunstancias, este Tribunal Constitucional observa que se ha dado cumplimiento con el mandato previsto en el artículo 86 de la Constitución de la República; y, artículo 45 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

6.7.- De lo manifestado se colige que: i) La aprehensión fue realizada por miembros del Grupo de Operaciones Motorizadas (GOM), quienes leyeron los derechos constitucionales al ciudadano Neil Diego López Calle como lo establece la Norma Suprema en su artículo 77 numerales 3, 4 y 5 (*Ibídem*, fs. 21). ii) La Boleta de encarcelamiento fue dictada al amparo de la Norma Suprema, al existir indicios suficientes del cometimiento del delito tipificado y sancionado en el inciso segundo del artículo 170 del COIP, es decir abuso sexual. iii) La prisión preventiva dictada en contra del señor Neil Diego López Calle, fue emitida por autoridad competente, dentro del proceso penal, al amparo de la normativa legal y

constitucional; por lo tanto, la privación de libertad del legitimado activo, no es ilegal, arbitraria o ilegítima.

6.8.- Asimismo se observa que, la argumentación efectuada por el accionante fue atendida y resuelta por parte del Tribunal constitucional de instancia; que el fallo constitucional impugnado, no omite, ni se aparta de la finalidad que tiene la motivación de las sentencias; esto es dar a conocer al legitimado activo las razones por los que se le negó o restringió su derecho; constan identificados los hechos sobre los cuales se analizó y resolvió, se encuentran determinadas las normas aplicables a los hechos planteados, así como también se establece la explicación de la pertinencia de porqué éstas normas corresponden a aquellos hechos. No basta formular cargos o decir que una decisión judicial causa agravio como se determina en la demanda de acción constitucional de hábeas corpus, es condición *sine qua non*, para que la pretensión prospere, demostrar que los cargos son reales, al caso concreto que la privación de libertad sea ilegal, arbitraria o ilegítima.

VII. DECISIÓN

7.1.- Por las razones expuestas este Tribunal constitucional de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelve:

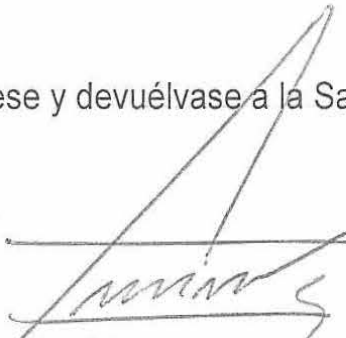
VIII. SENTENCIA

8.1.- NEGAR el recurso de apelación de la acción constitucional de hábeas corpus No. 17113-00007-2017, presentado por el señor Neil Diego López Calle, por las consideraciones expuestas en el presente fallo.

8.2.- CONFIRMAR el fallo constitucional dictado el 27 de marzo de 2017, las 14h59, por la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

8.3.- Actúe dentro del recurso de apelación de hábeas corpus, como Secretaria Relatora la abogada Alejandra Morales Navarrete, de conformidad con la Acción de Personal No. 6037-DNTH-2015-KP.

8.4.- Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.



Dr. José Luis Terán Suárez

JUEZ NACIONAL



Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

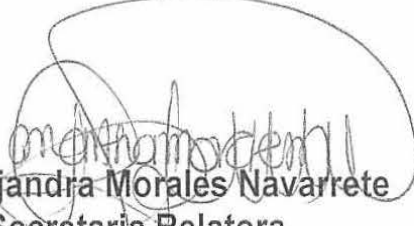
JUEZA NACIONAL

Certifico.-



Dra. Ana María Crespo Santos

JUEZA NACIONAL



Ab. Alejandra Morales Navarrete
Secretaria Relatora

En Quito, miércoles doce de abril del dos mil diecisiete, a partir de las quince horas y veinte y cinco minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la SENTENCIA que antecede a: LOPEZ CALLE NEIL DIEGO en la casilla No. 3715 y correo electrónico yogoerazojr@hotmail.com, abg-michaelerazo@outlook.com del Dr./Ab. RODRIGO ISRAEL ERAZO REY. DR. WILSON CAIZA REINOSO, DRA. PAOLA LOGROÑO HOYOS, DRA. MABEL TAPIA ROSERO TRIBUNAL SEXTO DE GARANTIAS PENALES DE PICHINCHA en el correo electrónico Wilson.Caiza@funcionjudicial.gob.ec, Zaskya.Logrono@funcionjudicial.gob.ec, Mabel.Tapia@funcionjudicial.gob.ec. ALMEIDA BERMEO OSWALDO en la casilla No. 6222 y correo electrónico oswaldoalmeidab@hotmail.com, Oswaldo.Almeida@funcionjudicial.gob.ec del Dr./Ab. OSWALDO ALMEIDA BERMEO; ANDRADE RACINES EDUARDO SANTIAGO en el correo electrónico Eduardo.Andrade@funcionjudicial.gob.ec; CENTRO DE DETENCION PROVISIONAL DE QUITO DR. FERNANDO TORRES en la casilla No. 1080 y correo electrónico chaucar@minjusticia.gob.ec; VEINTIMILLA ORTEGA LUIS EMILIO en la casilla No. 5504 y correo electrónico lemiliobaltazar@gmail.com, luis.veintimilla@funcionjudicial.gob.ec del Dr./Ab. VEINTIMILLA ORTEGA LUIS EMILIO. ANDRADE RACINES EDUARDO SANTIAGO en el correo electrónico Eduardo.Andrade@funcionjudicial.gob.ec. Certifico:

ABG. MARTHA ALEJANDRA MORALES NAVARRETE
SECRETARIA RELATORA

CARMEN.DAVILA

RAZÓN: Siento como tal que las siete (07) fotocopias que anteceden, son iguales a las que constan dentro del Recurso de Apelación No. 17113-2017-00007 (Juicio de Hábeas Corpus No. 17113-2017-00007), seguido por NEIL DIEGO LÓPEZ CAALÉ en contra del TRIBUNAL SEXTO DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA las mismas que las confiero debidamente certificadas. Quito, 24 de abril de 2017. Certifico.-

ABG. MARTHA ALEJANDRA MORALES NAVARRETE
SECRETARIA RELATORA.





DEMANDA DE IMPUGNACIÓN
N° 301-2016

Resolución No. 260-2017

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

JUEZA PONENTE: DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

ACTOR: ING. ROBERTO ASPIAZU ESTRADA,
DIRECTOR EJECUTIVO DE LA
ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE
TELECOMUNICACIONES (ASETEL)

DEMANDADO: GOBIERNO AUTÓNOMO
DESCENTRALIZADO DEL CANTÓN LA
TRONCAL

Quito, jueves 13 de abril del 2017, las 12h11.

VISTOS:

COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL Y COMPETENCIA: Las doctoras Maritza Tatiana Pérez Valencia y Ana María Crespo Santos; y, el doctor José Luis Terán Suarez, Juezas y Juez Nacionales, conocemos de la presente acción de impugnación, en virtud de las Resoluciones Nos 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 Nos 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia. Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario es competente para conocer y pronunciarse sobre la demanda de impugnación, en función del contenido de la segunda parte, numeral 2 del Art. 185, del Código Orgánico de la Función Judicial, para lo cual se constituye y actúa como Tribunal de instancia.-----

I. ANTECEDENTES

1.1.- El ingeniero Roberto Aspiazu Estrada, en su calidad de Director Ejecutivo y representante legal de la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones ASETEL formula una demanda de acción objetiva de anulación, con la que impugna la **Ordenanza QUE REGULA LA INSTALACIÓN DE ANTENAS DE RADIO BASES DE TELEFONÍA MÓVIL Y ESTACIONES RADIOELÉCTRICAS FIJAS EN EL CANTÓN LA TRONCAL**, publicada en el Registro Oficial N° 492 del 19 de diciembre del 2008.-----

1.2.- CONTENIDO DE LA DEMANDA: La demanda de acción de impugnación presentada por el Ingeniero Roberto Aspiazu Estrada manifiesta: **i)** Luego de citar el contenido de los Arts. 9, 12 y 13 de la ordenanza impugnada señala lo siguiente: *“Si analizamos el texto, en especial aquellos párrafos y numerales subrayados por el compareciente de la Ordenanza que impugno, se colige que el GAD municipal de la Troncal al establecer el valor de veinte (50) salarios básicos unificados del trabajador en general del sector privado, por concepto de permiso de implantación por cada una de las estaciones radioeléctricas necesarias para la prestación de servicios de comunicaciones y telecomunicaciones conforme lo determina el numeral 10 del artículo 261 de la Constitución de la República,(cabe mencionar que incluso el uso del suelo para la implantación de estructuras con el objetivo mencionado debe guardar conformidad con lo techos (sic) establecidos por el MINTEL), habría legislado en temas que están fuera del ámbito su competencia (sic), esto conforme el pronunciamiento de la Corte Constitucional constante en las sentencias: No. 016-15-SIN-CC, del caso No. 0055-14-IN, de 13 de mayo de 2015, dentro de la acción de inconstitucionalidad seguida por parte de TELCONET S.A en contra del GAD de Chone; Sentencia No. 042-15-SIN-CC, del caso No. 0024-15-IN, de 16 de septiembre de 2015, dentro de la acción de inconstitucionalidad seguida por parte del CONECEL en contra de la GAD (sic) de Rocafuerte; Sentencia No. 021-15-SIN-CC, del caso No. 0019-15-IN, de 1 de julio de 2015, dentro de la acción de inconstitucional (sic) seguida por parte de CONECEL en contra de la GAD de Flavio Alfaro; Sentencia No. 051-15-SIN-CC, del caso No. 0014-15-IN, de 21 de octubre de 2015 dentro de la acción de inconstitucionalidad*

*seguida por parte de CONECEL en contra de la GAD de Paján; en estas acciones se pretendió la inconstitucionalidad del artículo 18 de las Ordenanza (sic) Municipales publicadas en: Suplemento del Registro Oficial No. 277 de 27 de junio de 2014; Suplemento del Registro Oficial No. 283 de 7 de julio de 2014; Registro Oficial No. 283 de 7 de julio de 2014; y, en el suplemento del Registro Oficial No. 292 de 18 de julio de 2014, respectivamente, [...]” Por consiguiente queda demostrado, conforme a derecho, que el Concejo del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón La Troncal sobrepasó sus atribuciones y competencias exclusivas que le otorga la Constitución y violó de esta forma el artículo 226¹. (sic) No obstante de lo anterior, cabe resaltar que de la misma forma incumplió lo establecido en los artículos 3, 7, 9, 11, 104 y 141, numeral 10 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en concordancia con el artículo 1 del Acuerdo del Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información No. 041-2015 respecto de tasas y contraprestaciones que correspondan fijar a los Gobiernos Autónomos Descentralizados Cantonales o Distritales en el ejercicio de su potestad de regulación de uso y gestión del suelo y del espacio aéreo en el despliegue o establecimiento de infraestructura de telecomunicaciones.²” (sic) . **ii)** Por otra parte afirma que: “Siguiendo con el análisis de la mentada ordenanza, cabe resaltar el hecho de que dejar la continuidad de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, 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 Gobierno Autónomo Descentralizado 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. 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. En concordancia con lo manifestado los artículos subrayados de la ordenanza son susceptibles de anulación total por carecer no solamente de sustentación legal sino también de fundamento constitucional”. **iii)** Indica que: “3.2.- Respecto de la valoración del tributo; y digo tributo, pues así aparezca como el cobro de permiso de implantación, realmente es una tasa*

de conformidad con lo establecido en los artículos 1, 2, 3 y 4 del Código Tributario, que ha sido reproducida en los artículos 12 y 13 de la ordenanza impugnada, queda claro que el cobro, es ilegal e inconstitucional, ahora analicemos su pertinencia. Es un hecho aceptado, que en ordenamientos jurídicos como el ecuatoriano, las tasas por regla general se establecen como contraprestación de algún tipo de servicio que presta la administración tributaria que las percibe. Este es el espíritu que puede colegirse, por ejemplo del texto del Art. 566 del COOTAD³ (sic): Ahora bien, la lectura del texto de la norma citada conlleva a preguntarnos cuál es el “servicio” que, en este caso, estaría supuestamente prestando el GAD del cantón La Troncal gravado por el permiso de implantación. De entrada nos 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. Al parecer, el supuesto “permiso” respecto del cual el GAD demandado se auto atribuye la potestad de conceder- insistimos, no para “construir” las estructuras sino para permitir su funcionamiento- periódicamente-vendría a ser el “servicio” supuestamente gravado con la tasa. Pero la continuidad en el tiempo de este gravamen, cuyo importe, como podrá apreciarse del texto de la ordenanza es considerable, evidentemente que no cumple con el presupuesto normativo de guardar relación con el costo de producción del servicio. Debe recordarse que la pretensión del GAD demandado es que estos valores, tasados en salarios básicos unificados, deben satisfacerse cada vez que, según dicho GAD, aparentemente “caduque” este permiso (la duración por supuesto la pueden fijar a placer, vía ordenanza), y eso significa que, a largo plazo, el contribuyente, con el pretexto de este “permiso” que no es competencia del GAD municipal, terminará satisfaciendo valores que excederán el valor mismo del activo de su propiedad, lo cual configura un caso práctico de lo que la doctrina tributaria universalmente denomina “tributo confiscatorio”; no obstante de lo anterior; debo mencionar que en la actualidad, como lo demostraremos, el permiso constante en la ordenanza impugnada que me he referido, debe tener una duración indefinida mientras la infraestructura se encuentre instalada, esto de conformidad con el Acuerdo Ministerial No. 041 emitido por el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información

(MINTEL) de fecha 18 de septiembre de 2015, mismo que expide las políticas ~~SECRETAR~~ respecto de las tasas y contraprestaciones que correspondan fijar a los Gobiernos Autónomos Descentralizados Cantonales o Distritales en ejercicio de su potestad de regulación de uso y gestión del suelo y del espacio aéreo en el despliegue o establecimiento de infraestructura de telecomunicaciones; en tal virtud el mentado permiso contenido en la Ordenanza, ya no tiene valor alguno. En este caso, el tributo confiscatorio se reviste del ropaje de “tasa” pero su aplicación configura un virtual impuesto a los activos, dirigido selectivamente a quienes prestan una actividad determinada, y violentando la expresa prohibición de confiscación que consagra la frase final del Art. 323 de la Carta Política, que proscribe TODA FORMA de confiscación. Respecto de este punto reproduzco la parte pertinente de sentencia No. 038-15-SIN-CC, de 16 de septiembre de 2015, 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 [...]. Por otra parte y en el supuesto y no 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 sobre el monto que cobra a las Operadoras; empresas que en virtud de la concesión conferida por el Estado Ecuatoriano, prestan servicios destinados a satisfacer necesidades de la colectividad, de existir derecho por parte del GAD para el cobro de dicha tasa, el monto de la misma debería ser inferior al gasto que hubiese incurrido el GAD para la prestación del servicio por así disponerlo el inciso del Art. 566 del COTAD, citado anteriormente. En esta parte, nuevamente me remito al mencionado Acuerdo Ministerial del MINTEL No. 041 de 18 de septiembre de 2015, el cual también fija un monto máximo de cobro el cual es totalmente distinto al legislado en la Ordenanza, que en la actualidad vuelve a la norma municipal en inaplicable.”. **iv)** “3.3.- Seguidamente corresponde analizar si la tasa establecida en los artículos 12 y 13 de la ordenanza impugnada guarda relación y, sobre todo, 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, al respecto realizaré el siguiente análisis: 3.3.1. La equidad

tributaria tiene estrecha relación con el principio de justicia tributaria, es decir, que un tributo, sea este impuesto, tasa o contribución especial será procedente a partir de su nacimiento y aplicación en tanto concurren en él las garantías de legalidad, generalidad, proporcionalidad, no confiscatoriedad, razonabilidad y capacidad contributiva mismas que no solo limitan el poder tributario con el que cuenta el Estado, sino que reconocen derechos y garantías en favor de quienes adquieren la calidad de contribuyentes cuya aplicación se vuelve trascendental dentro de la relación existente entre el administrado y el poder público. Así la reserva de ley tributaria general se encuentra prevista en el art. 132, numeral 3 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 4 del Código Tributario en el sentido de que no es posible establecer, modificar o suprimir tributos, sino mediante ley. La reserva general de ley en materia tributaria reconoce el nivel de complementariedad del ejercicio de potestades normativas en los gobiernos descentralizados autónomos, en materia de reglamentación de los impuestos fijados en el COOTAD en beneficio de los GAD y para la creación, modificación y supresión de tasas y contribuciones. Si bien de conformidad con el art. 264, numeral 5 de la Constitución, las municipalidades tienen competencia normativa para fijar tasas y contribuciones especiales, el art. 301 de la Constitución de la República determina que: “Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley”. La norma expuesta introduce el criterio de una reserva de ley relativa, según la cual, el titular de la competencia normativa tributaria en materia de tasas y contribuciones, aunque con gran capacidad regulatoria, está sujeto a la ley ordinaria. En tal virtud, hay que determinar si el ejercicio de la potestad tributaria de la Municipalidad en la expedición de los arts. 12 y 13 de la Ordenanza impugnada se ajusta o no a los parámetros previstos en la Constitución y la ley. En este concepto los artículos 12 y 13 de la Ordenanza constituye un abuso de la potestad normativa en materia tributaria, por las siguientes razones: -Respecto de la naturaleza jurídica de la prestación: Cuando las municipalidades establecen prestaciones que no se limitan al objeto y modo de cuantificar los hechos generadores previstos en la ley, en realidad, rebasan su competencia y fijan impuestos o, en general, cualquier otra prestación patrimonial coactiva para

la que no son competentes y que están necesariamente sometidas al principio de reserva de la ley general. –Respecto a la cuantificación de la prestación: Cuando una municipalidad establece prestaciones por fuera de los principios del beneficio, equivalencia o provocación de costos, viola el principio de reserva de ley relativo en razón de que la ley establece el modo en que debe ser calculado el importe de una tasa. En este sentido, es claro que no puede ser objeto de una tasa la realización de una actividad privada que no suponga el uso privativo de un bien de dominio público o que implique la provisión por parte de la municipalidad de un específico servicio público.

