

REGISTRO OFICIAL

ÓRGANO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESOLUCIONES:

**SALA ESPECIALIZADA DE LO
CONTENCIOSO TRIBUTARIO**

R397-2017, R398-2017, R405-2017

Resolución N.º 397-2017

Hábeas Corpus No. 09141-2017-00062

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR
SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO
PONENCIA: DR. DARÍO VELÁSTEGUI ENRÍQUEZ

Quito, viernes 2 de junio del 2017, las 08h05.-

ASUNTO

Resolución del recurso de apelación interpuesto por el señor Maldonado Chuni Romel Salustino, en contra de la sentencia de 4 de mayo de 2017, las 09h34, dictada por la Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial del Guayas, dentro de la acción constitucional de hábeas corpus No. 09141-2017-00062.

1. ANTECEDENTES

1.1 Mediante escrito de 5 de mayo de 2017, el señor Maldonado Chuni Romel Salustino, interpone recurso de apelación en contra de la sentencia de 4 de mayo de 2017, las 09h34, dictada por la Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial del Guayas, dentro de la acción constitucional de hábeas corpus que: *"(...) NIEGA la acción de hábeas corpus presentada por ROMEL SALUSTINO MALDONADO CHUNI. En estricta aplicación de lo establecido en el artículo 25 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional..."*.

1.2 El recurrente fundamenta su recurso de apelación sosteniendo que: "...la supuesta infracción fue identificada en territorio Panameño el 13 de abril de 2017, no quedando claro si la supuesta adulteración de sello obedece a visado de algún otro país, o de que país en particular, es decir era imposible que hubiera una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, toda vez que, como repito no se perpetró el supuesto delito en Ecuador, además de que el recurrente pasó por trámites administrativos previos para su deportación a Ecuador, es decir pasaron más de 24 horas entre la supuesta adulteración y la aprehensión. No existe además flagrancia toda vez que no está delimitada con claridad según el Art. 14 del COiP el ámbito especial de aplicación de la ley, pues entre el gobierno panameño supuestamente identificó vulneración de sellos oficiales ecuatorianos que dio paso a la deportación y posterior judicialización en el Ecuador habría pasado en exceso el tiempo de la flagrancia. En el presente caso, no existen los requisitos para haber calificado en Audiencia la Flagrancia, entendiéndose que el supuesto delito se cometió en Panamá un país distinto de donde se realiza la Audiencia de Flagrancia, por lo que ni hubo persecución ininterrumpida, ni se le aprehendió dentro de las 24 horas después del cometimiento del supuesto delito y además estuvo privado de su libertad ilegalmente por 3 días antes de la Audiencia de Flagrancia en un país distinto al nuestro en lugar que no era centro de privación de libertad autorizado. Lo que refiere el parte policial y los argumentos de la parte accionada, bajo ningún aspecto configura ni califica el entendimiento del Art. 527 del COiP, es decir, un delito flagrante, si como ya se ha dicho en la audiencia al ciudadano ecuatoriano lo apresaron por espacio de 3 días en Centro América-Panamá y luego lo deportaron a Ecuador, donde supuestamente se ha descubierto un delito flagrante de "falsificación y uso de documento falso". Cuando nadie.

absolutamente nadie, antes de formular cargos, haya dicho técnica y jurídicamente que el pasaporte presentado por las accionantes debidamente representadas y patrocinadas técnicamente, en un todo es un documento falso. En suma, este acto deviene en “vicios de procedimiento” según lo dispone el Art. 45, regla 2, letra d), de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que deriva de la riqueza conceptual del Art. 89 de la Constitución de la República, por lo que la privación de la libertad reclamada se tornó en arbitraria o ilegítima, tal cual lo señala el Art. 89 arriba referido, y de lo cual es responsable la Jueza accionada, como obra del proceso, tanto más si está misma es quien dictó el auto de prisión preventiva que en el amplísimo e idóneo de garantizar el derecho natural a la libertad...”.

2. JURISDICCION Y COMPETENCIA

2.1 2.1 Conocemos el presente recurso de apelación, las doctoras Maritza Tatiana Pérez Valencia y Ana María Crespo Santos Juezas Nacionales de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, conforme la Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012, emitida por el Consejo de la Judicatura de Transición, por la Resolución No. 341-2014 de 17 de diciembre de 2014, emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura y las Resoluciones Nos. 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, también el Oficio N° 649-SG-CNJ-ROG, de 09 de mayo de 2017 en donde se señala como reemplazo del Dr. José Luis Terán Suárez, Juez Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, al Dr. Darío Velástegui Enríquez, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, según Resolución del Pleno del Consejo de la Judicatura No. 042-2015 de 17 de

marzo de 2015, mediante la cual se designó y posesionó a las conjuetas y conjuetes de la Corte Nacional de Justicia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 200 del Código Orgánico de la Función Judicial. Este Tribunal Constitucional es competente para conocer y pronunciarse sobre la apelación del hábeas corpus, en virtud de lo establecido en los arts. 184, número 1 de la Constitución de la República, 185, apartado segundo, número 3 del Código Orgánico de la Función Judicial; 169 número 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y por la Resolución de 19 de marzo de 2009 de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 565 de 7 de abril del mismo año.

3. VALIDEZ PROCESAL

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

3.2 Previo al conocimiento y resolución de la apelación interpuesta por el señor Romei Salustino Maldonado Chuni, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, en uso de la facultad prevista en el inciso segundo del artículo 24 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales, al ser una actuación facultativa, no acepta el pedido de convocar a una audiencia en la presente instancia, bajo la consideración de que el artículo 86 numeral 2 literal a) de la Constitución de la República, señala que el procedimiento en las garantías jurisdiccionales “será sencillo, rápido y eficaz”; en concordancia con el literal e) de la misma norma constitucional que determina: “No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho”, por lo cual si bien es necesaria en primera instancia la realización de la audiencia pública, sin embargo para la apelación

por disposición del artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es facultativo para la jueza o juez, si creyere conveniente la práctica de pruebas. En el caso concreto, este tribunal considera que por constar en el expediente los elementos suficientes para tomar una decisión conforme a derecho, no es necesaria la convocatoria a audiencia.

4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

4.1 El señor Romel Salustino Maldonado Chuni, como fundamento del recurso de apelación se refiere a supuestos vicios de procedimiento según lo dispuesto en el art. 45 regla 2, letra d) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y concluye señalando que la libertad reclamada se tornó en arbitraria o ilegítima, esto con sustento en lo que establece el art. 89 de la Constitución de la República.

5. CONSIDERACIONES Y RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

5.1 Luego del sorteo practicado el 30 de mayo de 2017, a las 14h53, ha correspondido a este Tribunal o Sala Constitucional su conocimiento; y, de conformidad con lo previsto en el art. 89 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el art. 44 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esta Sala debe pronunciarse acerca de la apelación propuesta por el señor Romel Salustino Maldonado Chuni, para lo cual considera:

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

5.1.2 La Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial del Guayas, respecto de la Acción Constitucional de Hábeas Corpus propuesta por el señor Romel Salustino Maldonado Chuni, manifiesta: *"...CUARTO.- Esta Sala escucha en Audiencia la Intervención de la parte accionante quien a través de su defensor Abogado Angel Patricio Vacacela Guamán manifiesta que presentó el Recurso de Hábeas Corpus, por cuanto su defendido al llegar al Aeropuerto José Joaquín Olmedo desde Panamá en calidad de deportado el 13 de abril del 2017, que en Migración, la representante del Ministerio de Justicia Stefany Piguave documentóloga no le solicita a su defendido el pasaporte, porque no lo traía, quienes entregan el mismo son los encargados de la deportación, es decir su defendido no hizo uso del documento . él lo usó el día 13 por lo que no hubo flagrancia. solicita la*

excarcelación de su defendido. La Jueza Dra. Ruth Ronquillo Alvarado manifiesta que es la cuarta vez que debe presentarse por los Hábeas Corpus que presenta el Abogado Vacacela Guamán, manifiesta que la Fiscalía está a cargo de la investigación, la audiencia se realizó en las 24 horas y se dio paso a la detención del ciudadano en mérito a que el pasaporte contenía anomalías, por lo que en mérito a lo actuado por la Fiscalía, la Juzgadora observa y considera la prisión con fines investigativos, que fue una audiencia estrictamente de flagrancia y no de procedimiento directo o preparatoria.-

QUINTO.- El Art. 89 de la Constitución de la República determina que el hábeas corpus es una acción constitucional para precautelar la libertad de las personas detenidas de forma ilegal, arbitraria o ilegítima. En el caso de personas que se encuentren privadas de libertad por orden librada en un proceso penal, la competencia del Hábeas Corpus corresponde a una Sala de la Corte Provincial de Justicia, es pertinente para los jueces que conocen este tipo de acción analizar si el detenido es culpable o inocente, porque el hábeas corpus no es un proceso de naturaleza penal en que se decida sobre la intervención de una persona en un delito. Por tanto, son presupuestos fundamentales para la procedencia de dicha acción que la privación de la libertad se haya producido en forma ilegal, esto es, contraria a la ley; arbitraria, o sea, sin ley o sin norma jurídica, ilegítima, de tal modo que exista falta de racionalidad jurídica. Esa decisión es privativa de los juzgadores del ámbito penal. Lo contrario sería dar paso a que toda orden de prisión preventiva dictada por un juez del ámbito penal, pueda ser dejada sin efecto por medio del hábeas corpus, lo que atentaría contra el principio constitucional de la seguridad jurídica. Alejandro Ponce Martínez al referirse al Hábeas Corpus nos indica que es una garantía destinada a tutelar la libertad física de las personas mediante un procedimiento sumarísimo, nadie puede ser privado de la libertad.

sino en virtud de orden escrita y motivada de autoridad competente por los casos, el tiempo y las formalidades señaladas por la Constitución y la ley, por lo tanto la finalidad del Hábeas Corpus es proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de la libertad en forma ilegal, arbitraria e ilegítima, su ejercicio permite prevenir no solo violaciones a este derecho, sino también al derecho a la integridad y a la propia vida. La Corte Interamericana de Derechos Humanos indica que es esencial la función que cumple el Hábeas Corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes. César Landa Arroyo nos dice. Que procede contra una privación arbitraria e ilegal de la libertad, cuando se produce mora en el proceso judicial, que origine que el detenido continúe privado de su libertad más allá del plazo previsto en la ley. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9.4 así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 7.8 disponen que toda persona privada de su libertad tiene derecho a acudir ante un Tribunal para que este decida a la brevedad posible si la medida ha sido arbitraria o no y orden su inmediata libertad si fuere el caso. De allí que la finalidad del Hábeas Corpus es reponer el derecho constitucional de la libertad personal vulnerada o amenazada a su estado anterior. El derecho a la libertad es uno de los más antiguos tal como se lo establecía en el punto 37 de la carta Magna del Rey Juan sin Tierra en 1215.- SEXTO.- ZAVALA establece que. la flagrancia para poder ser concebida como tal, debe reunir en un mismo momento al acto en sí y a la persona que lo ejecuta, por lo tanto la relación entre hombre y acto, debe estar acompañada del factor tiempo, en cuanto deben ser descubiertos en el momento en que toma vida el acto. así con hombre acto tiempo. queda perfeccionada la

flagrancia. El delito se activa al momento que se detecta que el pasaporte del accionante presenta anomalías, el Defensor Público en la Audiencia de flagrancia no objeta la legalidad de la detención, no consta prueba alguna y documentada de la deportación alegada En Ecuador (sic), las deportaciones de ciudadanos ecuatorianos no se consideran delito. Deportación significa expulsar de un país a ciudadanos extranjeros que se encuentran en estado de permanencia ilegal. Por ejemplo, si el ciudadano excedió el tiempo de su estadía en dicho país, si su ingreso se realizó de manera ilegal o si expiró la residencia, entre otros motivos. No se ha demostrado de manera alguna que haya existido ilegalidad, ilegitimidad o arbitrariedad en la actuación de la Jueza accionada quien actuó de conformidad con la ley, es en la justicia ordinaria donde debe resolverse su situación jurídica...”.