3.3.2.- Las tasas y su cuantificación previstas en los artículos 12 y 13 de la Ordenanza no vinculan el hecho generador a ningún bien de dominio público y tampoco se hace referencia alguna al elemento objetivo del hecho generador en cuyo marco es constitucional (Art. 301 de la Constitución) y legal (art. 186 del COOTAD) el ejercicio de la potestad normativa tributaria: la concesión del uso privativo o aprovechamiento especial de uno de los bienes de dominio público sometidos a la competencia de la Municipalidad. Por otra parte la forma de cuantificar la prestación prevista en los artículos 12, 13 y 15 de la Ordenanza tampoco diferencia el supuesto previsto en el art. 104 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y, por tanto, incluso si fuera tasa se ha fijado sin considerar la posibilidad de que los equipamientos para las comunicaciones y telecomunicaciones puedan ser instalados o implantados en bienes de dominio privado, en cuyo caso, el único hecho generador posibles es la emisión de la autorización administrativa respectiva y ésta no puede suponer una prestación que supere el principio de equivalencia, en los términos del art. 567 del COOTAD. Las alegaciones indicadas en relación con la cuantificación de las prestaciones contenidas en los artículos 12 y 13 de la Ordenanza se predicen al valor establecido en el artículo 9 respecto del “Permiso de Implantación”. La cuantificación del “Permiso de Implantación” en la forma prevista en la Ordenanza implica (i) la imposición de un tributo por fuera de las competencias de la Municipalidad, (ii) la desnaturalización del concepto de tasa como prestación paraconmutativa pues el quantum (en función del valor de la estación) no hace relación alguna con los costos de la prestación recibida por el administrado de parte del ente público; y; (iii) violación del

principio de reserva de ley relativa por haber superado los límites legales para el ejercicio de su potestad en materia tributaria. En esta circunstancias, si las prestaciones previstas en los artículos 12 y 13 de la Ordenanza fueran tasas, se ha vulnerado los límites impuestos en la ley para su cuantificación y, en tal virtud, se vulnerado (sic) el principio de reserva de ley relativa en materia de tasas, previsto en el art. 301 infine de la Constitución. 3.3.3.- Ha quedado determinado que, de conformidad con el art. 261, numeral 10, es una competencia exclusiva del Gobierno Central, todo aquello vinculado con el espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones por lo que no es una competencia material que las municipalidades puedan reivindicar. Ahora bien, en materia tributaria, la competencia para crear, extinguir y suprimir tributos, además de estar sometida a los principios de reserva de ley (regla sobre el modo de normar) está indisolublemente ligada a la materia (u objeto) sobre el que recae la potestad normativa tributaria. Este aspecto es particularmente relevante para el ejercicio de la potestad normativa en materia tributaria para la municipalidad y sus concejos cantonales, pues de conformidad con el art. 264, último inciso, de la Constitución⁴ (sic) y el art. 57, letra a) del COOTAD,⁵ (sic) el ejercicio de la potestad normativa a cargo de las municipalidades, en general, está limitado a las competencias materiales y territoriales que le son asignadas en la Constitución y en la ley. Las únicas materias sobre las que la municipalidad puede ejercer competencia normativa en materia tributaria, dentro del contexto del uso y ocupación del suelo, son aquellas vinculadas con su planificación⁶ y control.⁷ En consecuencia, rebasa las competencias atribuidas constitucionalmente la imposición de gravámenes a cualquier actividad que tenga que ver con el uso y ocupación del suelo. Cosa distinta es el establecimiento de tasas por el uso privativo o el aprovechamiento de bienes de dominio público; concepto que no corresponde a la idea de uso y ocupación del suelo. En este marco de competencias materiales, el establecimiento de tasas que no estén referidas a las potestades de control o de planificación, también son inconstitucionales ilegales en la medida en que no se refieren a los aspectos específicos relacionados con el uso y ocupación del suelo.”. v) “3.4.- Como lo mencionamos anteriormente el artículo 300 de la Constitución de la República establece los principios a los que está

sometido el régimen tributario y, entre ellos, consta el de equidad. La cuestión que se requiere resolver se concreta en determinar si los artículos 9, 12 y 13 de la Ordenanza impugnada afectan el principio de equidad, en razón de su “quantum”, incluso si las municipalidades tienen competencia material y tributaria para establecer las prestaciones patrimoniales coactivas previstas en dicha norma. 3.4.1. En nuestro concepto, el quantum de las denominadas “permisos de implantación” previstos en los artículos 9, 12 y 13 de la Ordenanza, más allá de que las prestaciones patrimoniales coactivas allí establecidas no corresponden al concepto constitucional de “tasa” ni en su establecimiento se han sometido al principio de reserva de ley relativo, es contrario al principio de equidad. En efecto la Corte Constitucional en los casos precedentes para este tipo de tasas ha señalado, al analizar el principio de equidad del art. 300 de la Constitución que: [E]l principio de equidad guarda relación con el principio de proporcionalidad, entendiendo a este último como la contribución de los sujetos al gasto público en función de la respectiva capacidad contributiva, en cuyo caso el contribuyente aportará una parte justa y adecuada de sus ingresos o utilidades. [...]. El principio de equidad guarda directa relación con el principio de no confiscatoriedad, el cual desarrolla el concepto de establecer un límite entre cumplir la carga tributaria bajo una capacidad contributiva y, que dicha carga sobrepase la capacidad económica del contribuyente, en cuyo caso el desprendimiento patrimonial que se produce en el cumplimiento de la obligación tributaria se convierte en confiscatorio [...]. Finalmente como último principio tributario directamente relacionado con el principio de equidad, está el de razonabilidad. [...] En este sentido, si el sujeto es sometido a una contribución tributaria carente de equilibrio y razonabilidad, al punto de convertirlo en un tributo injusto, podrá entonces manifestarse un quebrantamiento al principio de equidad.⁸ 3.4.2.- El texto de los artículos 12 y 13 de la Ordenanza son sustancialmente idénticos a aquellos declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional en los casos ya referidos. Por tanto, de guardar consistencia con los criterios previamente vertidos, estas disposiciones deben ser declaradas nulas por violentar el principio de equidad previsto en el art. 300 de la Constitución de la República, en su relación con los principios de proporcionalidad, razonabilidad y no

confiscatoriedad, en concordancia, con el artículo 5 del Código Tributario. A mayor abundamiento y para este propósito, la Corte Constitucional, en el plano fáctico, encontró que las prestaciones definidas en el texto de la Ordenanza expedida por la Municipalidad de Chone (que contiene tasas sustancialmente idénticas a las de los artículos 12 y 13 de la Ordenanza objeto de esta demanda) eran contrarias al principio de equidad que rige el régimen tributario. En síntesis la Corte llegó a la conclusión de que el quantum de las siete prestaciones previstas en una norma sustancialmente idéntica a la que es objeto de esta acción “alcanzan valores excesivos” y en este sentido son desproporcionadas, irracionales y confiscatorias.”. **vi)** “3.5.- La ordenanza impugnada viola el principio de transparencia en materia tributaria, previsto en el art. 300 de la Constitución de la República. En efecto el art. 300 de la Constitución de la República entre los principios a los que se encuentra sometido el régimen tributario, establece el de transparencia. Las consideraciones empleadas para la expedición de la Ordenanza objeto de esta demanda no muestran de modo alguno cuales fueron los criterios empleados para establecer las prestaciones señaladas en los artículos 10, 12 y 13 de la Ordenanza, pese a que por mandato del art. 567 del COOTAD y el art. 104 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cualquier tasa que se refiere a una actividad administrativa (la provisión de un servicio público, incluido el otorgamiento de una licencia) está limitado a su costo de producción. En la motivación (considerandos) de la Ordenanza no se ha explicitado ni hecho referencia a los informes técnico, económicos y jurídicos que justifiquen los criterios empleados para la fijación de las tarifas contenidas en sus artículos 12 y 13.”. **vii)** “4. Conforme lo establece nuestro ordenamiento jurídico y en este caso en concreto el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización COOTAD, los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales gozan de la facultad para crear tasas ante dos supuestos claramente identificables en la norma, el primero de ellos es en relación a la prestación de un servicio público en el marco de sus competencias, en donde el Gobierno Municipal exige de los ciudadanos el pago de un monto económico ante el servicio público real o potencial que brinde dicho Gobierno, siempre que, el monto o tarifa fijado para cumplir con la obligación tributaria guarde relación con el costo de

producción de dichos servicios; el segundo, por el cual un Gobierno Municipal puede obtener ingresos tributarios por medio de una tasa, tiene que ver con la utilización o el aprovechamiento del dominio público. Circunstancia que difiere de figuras jurídicas como el canon o arrendamiento, en la medida que estos últimos son aplicables ante la utilización privativa de un bien público de uso particular o, evidentemente, de un bien privado. 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. Precisamente el hecho de que un particular ejerza actividades dentro de estos espacios de manera exclusiva y diferencial al resto de personas, elimina el sentido de gratuidad que existe en el uso de estos espacios y lo deriva en el nacimiento de una obligación tributaria. Ahora bien, este segundo caso de hecho generador para el cobro de una tasa es el que el COOTAD reconoce en su artículo 567, mismo que sirvió de base legal a fin de que el órgano legislativo del municipio de La Troncal pueda crear la Ordenanza impugnada. Adicionalmente, el ya mencionado artículo 104 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, norma específica que regula y desarrolla el régimen del espectro radioeléctrico en el Ecuador, establece de manera general en su párrafo tercero: “En el caso de instalaciones en bienes privados, las tasas que cobren los gobiernos autónomos descentralizados no podrán ser otras que las directamente vinculadas con el costo justificado del trámite de otorgamiento de los permisos de instalación o construcción”. **viii)** “5.- El establecimiento de tasas que se refieren a permisos de implantación por estación que constan en los artículos 12 y 13 de la Ordenanza impugnada, son las siguientes: [...] Bajo el ánimo de interpretar estas cifras en relación al impacto económico que puede generar en el contribuyente, es necesario incluir dentro del presente análisis el informe técnico proporcionado por el la **(sic)** Escuela Superior Politécnica del Litoral, bajo el título de **“ANÁLISIS REGULATORIO, TECNICO, ECONOMICO RESPECTO A LAS TASAS IMPUESTAS POR LOS GADS, POR LA INSTALACIÓN Y USO DE DIFERENTES ELEMENTOS DE REDES DE TELECOMUNICACIONES, EN SUS CANTONES”**, que ofrezco presentar en el término respectivo, el cual ciertamente identifica que las tasas fijadas (permisos de implantación) sobre implantación de

infraestructura para telecomunicaciones en los artículos 12 y 13 de la Ordenanza, alcanzan valores desproporcionadas a la capacidad contributiva de las empresas dedicadas a la prestación de servicios de telecomunicaciones, afectando significativamente la renta o patrimonio de los contribuyentes e inobservando los principios tributarios previamente definidos. En el mismo análisis donde se aplican varias ordenanzas en el Ecuador que han sido denunciadas por el cobro elevado en las tasas que regulan, arrojan como resultado que la tarifas (sic) fijadas dentro del artículo denunciado alcanzan valores excesivos que afectan de manera considerable la economía de las empresas privadas quienes por brindar el servicio para el que fueron constituidas, se ven en la necesidad de hacer uso del espacio público, activando de esta forma el hecho generador de las tasas reguladas en la ordenanza objeto de la impugnación, y en consecuencia, cumplir con el pago excesivo obligatorio de dicho tributo (permiso de implantación). Partiendo de esta realidad, es evidente que las tasas previstas en los artículo (sic) 12 y 13 de la Ordenanza atentan contra el ya mencionado, principio de no confiscatoriedad, en la medida en que el pago de sus tarifas originan de forma evidente una afectación a la renta o patrimonio del contribuyente, la cual sobrepasa los niveles de carga tributaria que todo contribuyente debe asumir en el pago de sus obligaciones. De igual forma, estas tasas previstas en las normas cuya anulación ha sido alegada, transgreden el principio tributario de proporcionalidad. En el presente caso, considerando los elevados montos que la municipalidad de La Troncal cobra por concepto de tasas, inobserva la capacidad contributiva de las empresas al existir una desproporcionalidad entre su renta o utilidad y la carga tributaria que implica cumplir con dicha obligación.” ix) “6.- Si al análisis determinado sumamos el hecho de que la ordenanza impugnada no determina de forma clara y expresa los elementos que configuran un tributo como: el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la base imponible, la forma de establecer la cuantía del tributo, las exenciones y deducciones, sino que contienen simples directrices generales y no determinan con exactitud los elementos constitutivos de la tasa, tanto objetivos como subjetivos; en tal virtud existe evidente violación al principio de reserva legal, pues la mentada ordenanza no considera el artículo 4 del Código Orgánico

Tributario.” **x)** “7.- No podemos dejar pasar por alto que de acuerdo con lo ^{SECRET} estipulado en los literales a) y c) del artículo 328 del COOTAD, se encuentra expresamente prohibido a los órganos legislativos de los Gobiernos Autónomos Descentralizados interferir en la gestión de funciones y competencias que no les corresponden por disposición constitucional o legal y que sean ejercidas por las demás dependencias públicas, en este caso el Estado Central representado en su momento por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones y ahora por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.” **xi)** “8.- Finalmente el numeral 2 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, respecto de las competencias de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la H. Corte Nacional de Justicia, estipula que es competente para conocer acciones de impugnación que se propongan en contra de ordenanzas municipales. En concordancia con la norma anotada, es labor trascendental e insoslayable de los Juzgadores en este (sic) caso, de conformidad con lo establecido en el artículo 273 del Código Tributario, realizar el control de legalidad del acto normativo tributario que se ha puesto a su conocimiento, inclusive de sus antecedentes o fundamentos, aún supliendo las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o apartándose del criterio que aquellos atribuyan a los hechos.”-----

1.3.- PRETENSIÓN PROCESAL: La pretensión del Ingeniero Roberto Aspiazu Estrada, Director Ejecutivo de ASETEL, en la presente acción objetiva es la siguiente: **II.- PRETENSIÓN PROCESAL** En base a los fundamentos de hecho y de derecho expresados en este libelo y de conformidad con el ya mencionado artículo 185, numeral 2 de las Competencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la H. Corte Nacional de Justicia, en concordancia con los artículos 229 y siguientes del Código Tributario, demando 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 La Troncal, Provincia de Cañar órgano legislativo de la Ordenanza Municipal publicada en el Registro Oficial No. 492 del viernes 19 de diciembre del 2008, a fin de que en sentencia se

declare la anulabilidad total de la mentada ordenanza que regula LA INSTALACIÓN DE ANTENAS DE RADIO BASES DE TELEFONÍA MÓVIL Y ESTACIONES RADIOELÉCTRICAS FIJAS EN EL CANTÓN LA TRONCAL, expedida por el Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón La Troncal, provincia del Cañar órgano legislativo de dicha Ordenanza Municipal publicada, repito, en el Registro Oficial No. 492 del viernes 19 de diciembre de 2008, con todas las consecuencias jurídicas que implica una declaratoria de anulación, esto es, el derecho de las empresas que forman parte de ASETEL, para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto normativo nulo, en esta caso, (sic) la ordenanza impugnada, todo esto de conformidad con lo establecido en los artículos: 272 del Código tributario, (sic) 370 del COOTAD, 1704 del Código Civil y 129 y siguientes del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; así como la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza impugnada, especialmente aquellos que tiene que ver la ejecución de dicha ilegal ordenanza.”.-----

1.4.- ADMISIÓN A TRÁMITE: Mediante providencia de 17 de junio de 2016 a las 11h10, se admite a trámite a la demanda presentada y se ordena citar mediante deprecatorio al Alcalde y Procurador Síndico, como Representantes legales del Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón La Troncal, provincia de Cañar y al señor Procurador General del Estado.-----