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

“Art. 89.- La acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas de libertad”.

5.1.4 Del texto transcrito constante en la norma constitucional, y conforme lo determinado tanto en la doctrina como la jurisprudencia se advierte que, la acción constitucional de hábeas corpus, procede cuando una acción u omisión amenace o vulnere la libertad del individuo y tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentra privado de ella en forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como el

proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de ésta; esta norma es concordante con lo que establece el art. 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que dispone: "Art. 43.- Objeto.- La acción de hábeas corpus tiene por objeto proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona, tales como: 1. A no ser privada de la libertad en forma ilegal, arbitraria o ilegítima, protección que incluye la garantía de que la detención se haga siempre por mandato escrito y motivado de juez competente, a excepción de los casos de flagrancia; 2. A no ser exiliada forzosamente, desterrada o expatriada del territorio nacional; 3. A no ser desaparecida forzosamente; 4. A no ser torturada, tratada en forma cruel, inhumana o degradante; 5. A que, en caso de ser una persona extranjera, incluso antes de haber solicitado refugio o asilo político, no ser expulsada y devuelta al país donde teme persecución o donde peligre su vida, su libertad, su integridad y su seguridad; 6. A no ser detenida por deudas, excepto en el caso de pensiones alimenticias; 7. A la inmediata excarcelación de la persona procesada o condenada, cuya libertad haya sido ordenada por una jueza o juez; 8. A la inmediata excarcelación de la persona procesada cuando haya caducado la prisión preventiva por haber transcurrido seis meses en los delitos sancionados con prisión y de un año en los delitos sancionados con reclusión; 9. A no ser incomunicada, o sometida a tratamientos vejatorios de su dignidad humana; 10. A ser puesta a disposición del juez o tribunal competente inmediatamente y no más tarde de las veinticuatro horas siguientes a su detención". De lo expuesto en líneas que anteceden, se desprende con claridad que esta garantía constitucional procede únicamente en dos supuestos: si la privación de libertad fuese ilegal, arbitraria o ilegítima, o si es que la libertad fuese necesaria a fin de proteger la vida o

integridad física de quien se encuentra privado de la misma. Esta privación de libertad puede ser ilegal, cuando va en contra de una disposición legal; arbitraria, cuando se ejecuta sin tener sustento en una disposición legal, o ilegítima, cuando independientemente de su ordenación jurídica, atenta de forma injustificada a un derecho fundamental.

5.1.5 En el caso *sub judice*, al ser el *hábeas corpus* una garantía constitucional que garantiza por sobre todo el derecho a la libertad, a la integridad física y psicológica y el derecho a la vida de las personas frente a cualquier acto u omisión de cualquier autoridad pública o persona particular, que pueda vulnerar los mentados derechos; al ser una institución jurídica que protege la libertad personal, evitando arrestos y detenciones arbitrarias, asegurando los derechos básicos de la víctima; y, siendo el derecho de toda persona detenida, que espera comparecer de forma inmediata ante un juez o tribunal para que conozca su caso y resuelva en el menor término; es decir, siendo el *hábeas corpus* una herramienta esencial en la defensa de las personas privadas de su libertad sin razones justificadas y legales, es de obligatorio cumplimiento para este Tribunal Constitucional revisar el recurso de apelación planteado por el señor Romel Salustino Maldonado Chuni y confrontarlo con la sentencia recurrida, con la finalidad de verificar si se han vulnerado o no los derechos fundamentales alegados por el apelante, para lo cual se realizan las siguientes consideraciones: i) De existir violaciones en el procedimiento penal, no corresponde a la justicia constitucional remediarlos, pues tal tarea le corresponde a la justicia ordinaria a través de los mecanismos y recursos que están previstos en la ley; ii) El ámbito de competencia del *hábeas corpus* ha sido limitado a proteger los derechos de la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad. Ahora

bien, como se observa de lo señalado en el planteamiento del problema jurídico, el fundamento del recurso de apelación es el contenido en el art. 45 regla 2, letra d) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

5.1.6 En la sentencia motivo de la apelación se ha verificado que: *"...El delito se activa al momento que se detecta que el pasaporte del accionante presenta anomalías, el Defensor Público en la Audiencia de flagrancia no objeta la legalidad de la detención, no consta prueba alguna y documentada de la deportación alegada. En Ecuador, las deportaciones de ciudadanos ecuatorianos no se consideran delito. Deportación significa expulsar de un país a ciudadanos extranjeros que se encuentran en estado de permanencia ilegal. Por ejemplo, si el ciudadano excedió el tiempo de su estadía en dicho país, si su ingreso se realizó de manera ilegal o si expiró la residencia, entre otros motivos. No se ha demostrado de manera alguna que haya existido ilegalidad, ilegitimidad o arbitrariedad en la actuación de la Jueza accionada quien actuó de conformidad con la ley, es en la justicia ordinaria donde debe resolverse su situación jurídica..."*. Por lo expuesto, este Tribunal Constitucional coincide con el criterio emitido por la Sala de Instancia de que la privación de la libertad se produce dentro de los cauces legales, en la Audiencia de Calificación de Flagrancia, respetando el debido proceso y el derecho de defensa; que no ha existido ilegalidad, ilegitimidad o arbitrariedad en la actuación de la Jueza de Garantías Penales; que es la justicia ordinaria donde debe resolverse la situación jurídica del procesado.

5.1.7 Ahora bien, para resolver el problema jurídico planteado es oportuno reiterar que el hábeas corpus es una garantía jurisdiccional que permite el ejercicio del derecho a la libertad de los seres humanos y que tiene por objeto

recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella por orden de autoridad pública o de cualquier persona, de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, y que además tiene por objeto proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad. La Constitución de la República recoge en su artículo 66 numeral 29, el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad, restringiendo la posibilidad de que alguien sea privado de su libertad por deudas, costas, multas, tributos ni obligaciones. Se recoge de esta manera uno de los primeros anhelos de cualquier régimen constitucional, fijado ya en convenios e instrumentos internacionales de derechos humanos. Por lo tanto, lo que protege la Constitución, en términos genéricos, es la llamada "libertad personal", entendida ésta como libertad deambulatoria o de movimiento de las personas físicas, protectora frente a la detención, condena o internamiento arbitrarios; de ahí que, nadie será privado de su libertad si no es conforme a lo establecido por la ley, vedando el paso a toda restricción o privación de libertad arbitraria. La prisión preventiva viene contemplada por el artículo 77 de la Constitución y supone el ingreso en prisión de la persona imputada o procesada durante la tramitación de un procedimiento penal para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena. Por su gravedad, y de acuerdo con el principio de presunción de inocencia (art. 76.2 CRE), esta medida sólo podrá ser acordada por la autoridad judicial, bajo los criterios de excepcionalidad y proporcionalidad y con una finalidad meramente cautelar, nunca como medida punitiva o como ejecución anticipada de la pena. El artículo 534 del COIP se encarga de señalar los requisitos que permiten al juez a quo disponer tal medida, de tal suerte que la prisión preventiva sólo podrá ser ordenada cuando se cumplan concurrentemente los requisitos establecidos por la ley, y con las garantías que la ley concede a toda persona detenida, de ahí que para que la privación

cautelar de libertad constituya un instrumento legítimo, deben respetarse sus presupuestos, atribución que le corresponde privativamente al juez a quo, quien debe dar a conocer cuál es el sustento del juez para determinar que en un caso concreto es necesaria la privación cautelar de libertad para un correcto funcionamiento de la administración de justicia, por eso el auto que dispone o mantiene la prisión preventiva debe contener una motivación más estricta, pues solo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si es que el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la mentada medida cautelar. En este punto cabe preguntarnos: ¿Cuándo se vuelve arbitraria la privación de la libertad? Los instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos el artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, prevé que: *“Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”*. El párrafo 1 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que: *“Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”*. En ese sentido, se considerará como arbitraria la medida de privación de la libertad que, por una u otra razón, son contrarias a las disposiciones internacionales pertinentes establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en los instrumentos internacionales pertinentes ratificados por el Ecuador. A contrario sensu, no será arbitraria la privación de libertad cuando emana de una decisión judicial motivada adoptada por un órgano judicial competente que se ajuste a la legislación nacional y a las normas internacionales pertinentes enumeradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en los instrumentos internacionales pertinentes

adoptados por los Estados. El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria ha dicho que: “La privación de libertad es arbitraria si el caso está comprendido en una de las cinco categorías siguientes: 1) Cuando es claramente imposible invocar base legal alguna que justifique la privación de la libertad (por ej. El mantenimiento de una persona en detención tras haber cumplido la pena); 2) Cuando la privación de libertad resulta del ejercicio de derechos o libertades consagrados en los artículos 7, 13, 14, 18, 19, 20 y 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y además, respecto de los Estados Partes, en los artículos 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 3) Cuando la inobservancia (total o parcial) de las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial es de una gravedad tal que confiere a la privación de libertad un carácter arbitrario; 4) Cuando personas que solicitan asilo, inmigrantes o refugiados son objeto de una detención administrativa prolongada, sin posibilidad de revisión judicial o administrativa; 5) Cuando la privación de libertad constituye una violación del derecho internacional por discriminación (lugar de nacimiento, origen racial, étnico o social, idioma, religión, condición económica, política u otra opinión, género, orientación sexual, discapacidad, etc.)”. (<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2014/08/ES-Factsheet-WGAD-formato.pdf>). En el Ecuador, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 45, en su numeral 2, señala que: “La privación arbitraria o ilegítima se presumirá en los siguientes casos: a) Cuando la persona no fuere presentada a la audiencia; b) Cuando no se exhiba la orden de privación de libertad; c) Cuando la orden de privación de libertad no cumpla los requisitos legales o constitucionales; d) Cuando se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la privación de libertad; y, e) En los casos en que la

privación de la libertad es llevada a cabo por particulares, cuando no se justifique la privación de libertad”.

5.1.8 En el caso sub examine, el señor Romel Salustino Maldonado Chuni considera que se encuentra arbitraria e ilegítimamente detenido porque según dice, la Jueza de Garantías Penales con Competencia en Delitos Flagrantes del Cantón Guayaquil no ha cumplido con lo prescrito en el art. 45, regla 2, letra c) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. En base a lo expuesto, de la revisión de los autos y de lo señalado en los párrafos precedentes, esta Sala Constitucional advierte que el recurso de apelación interpuesto por el señor Romel Salustino Maldonado Chuni, no tiene sustento jurídico por las siguientes razones: i) La privación de libertad del recurrente responde a una orden de prisión preventiva en consideración a que se encuentran cumplidos los presupuestos determinados en el art. 534 del COIP, al existir elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público y que refieren que el procesado Romel Salustino Maldonado Chuni, podría ser el autor de la infracción tipificada en el art. 328 inciso 1 del COIP que se investiga, por lo tanto dicha privación de la libertad es legal y legítima, no existiendo evidencia alguna que demuestre arbitrariedad en este caso; ii) Respecto a los supuestos vicios de procedimiento en la privación de libertad, en cuanto tiene que ver con la prisión preventiva, en los casos de flagrancia, el numeral 1 del art. 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que respecto de esta acción, dice: *“Art. 43.- Objeto.- La acción de hábeas corpus tiene por objeto proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona, tales como: 1. A no ser privada de la libertad en forma ilegal, arbitraria o*

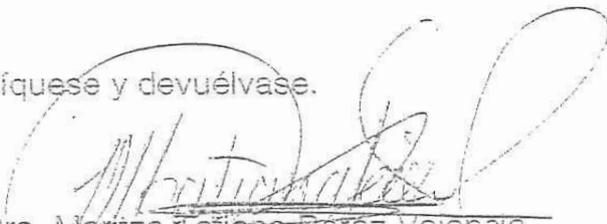
ilegítima, protección que incluye la garantía de que la detención se haga siempre por mandato escrito y motivado de juez competente, a excepción de los casos de flagrancia...". No obstante aquello, es obligación de la jueza o juez de garantías penales verificar que se cumplan los presupuestos o requisitos señalados en el art. 534 del COIP para dictar la medida cautelar de prisión preventiva, la cual en este caso se encuentra plenamente justificada y fundamentada; por lo tanto, podemos reiterar que no existe la privación de libertad ilegal, arbitraria e ilegítima del señor Romel Salustino Maldonado Chuni, pues no se evidencia vulneración de esta garantía constitucional sino más bien se observa el ejercicio de la potestad jurisdiccional que tienen los jueces penales ordinarios para dictar dicha medida, revocarla, sustituirla o suspenderla. En definitiva, la orden de prisión preventiva, provino de autoridad competente, fundamentada satisfactoriamente en la ley y por consiguiente es legal y constitucional. Por último cabe anotar que el hábeas corpus al ser un mecanismo de protección a la libertad personal es un derecho que otorga la facultad constitucional de reclamar ante los órganos jurisdiccionales, la libertad frente a detenciones ilegales, arbitrarias o ilegítimas; sin embargo, para que ello suceda es necesario delimitar los presupuestos legales bajo los que se privó a una persona de la libertad, con el fin de determinar la procedencia o no de la acción de hábeas corpus, lo que precisamente ha sucedido en el presente caso, por lo que es claro aseverar que no se trata de una prisión preventiva ni ilegal, ni arbitraria, ni ilegítima. Con respecto al otro presupuesto por el que cabría el hábeas corpus; esto es, si es que la libertad fuese necesaria a fin de proteger la vida o integridad física de quien se encuentra privado de la misma, no se ha demostrado en el proceso que estuviera en peligro la vida o integridad física del ciudadano Romel Salustino Maldonado Chuni. Es preciso aclarar que esta Sala considera que la acción de hábeas corpus es una garantía de

derechos fundamentales y no un recurso o medio para tratar de revocar una medida legalmente ordenada.

6. DECISIÓN

6.1 En mérito de las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, Administrando justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador, y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República, rechaza el recurso de apelación interpuesto por el señor Romel Salustino Maidonado Chuni.

6.2 Comuníquese, publíquese y devuélvase.



Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

JUEZA NACIONAL



Dra. Ana María Crespo Santos

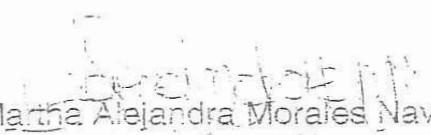
JUEZA NACIONAL



Dr. Darío Velástegui Enríquez

CONJUEZ NACIONAL

Certifico:



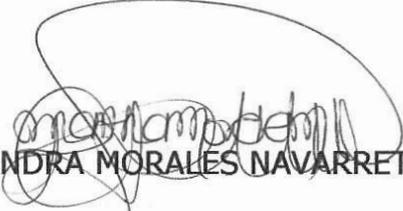
Abg. Martha Alejandra Morales Navarrete

SECRETARIA RELATORA

En Quito, viernes dos de junio del dos mil diecisiete, a partir de las nueve horas y treinta minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la SENTENCIA que antecede a MALDONADO CHUNI ROMEL SALUSTINO en la casilla No. 5496 y correo electrónico pvacacela@hotmail.com, pvocacela@hotmail.com del Dr./Ab. ANGEL VACACELA GUAMAN. DRA. RUTH LIBERTAD RONQUILLO ALVARADO /JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL CON COMPETENCIA EN DELITOS FLAGRANTES DEL CANTON GUAYAQUIL en el correo electrónico ronquillo1@funcionjudicial_guayas.gob.ec, ruth.ronquillo@funcionjudicial.gob.ec, ruthyrnal@hotmail.com, Ruth.Ronquillo@fj.local del Dr./Ab. RONQUILLO ALVARADO RUTH LIBERTAD. CENTRO DE REHABILITACION SOCIAL DE VARONES en el correo electrónico murillomjminjusticia.gob.ec, barreraat@minjusticia.gob.ec, arguellor@minjusticia.gob.ec, sanchezgv@minjusticia.gob.ec, recaldef@minjusticia.gob.ec, buchelib@minjusticia.gob.ec, osorioc@minjusticia.gob.ec, solisr@minjusticia.gob.ec; EDUARDO LASCANO en el correo electrónico ronquillo1@funcionjudicial_guayas.gob.ec, eduardo.lascano@funcionjudicial.gob.ec del Dr./Ab. RONQUILLO ALVARADO RUTH LIBERTAD; MAURICIO ANTONIO SUAREZ ESPINOZA, LENIN ERNESTO ZEBALLOS MARTINEZ Y JESSY MARCELO MONROY CASTILLO, JUECES DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA CORTE PROVINCIAL DEL GUAYAS en el correo electrónico Mauricio.Suarez@funcionjudicial.gob.ec, Lenin.Zeballos@funcionjudicial.gob.ec, Jessy.Monroy@funcionjudicial.gob.ec. MAURICIO ANTONIO SUAREZ ESPINOZA, LENIN ERNESTO ZEBALLOS MARTINEZ Y JESSY MARCELO MONROY CASTILLO, JUECES DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA CORTE PROVINCIAL DEL GUAYAS en el correo electrónico Mauricio.Suarez@funcionjudicial.gob.ec, Lenin.Zeballos@funcionjudicial.gob.ec, Jessy.Monroy@funcionjudicial.gob.ec. a: PENITENCIARIA en su despacho. Certifico:

ABG. MARTHA ALEJANDRA MORALES NAVARRETE
SECRETARÍA RELATORA

RAZÓN: Siento como tal que las 10 fotocopias que anteceden, son iguales a las que constan dentro del Recurso de Apelación No. 09141-2017-00062 (Acción de Habeas Corpus No. 09141-2017-00062), que sigue el señor Romel Salustino Maldonado Chuni en contra de la JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL CON COMPETENCIA EN DELITOS FLAGRANTES DEL CANTON GUAYAQUIL, las mismas que las confiero debidamente certificadas. Quito, 8 de junio del 2017. Certifico.-


ABG. ALEJANDRA MORALES NAVARRETE

SECRETARIA RELATORA



Resolución No. 398-2017

Recurso No. 2016-00445-COGE

VOTO DE MAYORIA DRA. ANA MARÍA CRESPO Y DR. RÓMULO DARÍO
VELÁSTEGUI ENRÍQUEZ

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

PROYECTO DEL DRA. ANA MARÍA CRESPO SANTOS

Quito, viernes 2 de junio del 2017, las 09h42.-

ASUNTO

Resolución del recurso de casación interpuesto por la Abg. Paola Alejandra Arguello Paredes, en calidad de Procuradora Judicial del Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE), en contra de la sentencia dictada el 24 de febrero de 2017, las 10h02, por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 2 con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, dentro del juicio de impugnación No. 09501-2016-00445, propuesto por el señor Bazurto Alvarado Gregorio Benjamín, por sus propios derechos, en contra del Oficio de Procuración No. SENAE-DGN-2016-1043-OF emitida por el Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, el 22 de noviembre de 2016, que ha declarado sin lugar el reclamo administrativo presentado por la señor Gregorio Benjamín Bazurto Alvarado, y por lo mismo ha ratificado la legalidad y validez de la Rectificación de Tributos No. JRP1-2016-0101-D001, de 01 de agosto de 2016, dictada por el Director (e) de la Dirección Regional 1 de Intervención del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.

I. ANTECEDENTES

1.1 Del contenido de la sentencia impugnada con relación al objeto del presente recurso de casación.- La Abg. Paola Alejandra Arguello Paredes, en calidad de procuradora Judicial del Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE), ha interpuesto recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 2 con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, el 24 de febrero de 2017, las 10h02, en la que se resuelve declarar con lugar la acción de impugnación deducida por el señor Gregorio Benjamín Bazurto Alvarado, por sus propios derechos, en contra del Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, como consecuencia de lo cual se declara la invalidez legal de la Rectificación de Tributos No. JRP1-2016-0101-D001, y en base a lo previsto en el penúltimo inciso del art. 324 del Código Orgánico General de Procesos, se dispone la cancelación de la caución rendida para suspender los efectos del acto impugnado.