1.5.- CONTESTACIÓN A LA DEMANDA: 1.5.1. El señor Segundo Amadeo Pacheco y el Doctor Domingo Wilfrido Barragán Barragán en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón La Troncal respectivamente, mediante escrito que consta a fojas 29 a 30 del expediente contestan la demanda entre otros en los siguientes términos: **i)** *“La demanda objetiva de anulación va en contra de la Ordenanza que regula la instalación de antenas de radio bases de telefonía móvil e (sic) estaciones Radioeléctricas fijas en el cantón la Troncal, que fue expedida por el Concejo Municipal de manera constitucional y legal, en uso de sus atribuciones que le confieren la Constitución y la Ley conforme*

queda señalado en los párrafos anteriores.”. **ii)** “Analizan el texto ~~SECRET~~ cuerpo legal y señalan que el GAD Municipal de la Troncal que sobrepasó sus atribuciones y competencias que le otorga la Constitución, sin tomar en cuenta que es la misma Constitución y la Ley que le atribuyen autonomía para dictar ordenanzas en el ámbito de sus competencias, y que ninguna función del Estado ni autoridad extraña podrá interferir en su autonomía, estándoles especialmente prohibido derogar, reformar o suspender la ejecución de normas regionales, ordenanzas provinciales, distritales y municipales. Esta inobservancia de cualquiera de las disposiciones señaladas será causal de nulidad y destitución del funcionario público responsable.” **iii)** “Con esta infundada demanda se pretende coartar la competencia exclusiva de los GADS Municipales el de “Establecer el régimen de uso del suelo” establecido en el Art. 264, numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador; Art 55, literal b) del COOTAD; así como el de crear, modificar o suprimir mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales de mejoras consagrados en el Art. 264, numeral 5 de la Carta Magna y el Art. 57, literales b) y c) del COOTAD.”. **iv)** “La Ordenanza que es objeto de esta demanda fue expedida para normar en todo el territorio del cantón, incluido las parroquias urbanas y rurales de la respectiva jurisdicción, la instalación o colocación de antenas de radio bases de telefonía móvil y estaciones radioeléctricas fijas compuestas de equipos transmisores y receptores, elementos radiantes y estructuras de soporte necesarias, como torres, mástiles o edificaciones para la prestación del servicio de telecomunicaciones, a fin de preservar las condiciones de salud de los ciudadanos, así como conseguir el mejor impacto visual y medioambiental.”.-

1.6 EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA ENTIDAD DEMANDADA: Los personeros municipales del Gobierno Descentralizado del Cantón La Troncal, proponen las siguientes excepciones: **i)** “Con estos antecedentes presentó las siguientes excepciones: 1.- Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción planteada; 2.- Alego expresamente falta de legítimo contradictor; 3.- Alego Improcedencia de la Demanda, por no cumplir con los requisitos establecidos en el Art. 321 del

Código Tributario, en concordancia con lo determinado en el Art. 142 del COGEP, ya que se debe considerar que este cuerpo legal entró en vigencia el pasado 22 de mayo del 2016. 4.- No me allano con las nulidades procesales existente y las que se presenten en el transcurso de este proceso. 5.- Alego ilegitimidad de personería de actora y demandados 6.- Alego la incompetencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, para conocer la presente acción, con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias manifestadas anteriormente.”-----

II.- DE SUSTANCIACIÓN:

2.1.- APERTURA DEL TÉRMINO DE PRUEBA: Dentro de la sustanciación, como hechos relevantes se encuentran los siguientes: **i)** Con auto de 25 de julio de 2016, a las 16h35 notificado a las partes a sus respectivos casilleros judiciales se abrió la causa a prueba por el término de diez días. **ii)** En la presente causa el término de prueba empezó a discurrir a partir del 26 de julio de 2016, hasta el 9 de agosto de 2016, del expediente se observa que la parte Actora es decir ASETEL ha presentado el escrito de prueba el 5 de agosto de 2016 y el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón La Troncal ha presentado el escrito de prueba el 4 de agosto de 2016.-----

2.2.- PRUEBAS SOLICITADAS POR ASETEL: **i)** Que se reproduzca todo cuanto de autos fuere favorable a los derechos que representa, en especial el contenido de su demanda y el contenido de los Arts. 10, 11 104 y Disposición Derogatoria Primera de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. **ii)** Que se envíe oficio a la Escuela Politécnica del Litoral (ESPOL), ubicada en la ciudad de Guayaquil a fin de que se remita a la Sala copias certificadas de: **a)** 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 a fin de que remita copias certificadas de las siguientes sentencias de inconstitucionalidad: **a)**

Sentencia N° 016-15-SIN-CC, del caso N° 0055-14-IN, de 13 de mayo de 2015, dentro de la acción de inconstitucionalidad seguida por parte de TELCONET S.A. en contra del GAD de Chone pretendiendo la inconstitucionalidad del artículo 18 de las Ordenanza (sic) Municipal publicadas en el Suplemento del Registro Oficial N° 277 de 27 de junio de 2014. **b)** Sentencia N° 042-15-SIN-CC, del caso N° 0024-15-IN, dentro de la acción de inconstitucionalidad seguida por parte de CONECEL en contra del GAD de Rocafuerte, pretendiendo la inconstitucionalidad del artículo 18 de la Ordenanza Municipal publicada en el Registro Oficial N° 283 del lunes 7 de julio de 2014. **c)** Sentencia N° 021-15-SIN-CC, del caso N° 0019-15-IN, dentro de la acción de inconstitucionalidad seguida por parte de CONECEL en contra del GAD de Flavio Alfaro pretendiendo la inconstitucionalidad del artículo 18 de la Ordenanza Municipal publicada en el Registro Oficial N° 283 de 7 de julio de 2014. **d)** Sentencia N° 051-15-SIN-CC, del caso N° 0014-15-IN, de la acción de inconstitucionalidad seguida por parte de CONECEL en contra del GAD de Paján, pretendiendo la inconstitucionalidad del artículo 18 de la Ordenanza Municipal publicada en el Registro Oficial N° 292 de 18 de julio de 2014. **e)** Sentencia N° 036-16-SIN-CC, del caso N° 0097-15-IN, de la acción de inconstitucionalidad seguida por parte de CONECEL en contra del GAD de Putumayo, pretendiendo la inconstitucionalidad de artículos de la Ordenanza Municipal publicada en el Registro Oficial N° 627 del 13 de noviembre de 2015. **iv)** Que se envíe oficio a la administración tributaria demandada, Municipalidad del Cantón La Troncal a fin de que se remita a la Sala copias certificadas de: **a)** El expediente administrativo en el que conste todo el procedimiento legislativo de aprobación de la ordenanza publicada en el Registro Oficial N° 492 del viernes 19 de diciembre del 2008, de conformidad con lo establecido en la ya derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal. En dichas copias certificadas deberán constar todos los informes técnicos establecidos para la creación de tasas constantes en la mencionada Ley. **b)** Copias certificadas de todos los títulos de crédito que se han emitido con motivo de la expedición de la ordenanza publicada en el Registro Oficial N° 492 del 19 de diciembre de 2008. **v)** Que se envíe oficio al Señor Ministro de Telecomunicaciones y Sociedad de la

Información, a fin de que remita a la Sala copias certificadas del Acuerdo Ministerial N° 041-2015 y del cual hay que considerar su Art. 1. **vi)** Que se incorporen al proceso a su costa: 1) copias certificadas de las sentencias ejecutoriadas expedidas por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Honorable Corte Nacional de Justicia dentro de los procesos 17751-2013-128 y 17751-2013-129, el 20 de agosto de 2015 y 19 de octubre de 2015, respectivamente, seguidos por ASETEL en contra de las Municipalidades de Atacames y Chimbo respectivamente, por ser casos similares al que nos ocupa. 2) Compulsa de los Estatutos de la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones (ASETEL), cuyas copias certificadas obran de los procesos 17751-2013-128 y/ o 17751-2013-129. **vii)** Que se tenga en cuenta el hecho de que la acción contencioso tributaria administrativa de nulidad tiene como objetivo solicitar al órgano jurisdiccional competente, en este caso la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia la anulación de un acto administrativo de carácter general, impersonal y objetivo, violatorio de una norma jurídica que se constituye en la Ordenanza Municipal publicada en el Registro Oficial N° 492 de 19 de diciembre de 2008. Cabe tomar en cuenta que por esta acción no se ha solicitado el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas sino únicamente la anulación del acto que se impugna con fin de salvaguardar el ordenamiento jurídico objetivo. **viii)** Que se tenga en cuenta la impugnación que formula en contra de la contestación a la demanda por improcedente, impertinente y ajena a la Litis **ix)** Que se tenga en cuenta la impugnación que formula en contra de las pruebas que presente la Administración Tributaria demandada por improcedentes, mal actuadas y ajenas a la litis.-----

2.3.- PRUEBAS SOLICITADAS POR EL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DEL CANTÓN LA TRONCAL: **i)** Que se reproduzca como prueba a su favor todo cuanto de autos les fuere favorable, principalmente el contenido íntegro de la contestación a la demanda, en cuyos fundamentos de hecho y de derecho se ratifican. **ii)** Impugna y redarguye la prueba que presente o llegare a presentar el actor, por ser forjada, adulterada, ajena a la litis, alejada de la realidad de los hechos,

ilegal e indebidamente actuada **iii)** Tacho e impugno a los testigos ~~SEURE~~ presente o llegaré a presentar el actor por ser amañados, instruidos y desconocer la verdad de los hechos. **iv)** Que se agregue al proceso como prueba a su favor la Ordenanza que regula la instalación de Antenas de radio bases de telefonía Móvil y estaciones Radioeléctricas fijas en el cantón La Troncal, que es objeto de la impugnación, Ordenanza que actualmente está derogada. **v)** Que se agregue al proceso como prueba a su favor la Ordenanza que regula la instalación de Estructuras Fijas de Soporte de Antenas, su Infraestructura, Funcionamiento, Operación y Cobro de Tasas de las Estaciones Radioeléctricas Fijas de Servicio Móvil Avanzado, aprobada por el Concejo Municipal en dos sesiones ordinarias de fechas 9 y 18 de diciembre de 2015, publicada en el Registro Oficial Edición Especial No. 446-A de 31 de diciembre de 2015, que deroga la ordenanza indicada en el numeral IV de este escrito de prueba. **vi)** Que se considere como prueba a su favor el texto del Art. 240 y el texto íntegro del Art. 264 de la Constitución de la República del Ecuador. **vii)** Que se considere como prueba a su favor lo que manifiesta el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización en su Art. 5. **viii)** Que se considere como prueba a su favor lo que manifiestan los Arts. 6 y 7 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización. **ix)** Que se considere a su favor el contenido de los Arts. 186, 336 del COOTAD.-----

2.4.- PRUEBAS SOLICITADAS Y SUSTANCIADAS: Todas las pruebas solicitadas por las partes procesales, dentro del término probatorio correspondiente, fueron dispuestas sean practicadas, mediante providencia de 8 de agosto de 2016 a las 16h19.-----

III. CONSIDERACIONES PRELIMINARES:

Previo a resolver lo que corresponda en Derecho, esta Sala Especializada realiza las siguientes consideraciones: -----

3.1.- COMPETENCIA: Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario es competente para conocer y pronunciarse sobre la demanda de acción de impugnación en función del contenido de la segunda parte, numeral 2 del Art. 185, del Código Orgánico de la Función Judicial.-----

3.2.- TRAMITACIÓN DE LA ACCIÓN: En la tramitación de esta acción de impugnación, se ha garantizado los derechos de seguridad jurídica y la tutela efectiva de derechos de las partes procesales, se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de impugnaciones, y no existe nulidad alguna que declarar.-----

3.3.- MATERIA DE IMPUGNACIÓN: El actor formula la demanda de acción de impugnación, con la que impugna la **Ordenanza QUE REGULA LA INSTALACIÓN DE ANTENAS DE RADIO BASES DE TELEFONÍA MÓVIL Y ESTACIONES RADIOELÉCTRICAS FIJAS EN EL CANTÓN LA TRONCAL**, publicada en el Registro Oficial N° 492 del 19 de diciembre del 2008. Por otro lado el accionante también pretende que esta Sala Especializada, mediante la presente acción de impugnación declare la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza impugnada. -----

3.4.- PUNTOS EN LOS QUE SE TRABA LA LITIS: La litis en el presente proceso se trava de la siguiente manera: **i)** La pretensión de la parte actora es que se declare la anulabilidad total de la ORDENANZA QUE REGULA LA INSTALACIÓN DE ANTENAS DE RADIO BASES DE TELEFONÍA MÓVIL Y ESTACIONES RADIOELÉCTRICAS FIJAS EN EL CANTÓN LA TRONCAL, publicada en el Registro Oficial N° 492 del 19 de diciembre del 2008 y 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 la referida ordenanza; sin embargo como se puede observar del contenido de la demanda únicamente el accionante hace referencia a los Arts. 9, 12 y 13 de la Ordenanza. **ii)** Las excepciones planteadas por la entidad demanda son las siguientes: **i)** “Con estos antecedentes presentó las siguientes excepciones: 1.- Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción planteada; 2.- Alego

expresamente falta de legítimo contradictor; 3.- Alego Improcedencia de la Demanda, por no cumplir con los requisitos establecidos en el Art. 321 del Código Tributario, en concordancia con lo determinado en el Art. 142 del COGEP, ya que se debe considerar que este cuerpo legal entró en vigencia el pasado 22 de mayo del 2016. 4.- No me allano con las nulidades procesales existente y las que se presenten en el transcurso de este proceso. 5.- Alego ilegitimidad de personería de actora y demandados 6.- Alego la incompetencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, para conocer la presente acción, con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias manifestadas anteriormente.”.-----

IV CONCEPTUALIZACIONES

4.1.- El numeral 2 de la segunda parte del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, otorga a la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, la competencia para conocer: *“Las acciones de impugnación que se propongan en contra de reglamentos, ordenanzas, resoluciones, y otras normas de carácter general de rango inferior a la ley, de carácter tributario, cuando se alegue que tales disposiciones riñen con preceptos legales y se persiga, con efectos generales, su anulación total o parcial. Dichas acciones de impugnación podrán proponerse por quien tenga interés directo, o por entidades públicas y privadas.”.* **4.1.1.** Partiendo de esta competencia otorgada por la Ley, es menester indicar que esta se refiere a las acciones que doctrinariamente y jurisprudencialmente se las conoce como acción de impugnación (objetiva o de anulación) cuyo principal propósito es buscar la anulación del acto, que por esencia es infra legal, que se encuentre disconforme a las disposiciones de índole legal. **4.1.2.** Dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, la acción de impugnación tiene como principal propósito el garantizar el derecho a la seguridad jurídica previsto en el artículo 82 de la Constitución de la República, y su esencia es verificar la irradiación únicamente del principio del orden de jerarquía normativa de los actos normativos frente a

las leyes, previsto en el artículo 425 de la Constitución de la República. Esta competencia no constituye una acción de control de constitucionalidad del acto administrativo por cuanto ese ámbito se encuentra dentro del contorno de la acción pública de inconstitucionalidad que le corresponde a la Corte Constitucional dentro de su esfera competencial derivado del artículo 436 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador. Así pues queda claro que el espectro de actuación de la acción de impugnación se restringe a la revisión de la conformidad del acto normativo impugnado frente al orden jurídico legal ecuatoriano.