En el considerando 5 de la sentencia recurrida, el Tribunal *a quo* manifiesta que: *“Motivación.- Según quedó establecido en la audiencia preliminar, el objeto de la controversia consiste en: a) Determinar si para la valoración de las mercancías importadas por el Señor GREGORIO BENJAMIN BAZURTO ALVARADO, a través de la Declaración de Importación N° 028-2014-10-00177886, la Administración Aduanera ha descartado correctamente la aplicación del primer método de valoración, cumpliendo las normas de valoración tanto de la OMC como de la CAN; y b) Determinar si para la valoración de las mercancías importadas por el Señor GREGORIO BENJAMIN BAZURTO ALVARADO, a través de la Declaración de Importación N° 028-2014-10-00177886, la Administración Aduanera ha aplicado incorrectamente el tercer método de valoración basado en el valor de transacción de mercancías similares, por no haber dado cumplimiento a las normas de valoración de la OMC y la CAN, y por lo mismo carece de motivación”.*

En lo que tiene que ver con el primer punto, el Tribunal llega a la conclusión que: *“...la Administración Aduanera ha descartado la aplicación del primer método de valoración*

en franca transgresión de las normas de valoración tanto de la OMC como de la CAN, es necesario tener en cuenta que de conformidad con lo previsto en el Art. 1 del Acuerdo sobre Valoración de la Organización Mundial del Comercio (OMC), y en el Art. 4 de la Decisión 571 de la Comunidad Andina, “El valor de transacción de las mercancías importadas es la primera base para la determinación del valor en aduana y su aplicación debe privilegiarse siempre que se cumplan los requisitos para ello”; empero, no siendo posible determinar el valor en aduana de las mercancías en base al valor de transacción de las mismas, siguiendo el orden de prelación previsto en la Nota General del Anexo I del Acuerdo sobre Valoración de la OMC y en el Art. 4 de la Decisión 571 de la Comunidad Andina, corresponde aplicar el método del valor de transacción de mercancías idénticas. En el caso que nos ocupa, la Administración Aduanera justifica la falta de aplicación del primer método señalando que la compañía accionante “... presentó información insuficiente e inconsistente que no permite a la Administración Aduanera verificar o comprobar el valor declarado de los MINI RADIOS PORTATILES, y no resulta posible asegurar la veracidad y exactitud del valor declarado, razón por la cual el valor en aduana no se puede determinar en aplicación del Método del Valor de Transacción...”, tal como así consta en la Rectificación de Tributos N° JRP1-2016-0101-D001 (fs. 212 vta.), que fue anunciada y actuada como prueba por la Administración Aduanera”.

En lo que se refiere al segundo punto objeto de la controversia, el Tribunal manifiesta que: *“...de conformidad con lo previsto en el Art. 3.1 a) del Acuerdo de Valoración del GATT establece que “Si el valor en aduana de las mercancías importadas no puede determinarse con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1 y 2, el valor en aduana será el valor de transacción de mercancías similares vendidas para la exportación al mismo país de importación y exportadas en el mismo momento que las mercancías objeto de valoración, o en un momento aproximado.” (énfasis agregado), lo que significa que para la aplicación de este método, debe cumplirse ciertas condiciones: a) que el valor en aduana no pueda determinarse con arreglo a lo dispuesto en los Art. 1 y 2, b) que las mercancías hayan sido vendidas para la exportación, c) que las mercancías hayan sido vendidas al mismo país de importación; y d) que las mercancías hayan sido*

exportadas en el mismo momento que las mercancías que se valoran, o en un momento aproximado; sin embargo, en el presente caso, no existe ninguna constancia de cuál es el valor en aduana de las mercancías similares con el que se ha comparado para la aplicación de este método, ni que tales mercancías hayan sido vendidas para la exportación al mismo país de importación, ni que hayan sido exportadas en el mismo momento que las mercancías que se valoran, o en un momento aproximado, peor aún existe constancia de que las mercancías similares con las que se ha comparado, hayan sido vendidas al mismo nivel comercial y sustancialmente en las mismas cantidades que las mercancías objeto de la valoración. (...) Esto implica que para la aplicación del tercer método de valoración, adicionalmente la administración aduanera primeramente tiene que identificar las mercancías similares con las que va a realizar la comparación, como así lo establecía el Art. 37. 2 (41.2) del Reglamento de Valoración de la CAN, y luego detallar en forma minuciosa la aplicación de dicho método, especificando claramente los datos y demás características de las mercancías similares con las que se ha comparado, es decir que tengan características y composición semejante, que cumplan las mismas funciones y sean comercialmente intercambiables, teniendo en cuenta siempre su calidad, prestigio comercial y la marca, puesto que de otra manera los datos resultarían ficticios y por ende la decisión resultaría arbitraria, generando como consecuencia incertidumbre e inseguridad en los importadores, en franca transgresión de la seguridad jurídica garantizada en el Art. 82 de la Constitución. Como conclusión del análisis realizado, para la determinar en valor en aduana de las mercancías en base al tercer método de valoración, no basta justificar el descarte del primer método y segundo, así como tampoco basta con argumentar que los valores de mercancías similares han sido tomadas de la base de datos de la Aduana, puesto que de ser así la Aduana bien podría tomar de referencia el valor de cualquier tipo de mercancías, a pretexto de que son similares según su base de datos, lo que sin duda resulta claramente atentatorio contra las normas de valoración, cuyo espíritu está orientado a que haya total transparencia respecto a los valores que se toman como referencia para la determinación de valor en aduana de las mercancías".

Es en base de este argumento, que el Tribunal de instancia, en el numeral 5.5 de la sentencia impugnada, concluye señalando lo siguiente: *“Al haber procedido en la forma descrita en el acápite anterior, implica que la autoridad demandada incumplió con su obligación de motivar el acto administrativo, incumpliendo de esta manera con lo previsto en el Art. 76 numeral 7 literal I) de la Constitución que como parte de las garantías básicas para asegurar el debido proceso, garantiza 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”.*

1.2 De la sustanciación del recurso de casación.-

A la presente sentencia de casación, le han antecedido los siguientes actos procesales, que denotan su validez:

1.2.1 Auto dictado por el doctor Juan G. Montero Chávez, Conjuez de esta Sala, en el que declara la admisibilidad parcial del recurso de casación interpuesto por la Abg. Paola Alejandra Arguello Faredes, en calidad de Procurador Judicial del Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE), al amparo del caso quinto del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, por el cargo de *falta de aplicación* del art. 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; art. 63 de la Resolución No. 1684 “Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 – Valor en Aduana de las Mercancías Impostadas” (anterior art. 62 de la Resolución 846) de la Comunidad Andina de Naciones; art. 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC).

1.2.2 Sorteo de la causa número 09501-2016-00445, efectuado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, mediante el que se radicó la competencia en el Tribunal de Casación integrado por el doctor José Luis Terán Suárez, Juez Nacional; y, las doctoras Maritza Tatiana Pérez Valencia y Ana María Crespo Santos Ponente, Juezas Nacionales. En este caso interviene el doctor Rómulo Darío Velástegu Enríquez, Conjuez Nacional mediante

Resolución del Pleno del Consejo de la Judicatura No. 042-2015 de 17 de marzo de 2015 con la cual se designó y posesionó a las conjuetas y conjuetes de la Corte Nacional de Justicia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 200 del Código Orgánico de la Función Judicial y en virtud del Oficio No. 649-SG-CNJ-ROG de 09 de mayo de 2017, en el que el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, le llama en reemplazo del doctor José Luis Terán Suárez, Juez de la Sala de lo Contencioso Tributario, con las mismas atribuciones y deberes del principal.

1.2.3 Auto de 27 de abril de 2017, las 10h55, dictado por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en la que se convoca a las partes a audiencia, que se llevó a cabo el día jueves 30 de mayo de 2017 a las 10h00, en el primer piso del edificio de la Corte Nacional de Justicia.

1.2.4 Audiencia oral en la que fueron escuchados: Por el recurrente, Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, la Ab. Arguello Paredes Paola Alejandra con Mat. Foro Abogados 09-2006-18, CC. 092079523-4; y por la contraparte, el actor Bazurto Alvarado Gregorio Benjamín, la Ab. Moscoso Torres Katusca Amelia con Mat. 07-2010-112, CC. 170990847-7.

1.2.4.1 De los argumentos y alegaciones de la parte recurrente.- La Ab. Arguello Paredes Paola Alejandra, en su primera intervención manifestó: *“La Administración Aduanera conforme lo indica los artículos que hoy invocamos que se dejaron de aplicar dentro de su sentencia no puede revelar esta información salvo orden judicial o estrictamente en un proceso judicial pues es así que nosotros la Administración Aduanera solicitamos fue negado y se emite esta sentencia totalmente violatoria y que no contempla lo que establecen las normativas hoy invocadas.”*

1.2.4.2 De los argumentos y alegaciones de la contraparte.- La Ab. Moscoso Torres Katusca Amelia, a su vez señaló: *“Para haber ellos llegado, señores Jueces al tercer método de valoración deben haber aplicado justamente la norma que consta en el acuerdo relativo de la aplicación del art. 7 del Acuerdo General sobre aranceles*

Aduaneros que dice en su parte uno normas de valoración de aduanas art. 3 literal b textualmente: siempre que estos ajustes puedan hacerse sobre la base de datos comprobados que demuestren claramente que aquellos son razonables y exactos tanto si suponen un aumento como una disminución del valor, entonces viene la gran interrogante cómo ellos han aplicado ese tercer método si no han entrado a su base de datos, es simple por que sí tuvieron la información.-"

1.2.4.3 De la réplica de la parte recurrente.- La Ab. Arguello Paredes Paola Alejandra, en uso de su derecho a la réplica dijo: *"Ese acceso no puede tenerlo cualquiera y se ha dejado en claro y la Sala mismo lo ha dejado en claro, este acceso a esa base de datos de la Administración Aduanera debe de ser bajo orden judicial o bajo el contexto de un procedimiento judicial, debemos de tomar en consideración e insisto no se puede interpretar la norma supranacional y la norma nacional de cualquier manera esta debe de aplicarse estrictamente a u tenor literal.-"*

1.2.4.4 De la réplica de la contraparte.- Por su parte, la Ab. Moscoso Torres Katusca Amelia en su réplica indicó lo siguiente: *"El Tribunal fue muy claro al decir que ellos no pueden autorizar ellos tienen libre albedrío para utilizar, así como utilizaron en la rectificación de tributos y en el llegar a designar el tercer método de valoración como el correcto tuvieron todo el acceso a toda la información, adicionalmente a la información que el importador también le dio en su debido momento.-"*

II. CONSIDERACIONES GENERALES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

2.1 De la jurisdicción y competencia.- 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 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). En este caso interviene el doctor Rómulo Darío Velástegui Enríquez, Conjuez Nacional, mediante Resolución del Pleno del Consejo de la Judicatura No. 042-2015 de 17 de marzo de 2015 con la cual se designó y posesionó a las conjuetas y conjuetes de la Corte Nacional de Justicia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 200 del Código Orgánico de la Función Judicial y en virtud del Oficio No. 649-SG-CNJ-ROG de 09 de mayo de 2017, en el que el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, le llama en reemplazo del doctor José Luis Terán Suárez, Juez de la Sala de lo Contencioso Tributario, con las mismas atribuciones y deberes del principal.

2.2 De la validez procesal.- 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.

2.3 De la naturaleza, finalidad y límites del recurso de casación.- El recurso de casación es 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 finalidad del recurso de casación es el control de la legalidad y de la correcta aplicación e interpretación del Derecho, sin que le sea permitido a la Sala de casación rebasar los límites fijados por el recurrente en el recurso.

2.4 Del planteamiento del problema jurídico a resolver.- La administración tributaria aduanera, en la audiencia convocada para conocer y resolver el recurso de casación, sustentó el mismo en el caso 5 del art. 266 del COGEP, por cuanto a criterio del

recurrente la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se encuentra viciada de *falta de aplicación* del art. 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; art. 63 de la Resolución No. 1684 "Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 – Valor en Aduana de las Mercancías Impostadas" (anterior art. 62 de la Resolución 846) de la Comunidad Andina de Naciones; art. 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC) .

III. ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

3.1 Del análisis del problema jurídico planteado.- El recurso de casación se fundamenta en el caso 5 del art. 268 del COGEP que establece: "*Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: 5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto*". Este caso es conocido en la doctrina como la violación directa de la Ley y que de configurarse el yerro jurídico de la sentencia ésta debe ser corregida. El caso quinto del art. 268 del COGEP tiene como limitante la revaloración de las pruebas y debe ser planteado a partir de los hechos probados en la sentencia. Para que se configure el mismo se requiere la presencia de dos elementos: el primero, que debe haber violación directa de las normas sustantivas en la sentencia impugnada; y, el segundo, que la transgresión haya sido determinante en la parte resolutiva del fallo recurrido; esta violación puede estar dada por *aplicación indebida* que se presenta cuando entendida rectamente la norma se la aplica sin ser pertinente al asunto que es materia de la decisión; es decir, el juez hace orar la norma a una situación no prevista o regulada por ella; la *falta de aplicación* en cambio es la omisión que realiza el juzgador en la utilización de las normas o preceptos jurídicos que debían aplicarse a una situación concreta, conduciendo a un error grave en la decisión final; mientras que la *errónea interpretación* de normas de derecho consiste en la falta que incurre el Juez al dar

erradamente a la norma jurídica aplicada un alcance mayor o menor o distinto que el descrito por el legislador. Por lo tanto, la invocación del caso quinto conlleva a que la Sala de Casación verifique si la sentencia emitida por el Tribunal *a quo* riñe con el derecho (*error in iudicando*); es decir, que los hechos sobre los que se discutió en la

Sala de instancia han sido dados por ciertos y aceptados por las partes procesales, por lo que, no se podrán volver a analizar las pruebas presentadas por las partes dentro de la instancia.

Como puede advertirse, las alegaciones del recurrente es que de conformidad con los artículos 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI); 63 de la Resolución No. 1684 "Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 – Valor en Aduana de las Mercancías Impostadas" (anterior art. 62 de la Resolución 846) de la Comunidad Andina de Naciones; y, 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC), que están siendo alegados como infringidos en el presente recurso de casación, el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, NO PODRÍA REVELAR EL CONTENIDO DE SU BASE DE VALOR como lo manifiesta la Sala en su sentencia, ya que su contenido es información protegida, y además ÚNICAMENTE MEDIANTE ORDEN JUDICIAL, ésta puede ser revelada, ya que dichas normas le brindan el carácter de información reservada; que si bien es cierto que toda decisión judicial y administrativa debe contener los requisitos para su motivación, no es menos cierto que en materia de valoración aduanera, de conformidad con el art. 63 de la Resolución 1684 de la CAN, el sujeto pasivo debe solicitar mediante ORDEN JUDICIAL la revelación de los refrendos utilizados para el respectivo ajuste de valor que fueron extraídos de la Base de Valor del SENAE; que el acto administrativo impugnado señala claramente cuáles son las normas legales en la que se fundamenta la decisión tomada, así como la pertinencia de la aplicación de las normas de derecho y métodos de valoración, en relación a los hechos sujetos a controversia; que la importadora no solicitó al Tribunal *a quo* que disponga la orden de remitir al proceso la información que fue utilizada para realizar el respectivo ajuste de valor; y, que la ley no establece parámetros de arbitrariedad o actuaciones ficticias tal

como nos pretende hacer creer la Sala recurrida en la parte resolutive de la sentencia impugnada.

Así las cosas, a fin de establecer si se configura o no el cargo alegado, este Tribunal Especializado empieza su análisis transcribiendo las normas de derecho que la autoridad tributaria demandada estima infringidas.

CÓDIGO ÓRGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN, COMERCIO E INVERSIONES

“Art. 225.- Base de datos.- El Servicio Nacional de Aduana del Ecuador y el Servicio de Rentas Internas, cuando éstas lo requieran, tendrán libre acceso y sin restricciones, ya sea vía informática o física, y en forma permanente y continua, a toda la información de las actividades de comercio exterior que repose en los archivos y bases de datos del Banco Central del Ecuador Policía de Migración, Registro Civil, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Superintendencias, Agencia de Calidad del Agro, Instituto Ecuatoriano de Normalización, Registro Mercantil, Unidad de Inteligencia Financiera y demás entidades que participan en el comercio exterior ecuatoriano directa o indirectamente. Los servidores públicos que no entreguen la información o que pongan obstáculos o interferencias para obtenerlas, serán sancionados con la destitución de sus cargos.

El contenido de las bases de datos del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador es información protegida, su acceso no autorizado o la utilización indebida de la información contenida en ella, será sancionado conforme el Código Penal”.

RESOLUCION No. 1684 “ACTUALIZACIÓN DEL REGLAMENTO COMUNITARIO DE LA DECISIÓN 571 – VALOR EN ADUANA DE LAS MERCANCÍAS IMPORTADAS” DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (Anterior art. 62 de la Resolución 846)

“Artículo 63. Obligación de suministrar información.

1. Para comprobar y/o determinar el valor en aduana de las mercancías importadas, el importador o cualquier persona directa o indirectamente relacionada con las

operaciones de importación de las mercancías de que se trate o con las operaciones posteriores relativas a las mismas mercancías, así como cualquier otra persona que posea los documentos y datos de la Declaración en Aduana de las mercancías importadas y de la Declaración Andina del Valor, estarán obligados a suministrar de manera oportuna, la información, documentos y pruebas que a tal efecto le sean requeridos por la Autoridad Aduanera, en la forma y condiciones establecidas por las legislaciones nacionales.

2. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC, la información suministrada, que por su especial naturaleza, sea confidencial o aportada con ese carácter, no será revelada por la Autoridad Aduanera sin la expresa autorización de la persona o del gobierno que la haya proporcionado, salvo orden de autoridad judicial.

3. Los documentos privados como son, los contratos, en especial los de compraventa, de propiedad intelectual, de licenciamiento, de distribución, entre otros, y en general, la información relativa a la negociación e importación de la mercancía, por su naturaleza serán considerados confidenciales y no podrán ser hechos públicos, sujetándose a lo dispuesto en el inciso anterior.

4. La información de la transacción comercial contenida en los bancos de datos a los efectos de valoración aduanera a que se refiere el artículo 25 de la Decisión 571, así como los valores que se encuentren en proceso de investigación o estudio por la Administración Aduanera, constituyen información confidencial, sujetándose a lo señalado en el numeral 2 del presente artículo”.

ACUERDO RELATIVO A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO VII DEL ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO DE 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC)

“Artículo 10. *Toda información que por su naturaleza sea confidencial o que se suministre con carácter de tal a los efectos de la valoración en aduana será considerada como estrictamente confidencial por las autoridades pertinentes, que no*

la revelarán sin autorización expresa de la persona o del gobierno que haya suministrado dicha información, salvo en la medida en que pueda ser necesario revelarla en el contexto de un procedimiento judicial”.

3.2 De la resolución del problema jurídico planteado.- De la revisión de la sentencia impugnada se advierte que el Tribunal *a quo* consideró lo siguiente: “4.1.- *Con la copia certificada de la Rectificación de Tributos N° JRP1-2016-0101-D001 que fue anunciado y actuado como prueba por la Administración Aduanera (fs. 205 214), se tiene como hecho probado que el Señor GREGORIO BENJAMIN BAZURTO ALVARADO, mediante Documento N° SENAE-DSG-2016-3232-E, de 4 de abril de 2016, ha presentado información insuficiente e inconsistente que no ha permitido a la Administración Aduanera verificar y comprobar el valor declarado de la mercancía consistente en MINI RADIOS PORTÁTILES, por lo que no resulta posible asegurar la veracidad y exactitud del valor declarado, razón por la cual el valor en aduana no se puede determinar en aplicación del Método del Valor de Transacción. 4.2.- Con la copia certificada de la Factura Comercial N° ICCP-0020140120 que ha sido anunciada y practicada como prueba por el accionante, se tiene como hecho probado que el valor declarado en la importación realizada a través de la Declaración Aduanera de Importación N° 028-2014-10-00177886, asciende a 30,153.00, en tanto que en las copias certificadas de los Swift bancarios (fs. 15 y 16) consta que el valor de las transferencias realizadas al proveedor de las mercancías asciende a 34,000.00.- 4.3.- Con las copias certificadas de la Rectificación de Tributos N° JRP1-2016-0101-D001, se tiene como hecho probado que si bien la Administración Aduanera tuvo razones legales y técnicas para descartar el primero y segundo método de valoración; sin embargo, no aplicó correctamente el tercer método de valoración, al no haber identificado y detallado las mercancías con las que comparó el valor de las mercancías objeto de la presente controversia, generando como consecuencia la falta de motivación del acto impugnado”.*

Es precisamente sobre esta segunda conclusión que el recurrente sostiene que el Tribunal de instancia, CON DICHO ARGUMENTO DEJA DE APLICAR LO

DISPUESTO EN LAS NORMAS ANTES SEÑALADAS QUE AMPARAN LA CONFIDENCIALIDAD DE LA BASE DE VALOR.