4.1.3. En el ámbito contencioso administrativo, Roberto Dromi en las páginas 1258 a 1259 de su obra Derecho Administrativo, Editorial Hispania Libros, 2006, señala que la acción de **nulidad** es: “[...] *un medio de defensa del derecho violado y solo persigue la anulación del acto lesivo. Con esta acción se discute exclusivamente la legalidad del obrar administrativo, con abstracción de los derechos subjetivos que pudiera tener el recurrente y de los daños que pudieran habersele causado con la actividad ilícita. En consecuencia, el juez debe resolver únicamente si el acto administrativo es o no contrario a derecho objetivo; en caso negativo rechazará la demanda y en caso afirmativo se limitará a declarar que el acto impugnado es nulo. [...] No provoca indemnización o la restauración de un derecho, sino que trata de asegurar la buena y legal administración. El fallo que se pronuncia anula el acto, pero no lo sustituye con otro.*”. En cuanto a la finalidad de la acción señala que: “[...] *La acción de nulidad o ilegitimidad tiene por fin hacer declarar la nulidad del acto y con ello conseguir la observancia de las normas jurídicas. El juez juzga solo la legitimidad del acto en su confrontación externa con las normas positivas. Por ello, la acción también se llama de ilegitimidad. No es una acción popular, pues se requiere algo más que un interés simple para el interponerla; el accionante debe titularizar un interés legítimo motivado en: 1) violación de una norma que estatuye competencia de los órganos públicos; 2) violación de una norma que impone al acto de la administración ciertos requisitos de forma; 3) violación de la finalidad establecida por ciertas normas y 4) violación de la ley o de los derechos adquiridos.*”. Como veremos más adelante, la conceptualización realizada por Dromi en su obra, se asemeja en esencia a

las acciones objetivas en materia tributaria. **4.1.4.** En este punto, esta Sala cree oportuno realizar una conceptualización relacionada a los requisitos de admisibilidad que deben preverse para una acción de impugnación; (contra reglamentos, ordenanzas, resoluciones, y otras normas de carácter general de rango inferior a la ley) en materia tributaria, cuyo conocimiento le corresponde a la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, por disposición expresa de la segunda parte, numeral 2 del Art.185 del Código Orgánico de la Función Judicial; así pues se pueden identificar cuatro tipos de requisitos, que son: objetivos, subjetivos, formales, y materiales, a los cuales los definiremos a continuación: **i) Requisitos objetivos: La Naturaleza del acto impugnado:** **a)** La impugnación presentada debe ser planteada en contra de actos normativos administrativos de carácter general con rango inferior a la ley. **b)** El acto normativo impugnado debe ser de orden tributario. **c)** El acto normativo debe ser emanado por una autoridad con competencia territorial para emitirlo. **d)** No puede ser planteado en contra de actos preparatorios del acto normativo ni actos posteriores de ejecución. **e)** No puede referirse a cuestiones de control de constitucionalidad del acto normativo, por cuanto ello le corresponde a la Corte Constitucional sino más bien en contra de normas que presuntamente riñan con preceptos de orden legal. **d)** No requiere del agotamiento de la vía administrativa en virtud del artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado. **ii) Requisitos subjetivos: La persona recurrente:** Al no constituirse en una acción de orden popular, es decir no cualquier persona puede proponerlo, se debe considerar los siguientes requisitos: **a)** Capacidad legal para presentar una demanda. **b)** Interés directo, lo que para Jean Rivero en su obra Derecho Administrativo (pág. 267) lo define como “*la noción de interés*” que implica que “*la decisión atacada debe tener una incidencia sobre su situación personal, que se encontrará mejorada si esta decisión desaparece*”. Esta Sala Especializada considera que para que se configure el interés directo es menester que el acto normativo tenga una incidencia directa en las actividades del administrado. **c)** La naturaleza del interés requerido, implica que si bien el interés directo debe ser personal, de conformidad con lo que dispone la

norma contenida en el artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, permite que esta acción pueda ser interpuesta tanto por personas naturales como por entidades públicas o privadas. **iii) Requisitos formales:** **a)** Jurisdicción competente para conocer la demanda, lo que de conformidad con lo que establece el Código Orgánico de la Función Judicial le corresponde a la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia. **b)** En cuanto al plazo de presentación de la demanda de la acción prevista en el Código Orgánico de la Función Judicial, esta Sala Especializada considera que legalmente no existe. En esta misma línea doctrina jurisprudencial de la extinta Corte Suprema de Justicia en el caso 10-2002 lo ha referido de esa forma, estableciendo de forma inequívoca dentro de su *ratio decidendi* lo siguiente: *“huelga advertir que para la proposición de las acciones objetivas de anulación como la ejercida no es aplicable el término contemplado en el Art. 243 del Código Tributario.”*. En cuanto a lo señalado, esta Sala Especializada considera que la referida conclusión es coherente en virtud de que, la existencia de un acto normativo puede tener, frente a los administrados, efectos que no siempre se producirán de forma inmediata sino que inclusive, los efectos de éste, pueden producirse de forma superveniente, en tal sentido, teniendo en cuenta que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, y que la seguridad jurídica contempla el reconocimiento de normas jurídicas que deben ser aplicadas por las autoridades competentes al momento de expedir sus actos normativos, se debe entender que el deber ser del ordenamiento normativo infra legal debe comportar una suerte de coherencia con las normas de orden legal (bloque de legalidad), cuyo respeto debe estar subordinado a los principios del Estado Constitucional. Así pues, resulta inconcebible entender que se pueda establecer un término perentorio para interponer una acción de impugnación contra un acto normativo, y por lo tanto el término para la interposición de la acción de impugnación esté condicionado a la existencia jurídica del acto normativo impugnado o a los efectos legales que produzca en cada caso, sobre este tema más adelante será abordado a detalle. **iv) Requisitos materiales:** Los efectos que se pueden buscar a través de la interposición de una acción de impugnación

son los siguientes: **a)** *erga omnes*, es decir tiene efectos generales y ~~por lo~~ ~~SECRET~~ tanto el acto normativo dejaría de tener vigencia absoluta, constituyéndose así la Corte Nacional de Justicia en un tipo de legislador negativo frente a los actos normativos (considerándose pues a los actos normativo como resultado de una actividad legislativa delegada a ciertos órganos). **b)** Se pretende la anulación del acto normativo. **4.1.5.-** Ahora bien una vez conceptualizados los requisitos de la acción de impugnación, esta Sala Especializada considera también oportuno delinear los requisitos que debería contener un acto normativo para que pueda ser considerado válido. Dentro de la doctrina especializada, Eduardo García De Enterría, en su obra Curso de Derecho Administrativo, Editorial Temis 2008, (págs. 164 a 182), al referirse a los requisitos de validez de los reglamentos, señala, a partir de una teorización de los límites y los límites que acotan el campo de los reglamentos lo siguiente. En referencia a los límites, manifiesta que estos son sustanciales y formales. En cuanto a los límites sustanciales se refiere a que son los que afectan al contenido mismo de la norma reglamentaria, mientras que los límites formales son relativos al aspecto externo del reglamento. Dentro de los límites formales o externos el autor identifica: **a)** La **competencia del órgano administrativo** para emanar los reglamentos, **b)** La **jerarquía normativa** del reglamento ante la Ley e incluso con otros reglamentos; y, **c)** El **procedimiento** para la elaboración de reglamentos cuya omisión o inobservancia arrastraría la nulidad del reglamento. Mientras que, en lo relativo a los límites sustanciales o internos de los reglamentos, el autor se refiere: **a)** El **respeto a los principios generales del Derecho en especial la interdicción de la arbitrariedad** dentro de lo cual reflexiona que el reglamento debe encontrarse acorde a la norma constitucional en todo su contenido material, comenzando por los derechos fundamentales y continuando con los principios constitucionales, así mismo como que el reglamento debe encontrarse sometimiento al Derecho; **b)** La necesidad de **motivar** los reglamentos los cuales si bien es cierto no debería guardar la misma intensidad de los actos administrativos no se la descarta como un requisito; **c)** El **límite de la materia reglamentaria**, en donde se establece que los reglamentos que exceden el ámbito interno de las organizaciones

administrativas son instrumentos de ejecución de la Ley, y no constituye una norma autónoma, independiente que pretenda no solo prevalecer frente a la Ley, sino inclusive sustituirla o suplirla; y **d)** La **irretroactividad** de los reglamentos. **4.1.6.-** En cuanto a los requisitos de los actos administrativos la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo en varias sentencias, entre ellas los números 505-2010, 430-2009; 380-2010, ha sostenido que los requisitos sustanciales para la emisión de los actos administrativos, son: **a)** requisitos subjetivos en relación a la competencia del titular, **b)** requisitos objetivos en cuanto al presupuesto de hecho, contenido, objeto, causa, motivo y fin y, **c)** requisitos formales respecto al procedimiento y forma. **4.1.7.-** Si bien es cierto la referencia a la línea jurisprudencial de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, no guarda relación con la naturaleza de los actos normativos, pero ella sirve como referencia para establecer un estudio del presente caso, pues tanto los actos administrativos como los normativos son fruto de la gestión pública sujetas a procedimientos y normas materiales, así pues esta Sala Especializada tomando en cuenta todo lo hasta aquí señalado considera que los requisitos de los actos normativos pueden ser conceptualizados de la siguiente manera: Requisitos subjetivos, requisitos objetivos y requisitos formales, a los cuales definiremos a continuación: **i) Requisito subjetivo: a) Competencia:** Para que un acto normativo sea conforme a Derecho debe ser emitido por una autoridad competente. La incompetencia del acto normativo puede producirse debido a: **a)** El autor del acto normativo no tenía la calidad de autoridad competente para emitir un acto de efectos generales, conforme a la Ley; **b)** Usurpación de la competencia exclusiva del legislador; **c)** Usurpación de otra autoridad administrativa; **d)** Apartamiento de los límites de la competencia de la autoridad que emana el acto normativo. **ii) Requisitos objetivos: a) Contenido.** Debe guardar armonía con la Ley anterior; **b) Objeto.** El acto normativo debe tener un propósito específico posible que implica que es la concreción de la norma anterior, sin descartar la posibilidad de que el acto normativo sea de características autónomas y su objetivo sea su existencia *per sé*. En el caso de creación de tributos como las tasas es claro que la misma deberá ser

consecuente con la reserva de ley prevista en el artículo 4 del Código Tributario y el presupuesto establecido en el artículo 16 *ibídem*; **c) Motivo.** Debe tener razones objetivas que sustentan su expedición, las cuales deben ser estrictamente legales; **d) Causa.** El acto normativo debe estar destinado a cumplir el orden normativo superior ya se trate de actos reglamentarios, normativos o autónomos; **e) Fin.** El acto normativo debe perseguir un fin público. **iii) Requisitos formales:** **a) El procedimiento.** El acto normativo no puede ser producido a voluntad de la administración sin observar el procedimiento establecido para la expedición del mismo. **b) Forma.** Debe ser expresa y escrita y publicada en el Registro Oficial en los casos que así la Ley lo exija. **c) Motivación.** El artículo 76, numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador, reza que las resoluciones que no se encuentren debidamente motivadas serán nulas (en este aspecto esta Sala Especializada debe señalar que la motivación consiste en la enunciación de los presupuestos de hecho y su vinculación a las normas jurídicas que han sido determinantes para la resolución). En el caso de existir falta de motivación en un acto administrativo o incluso en un acto normativo, se estaría violentando el debido proceso, conforme la estructura de la actual Constitución.-----

4.2.- ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN: Conforme al esquema planteado en el punto 4.1.4 *ut supra*, en el presente caso se puede verificar lo siguiente: **i)** En cuanto a los **requisitos objetivos:** **a)** Conforme a la demanda y en atención, a los argumentos planteados a lo largo del proceso y a lo solicitado que sea tomado en cuenta en el escrito de prueba presentado por ASETEL, la presente acción ha sido planteada en contra de la Ordenanza que Regula la Instalación de Antenas de Radio Bases de Telefonía Móvil y Estaciones Radioeléctricas Fijas en el Cantón la Troncal. **b)** De acuerdo a la demanda planteada, a los argumentos propuestos por ASETEL y del contenido de los artículos 9, 12 y 13 del acto normativo impugnado, se verifica los siguientes textos: “Art. 9.- *Toda persona natural o jurídica que posea antenas de radio bases de telefonía móvil y estaciones radioeléctricas fijas compuestas de equipos transmisores y receptores, elementos radiantes,*

y estructuras de soporte necesarias, como torres, mástiles o edificaciones para la prestación del servicio de telecomunicaciones ubicadas en el cantón La Troncal, deberá contar con el permiso de instalación y/o colocación otorgado por la Jefatura de Control Urbano. Dicho permiso tendrá una duración de cinco (5) años, con carácter renovable, de conformidad con la autorización de uso de frecuencias emitido por el CONATEL.”. “Art. 12.- VALORACIÓN.- El permiso de instalación y/o colocación al que se refiere esta ordenanza es individual y tendrá un valor de cincuenta (50) salarios de la remuneración mensual unificada del trabajador en general, excepto para aquellas concesionarias que proporcionan servicio portador para acceso a internet (sic) ”. “Art. 13.- RENOVACIÓN.- La renovación del permiso de instalación y/o colocación podrá gestionarse dentro de los dos meses anteriores a la fecha de finalización de la vigencia del mismo, presentando los siguientes documentos: • Permiso de instalación y/o colocación vigente. • Informe técnico actualizado de inspecciones de Radiación No Ionizante RNI emitido por la SUPTEL. • Certificado actualizado de la SENATEL sobre las condiciones de instalación y funcionamiento de la estación radioeléctrica respecto de Radiación No Ionizante RNI. El valor de la renovación será de cincuenta (50) salarios de la remuneración mensual unificada del trabajador en general, excepto para aquellas que proporcionan servicio portador para acceso a internet”. **c)** En cuanto a la competencia del órgano que emanó el acto normativo en *prima facie* podríamos decir que la Municipalidad de La Troncal es competente para emitir actos normativos tributarios en virtud de lo que dispone el artículo 567 del COOTAD. **d)** Esta Sala Especializada observa que la impugnación planteada tiene como principal propósito el examen de la legalidad del acto normativo “ordenanza” y no en contra de actos preparatorios del mismo. Ahora bien en cuanto a la pretensión accesoria de que se declare la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza impugnada, será tratada en su momento oportuno. **e)** Finalmente se puede apreciar, que dada la actual dinámica normativa tributaria, no ha sido necesario agotar la vía administrativa para proponer la presente acción. **ii)** En lo referente a los **requisitos subjetivos** esta Sala ha manifestado *ut supra* que, al no

constituirse la presente acción como de orden popular, se debe considerar los requisitos subjetivos señalados arriba, y los cuales serán analizados a continuación: **a)** La demanda presentada ha sido planteada por el Director Ejecutivo de la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones, quien ha justificado su calidad a través de los documentos que han sido incorporados oportunamente en el expediente. **b)** En cuanto al interés directo de la parte actora, esta Sala Especializada verifica que ASETEL es una entidad de derecho privado que conforme lo ha justificado con la presentación de sus estatutos, que constan de fojas 365 a 372 del expediente, su objeto 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 el caso materia de análisis es claro que el acto normativo impugnado tiene una directa incidencia sobre los derechos de los asociados de ASETEL, por cuanto el giro de su negocio va directamente relacionado según el accionante, a la supuesta tasa impuesta mediante la Ordenanza impugnada. **c)** En virtud del análisis realizado en el literal que antecede se ha demostrado que ASETEL guarda un interés directo con la presente acción. **iii)** En lo relacionado a los **requisitos formales**, esta Sala realiza las siguientes consideraciones: **a)** Como ya se ha indicado *ut supra*, esta Sala Especializada **es competente para conocer la presente acción de conformidad con lo que establece el numeral 2 de la segunda parte del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial.** **b)** En virtud de que no existe un plazo establecido de presentación de la demanda de la acción prevista en el Código Orgánico de la Función Judicial, esta Sala Especializada verifica que la acción ha sido planteada el 16 de mayo de 2016. **iv) Requisitos materiales:** Conforme se puede apreciar del texto de la demanda presentada la pretensión de los efectos que se busca a través de la acción planteada son: **a)** Efecto erga omnes. **b)** Se busca que mediante sentencia se declare la nulidad del acto normativo y la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza impugnada.-----

V. ANÁLISIS DE FONDO

5.1.- Una vez justificada la calidad en la que comparece ASETEL, en el numeral 4.2, numeral ii), literales a), b) y c), y una vez enmarcada la competencia de este Tribunal para conocer la acción objetiva propuesta de naturaleza tributaria, es menester realizar un análisis de las pretensiones de la parte actora, para lo cual se realizan las siguientes consideraciones:

5.1.1. La parte actora en su pretensión procesal solicita: “ [...] **II.- PRETENSIÓN PROCESAL** En base a los fundamentos de hecho y de derecho expresados en este libelo y de conformidad con el ya mencionado artículo 185, numeral 2 de las Competencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la H. Corte Nacional de Justicia, en concordancia con los artículos 229 y siguientes del Código Tributario, demando 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 La Troncal, Provincia de Cañar órgano legislativo de la Ordenanza Municipal publicada en el Registro Oficial No. 492 del viernes 19 de diciembre del 2008, a fin de que en sentencia se declare la anulabilidad total de la mentada ordenanza que regula LA INSTALACIÓN DE ANTENAS DE RADIO BASES DE TELEFONÍA MÓVIL Y ESTACIONES RADIOELÉCTRICAS FIJAS EN EL CANTÓN LA TRONCAL, expedida por el Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón La Tronca, provincia del Cañar órgano legislativo de dicha Ordenanza Municipal publicada, repito, en el Registro Oficial No. 492 del viernes 19 de diciembre de 2008, con todas las consecuencias jurídicas que implica una declaratoria de anulación, esto es, el derecho de las empresas que forman parte de ASETEL, para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto normativo nulo, en esta caso, (sic) la ordenanza impugnada, todo esto de conformidad con lo establecido en los artículos: 272 del Código tributario, (sic) 370 del COOTAD, 1704 del Código Civil y 129 y siguientes del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; así como la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza impugnada, especialmente aquellos que tiene