En efecto, a criterio de esta Sala Especializada, si bien es cierto que la normativa constitucional y tributaria exige que las resoluciones y los actos administrativos de los poderes públicos deberán ser motivados (art. 76.7 letra i) de la Constitución y art. 81 del Código Tributario), este deber no se ve afectado por el hecho de que no aparezca en el la resolución impugnada o en su antecedente la rectificación de tributos, la identificación y detalle de las mercancías con las que la administración tributaria aduanera comparó el valor de las mercancías objeto de la presente controversia, puesto que en materia de valoración aduanera dicha información, que tiene el carácter de confidencial, sólo puede ser revelada por la autoridad aduanera con la autorización expresa de la persona o del gobierno que la haya proporcionado o mediante orden de autoridad judicial. De ahí que, el argumento utilizado por la importadora y recogido por el Tribunal de instancia de que *"...para la aplicación del tercer método de valoración, adicionalmente la administración aduanera primeramente tiene que identificar las mercancías similares con las que va a realizar la comparación, como así lo establecía el Art. 37.2 (41.2) del Reglamento de Valoración de la CAN, y luego detallar en forma minuciosa la aplicación de dicho método, especificando claramente los datos y demás características de las mercancías similares con las que se ha comparado, es decir que tengan características y composición semejante, que cumplan las mismas funciones y sean comercialmente intercambiables, teniendo en cuenta siempre su calidad, prestigio comercial y la marca, puesto que de otra manera los datos resultarían ficticios y por ende la decisión resultaría arbitraria, generando como consecuencia incertidumbre e inseguridad en los importadores..."* es un criterio desproporcionado y antojadizo del juzgador de instancia, que contraviene expresamente la normativa aplicable en materia de valoración aduanera que prohíbe tales exigencias. Por lo tanto, el argumento de que no existe transparencia respecto a los valores que se tomaron como referencia para la determinación del valor en aduana de las mercancías, no constituye fundamento suficiente para concluir que existe una falta de motivación del acto impugnado, ya que para que aquello ocurra la resolución administrativa debe

adolecer de falta de requisitos, entre ellos, que no se señalen con precisión los motivos, razones o fundamentos que han inducido a la administración a tomar tal decisión y además que no se enuncien las normas de derecho en que se funda la resolución y que no se explique la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, lo cual no acontece en este caso pues en la misma sentencia consta como hecho probado a fojas 335 que *“Es verdad que en la Rectificación de Tributos N° JRP1-2016-0101-D001 (fs. 213), señala que “Dado que la correcta aplicación del Tercer Método de Valoración implica identificar inequívocamente mercancías importadas que puedan ser consideradas como similares, se comunica que teniendo en cuenta la subpartida, descripción y origen, dentro del Banco de Datos (Art. 25 de la Decisión 571 de la CAN) de la Administración Aduanera, sí es posible afirmar que las importaciones de MINI RADIOS PORTATILES (subpartida arancelaria 8527.13.00.00), realizadas en un momento aproximado, originarias de China sean similares, debido a que las mercancías allí detalladas: Son muy semejantes a las mercancías objeto de valoración en lo que se refiere a las características (...). Cumplen las mismas funciones que las mercancías objeto de valoración, y son comercialmente intercambiables.- Son producidas en el mismo país: CHINA...”, y más adelante enfatiza en el hecho de que dando cumplimiento a lo previsto en el numeral 3 del Art. 37 de la Resolución 846, el valor de transacción de las mercancías con las que se ha comparado corresponden a ventas realizadas al mismo nivel comercial y sustancialmente en las mismas cantidades que las mercancías objeto de la valoración y que han sido exportadas en un mismo momento o en un momento aproximado...”*; es decir que los comparables están plenamente identificados en el acto impugnado lo cual hace que el mismo este motivado. Lo que sucede es que en materia de valoración aduanera, el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE) no puede revelar el contenido de su base de valor porque según lo previsto en el art. 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPECI), *“El contenido de las bases de datos del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador es información protegida”*, lo cual es concordante con lo dispuesto en el numeral 4 del art. 63 de la Resolución 1684 del Reglamento Comunitario de la Decisión 571, que establece: *“La información de la transacción comercial contenida en los bancos de datos a los efectos*

de valoración aduanera a que se refiere el artículo 25 de la Decisión 571, así como los valores que se encuentren en proceso de investigación o estudio por la Administración Aduanera, constituyen información confidencial, sujetándose a lo señalado en el numeral 2 del presente artículo”, numeral éste que dispone que: “En aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC, la información suministrada, que por su especial naturaleza, sea confidencial o aportada con ese carácter, no será revelada por la Autoridad Aduanera sin la expresa autorización de la persona o del gobierno que la haya proporcionado, salvo orden de autoridad judicial”; disposiciones éstas que son coherentes con lo dispuesto en el art. 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, se señala: “Toda información que por su naturaleza sea confidencial o que se suministre con carácter de tal a los efectos de la valoración en aduana será considerada como estrictamente confidencial por las autoridades pertinentes, que no la revelarán sin autorización expresa de la persona o del gobierno que haya suministrado dicha información, salvo en la medida en que pueda ser necesario revelarla en el contexto de un procedimiento judicial”. En definitiva, el contenido de la Base de Valor del SENAE es información confidencial o protegida, la cual puede ser revelada únicamente mediante orden judicial. Es por esta razón que esta Sala Especializada, en voto de mayoría (recursos Nos. 538-2014; 364-2016; 381-2016; 446-2016; 544-2016; 635-2016, entre otros), ha sostenido que: 1. El tercer método de valoración de mercancías está previsto en el art. 3 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC y su nota interpretativa; para establecer qué se entiende por mercancías similares nos remitimos al art. 15.2.b) de dicho Acuerdo que señala que son similares aquellas mercancías que sin ser iguales en todo, “*tienen características y composición semejantes, lo que les permite cumplir las mismas funciones y ser comercialmente intercambiables*”, y para determinar si las mercancías son similares habrá de considerarse, entre otros factores: (i) su calidad, (ii) su prestigio comercial y (iii) la existencia de una marca comercial. 2. La aplicación del método en cuestión permite a la administración aduanera, para determinar el valor en aduana de las mercancías importadas, efectuar los ajustes necesarios para equiparar el precio de venta de las mercancías importadas al valor que dicho precio, que de acuerdo a la ley,

debía alcanzar. En todo caso, dichos ajustes deben realizarse sobre la base de datos comprobados que demuestren claramente que aquéllos son razonables y exactos, tanto si suponen un aumento como una disminución del valor. **3.** Los datos almacenados en una base de datos sobre valoración deberán tratarse de conformidad con las disposiciones sobre confidencialidad que son de aplicación; así, en el caso en concreto, son pertinentes y aplicables las disposiciones constantes en los arts. 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI); 63 de la Resolución No. 1684 "Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571-Valor en Aduana de las Mercancías Importadas" (anterior art. 62 de la Resolución 846) de la Comunidad Andina de Naciones, y, 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC); y, que han sido alegadas como infringidas por la autoridad tributaria aduanera en el presente recurso de casación. **4.** Del contenido de la normativa expuesta en el considerando 3.1 del presente fallo, no cabe duda que la información empleada para evaluar los riesgos potenciales con respecto a la veracidad o exactitud del valor en aduana declarado por las mercancías importadas, es de carácter confidencial, por lo que los funcionarios de la administración aduanera autorizados para la obtención de la información, análisis y uso de la herramienta de perfiles de riesgo deberán guardar absoluta reserva y confidencialidad en razón del ejercicio de sus funciones. De esta forma, la información que reposa en la Base de Valor del SENAЕ es restringida, pues protege la confidencialidad de la información que la administración tributaria aduanera obtiene de los contribuyentes, responsables o terceros para el cumplimiento de sus fines, garantizando los distintos niveles de control e indicadores de riesgo. **5.** Por lo expuesto, las conclusiones del Tribunal *a quo* de que la administración tributaria aduanera: *"...al no haber justificado la aplicación del Tercer Método de Valoración conforme a las Normas de Valoración de la OMC y la CAN, implica que incumplió con su obligación de motivar sus actos en detrimento de lo señalado en el Art. 76 numeral 7 literal i) de la Constitución"*, transgrede la normativa interna y externa aplicable a la calidad de *"información protegida"* de los datos que reposan en la Base de Valor del SENAЕ, ya que es indudable que en el proceso de control posterior, como parte de la facultad determinadora de la administración

tributaria aduanera, se determinó un perfil de riesgo para el importador GREGORIO BENJAMÍN BAZURTO ALVARADO, que ha dado origen a la verificación y la posterior rectificación de tributos en las importaciones de mercancías realizadas por el citado importador. 6. Las normas de derecho que tienen relación con la valoración de las mercancías en aduana, resguardan el carácter confidencial o protegido de la información contenida en las Bases de Valor del SENA, la cual para el caso en particular, ha sido utilizada, en primer lugar, para establecer el perfil de riesgo, y en segundo lugar, para realizar la valoración y rectificación de tributos de las mercancías importadas por el señor Gregorio Benjamín Bazurto Alvarado; y, dado que esta información por su particular característica de ser confidencial, solo podía ser revelada por pedido expreso de quien la suministró o por orden judicial, en aplicación del principio dispositivo, quedaba a criterio de la accionante, dentro de la instancia administrativa o jurisdiccional, el solicitarla con el objeto de que una autoridad judicial ordene su exhibición. Ahora bien, teniendo en cuenta que en el caso quinto del art. 268 del COGEP, al igual que lo que ocurría respecto de la causal primera de la Ley de Casación, al invocarse vicios *in iudicando* se parte de los hechos probados en la sentencia, de la revisión de ésta no consta como hecho probado que exista tal orden de autoridad judicial que haya sido inobservada por parte de la autoridad aduanera; motivo por el cual, este Tribunal de Casación considera que el vicio alegado por el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, de *falta de aplicación* de los arts. 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; 63 de la Resolución No. 1684 "Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571-Valor en Aduana de las Mercancías Importadas" (anterior art. 62 de la Resolución 846) de la Comunidad Andina de Naciones; y, 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC)), en la especie, sí se configura, y por ende también el caso quinto invocado por el SENA.

IV. DECISIÓN

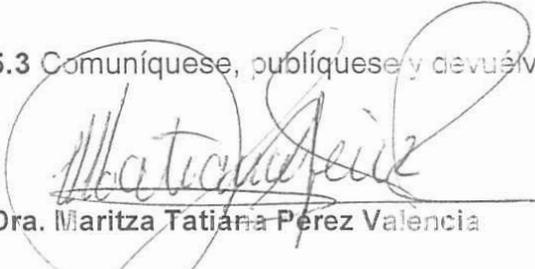
4.1 Por los fundamentos expuestos, al tenor del artículo 273 del Código Orgánico General de Procesos, la Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, **Administando justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador, y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República,** resuelve:

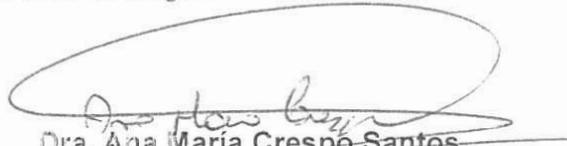
V. SENTENCIA

5.1 **CASAR** la sentencia dictada el 24 de febrero de 2017, las 10h02, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas.

5.2 Sin costas.

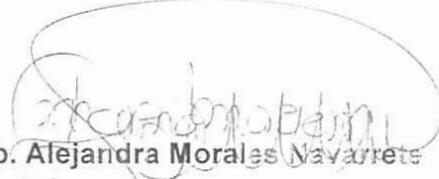
5.3 Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.


Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia
JUEZA NACIONAL
VOTO SALVADO


Dra. Ana María Crespo Santos
JUEZA NACIONAL


Dr. Rómulo Darío Velasteguí Enríquez
CONJUEZ NACIONAL

Certifico.-


Ab. Alejandra Morales Navarrete
Secretaría Relatora

RECURSO DE CASACIÓN

N° 09501-2016-00445 COGEP

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

ACTOR: SR. GREGORIO BENJAMÍN BAZURTO ALVARADO

DEMANDADO: DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO NACIONAL DE
ADUANA DEL ECUADOR

(RECURRENTE)

Quito, viernes 2 de junio del 2017, las 09h42.-

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 la doctora Ana María Crespo Santos, Jueza Nacional, 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 02-2015, 01-2015 respectivamente de 28 de enero de 2015, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, y el Doctor Darío Velástegui Enríquez, Conjuez Nacional, conforme el oficio N° 649-SG-ROG de 9 de mayo de 2017 emitido por el Dr. Carlos Ramírez Presidente de la Corte Nacional de Justicia, así como del sorteo que consta en el proceso.-----

I. ANTECEDENTES

1.1.- Sentencia recurrida: La Abg. Paola Alejandra Arguello Paredes, en calidad de Procuradora Judicial del Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE), interpone recurso de casación en contra de la sentencia de 24 de febrero de 2017, emitida a las 10h02 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón

Guayaquil, Provincia del Guayas, dentro del juicio N° 09501-2016-00445, instaurado en contra de la Rectificación de Tributos N° JRP1-2016-0101-D001 emitida por el Director Regional 1 de Intervención (E) de la Dirección Nacional de Intervención del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador; y, cuyo fallo resolvió declarar con lugar la acción de impugnación deducida por el señor Gregorio Benjamín Bazurto Alvarado.-----

1.2.- Argumentos del recurrente: La casacionista fundamenta su recurso en los casos **segundo, cuarto y quinto** del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, por falta de aplicación del Art. 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; del Art. 63 de la Resolución N° 1684 “Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571”- “Valor en Aduana de las Mercancías Importadas” (anterior Art. 62 de la Resolución 846) de la Comunidad Andina de Naciones; del Art. 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Art. VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC) así como considera infringidos los Arts. 89 y 92 del Código General de Procesos; y, Art. 76 numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador.-----

1.3.- Actuaciones de sustanciación casacional: En la sustanciación del presente recurso de casación se han realizados las siguiente actuaciones procesales: **1.3.1.- Admisibilidad:** Mediante auto de admisibilidad de 13 de abril de 2017 a las 10h16, el Dr. Juan Montero Chávez, Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, admite parcialmente el recurso de casación por el cargo planteado en función del **caso quinto** del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, pero únicamente por los cargos de: falta de aplicación del Art. 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; del Art.

63 de la Resolución N° 1684 “Actualización del Reglamento Contencioso de la Decisión 571”- “Valor en Aduana de las Mercancías Importadas” (anterior Art. 62 de la Resolución 846) de la Comunidad Andina de Naciones; y, del Art. 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Art. VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC).-----

1.3.2.- Sorteo de la causa: De conformidad con el acta de sorteo suscrita por la Secretaria Relatora de esta Sala Especializada realizada el 20 de abril de 2017, y que consta a foja 19 del expediente de casación, se ha radicado la competencia en este Tribunal integrado por las Juezas Nacionales doctoras Maritza Tatiana Pérez Valencia y Ana María Crespo Santos, ésta última como jueza ponente; y, del juez nacional Dr. José Luis Terán. **1.3.3.- Convocatoria a audiencia:** De conformidad con lo que dispone el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, esta Sala Especializada, mediante auto de 27 de abril de 2017, 10h55, convocó a la audiencia que se llevó a cabo el día martes 30 de mayo de 2017 a las 10h00, en el primer piso del edificio de la Corte Nacional de Justicia. -----

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

2.1.- Competencia: Esta Sala es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación en conformidad con los arts. 184 numeral 1 de la Constitución, 269 del Código General de Procesos 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 a esta clase de impugnaciones, y no existe nulidad alguna que declarar. -----

2.3.- Audiencia: En cumplimiento del auto de 27 de abril de 2017, a las 10h55, se llevó a cabo la audiencia casacional, en el primer piso del Edificio de la Corte Nacional de Justicia. En la Audiencia participaron: -Por el recurrente, Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, la abogada Paola Alejandra Arguello Paredes; y por la contraparte, el señor Gregorio Benjamín Bazurto Alvarado, la abogada Katusca Amelia Moscoso Torres. **2.3.1.- De la intervención de las partes:**

De conformidad con el Acta Resumen, que consta de fojas 47 a 49 del expediente se indica que el Recurrente en su primera intervención ha manifestado lo siguiente: *“La Administración Aduanera conforme lo indica los artículos que hoy invocamos que se dejaron de aplicar dentro de su sentencia no puede revelar esta información salvo orden judicial o estrictamente en un proceso judicial pues es así que nosotros la Administración Aduanera solicitamos fue negado y se emite esta sentencia totalmente violatoria y que no contempla lo que establecen las normativas hoy invocadas.-”* Por su parte, la contraparte ha manifestado: *“Para haber ellos llegado, señores Jueces al tercer método de valoración deben haber aplicado justamente la norma que consta en el acuerdo relativo de la aplicación del art. 7 del Acuerdo General sobre aranceles Aduaneros que dice en su parte uno normas de valoración de aduanas art. 3 literal b textualmente: siempre que estos ajustes puedan hacerse sobre la base de datos comprobados que demuestren claramente que aquellos son razonables y exactos tanto si suponen un aumento como una disminución del valor, entonces viene la gran interrogante cómo ellos han aplicado ese tercer método si no han entrado a su base de datos, es simple por que sí tuvieron la información.-”* **2.3.2.- De la réplica de las partes:** De conformidad con

el acta resumen la parte recurrente en uso de su derecho a la réplica señaló lo siguiente: *“Ese acceso no puede tenerlo cualquiera y se ha dejado en claro y la Sala mismo lo ha dejado en claro, este acceso a esa base de datos de la Administración Aduanera debe de ser bajo orden judicial o bajo el contexto de un procedimiento judicial, debemos de tomar en consideración e insisto no se puede interpretar la norma supranacional y la norma nacional de cualquier manera esta debe de aplicarse estrictamente a u tenor literal.-”*. Por su parte la contraparte en su réplica señaló que: *“El Tribunal fue muy claro al decir que ellos no pueden autorizar ellos tienen libre albedrío para utilizar, así como utilizaron en la rectificación de tributos y en el llegar a designar el tercer método de valoración como el correcto tuvieron todo el acceso a toda la información, adicionalmente a la información que el importador también le dio en su debido momento.-”*-----

2.4.- 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: -----

2.4.1.- Problema jurídico: De la fundamentación realizada por escrito en la interposición del recurso de casación, así como de las exposiciones presentadas en la audiencia celebrada, esta Sala Especializada determina que el problema jurídico a ser resuelto en este caso es el siguiente: -----

a) ¿En La sentencia de instancia, se configura el vicio contenido en el **caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos** por falta de aplicación del Art. 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones relacionado a las bases de datos; del Art. 63 de la Resolución N° 1684 “Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571”- “Valor en Aduana de las Mercancías Importadas” (anterior

Art. 62 de la Resolución 846) de la Comunidad Andina de Naciones en cuanto a la obligación de suministrar información y del Art. 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Art. VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC) que trata sobre la confidencialidad de la información?-----

III. CONCEPTOS PREVIOS CASACIONALES

3.1.- La Casación: Previo a abordar el vicio denunciado a la luz del caso quinto del artículo 268 del Código General de Procesos, planteado por la parte actora, es menester iniciar estableciendo ciertos hitos necesarios para conceptualizar las características generales de la casación planteándonos la siguiente pregunta: ¿Qué es la casación? Dentro de la doctrina autorizada, Hernando Devis Echandía en su obra *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil* pág. 797, al referirse al recurso de casación manifiesta que: *“Se trata de un recurso extraordinario, razón por la cual está limitado a los casos en que la importancia del litigio por su valor o su naturaleza lo justifica. Por él se enjuicia la sentencia del tribunal, que es su objeto, sin que implique una revisión del juicio.”*, así mismo, Luis Armando Tolosa Villabona en su obra *Teoría y Técnica de la Casación* pág. 39, señala que: *“[...] el recurso de Casación es un medio de impugnación extraordinario por motivos específicamente establecidos en la Ley y cuyo conocimiento está atribuido a un órgano judicial supremo (Corte Suprema de Justicia en Colombia, o Tribunal de Casación o Corte de Casación en otros ordenamientos) con el fin de anular, quebrar o dejar sin valor, por razones procesales sustanciales inmanentes, sentencias que conculcan el derecho objetivo, y que contienen errores in iudicando, errores facti in iudicando o errores procesales.”*. Partiendo de estas citas doctrinarias, es claro que el recurso de casación tiene la característica de un recurso extraordinario en

virtud de que únicamente puede ser propuesto por los motivos expresamente establecidos en la Ley, así pues en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se establece taxativamente en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, cinco casos sobre las cuales se puede proponer el recurso de casación, fuera de las cuales no se puede aceptar la existencia de alguna adicional. En materia Tributaria, el recurso de casación fue introducido en el título III del Libro Tercero del Código Tributario publicado en el Registro Oficial 958 de 23 de diciembre de 1975, en donde se establecía que el recurso sería interpuesto ante un Tribunal de Casación constituido por Magistrados de las Salas que no hubiesen conocido la causa. La competencia para conocer la Casación por parte de los Tribunales Distritales tuvo vigencia hasta el 5 de mayo de 1993, cuando se expidió la Codificación de la Constitución Política de la República, en cuyo Disposición Transitoria Décima Séptima dispuso que *“El recurso de casación previsto en el Título III, del Libro Tercero, del Código Tributario (artículos 328 a 335) será interpuesto, a partir de la fecha de la vigencia de estas reformas constitucionales, para ante la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia.”*. Así mismo el artículo 21 de la Ley de Casación publicada el Registro Oficial 192 de 18 de mayo de 1993, derogó en forma total el Título Tercero del Código Tributario. Hay que destacar que a partir del 20 de Mayo de 2016, en el Ecuador entró en vigencia el Código General de Procesos que derogó la Ley de Casación y demás normativa procesal ecuatoriana, estableciendo un nuevo sistema de sustanciación de juicios a través del Sistema Oral, en donde la Casación tuvo variantes respecto a su forma de sustanciación y resolución de los casos establecidos en el artículo 268, estableciéndose de este modo la casación que se encuentra vigente hasta nuestros días. Finalmente hay que también considerar que el recurso de casación tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de las normas de Derecho sustanciales como procesales dentro de la sentencia

o auto del inferior. Sobre el tema, Calamandrei pregonaba la naturaleza del medio extraordinario de impugnación y de estar encerrado en las cuestiones y revisión del derecho, cuando comentaba del recurso de casación. (Ver. Citado por A. MORELLO, en La Casación, Un modelo Intermedio Eficiente, Segunda edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000. pág. 71).-----