*que ver la ejecución de dicha ilegal ordenanza.” Si bien es cierto, la parte actora utiliza el término anulabilidad total, es importante señalar que sus alegaciones básicamente van encaminadas a controvertir los Arts. 9, 12 y 13 de la mentada Ordenanza y que se relacionan al permiso municipal de implantación, valoración, renovación respectivamente. **5.1.2.** Ahora bien, esta Sala Especializada determina que la parte demandada ha formulado la excepción de negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho, por lo que la carga de la prueba recae en la parte actora, en consecuencia se analizará en primer término las pruebas que **ha solicitado ASETEL** para el desarrollo del análisis del presente caso. **5.1.3.** dentro del expediente se puede verificar la existencia de las siguientes pruebas que fueron solicitadas por la parte actora y que corresponden a: **i)** Fjs. 130 a 136 del expediente Acuerdo del Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información N° 041-2015, **ii)** Fjs. 195 a 245 copia certificada de las sentencias de la Corte Nacional de Justicia N°s 128-2013 y 93-2014 y 129-2013 **iii)** Fjs. 64 a 127 del expediente sentencias de la Corte Constitucional N°s 036-16-SIN-CC, 051-15-SIN CC, 021-15-SIN CC, 042-15-SIN-CC y 016-15-SIN-CC **iv)** Fjs. 246 a 253 del expediente Estatutos de Asetel, **v)** Fjs. 167 a 190 consta el Acta de la Sesión del Consejo, Resolución N° 090-CMT-2008, Ordenanza que Regula la Instalación de Antenas de Bases de Telefonía Móvil y Estaciones Radioeléctricas Fijas en el Cantón la Troncal, Resolución N° 094-CMT-2008, y copias de títulos de crédito, **iv)** Fjs. 141 a 149 del expediente, Oficio ESPOL-FIEC-0508-2016. **5.1.4.** A continuación se analiza las pruebas presentadas por la parte demandada, por lo que se indica que la prueba documental presentada por dicho justiciable, consta de fojas 42 a 53 del expediente la que consiste en la Ordenanza que regula la Instalación de Estructuras Fijas de Soporte de Antenas, Su Infraestructura, Funcionamiento, Operación y Cobro de Tasas de las Estaciones Radioeléctricas Fijas de Servicio Móvil Avanzado de 31 de diciembre de 2015, Ordenanza que regula la Instalación de Antenas de Radio Bases de Telefonía Móvil y Estaciones Radioeléctricas Fijas en el Cantón la Troncal de 14 de noviembre de 2008. **5.1.5.** Al realizar el análisis de cada una de las pruebas presentadas y que fueron solicitadas por ASETEL, esta Sala*

Especializada verifica que las sentencias de la Corte Constitucional que pueden servir como prueba en el presente caso corresponden a las N°s **016-15-SIN-CC** en la cual se solicita que se declare la inconstitucionalidad del Art 18 de la Ordenanza Sustitutiva a la Ordenanza que regula la instalación de postes y líneas de media y baja tensión de línea eléctrica y telecomunicaciones aéreas y subterráneas en el Cantón Chone y cuyo fallo señala: “1. Aceptar la acción pública de inconstitucionalidad presentada. 2. Declarar la inconstitucionalidad del Art. 18 de la Ordenanza que regula la instalación de postes y líneas de media y baja tensión de línea eléctrica y de telecomunicaciones aéreas y subterráneas en el Cantón Chone, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 277 del 27 de junio de 2014, por contravenir el principio constitucional tributario de equidad, previsto en el artículo 300 de la Constitución de la República. 3. Se conmina a la municipalidad del cantón Chone a que, en el marco de sus competencias constitucionales y dentro de un plazo razonable, adecúe las tarifas por el cobro de las tasas en la ocupación de espacio público, a los principios constitucionales tributarios previstos en el artículo 300 de la Constitución de la República, tomando en consideración, asimismo, las declaratorias de inconstitucionalidad establecidas dentro de las sentencias N° 007-15-SIN-CC y N° 008-15-SIN-CC, dictadas por la Corte Constitucional el 31 de marzo de 2015. [...]”.

042-15-SIN-CC en la cual se solicita que se declare la inconstitucionalidad del Art 18 de la Ordenanza 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 alámbricas o inalámbricas pertenecientes a personas naturales o jurídicas privadas dentro del Cantón Rocafuerte, publicada en el segundo Suplemento del Registro Oficial N° 283 del 7 de julio del 2014 cuyo fallo señala: “1. Aceptar la acción pública de inconstitucionalidad presentada. 2. Declarar la inconstitucionalidad del Art. 18 de la Ordenanza 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 privadas dentro del cantón Rocafuerte, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial N° 283 del 07 de julio de 2014, por contravenir el principio

constitucional tributario de equidad, previsto en el artículo 300 de la Constitución de la República. 3. Se conmina a la municipalidad del cantón Rocafuerte a que, en el marco de sus competencias constitucionales y dentro de un plazo razonable, adecúe las tarifas por el cobro de las tasas en la ocupación de espacio público, a los principios constitucionales tributarios previstos en el artículo 300 de la Constitución de la República, tomando en consideración, asimismo, las declaratorias de inconstitucionalidad establecidas dentro de las sentencias N° 007-15-SIN-CC y N° 008-15-SIN-CC, dictadas por la Corte Constitucional el 31 de marzo de 2015, y otras, bajo prevenciones de lo establecido en el artículo 86 numeral 4 de la Constitución de la República. [...]”. **021-15-SIN CC** en la cual se solicita que se declare la inconstitucionalidad del Art 18 de la Ordenanza 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 privadas dentro del Cantón Flavio Alfaro, publicada en el segundo Suplemento del Registro Oficial N° 283 del 7 de julio del 2014 cuyo fallo señala: :“1. Aceptar la acción pública de inconstitucionalidad presentada por la abogada María del Carmen Burgos Macías por los derechos que representa en calidad de procuradora judicial del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A (CONECEL) y en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad del artículo 18 de la Ordenanza 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 privadas dentro del cantón Flavio Alfaro, publicada en el suplemento del Registro Oficial N.º 283 del 7 de julio de 2014, por contravenir el principio constitucional tributario de equidad, previsto en el artículo 300 de la Constitución de la República. 2. Se conmina a la municipalidad del cantón Flavio Alfaro a que, en el marco de sus competencias constitucionales y dentro de un plazo razonable, adecúe las tarifas por el cobro de tasas en la ocupación de espacio público, a los principios constitucionales tributarios previstos en el artículo 300 de la Constitución de la República, tomando en consideración, las declaratorias de

inconstitucionalidad establecidas dentro de las sentencias N.º 007-15-SIN-CC y 008-15-SIN-CC, dictadas por la Corte Constitucional el 31 de marzo de 2015. 3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.”. **051-15-SIN CC** en la cual se solicita que se declare la inconstitucionalidad de los Arts. 1,3, 2 y 18 de la Ordenanza que regula la implantación de estructuras fijas de soportes de antenas e infraestructura relacionada con el servicio móvil avanzado (SMA) del Gobierno Municipal de Paján, publicada en el suplemento del Registro Oficial N° 292 de 18 de julio de 2014 cuyo fallo señala: “1. Aceptar la demanda de inconstitucionalidad planteada. 2. La Corte Constitucional del Ecuador con fundamento en el artículo 436 numerales 1, 2 y 3 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 76 numerales 4, 5 y 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, respecto de la Ordenanza que regula la implantación de estructuras fijas de soportes de antenas e infraestructura relacionada con el servicio móvil avanzado (SMA) del Gobierno Municipal de Paján, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 292 del 18 de julio de 2014, declara la inconstitucionalidad de lo siguiente: 2.1. En el artículo 1 de la palabra, “subsuelo” y de la frase “uso del espacio aéreo”; por tanto, el referido artículo constará de la siguiente manera: Art. 1. Objeto y Ámbito de Aplicación.- Esta ordenanza tiene por objeto regular, controlar y sancionar por la implantación de estructuras, postes, y tendidos de redes; además de la fijación de las tasas correspondientes por la utilización u ocupación del suelo en el Cantón Paján, 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. 2.2. En el artículo 3 primer inciso en la frase “subsuelo y espacio aéreo” en consecuencia, el referido inciso constará de la siguiente forma: Art. 3.- Condiciones Generales de Implantación de Estructuras Fijas de Soportes de Antenas comerciales.- La implantación de estructuras fijas de soportes de antenas para la prestación de servicios comerciales, cumplirá con el servicio de zonificación, uso y ocupación del suelo y sus relaciones de compatibilidad con la ordenanza que reglamenta el uso del suelo, así como con las condiciones generales: (...). 2.3. La inconstitucionalidad por el fondo de los artículos 2 y 18 de la Ordenanza objeto del presente análisis. 3. Se conmina al Gobierno Autónomo

Descentralizado Municipal del cantón Paján a que en el marco de sus competencias constitucionales y dentro de un plazo razonable, adecue las tarifas por el cobro de tasas en la ocupación de espacio público, a los principios constitucionales tributarios previstos en el artículo 300 de la Constitución de la República, tomando en consideración, asimismo, las declaratorias de inconstitucionalidad establecidas dentro de las sentencias Nros. 007-15-SIN-CC y 008-15-SIN-CC, dictadas por la Corte Constitucional, el 31 de marzo de 2015 y otras, bajo prevenciones de lo establecido en el artículo 86 numeral 4 de la Constitución de la República.[...]” **036-16-SIN-CC** en la cual se solicita que se declare la inconstitucionalidad de los Arts. 1, 2, 3, 17 18 de la Ordenanza que regula la implantación de estructuras fijas de soportes de antenas e infraestructura relacionada con el servicio móvil avanzado (SMA) radios comunitarias de radio, televisión e internet en el territorio del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Putumayo, publicada en el Registro Oficial N° 627 del 13 de noviembre de 2015 cuyo fallo señala: “1 Aceptar la acción pública de inconstitucionalidad. 2. La Corte Constitucional del Ecuador con fundamento en el artículo 436 numerales 1, 2 y 3 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 76 numerales 4, 5 y 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, declara la inconstitucionalidad de los artículos 2, 17 y 18 de la ordenanza emitida por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal (GAD) de Putumayo, publicada en el Registro Oficial N.º 627 del 13 de noviembre de 2015, de la frase “subsuelo” y “espacio aéreo” en el artículo 1 y de las frases “subsuelo” y “espacio aéreo” en el primer inciso del artículo 3, por tanto los referidos artículos constarán de la siguiente manera: Art. 1.- Objeto y Ámbito de Aplicación.- Esta ordenanza tiene por objeto regular, controlar y sancionar por la implantación de estructuras, postes, cables, y elementos de redes alámbricas e inalámbricas; además de la fijación de las tasas correspondientes por la utilización u ocupación del suelo en el Cantón Putumayo, 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. 3.- Condiciones Generales de Implantación de Estructuras Fijas de Soportes de Antenas: La implantación de estructuras fijas de soportes de

antenas para la prestación de servicios comerciales, cumplirá con el servicio de zonificación, uso y ocupación del suelo y sus relaciones de compatibilidad con la ordenanza que reglamenta el uso del suelo, así como con las condiciones generales: Deberán integrarse al entorno circundante, adoptando las medidas de proporción y mimetización necesarias. En el momento en el que el Cantón Putumayo cuente con Aeropuerto, conforme la normativa vigente el prestador del servicio comercial deberá contar con la autorización emitida por la Dirección General de Aviación Civil. Para la implantación dentro del Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SNAP), Bosques Protectores (BP) o patrimonios Forestal del Estado (PFE), el prestador de servicio deberá contar con el pronunciamiento favorable emitido por el Ministerio del Ambiente. Se prohíbe su implantación en los monumentos históricos y en los bienes que pertenece al Patrimonio Nacional; en Áreas y Centros Históricos legalmente reconocidos, solo podrán efectuarse implantaciones previo informes favorables de la Unidad Administrativa Municipal correspondiente; y, Se prohíbe la implantación en áreas arqueológicas no edificadas. 3. Se conmina al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Putumayo a que en el marco de sus competencias constitucionales y dentro de un plazo razonable, adecue las tarifas por el cobro de tasas en la ocupación de espacio público, a los principios constitucionales tributarios previstos en el artículo 300 de la Constitución de la República, tomando en consideración, asimismo, las declaratorias de inconstitucionalidad establecidas dentro de las sentencias Nros. 007-15-SIN-CC y 008-15-SIN-CC, dictadas por la Corte Constitucional el 31 de marzo de 2015 y otras, bajo prevenciones de lo establecido en el artículo 86 numeral 4 de la Constitución de la República.”

5.1.6. Dentro de este contexto, es importante señalar que se encuentran perfectamente definidas las competencias tanto de la Corte Nacional de Justicia como las de la Corte Constitucional; es decir cada una de estas instancias jurídicas tendrán que resolver en función de sus competencias y de acuerdo a sus atribuciones legales, así pues, la Corte Nacional de Justicia, para este tipo de impugnaciones objetivas, realizará el control de legalidad salvaguardando que dichas normas de rango reglamentario no pugnen con la ley, mientras que los señores Jueces Constitucionales garantizan la no

afectación de los derechos constitucionales en los distintos ~~actos~~ ^{SECURE} normativos, es así que de esta manera la Corte Constitucional en las dos sentencias referidas anteriormente **“declara la inconstitucionalidad del Art. 18 de las Ordenanzas impugnadas”**, es decir que esta resolución tiene un efecto *erga omnes*, convirtiendo al fallo en aplicable a todas las situaciones jurídicas que se presentan sobre el punto de derecho en discusión, y aún más, el efecto de esta declaratoria es la expulsión del acto normativo del régimen jurídico, así lo sostiene el profesor Rafael Oyarte en la obra Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado (Corporación de Estudios y Publicaciones, página 868) cuando manifiesta: *“El efecto erga omnes se refiere a que la decisión tiene destinatario universal, es decir, el fallo es aplicable a todas las situaciones jurídicas que se presentan sobre ese punto de derecho, en este caso, sobre la materia sometida a la revisión de constitucionalidad. [...]”*. *“En Ecuador el ejercicio del control de constitucionalidad tiene efecto erga omnes. Lo dicho no solo que se refiere al resultado de una declaración de inconstitucionalidad que conlleva la invalidez del acto, lo que implica su expulsión del ordenamiento jurídico y, por tanto, la imposibilidad de aplicar la norma anulada [...]”*. Esta Sala Especializada manifiesta que las sentencias de la Corte Constitucional, agregadas al expediente, no pueden ser consideradas como prueba a favor de la empresa ASETEL en virtud de que su contenido difiere del presente caso, como se explicará más adelante. **5.1.7.** En cuanto a la prueba del Acuerdo del Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información N° 041-2015, esta Sala considera que dicho Acuerdo fue publicado el 18 de septiembre de 2015, es decir en forma posterior a la Ordenanza que se encuentra impugnada que se publicó en el Registro Oficial N° 492 de 19 de diciembre de 2008, por lo que no cabría una interpretación retroactiva de dichos documentos, adicionalmente no constituye una norma de rango legal como para pensar que pueda considerarse como una derogatoria a la Ordenanza controvertida. **5.1.8.** Sobre la prueba presentada que tiene relación a las copias certificadas de las sentencias de la Corte Nacional de Justicia N°s 128-2013 y 93-2014 y 129-2013, esta Sala al observar su contenido verifica que el tema por el que se trabó la *litis* es distinto al presente caso, en virtud de que el

contenido de las Ordenanzas versaba sobre la regulación del espectro radioeléctrico, por lo que esta prueba no puede considerarse a favor del accionante. **5.1.9.** En cuanto a los Estatutos de ASETEL, esta Sala señala que con los mismos se verifica el interés directo que tiene la empresa en el presente proceso. **5.1.10.** En relación a la prueba que se relaciona al expediente administrativo, en el que conste todo el procedimiento legislativo de aprobación de la ordenanza y los informes técnicos establecidos para la creación de tasas, esta Sala observa que esta documentación, no aporta como prueba a favor del demandante en virtud de que simplemente se observa del contenido de la misma, el procedimiento para su creación, sin determinar de manera alguna aspectos relacionados a las afirmaciones del accionante. **5.1.11.** Finalmente en cuanto al contenido del Oficio ESPOL-FIEC-0508-2016 y del CD que se adjunta, se observa de la documentación presentada específicamente el oficio N° ESPOL-CIEC-OFC-2016-002 en el cual textualmente se indica: “[...] debo informarle que el Centro de Investigaciones Económicas de la ESPOL, no ha realizado ningún 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.”. “En el mes de Marzo del 2015, el Ing. César Yépez nos convocó a una reunión para ver la posibilidad de realizar un estudio sobre las tasas que estaban imponiendo los GADS a las empresas asociadas en ASETEL, el mismo que quedo en planteamiento.”. “Por lo tanto el Centro de Investigaciones Económicas de la ESPOL no cuenta con ningún estudio respecto a 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. Lo que tenemos es el Producto 10 de la Fase 3 del “Estudio de las Herramientas TIC para Fomentar el Comercio Electrónico en el Ecuador”, que realizó el Centro de Investigaciones Económicas de la ESPOL al Ministerio de Telecomunicaciones en el año 2014. El mismo que en el apartado 2.2.4. “Tasas Municipales por uso de espacio público y Acuerdo Ministerial No. 037 del MINTEL” Pag.54-56, hacemos referencia a este tema.”, por lo que se llega a la conclusión de que no existe ningún estudio al que hace referencia la empresa ASETEL, simplemente es un proyecto donde se analizó el tema,

documento que para esta Sala no tiene ningún valor probatorio. ~~SECRETARÍA~~ 5-1-12

En relación a la prueba documental presentada por el GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE LA TRONCAL: esta Sala manifiesta que la misma consta de fojas 167 a 190 del proceso con la cual se demuestra el procedimiento seguido para la Creación de la Ordenanza, el mismo que no fue controvertido. Adicionalmente la parte demandada solicita se considere como prueba a su favor la ORDENANZA QUE REGULA LA INSTALACIÓN DE ESTRUCTURAS FIJAS DE SOPORTE DE ANTENAS, SU INFRAESTRUCTURA, FUNCIONAMIENTO, OPERACIÓN Y COBRO DE TASAS DE LAS ESTACIONES RADIOELÉCTRICAS FIJAS DE SERVICIO MÓVIL AVANZADO, aprobada por el Concejo Municipal en dos sesiones ordinarias de 9 y 18 de diciembre de 2015 que deroga la Ordenanza impugnada y cuya documentación consta de fojas 42 a la 53 del expediente; respecto a este requerimiento, esta Sala considera que no es posible dar valor probatorio a esta prueba que solicita la parte demandada en virtud no se ha presentado como excepción de la demanda y por lo tanto la litis no se traba sobre este punto en particular y al no ser materia de análisis no se la considera, dejando a salvo el derecho de impugnar por la parte actora, este acto administrativo.-----

5.2. Respecto a las excepciones planteadas por el **Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de La Troncal**, y que corresponden: **a)** falta de legítimo contradictor y **b)** Ilegitimidad de personería de actora y demandados esta Sala no puede emitir pronunciamiento alguno en virtud de que la parte demandada no explica ni fundamenta de qué manera se han producido estas excepciones, son simples enunciados que los plasma en la contestación a la demanda, por lo cual esta Sala no puede analizar algo que no fue debida y suficientemente argumentado por las partes. **c)** En cuanto a la excepción de Improcedencia de la Demanda, por no cumplir con los requisitos establecidos en el Art. 321 del Código Tributario, en concordancia con lo determinado en el Art. 142 del COGEP, ya que se debe considerar que este cuerpo legal entró en vigencia el pasado 22 de mayo del 2016. Respecto a esta Excepción, esta Sala observa que el Art. 321 del Código Tributario vigente a la época se refiere a la responsabilidad

por infracciones, normativa que no puede ser analizada por esta Sala en virtud de que no existe argumento por parte de los demandados en el que se indique en que se relaciona este artículo con la improcedencia de la demanda, así mismo el artículo 142 del COGEP tiene relación con el contenido de la demanda, determinado esta Sala que tampoco el demandado fundamenta dicha excepción para verificar su relación con la improcedencia de la demanda; en tal virtud se desecha esta excepción. **d)** Sobre la excepción de la incompetencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, para conocer la presente acción, con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, esta Sala Especializada señala que se encuentran perfectamente definidas las competencias tanto de la Corte Nacional de Justicia como las de la Corte Constitucional; es decir cada una de estas instancias jurídicas tendrán que resolver en función de sus competencias y de acuerdo a sus atribuciones legales, así pues, la Corte Nacional de Justicia, para este tipo de impugnaciones objetivas, realizará el control de legalidad salvaguardando que dichas normas de rango reglamentario no pugnen con la ley, por lo tanto de acuerdo con la legislación vigente la Sala Especializada de lo Contenciosos Tributario de la Corte Nacional de Justicia, es competente para conocer el presente caso en función del contenido de la segunda parte, numeral 2 del Art. 185 del Código Orgánico de la Función Judicial. **5.2.1.** Ahora bien, esta Sala para realizar el análisis de los artículos impugnados, resalta también que de conformidad con el artículo 264 de la Constitución de la República, se reconoce a los gobiernos municipales (régimen seccional) la competencia fiscal exclusiva para crear, modificar o suprimir mediante ordenanzas tasas, de tal forma que estas facultades originarias, son un ejemplo claro de fijación, creación, modificación y supresión de tributos, es decir de adecuación constitucional del poder tributario en la República del Ecuador, entendiéndose, claro está, que la facultad otorgada a los gobiernos municipales constituye una delegación para la creación de tasas y es parte del poder tributario derivado. En este punto es importante desentrañar el concepto de tasa, para los cual creemos pertinente citar lo que el abogado Bernardo Lara Berrios en su documento “HACIENDA PÚBLICA Y DERECHO TRIBUTARIO.

EL DERECHO TRIBUTARIO: EL TRIBUTO”, página 21 al citar al ~~SECRETAR~~ BENJAMÍN VILLEGAS BASAVILBASO quien señala sobre la tasa es la: “Suma de dinero que paga el beneficiario o usuario por la prestación de un determinado servicio público. Es un ingreso derivado o de derecho público, es una especie de tributo que tiene caracteres específicos propios que lo distinguen del impuesto y de las contribuciones especiales”. El Dr. José Vicente Troya en su obra Manual de Derecho Tributario, (Corporación de Estudios y Publicaciones, páginas 35 y 36 enunció: “La doctrina prevaleciente define a la tasa y construye su teoría bajo el supuesto de que tal institución se explica relacionada a la actividad del Estado, y sin hacer siquiera referencia a los ingresos que correspondan al Estado por el uso o aprovechamiento de los bienes de dominio público. Una excepción a este planteamiento la encontramos en Ferreiro Lapatza, quien sin discutir expresamente el criterio, consigna lo siguiente en su obra: De esta forma, como ya sabemos, debemos incluir entre las tasas los tributos cuyo hecho imponible consista en la concesión a un sujeto determinado por parte de la Administración de la posibilidad de usar privativa o anormalmente los bienes de uso público. Los bienes del Estado se suelen clasificar en bienes de dominio público y bienes de dominio privado. Los primeros a su vez, pueden ser bienes de uso común y bienes destinados al servicio público. Los de uso común son aquellos que pueden ser aprovechados por toda la comunidad, y por eso, no cabría, sin dejar de ser tales, que se exija un pago por su utilización. Respecto de los bienes del dominio privado, no solo cabe que previa la retribución correspondiente, se permita el uso y aprovechamiento, sino que inclusive pueden ser gravados y enajenados, obviamente cumpliéndose en cada caso, los requisitos que el sistema jurídico prevea. Los bienes destinados al servicio público están por principio, fuera de comercio, son inalienables e inembargables, pero ello no impide que en casos singulares se permita su uso y aprovechamiento, lo que en sí mismo es una modalidad de brindar servicio público. Tal es el caso de las tasas que se cobran por la utilización de las facilidades portuarias y aeroportuarias, depósitos públicos y otros, en los cuales entre utilización del bien y servicio público surge una íntima relación. Cabe asegurar que estos elementos, utilización de bienes del dominio público y servicio público, se encuentran

entonces imbricados. De este modo se explica que también sea hecho generador de la tasa la utilización de los bienes del dominio público, la cual no es sino un desarrollo, una fase del supuesto más general de este tributo, cual es el servicio público desenvuelto por el Estado. Si bien en las definiciones, excepción hecha de las que constan en la Ley Española (1963) y en el Código de México (1981), no se prevé que la utilización y aprovechamiento de los bienes del dominio público da lugar al pago de una tasa, no es menos cierto que muy frecuentemente, se ha aplicado este tipo de tasas, aunque bajo la óptica de la prestación de un servicio público. En lo que hay que poner cuidado, es en distinguir si realmente, se trata de uso y aprovechamiento de bienes destinados al servicio público, pues de lo contrario, al tratarse de bienes del dominio privado, la retribución que entrega el particular es un precio, por más que el mismo sea fijado unilateralmente por el Estado. En resumen la expresión uso y aprovechamiento de los bienes que quedan referidos, no debería causar mayor sorpresa, se encuentra implícita en la prestación del servicio público.”. En este aspecto podemos señalar también que la tasa es comprendida como aquella prestación exigida unilateralmente por el Estado, en la que se vincula directamente a la actividad estatal con el contribuyente. Dicha obligación es exigible con “ocasión” de la prestación del servicio público divisible o por el uso o aprovechamiento de bienes de dominio público. Respecto a la ocasionalidad la misma radica en que el usuario debe estar en la posibilidad real de que pueda recibir concretamente un servicio sin que necesariamente le reporte un beneficio. Es importante resaltar que en algunas ocasiones la tasa se exige por el uso de un servicio público divisible que beneficia al particular y en otros casos no, por lo que la contraprestación de un servicio no implica una característica esencial de la tasa en consecuencia, este Tribunal se aparta del criterio del accionante en la que constriñe el concepto de tasa solo a la prestación de servicios públicos. **5.2.2.** Por otra parte el Municipio del Cantón La Troncal de conformidad al contenido del Art. 55, literal e), Art. 57, literal c), Art. 568 y segundo inciso del Art. 567 del Código Orgánico de Organización Territorial, tiene la amplia facultad de establecer la tasa por servicios de cualquier naturaleza y por el uso u ocupación del espacio público, la vía

pública y el espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, ^{SECRET} para colocación de estructuras, postes y tendido de redes siempre que se trate de materias atribuidas a dichos Gobiernos de conformidad con la Constitución y la Ley, por tal las regulaciones que hubieran tenido este propósito específico, si cumplirían el objeto previsto en la norma, y por tal, si la ordenanza regula los gravámenes al uso exclusivo de los espacios descritos, como hecho generador, la misma sería conforme a derecho, únicamente en estos temas, sin embargo el control de legalidad que debe realizarse en este punto se condiciona previamente a lo que se abordará en el siguiente numeral. **a)** En este punto es importante precisar que el texto contenido en el Art. 9 de la Ordenanza impugnada, se refiere al: Permiso de instalación y/o colocación otorgado por la Jefatura de Control Urbano, el Art. 12 se refiere a Valoración del permiso de instalación y/o colocación, el Art. 13 se refiere a la renovación del permiso de instalación y/o colocación. En este aspecto este Tribunal considera que hay que examinar el alcance de estas disposiciones, así pues los artículos 9,12, y 13 no se encuentran atados a ningún instituto del Derecho Tributario, esto es el hecho generador, sujetos tributarios y relación jurídico tributaria entre la que se encontrará la obligación tributaria, conforme lo establece el Art. 4 del Código Orgánico Tributario, es decir su texto no trasciende al ámbito tributario, por lo cual esta Sala no puede pronunciarse al respecto, en virtud de que se regulan aspectos directamente relacionados al ámbito administrativo que al Derecho Tributario. Ahora bien el contenido del Art. 12 de la Ordenanza impugnada abarca el tema de la valoración **del permiso de instalación y/o colocación**, que será individual para cada estación y que tiene un costo de 50 salarios básicos unificados del trabajador en general; del texto de este artículo se desprende que no se refiere a una tasa, o a la configuración del hecho generador vinculado a la ocupación de espacio aéreo o la vía pública, sino a una habilitación para el uso del espacio público. Por lo señalado, se manifiesta que conforme el contenido de estos artículos no acredita la acción de naturaleza fiscal propuesta en la demanda. **5.2.3.** Esta Sala considera pertinente aclarar que en el presente caso no se pueden tomar en cuenta como pruebas las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, y solicitadas por la parte

actora como pruebas a su favor en virtud de que versan sobre la anulabilidad del Art. 18 de las Ordenanzas que fueron impugnadas que se relacionaban a la valoración de las tasas, así como la modulación de otros artículos, casos muy distinto al que se analiza en el presente fallo. **5.2.4.** Finalmente es menester referirse a la pretensión plasmada por la parte actora en cuanto a la *“anulación de todos los actos generados a partir de promulgación de la ordenanza impugnada, especialmente aquellos que tienen que ver la ejecución de dicha ilegal ordenanza [sic]”*. Para resolver este tema, es loable indicar que los actos emitidos al amparo de la Ordenanza controvertida (sobre todo al tratarse de títulos de crédito) tienen una esencia autónoma y por lo tanto deben ser impugnados en su debido momento, bajo las acciones establecidas en el ordenamiento jurídico, y de acuerdo a la naturaleza de ellas, al amparo de acciones subjetivas allí recoge ideas, cuyo procedimiento de impugnación son distintos en esencia a la presente acción de impugnación (de nulidad u objetiva) y siempre que guarden relación a la materia fiscal de competencia exclusiva de este Tribunal. Por otro lado también hemos indicado en el punto 4.1.4. literal d) que la acción de impugnación en contra de reglamentos, ordenanzas, resoluciones, y otras normas de carácter general de rango inferior a la ley en materia tributaria, por esencia, no puede ser planteada en contra de actos posteriores de ejecución, por lo tanto la referida pretensión es considerada impertinente de ser analizada en el presente proceso.-----

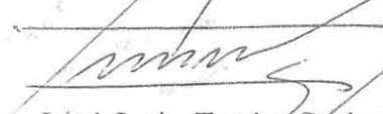
6.- Conclusiones finales.- Por lo todo lo hasta aquí expuesto esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, considera que no procede la pretensión del actor de la anulabilidad total de la Ordenanza **QUE REGULA LA INSTALACIÓN DE ANTENAS DE RADIO BASES DE TELEFONÍA MÓVIL Y ESTACIONES RADIOELÉCTRICAS FIJAS EN EL CANTÓN LA TRONCAL**, publicada en Registro Oficial N° 492 del 19 de diciembre del 2008 de conformidad a lo expresado en el numeral 5.2.2 de este fallo.-----

VI.- DECISIÓNTribu
SECRE

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, expide la siguiente: -----

SENTENCIA

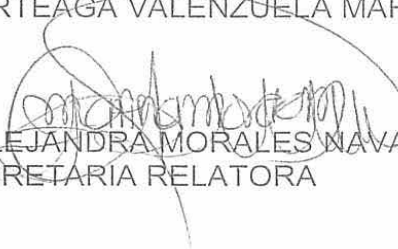
Se rechaza la demanda propuesta por el Ing. Roberto Aspiazu Estrada, DIRECTOR EJECUTIVO DE LA ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES (ASETEL), en los términos analizados en el presente edicto. Actúe la Ab. Alejandra Morales Navarrete en calidad de Secretaria Relatora, de conformidad con la Acción de Personal N° 6037-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015, expedida por el Consejo de la Judicatura. Notifíquese, publíquese en el Registro Oficial, y cúmplase.-----


Dr. José Luis Terán Suárez**JUEZ PRESIDENTE**
Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia**JUEZA NACIONAL**
Dra. Ana Maria Crespo Santos**JUEZA NACIONAL**

Certifico:


Ab. Alejandra Morales Navarrete**SECRETARIA RELATORA**

En Quito, jueves trece de abril del dos mil diecisiete, a partir de las doce horas y veinte y ocho minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la SENTENCIA que antecede a: ASOCIACION DE EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES (ASETEL) en la casilla No. 2150 y correo electrónico javierbarbaramos@yahoo.es del Dr./Ab. JAVIER MARTIN BARBA RAMOS. GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE LA TRONCAL en la casilla No. 999 y correo electrónico crbravop@hotmail.com, hangelito1981@hotmail.com del Dr./Ab. CARLOS RAMIRO BRAVO PARDO. PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO en la casilla No. 1200 del Dr./Ab. ARTEAGA VALENZUELA MARCOS. Certifico:


ABG. MARTHA ALEJANDRA MORALES NAVARRETE
SECRETARIA RELATORA

MARIA.GALLARDOA

RAZÓN:- Siento como tal que las veinticuatro (24) copias que anteceden, son iguales a su original constantes en la Acción Objetiva No. 301-2016 que sigue LA ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES ASETEL, en contra del GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN LA TRONCAL, las mismas que las confiero debidamente certificadas. Quito, 20 de abril de 2017. Certifico.-


Ab. Alejandra Morales Navarrete
SECRETARIA RELATORA



Sala de lo Co
Tributa

SECRET

Recurso No. 2016-0695

Resolución No. 263 - 2017

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

JUEZ PONENTE: DR. JOSÉ LUIS TERÁN SUÁREZ

Quito, martes 19 de abril del 2017, las 10h50.-

ASUNTO

Resolución del recurso de casación interpuesto por el economista Pedro Xavier Cárdenas Moncayo, en calidad de Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, en contra de la sentencia de 22 de agosto de 2016, las 11h42, dictada por la Sala Única del Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Tributario con sede en Guayaquil, dentro del juicio de impugnación No. 09503-2014-0141, deducido por la abogada Norka Patiño Chacón, ofreciendo poder o ratificación de gestiones por parte del señor Enrique Hamlet Zuñiga Bustamante, Gerente General y como tal representante legal de la compañía CATAECSA S.A., en contra de la Resolución No. SENAE-DNJ-2014-0427-RE de 29 de octubre de 2014, emitida por la Directora Nacional Jurídico Aduanero del SENAE, que declaró sin lugar el Reclamo Administrativo de Impugnación No. 109-2014, presentado por la referida compañía, y en consecuencia declaró la validez de la Rectificación de Tributos No. DNI1-DRI1-RECT-2014-0110,

emanada de la Dirección Regional 1 de Intervención de la Dirección Nacional de Intervención del SENA E.

1. ANTECEDENTES

1.1 Mediante escrito de 12 de septiembre de 2016, el economista Pedro Xavier Cárdenas Moncayo, en calidad de Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, fundamentó el recurso de casación en las causales *primera, segunda, cuarta y quinta* del art. 3 de la Ley de Casación. Estimó infringidas las siguientes normas de derecho: **a) Causal primera: “Falta de aplicación”** de los artículos 32, 33 y 42 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; **b) Causal Segunda: “Errónea interpretación”** del artículo 104 del Reglamento al Título de Facilitación Aduanera para el Comercio del libro quinto del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; **c) Causal cuarta:** Omisión de resolver en la sentencia todos los puntos de la litis; y, **d) Causal quinta:** “Cuando la sentencia no contuviere los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles”. Sin embargo, el Dr. Juan G. Montero Chávez, Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, declaró la admisibilidad parcial del recurso de casación interpuesto, al amparo de la **causal primera** del art. 3 de la Ley de Casación, por los cargos de: **falta de aplicación** de los arts. 32, 33 y 42 del Tratado de Creación del Tribunal de

Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, y por el cargo de *falta de motivación*, al amparo de la causal quinta del art. 3 de la ley de Casación.

1.2 En relación con la **causal primera**, respecto de la “*falta de aplicación*” de los artículos 32, 33 y 42 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el recurrente sostiene que de conformidad con el Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) el Ecuador forma parte de la Comunidad Andina; que de lo contemplado en el artículo 6 de dicho Acuerdo el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es el órgano jurisdiccional encargado de dirimir las controversias que se deriven de la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico comunitario y cuyas competencias se encuentran previstas en el Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; que de lo contemplado en los artículos 32, 33 y 42 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se puede dilucidar que la interpretación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina –entiéndase el artículo 53 numeral 1, literal c) del Reglamento Comunitario No. 1684 referido en sentencia (antes artículo 51, numeral 1 literal c) de la Resolución 846)- corresponde de forma exclusiva al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; que en este caso y conforme se vislumbra de la lectura de la sentencia objeto del recurso de casación, de su considerando Cuarto, hace referencia a un supuesto conflicto entre normas de distinta jerarquía (Reglamento al Título de Facilitación Aduanera para el Comercio del libro quinto del COPCI y Resolución Comunitaria No. 1684); al respecto y como se puede dilucidar de la normativa del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, resulta claro que existe una disposición supranacional que contempla que ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que

conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina podrá ser sometido a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el referido tratado, de tal suerte que correspondía a la Sala aplicar los preceptos ahí contenidos; es decir, solicitar la interpretación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina acerca de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina en cumplimiento a lo establecido en el artículo 33 del mencionado Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por lo que, al haberse resuelto un supuesto conflicto de normas entre el Reglamento Comunitario (parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina) y el Reglamento al Título de Facilitación Aduanera para el Comercio del libro quinto del COPCI (parte de la normativa aduanera de nuestro país) se ha conllevado una falta de aplicación de una norma de derecho que correspondía ser utilizada en este caso en concreto; que se denota la falta de aplicación de los artículos 32, 33 y 42 del Tratado en este caso ya que no solo se ha indicado que: *“...el importador nunca tuvo conocimiento expreso de cuáles eran las razones de la aduana para dudar de la veracidad o exactitud de los documentos presentados dentro del control posterior, lo que acarrea que el importador haya quedado en indefensión”*, sino que incluso se ha expresado: *“... no corresponde pues, entrar a pronunciarse sobre el resto de obligaciones...”* cuando dicho asunto debió ser conocido por el órgano jurisdiccional competente para el efecto (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina) de tal suerte que al no aplicarse las normas antes determinadas se transgrede el derecho a la seguridad jurídica consagrado en la carta magna; que dentro de la presente fundamentación se ha individualizado las normas de derecho infringidas, indicándose que dicha infracción se ha dado al no habérselas aplicado, cuando tales normas

concernían al caso, y siendo que su falta de aplicación ha sido determinante para la decisión tomada en sentencia. El recurrente en esta parte, transcribe un extracto de la sentencia dictada por esta Sala Especializada dentro del caso No. 17751-2015-0411, para concluir manifestando que la Administración Aduanera ha cumplido a cabalidad con lo dispuesto en la Resolución No. 846 de la Comunidad Andina de Naciones en su artículo 51 número 1 letra c) por consiguiente se ha respetado el debido proceso y sobre todo se procedió con la debida notificación de la duda razonable, haciendo que la misma surta efectos jurídicos y sea eficaz, permitiendo así que el contribuyente pueda ejercer su derecho a la defensa.

1.3 Respecto de la **causal quinta** el casacionista luego de transcribir el considerando cuarto de la sentencia recurrida, dice que lo manifestado conlleva claras interrogantes, ya que al referirse (sin así hacerlo) a un incumplimiento del debido proceso, la Sala debió indicar a las partes a qué garantía básica del mismo se refería, ya que dichas garantías se encuentran contempladas de forma taxativa en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador; es decir, se establece una supuesta indefensión respecto al importador, sin explicar de forma suficiente en qué fundamentan lo dicho, que al respecto es menester manifestar que el derecho a la defensa establecida en el referido artículo 76 de la Constitución de la República, incluye varias garantías, esto nos lleva a remitirnos al acto administrativo objeto de la acción contenciosa tributaria que fuera deducida, es decir a la Resolución No. SENAE-DNJ-2014-0427-RE de 29 de octubre de 2014, misma que fuera dictada en atención al Reclamo Administrativo No. 109-2014 y mediante la cual se resolvió: “... *Declarar SIN LUGAR el presente Reclamo Administrativo de impugnación No. 109-2014, presentado por el señor ENRIQUE HAMLET ZUÑIGA*

BUSTAMANTE, por los derechos que representa en su calidad de Gerente General de la Compañía CATAECSA S.A., consecuentemente se declara la validez del acto administrativo contenido en la Rectificación de Tributos No. DNI-DRI1-RECT-2014-0110, emanada de Dirección Regional 1 de Intervención de la Dirección Nacional de Intervención, ratificando el pronunciamiento técnico contenido en la misma y en el Memorando Nro. SENAE-DRR-2014-0756-M de fecha 24 de septiembre de 2014 emanado de la Interventora asignada a la Dirección de Reclamos y Recursos de esta Dirección...”; que el Código Tributario, en su artículo 115 establece que los contribuyentes que se creyeran afectados, en todo o en parte, por un acto determinativo de obligación tributaria podrán presentar su reclamo ante la autoridad de la que emane el acto, dentro del plazo de veinte días, contados desde el día hábil siguiente al de la notificación respectiva, lo que es concordante con el artículo 124 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones que establece que toda persona podrá presentar reclamo administrativo en contra de los actos administrativos dictados por el Director General o los Directores Distritales del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador que afectaren directamente sus derechos, dentro del plazo de veinte días contados desde la fecha en que hubiere sido notificado con dicho acto; que de igual forma dicha norma (COPCI) establece que los reclamos que se presentaren se sustanciarán y resolverán de acuerdo al procedimiento establecido en el Código Tributario. Siendo así resulta evidente que la Determinación de Control Posterior No. DNI-DRI1-RECT-2014-0110 fue reclamada en sede administrativa y que por lo tanto debía cumplirse dentro de la tramitación del mismo con el procedimiento establecido en el Código Tributario para el efecto y dentro de la cual la Ley prevé un claro procedimiento a seguir y el reclamante puede aportar las

pruebas de las que se crea asistido a fin de demostrar sus aseveraciones relativas al acto que reclama. En el presente caso, el accionante en ejercicio a su legítimo derecho a la defensa efectuó su reclamación respecto de la Determinación de Control Posterior No. DNI-DRI1-RECT-2014-0110 en sede administrativa; que dentro de la acción contenciosa tributaria el acto impugnado no fue la Determinación de Control Posterior No. DNI-DRI1-RECT-2014-0110 sino la Resolución No. SENA-E-DNJ-2014-0427-RE mediante la cual se atendió el Reclamo Administrativo No. 109-2014; que en la sentencia se considera la nulidad de la Rectificación de Tributos (acto que no era objeto de acción contenciosa tributaria) y de la Resolución administrativa que la confirmó, lo dicho resulta relevante ya que en la sentencia no consta pronunciamiento o exposición respecto del acto que fuera impugnado (Resolución No. SENA-E-DNJ-2014-0427-RE) sino más bien que la Sala centró su disertación en el único numeral, que realiza un escaso análisis, esto es el numeral Cuarto de la sentencia (relativo a la alegación de violación al debido proceso que genera nulidad de todo lo actuado) respecto del acto que fuera objeto del Reclamo Administrativo, lo que contraría lo establecido en el artículo 139 del Código Tributario; es decir, para declarar la nulidad de la Resolución impugnada la Sala debió explicar a las partes de forma suficiente e indicando en virtud a qué normativa dicho acto administrativo (Resolución mediante la cual se atendió el reclamo) resultaba nulo, sin dejar de lado cuál era el objeto (el acto administrativo) de la reclamación en vía judicial; que la Corte Constitucional del Ecuador dentro de la sentencia N0. 079-14-SEP-CC de fecha 8 de mayo de 2014, caso No. 0452-12-EP, estableció que para que una sentencia sea motivada deberá contener al menos tres requisitos: razonabilidad, lógica y comprensibilidad, de tal forma que si la Resolución impugnada (mediante la

cual se atendió el Reclamo Administrativo) viciaba de alguna nulidad, esta debía ser explicada y fundamentada en sentencia, haciéndose constar los hechos en contraste con la norma pertinente que llevan a los jueces a dicha conclusión; que en la sentencia se declara sin valor alguno la Resolución Administrativa No. SENA-E-DNJ-2014-0427-RE (acto impugnado en el juicio) sin embargo, la Sala única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 2 con sede en Guayaquil obvió pronunciarse respecto a dicho acto a lo largo de la misma, ciñendo sus considerandos en el numeral Cuarto de la sentencia relativa a la alegación de violación al debido proceso que genera nulidad de todo lo actuado respecto a la Determinación de Control Posterior No. DNI-DRI1-RECT-2014-0110, determinación sobre la cual el actor ya había efectuado su reclamación en vía administrativa y cuyo resultado fue justamente la emisión de la Resolución No. SENA-E-DNJ-2014-0427-RE, mediante la cual se declaró sin lugar dicho reclamo administrativo; lo dicho se contrapone con el requisito de lógica referido ya que resulta ineludible que el acto administrativo objeto de la impugnación en la vía judicial –Resolución No. SENA-E-DNJ-2014-0427-RE- debió ser materia de estudio y análisis por parte de los jueces en su sentencia, más aun considerando que en la parte resolutive de la misma se declara dicho acto sin valor alguno, lo que evidentemente acarrea que dicha sentencia no se encuentre debidamente motivada; que siendo que la motivación requiere de un análisis que explique y revele a las partes el porqué de la decisión judicial, y que conlleva de igual forma una argumentación que se sustente tanto en la norma como en los hechos acontecidos de forma congruente y lógica, para lo cual es menester referirse a los artículos 273 del Código Tributario y 276 del Código de Procedimiento Civil que establecen que en las sentencias se decidirán con claridad los puntos que fueron materia de la

resolución y que se deberá expresar el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión. Por último la recurrente transcribe una cita del tratadista Fernando de la Rúa respecto de la motivación, contenida en su obra "Teoría del Proceso"; y, un extracto de la sentencia publicada en la Gaceta Judicial, año CII, serie XVII No. 6, p. 7516, de 9 de abril de 2001.

1.4 Como se mencionó *ut supra*, mediante auto de 17 de febrero de 2017, las 09h34, el Dr. Juan G. Montero Chávez, Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, declaró la admisibilidad parcial del recurso de casación interpuesto, al amparo de la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, por los cargos de: **falta de aplicación** de los arts. 32, 33 y 42 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones y por el cargo de **falta de motivación**, al amparo de la causal quinta del art. 3 de la ley de Casación.

1.5 El señor Enrique Hamlet Zuñiga Bustamante, en su calidad de Gerente General y como tal representante legal de la compañía CATAECSA S.A., en la contestación al recurso manifiesta: Que la sentencia recurrida se refiere a una rectificación de tributos, debiendo resaltar que la misma se encuentra debidamente motivada conforme se desprende de la sola lectura del considerando Cuarto, por lo que corresponde que la causal por falta de motivación alegada por la administración aduanera sea rechazada; que en cuanto a la supuesta falta de aplicación de los arts. 32, 33 y 42 del Tratado de Creación el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, las normas antes citadas no aplican al presente caso, ya que la interpretación prejudicial es un sistema de cooperación judicial que aplica únicamente en forma obligatoria cuando la sentencia que se dicte no fuere susceptible de recurso en el derecho

interno, conforme así lo determina el segundo inciso del art. 33 del referido tratado, lo cual no ocurre en el presente caso, ya que la sentencia cuestionada sí es susceptible de recurso interno vía recurso de casación, que es justamente el recurso que se está tramitando en la actualidad; además, que no procede el cargo manifestado por la administración aduanera, ya que de darse el caso supuesto de que el Tribunal inferior debía consultar de manera obligatoria al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aquello conllevaría que se debió alegar entonces la segunda causal del art. 3 de la Ley de Casación, ya que aquella omisión generaría la nulidad de la sentencia y siendo que aquello no ha sido parte de los cargos admitidos objeto del recurso de casación, corresponde rechazar el recurso de casación de la administración aduanera.

1.8 El Tribunal *A quo* en la sentencia recurrida, “...DECLARA CON LUGAR la demanda de impugnación propuesta por la compañía CATAECSA S.A., por intermedio de su representante legal señor Enrique Hamlet Zúñiga Bustamante en contra de Resolución No. SENAE-DNJ-2014-0427-RE del 29 de octubre de 2014 dentro del reclamo No. 109-2014 dictado por la abogada Bella Dennise Rendón Vergara, Directora Nacional Jurídico Aduanero de la Dirección General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador., mediante la cual se ratificó la legalidad y validez de la rectificación de Tributos No. No DNI-DRI1-RECT-2014-0110 del 23 de julio de 2014, ya que al momento de dictarse la antes referida rectificación de tributos se violó el respectivo procedimiento que incidió en la decisión de la causa y generó la indefensión del importador lo cual conlleva la declaratoria de nulidad de dicha rectificación y de la resolución que declaró su validez y legalidad al tenor de lo prescrito en el Art. 139, numeral dos del Código Tributario en concordancia con los Arts. 9 y 10 del Código Civil...” (sic).

2. JURISDICCION Y COMPETENCIA

2.1 Este Tribunal Especializado es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación, en virtud de las Resoluciones Nos. 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 Nos. 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 en el proceso y en atención a lo previsto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República Ecuador, 185 segunda parte, número 1 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 1 de la Codificación de la Ley de Casación.

3. VALIDEZ PROCESAL

3.1 En la tramitación del presente recurso extraordinario de casación, se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de impugnaciones, y no existe nulidad alguna que declarar.

4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

4.1 El recurrente, según el auto de admisibilidad del recurso de casación, formula los siguientes cargos en contra de la sentencia dictada por la Sala

Única del Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Tributario con sede en Guayaquil:

Cargo 1: “*Falta de motivación*” por cuanto la sentencia no contiene los requisitos exigidos por la ley, infringiendo la letra l) del numeral 7 del art. 76 de la Constitución de la República; art. 273 del Código Tributario; y, art. 276 del Código de Procedimiento Civil (causal quinta).

Cargo 2: “*Falta de aplicación*” de los artículos 32, 33 y 42 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones (causal primera).

5. CONSIDERACIONES Y RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

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 a través 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 las cosas, la crítica del recurrente a la sentencia de

instancia, para conseguir ser examinada por la Sala de casación, tiene por objeto las consideraciones de ésta, que constituyan la *ratio decidendi* del fallo.

5.2 La doctrina y la jurisprudencia orientan que cuando se acusa al fallo de hallarse incurso en varias causales, para resolver los cargos expuestos en virtud de un recurso de casación, el Tribunal debe seguir un orden lógico jurídico, impuesto no por la voluntad de los juzgadores sino por las implicaciones de los vicios que pudieran afectar la sentencia. Así, en el presente caso, esta Sala Especializada comienza con el estudio de la causal quinta, para luego, de ser procedente, continuar con la causal primera.

5.3 El recurrente ha alegado el vicio de la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, la misma que textualmente señala: “5. *Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles*”. Al respecto, el Dr. Santiago Andrade Ubidia sostiene que la causal 5 “... prevé defectos en la estructura del fallo (que no contenga los requisitos exigidos en la Ley), al igual que la contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva; debe entenderse que estos vicios emanan del simple análisis del fallo cuestionado y no de la confrontación entre éste, la demanda y la contestación, ya que en esta última hipótesis estaríamos frente a los vicios contemplados en la causal cuarta. El fallo casado será incongruente cuando se contradiga a sí mismo, en cambio será inconsistente cuando la conclusión del silogismo no esté debidamente respaldada por las premisas del mismo...”. (“La Casación Civil en el Ecuador”, Ubidia Andrade Santiago, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2005, pp. 135-136).

5.4 El cuestionamiento que formula el recurrente en contra de la sentencia de instancia, es que no contiene los requisitos exigidos por la ley, toda vez que infringe el art. 76, número 7 letra I) de la Constitución de la República, por lo que esta Sala Especializada, en primer lugar, deberá determinar si ello ocurre, dado el efecto de nulidad previsto en la norma constitucional. Además respecto de esta causal, sostiene que se han infringido los arts. 273 del Código Tributario y 276 del Código de Procedimiento Civil, para lo cual se hacen las siguientes consideraciones:

5.4.1 La “falta de motivación” hecha al amparo de la causal quinta del art. 3 de la ley de la materia, produciría la nulidad de la sentencia, al tenor de lo ordenado en el art. 76, numeral 7, literal I) de la Constitución de la República, que ha sido esgrimida como motivo del recurso. Dicha norma establece que:

“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.”

A su vez, el segundo inciso del art. 273 del Código Tributario, en la parte pertinente establece que:

“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 (...).”

En el mismo contexto, el art. 276 del Código de Procedimiento Civil dice:

“En las sentencias y en los autos que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal, se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión.

No se entenderá cumplido este precepto en los fallos de segunda instancia y de casación, por la mera referencia a un fallo anterior”.

5.4.2 De las normas constitucional y legales transcritas, se evidencia la trascendencia que tiene la motivación de las resoluciones en general y de las sentencias en particular; motivar a la luz del desarrollo jurisprudencial establecido por la Sala, consiste en la operación lógica de confrontar con suficiencia los hechos controvertidos con el derecho aplicable, pues la motivación constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión. Su exigencia es una garantía de justicia a la cual se le ha reconocido jerarquía constitucional, como derivación del principio de inviolabilidad de la defensa en juicio. La motivación de la sentencia es uno de los elementos fundamentales en el control de la legalidad. Por consiguiente, actúa como un elemento de prevención y control frente a la arbitrariedad.

5.4.3 Del texto de la sentencia dictada el 22 de agosto de 2016, las 11h42, por la Sala única del Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Tributario con sede en Guayaquil, se observa que la Sala juzgadora declara con lugar la demanda de impugnación propuesta por la compañía CATAECSA S.A., ya que al momento de dictarse la Rectificación de Tributos No. DNI-DRI1-RECT-2014-0110 del 23 de julio de 2014, a criterio de los juzgadores de instancia, se ha violado el respectivo procedimiento, que ha incidido en la decisión de la causa y ha generado la indefensión del importador, lo cual según el Tribunal conlleva

la declaratoria de nulidad de dicha rectificación y de la resolución que declaró su validez y legalidad, al tenor de lo prescrito en el art. 139 numeral 2 del Código Tributario, en concordancia con los arts. 9 y 10 del Código Civil. En efecto, el Tribunal a quo en el considerando CUARTO de la sentencia recurrida, señala: ***"CUARTO.- De conformidad con lo que prevé el art. 272 del Código Tributario, al tiempo de pronunciar sentencia, el tribunal examinará los vicios de nulidad de los que adolezca la resolución o el procedimiento impugnado, y declarará tal nulidad, siempre que los vicios que la motiven hayan impedido la clara determinación del derecho o hubiesen influido en la decisión del asunto. La nulidad de los actos administrativos, de conformidad con lo que prevé el art. 139 del Código Tributario, se produce en dos casos: cuando estos provienen o han sido expedidos por autoridad manifiestamente incompetente; y, cuando han sido dictados con prescindencia de las normas de procedimiento o de las formalidades que la ley prescribe. En el presente caso, nos encontramos ante una rectificación de tributos constante de la Resolución No. DNI-DRI1-RECT-2014-0110 del 23 de julio de 2014 suscrita por el Director Regional de Intervención 1 de la Dirección Nacional de Intervención, señor Ingeniero Sixter Pardo Zuñiga, la cual fue ratificada en su legalidad y validez mediante la Resolución No. SENAE-DNJ-2014-0427-RE del 29 de octubre de 2014 dentro del reclamo No. 109-2014 dictado por la abogada Bella Dennise Rendón Vergara, Directora Nacional Jurídico Aduanero de la Dirección General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador. Así pues, este Tribunal lo primero que debe dirimir y determinar si existe o no nulidad de los que adolezca la resolución o el procedimiento impugnado y ante lo cual, este Tribunal considera que de las tablas procesales no existe constancia de que la administración aduanera previamente a adoptar la decisión definitiva, esto es,***

la rectificación de tributos No. DNI-DRI1-RECT-2014-0110 del 23 de julio de 2014, haya comunicado al importador mediante medios físicos o electrónicos o digitales sus motivos para dudar de la veracidad o exactitud de los datos o documentos presentados y le haya otorgado al importador un plazo razonable para responder conforme lo manda la (sic) Reglamento Comunitario No. 846 de la Decisión de la Comunidad Andina No. 571, Art. 51, literal c), actual Reglamento Comunitario No. 1684, Art. 53, literal c), lo que implica la violación del procedimiento que influyó en la decisión de la causa y que generó indefensión del importador, todo lo cual conlleva la nulidad al tenor de lo prescrito en el Art. 139, numeral dos del Código Tributario, no siendo oponible la aplicación del Art. 104, inciso final del Reglamento al Título de Facilitación Aduanera para el Comercio del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones publicado en el Registro Oficial No. 452, del 19 de mayo de 2011, ya que la Constitución de la República del Ecuador manda en su Art. 425, segundo inciso a que en caso de conflicto entre normas se aplique la norma jerárquica superior, que para el caso subjudice, es la norma andina antes referida, la cual prevalece sobre un reglamento, teniendo presente que la rectificación de tributos fue ratificada en su validez y legalidad por medio de la resolución impugnada objeto de este proceso y siendo que las leyes mandan, permiten o prohíben conforme lo dispuesto en el Art. 1 del Código Civil y que los Arts. 9 y 10 del Código Civil, normas aplicables a este proceso por expresa remisión del Art. 103 inciso final del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, manda a que ningún Juez puede declarar válido un acto que la Ley ordena que sea nulo y en consecuencia, no correspondía que la resolución impugnada objeto de este proceso, declare la validez y legalidad de un acto nulo por violación del procedimiento que influyó en la decisión de la

causa y que generó la indefensión del importador al tenor de lo prescrito en el Art. 139, numeral dos del Código Tributario, ya que el importador nunca tuvo conocimiento expreso de cuáles eran las razones de la aduana para dudar de la veracidad o exactitud de los documentos presentados dentro del control posterior, lo que acarrea que el importador haya quedado en indefensión y aquello está expresamente prohibido por la Constitución de la República del Ecuador en sus Art. 75 y 76 numerales uno y siete, ya que el derecho a la defensa es un elemento esencial del debido proceso...". Ahora bien, de la lectura del recurso de casación interpuesto por la autoridad tributaria aduanera se advierte que el fundamento para acusar a la sentencia de falta de motivación es que en ella se debió indicar a las partes a qué garantía básica de las contempladas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador se refería, es decir, manifiesta que se establece una supuesta indefensión respecto al importador, sin explicar de forma suficiente en qué fundamentan lo dicho. Sobre este argumento, esta Sala Especializada observa que en la sentencia recurrida sí se menciona y se fundamenta el derecho que a criterio del juzgador de instancia ha sido vulnerado, esto es el de indefensión del importador por cuanto *"...de las tablas procesales no existe constancia de que la administración aduanera previamente a adoptar la decisión definitiva, esto es, la rectificación de tributos No. DNI-DRI1-RECT-2014-0110 del 23 de julio de 2014, haya comunicado al importador mediante medios físicos o electrónicos o digitales sus motivos para dudar de la veracidad o exactitud de los datos o documentos presentados y le haya otorgado al importador un plazo razonable para responder conforme lo manda la (sic) Reglamento Comunitario No. 846 de la Decisión de la Comunidad Andina No. 571, Art. 51, literal c), actual Reglamento Comunitario No. 1684, Art. 53, literal c)..."*; es decir, los

jueces del Tribunal *a quo* sí explican la manera en que las normas jurídicas utilizadas 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. Por lo tanto, dada la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, no corresponde que esta Sala, al amparo de la causal quinta, vuelva a apreciar y valorar la prueba por ser una facultad exclusiva y privativa de los jueces de instancia, y mucho menos si no ha sido invocada por el recurrente la causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación; en tal virtud, lo único que procede en este caso es verificar si el Tribunal de instancia motivó o no su decisión. De esta forma, esta Sala Especializada, de la revisión de la sentencia impugnada, observa que el Tribunal de instancia sí enuncia las normas jurídicas en que funda su resolución y, además sí explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho; en consecuencia, no porque el razonamiento jurídico del Tribunal de instancia sea contrario a los intereses del recurrente, significa que existe “*falta de motivación*” en la misma, razón por la cual, este Tribunal de Casación considera que no se encuentra configurada la causal quinta invocada, por falta de motivación de la sentencia. No se toman en cuenta las alegaciones del casacionista de que la falta de motivación de la sentencia se producen, asimismo, porque dentro de la acción contencioso tributaria el acto impugnado no fue la determinación de control posterior No. DNI-DRI1-RECT-2014-0110 sino la Resolución No. SENAE-DNJ-2014-0427-RE, mediante la cual se atendió el Reclamo Administrativo No. 109-2015, por cuanto dicho argumento está relacionado con los vicios de incongruencia tipificados en la causal cuarta del art. 3 de la Ley de Casación, que no fue admitida por el Conjuez Nacional. Por lo expuesto, en la especie, no se configura la causal quinta del art. 3 de la Ley de Casación.

5.5 En cuanto tiene que ver con la *causal primera* alegada por la administración tributaria aduanera, ésta trata de la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes en su parte dispositiva. Doctrinariamente, “...se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quem sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente”. (Andrade Ubidia, Santiago, 2005, LA CASACIÓN CIVIL EN EL ECUADOR, Quito - Ecuador, Andrade & Asociados Fondo Editorial, pág. 181). Por lo que esta causal, tiene como limitante la revaloración de las pruebas y debe ser planteada a partir de los hechos probados en la sentencia; dicha causal tiene relación con lo que se denomina vicios *in iudicando* ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho o precedentes jurisprudenciales.

5.6 El recurrente fundamenta su recurso en la falta de aplicación de las normas señaladas en el numeral 4.1, cargo 2, cuyos textos son los siguientes:

TRATADO DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA
COMUNIDAD ANDINA

“Artículo 32.- Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con

el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros”.

“Artículo 33.- Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal”.

“Artículo 42.- Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado”.

5.7 En relación con la falta de aplicación, ésta ocurre cuando: “...se deja de aplicar un precepto legal, y ello constituye “la infracción directa típica”, por haberlo ignorado el sentenciador o por no haberle reconocido validez, sea por desconocimiento del fallador o por abierta rebeldía contra el precepto...”. (Tolosa Villabona, Luis Armando, Teoría y Técnica de la Casación, 2008, Bogotá - Colombia, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., p. 359).

5.8 El fundamento de esta causal está dado porque a criterio de la autoridad tributaria aduanera, la interpretación de las normas que conforman el

ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, corresponde de forma exclusiva al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, además, que el Tribunal de instancia en su sentencia hace referencia a un supuesto conflicto entre normas de distinta jerarquía y que, como se puede dilucidar de la normativa del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina expuesta, resulta claro que existe una disposición supranacional que contempla que ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina podrá ser sometido a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el referido Tratado, por lo que correspondía a la Sala juzgadora aplicar los preceptos contenidos en él; es decir, solicitar la interpretación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina acerca de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, en cumplimiento del artículo 33 del mencionado tratado. Al respecto, esta Sala Especializada considera que las normas de derecho estimadas infringidas por la Aduana no son aplicables en este caso, por las siguientes reflexiones:

5.8.1 Los arts. 32, 33 y 42 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se refieren a la competencia que tiene el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros, para cuyo propósito los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la

sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno, y en todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, la interpretación prejudicial resulta ser obligatoria. Por lo tanto, está claro que nos encontramos frente a normas de derecho adjetivo, cuya inobservancia acarrearía la nulidad del proceso. Mal entonces estas normas pueden servir de fundamento de un recurso de casación que se sustenta en la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, que trata los vicios *in iudicando* o de derecho material o sustantivo.

5.8.2 Adicionalmente, esta Sala Especializada ya se ha pronunciado en el sentido de que la consulta al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para la interpretación prejudicial de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, es facultativa o no obligatoria, pues entendemos que las sentencias que dictan los Tribunales Distritales de lo Contencioso Tributario son susceptibles del recurso de casación que es un recurso interno. En consecuencia, no se encuentra configurada la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, y tampoco el vicio alegado.

6. DECISIÓN

6.1 Por los fundamentos expuestos, la Corte Nacional de Justicia, Sala 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:

7. SENTENCIA:

7.1 **NO CASAR** la sentencia dictada el 22 de agosto de 2016, las 11h42, por la Sala Única del Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Tributario con sede en Guayaquil.

7.2 Sin costas.

7.3 Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.



Dr. José Luis Terán Suárez

JUEZ NACIONAL



Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

JUEZA NACIONAL



Dra. Ana María Crespo Santos

JUEZA NACIONAL

Certifico.-



Ab. Alejandra Morales Navarrete

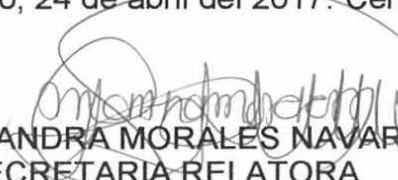
SECRETARIA RELATORA

En Quito, martes dieciocho de abril del dos mil diecisiete, a partir de las once horas y veinte y nueve minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la SENTENCIA que antecede a: COMPAÑÍA CATAECSA en la casilla No. 659 y correo electrónico joseledesma@ledesmayledesma.com.ec del Dr./Ab. LEDESMA HUERTA JOSE MIGUEL; COMPAÑÍA CATAECSA S.A. en la casilla No. 1399 y correo electrónico norka82@hotmail.com, joseledesma@joseledesmayledesma.com.ec del Dr./Ab. PATIÑO CHACON NORKA LUCCIOLA. DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR en la casilla No. 1346 y correo electrónico paola_arguellopa@yahoo.com, 3198.direccion.genera@aduana.gob.ec, parguel@aduana.gob.ec, 3198.direccion.general@aduana.gob.ec, danielaburaye@hotmail.com del Dr./Ab. ARGÜELLO PAREDES PAOLA ALEJANDRA. CHUMA RUIZ RAUL FERNANDO en el correo electrónico dfch_fer@yahoo.es; PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO en la casilla No. 1200 y correo electrónico jjovanny_96@hotmail.com del Dr./Ab. JIMMY JOVANNY JIMENEZ ALVAREZ. CHUMA RUIZ RAUL FERNANDO en el correo electrónico dfch_fer@yahoo.es. Certifico:


ABG. MARTHA ALEJANDRA MORALES NAVARRETE
SECRETARIA RELATORA

LIGIA.MEDIAVILLA

RAZÓN: Siento como tal que las 13 fotocopias que anteceden son iguales a los originales que constan dentro del Recurso de Casación No. 17751-2016-0695 (Juicio de Impugnación No. 09503-2014-0141), que sigue la compañía CATAECSA S.A., en contra del DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR, las mismas que las confiero debidamente certificadas. Quito, 24 de abril del 2017. Certifico.-


ABG. ALEJANDRA MORALES NAVARRETE
SECRETARIA RELATORA





Ing. Hugo Del Pozo Barrezueta
DIRECTOR

Quito:
Calle Mañosca 201 y Av. 10 de Agosto
Telf.: 3941-800
Exts.: 3131 - 3134

www.registroficial.gob.ec

El Pleno de la Corte Constitucional mediante Resolución Administrativa No. 010-AD-CC-2019, resolvió la gratuidad de la publicación virtual del Registro Oficial y sus productos, así como la eliminación de su publicación en sustrato papel, como un derecho de acceso gratuito de la información a la ciudadanía ecuatoriana.

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

El Registro Oficial no se responsabiliza por los errores ortográficos, gramaticales, de fondo y/o de forma que contengan los documentos publicados, dichos documentos remitidos por las diferentes instituciones para su publicación, son transcritos fielmente a sus originales, los mismos que se encuentran archivados y son nuestro respaldo.