3.2.- Principios Constitucionales Tributarios.- Los principios tributarios constitucionales son normas de Derecho fundamental, cuyo efecto de irradiación permiten interpretar cómo debe operar el ordenamiento jurídico tributario. En el Ecuador, el régimen tributario se erige principalmente en los principios establecidos en el artículo 300 de la Constitución de la República del Ecuador, de los cuales, a criterio del Dr. José Vicente Troya Jaramillo, *“se deduce la intención distribuidora de la imposición.”* (José Vicente Troya Jaramillo, LA NUEVA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, ESTADO, DERECHOS E INSTITUCIONES, Corporación Editorial Nacional, Quito, 2009, pág. 325) intención que constituye uno de los mecanismos para el cumplimiento de los fines del Estado Constitucional de derechos y justicia, social es decir la garantía del cumplimiento de prestaciones sociales. Robert Alexy señala que los principios *“son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida precisa de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.”* En este sentido los principios constitucionales que regentan el régimen tributario, deben constituir el pilar fundamental en la redacción de las Leyes Tributarias, así como en las decisiones que toman las administraciones tributarias a través de sus actos administrativos y en la prestación de sus servicios. Sin embargo no hay que perder de vista que los principios de generalidad,

progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria, contemplados en el artículo 300 de la Constitución de la República no constituyen los únicos principios aplicables al régimen tributario, pues no hay que perder de vista que al definir la Constitución de la República al Estado ecuatoriano como constitucional de derechos y justicia, social, los derechos prestacionales establecidos a lo largo de la Carta Fundamental de la República son de inmediato cumplimiento, y así pues al existir a lo largo de la constitución muchos otros principios de aplicación a los derechos de las personas éstos también pueden ser aplicados a los casos tributarios en particular, como por ejemplo el principio de solidaridad cuya complejidad de concepción llega a tal punto que la Corte Constitucional Colombiana lo ha definido de forma general como: *“un valor constitucional que en cuanto fundamento de la organización política presenta una triple dimensión, a saber: (i) como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; (ii) como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; (iii) como un límite a los derechos propios”* (Sentencia C-459/04, 11 de mayo de 2004). En este sentido dejamos sentados que a lo largo de la Constitución de la República existen otros principios que guardan relación con el sistema impositivo. En este mismo orden de ideas Dino Jarach indica que: *“Deben considerarse como principios de la imposición aquellos postulados que se asumen como limitadores u orientadores de las decisiones estatales en cuanto a la adopción de determinados impuestos y su configuración.”* (Dino Jarach, Abeledo Perrot, Buenos, Aires, 1996, pág. 299). Así pues sin descartar otros principios constitucionales, los establecidos en el artículo 300 de la Constitución son por esencia los que mayor vinculación guardan con el sistema tributario ecuatoriano, en sí y creemos oportuno desarrollarlos de forma muy sucinta

a continuación. El **principio de generalidad**, establecido en primer lugar en el artículo 300 de la Constitución, implica que todas las personas deben tributar, y en este sentido guarda especial concordancia con lo que dispone la regla contenida en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República que establece en su parte pertinente que todas las personas gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Para Miguel Ángel Martínez Lago y Leonardo García de la Mora, *“Casi todas las aproximaciones doctrinales efectuadas sobre el principio de generalidad - <todos contribuirán...>- han tenido en cuenta las relaciones del mismo con otros principios informadores del tributo, destacando los de legalidad, capacidad económica e igualdad. Así tenemos que respecto al principio de legalidad, la generalidad traduciría los propios fines de la ley (la voluntad general de ésta) entendida como regulación abstracta o general de situaciones jurídicas que, de hecho, pueden resultar diversas. En conexión con los principios de igualdad y capacidad económica, la generalidad equivaldría a la prohibición de discriminaciones o privilegios en materia fiscal [...]”*. (Miguel Ángel Martínez Lago y Leonardo García de la Mora, Lecciones de Derecho Tributario, IUSTEL, Madrid, 2010, pág. 79). Carlos Giuliani Fonrouge señala que: *“Como derivación del principio de igualdad menester que los tributos se apliquen con generalidad, esto es, abarcando integralmente las categorías de personas o de bienes prevista en la ley y no una parte de ellas. Quiérese significar con ello, que no deben resultar afectadas personas o bienes determinados singularmente, pues en tal supuesto los tributos adquirirían carácter persecutorio o de discriminación odiosa. Dicho en otros términos. <el gravamen se debe establecer en tal forma que cualquier persona cuya situación coincida con la señalada como hecho generador del crédito fiscal debe ser sujeto del impuesto> [...]”*. Como podemos apreciar este principio es complejo al momento de definirlo de forma aislada y su alcance abarca también otros mandatos de optimización

(como el de legalidad, capacidad económica e igualdad) los cuales estudiados de forma integral nos permiten encontrar su alcance y límites al momento de interpretarlo dentro del contexto Tributario. En lo referente al **principio de progresividad** implica que el Tributo exigido debe guardar consonancia con la capacidad del obligado para pagarlo. Para Miguel Ángel Martínez Lago y Leonardo García de la Mora “*supone que la contribución que debe hacer un sujeto a medida que aumenta su capacidad económica, debe resultar mayor en términos relativos al propio incremento de su riqueza. Se trata de que el resultado en términos de contribución haya aumentado en proporción superior al propio aumento de la capacidad económica objeto del gravamen.*” (Para Miguel Ángel Martínez Lago y Leonardo García de la Mora, Lecciones de Derecho Tributario, IUSTEL, Madrid, 2010, pág. 84). En definitiva este principio tiene como propósito que en sistema tributario ecuatoriano, mientras mayor capacidad contributiva tenga una persona mayor deberá ser la tarifa su tributo, y en la práctica se lo puede ver reflejado en las fórmulas de cálculo del Impuesto a la Renta. Este principio guarda consonancia con la regla contenida al final del primer párrafo del artículo 300 que dispone: “*Se priorizarán los impuestos directos y progresivos.*”. El **principio de eficiencia** se traduce básicamente en “*dar satisfacción concreta a una situación subjetiva de requerimiento, en la forma cantidad y calidad y con los medios y recursos resultan idóneos para la gestión.*” (Roberto Dromi, Derecho Administrativo 11ª Edición, Editorial Cuidad Argentina Hispania Libros, Buenos Aires, 2006, pág. 236). A este principio se lo puede ver desde varias dimensiones, una de ellas es en la creación y diseño de las normas tributarias otro en cuanto a la recaudación de tributos. En lo que tiene que ver con la recaudación de tributos se relaciona a que los impuestos sean recaudados con el menor costo posible tanto para la administración como para el contribuyente, mientras que en el diseño del tributo lo que se busca es que el impuesto no provoque

distorsiones en las condiciones socio-económicas de los contribuyentes. El principio de eficiencia se acerca mucho al principio de economicidad que propugnaba Adam Smith que buscaba evitar el vicio de: *“la existencia de un gran número de funcionarios y empleados en el servicio de recaudación, y el posible beneficio de ellos, lo que implica un impuesto adicional sobre los contribuyentes, posible obstrucción de la industria y desaliento de la gente a emprender ciertas ramas de negocios que hubieran podido dar por mantenimiento y empleo a grandes multitudes [...]”*(Dino Jarach, Abeledo Perror, Buenos, Aires, 1996, págs. 8-9). Así mismo, Adam Smith consideraba que el principio de economicidad tenía como propósito que: *“Todo impuesto debe ser recaudado de manera tal de quitar y mantener fuera de los bolsillos de la gente la menor cantidad posible por encima de la suma que ingresa al tesoro estatal.”* (Dino Jarach, Abeledo Perror, Buenos, Aires, 1996, págs. 8-9). El principio de **Simplicidad administrativa**, proviene esencialmente de los principios secundarios que caracterizan al procedimiento administrativo en su aspecto formal. Agustín Gordillo señala que: *“Es fundamental destacar que estos principios son secundarios respecto del principio del informalismo en favor del administrado, y que deben ser interpretados en forma congruente con él: No podrá, pues, disponerse una aceleración, simplificación o economía procesal que impliquen hacer riguroso el procedimiento, o perjudicar al administrado en su defensa; sólo cuando se han realizado las etapas sustanciales del procedimiento y satisfecho plenamente la defensa del interesado, cabe a la autoridad resolver rápida y simplemente: Pero si los hechos no han sido debidamente aclarados, o no ha habido suficiente oportunidad de defensa, entonces evidentemente estos principios no son de aplicación, y debe procederse cuidadosamente a producir la prueba necesaria, etc.”*. Por su parte Roberto Dromi destaca que: *“los mecanismos de la reducción de la complejidad pasan por la revisión de las estructuras y la reformulación de las normas para simplificar el acceso*

administrativo a la cosa pública y facilitar el vínculo comunicacional de la decisión del poder con el obligado o beneficiario por ella.” (Roberto Dromi, Derecho Administrativo 11ª Edición, Editorial Ciudad Argentina Hispania Libros, Buenos Aires, 2006, pág. 208). En el contexto tributario este principio tiene como propósito facilitar a los contribuyentes medios sencillos para realizar tanto sus trámites administrativos cuantos sus declaraciones. Así mismo, este principio también irradia el espectro de creación de normas de fácil comprensión para los administrados y la concreción de los sistemas internos y externos de control de la Administración Tributaria. Es claro que mientras menos complejo sea el sistema tributario más fácilmente los administrados pueden cumplir con sus obligaciones y a la administración realizar los correspondientes controles. El **principio de irretroactividad** se conjuga por esencia al principio de legalidad y se lo puede resumir en el hecho de que las normas tributarias rigen hacia el futuro. Dino Jarach señala que *“se entiende este principio como lógica consecuencia del propósito fundamental de la legalidad, esto es que los hombres en ejercicio de su libre actividad económica se ajusten a un marco de derecho que les garantice las reglas del juego (the rules of the games) como sostiene el Profesor Hayek en el capítulo que se refiere al imperio del derecho, en su libro “The road to serfdom.”.* Sobre este principio Aristides Horacio M. Corti en su ensayo “Retroactividad impositiva y Derechos Constitucionales, parafraseando a Dina Jarach dice que: *“Si nos remontamos al significado político-constitucional de este principio como garantía de los derechos individuales y especialmente del derecho a la propiedad y de acuerdo también a lo expresado por ilustres escritores de la Revolución Francesa y del movimiento tendiente al Estado de derecho los impuestos deben ser ciertos y establecido por Ley, no solo para que exista una garantía formal, sino también para que los actos económicos de los hombres puedan regirse conociendo las reglas*

*del juego... es decir, que los ciudadanos, cuando realizan un acto de su vida económica, saben cuáles son las consecuencias que deben esperar> y añade que <Interpretando a la luz de este fundamento, el principio de legalidad significa que no solo el impuesto debe ser establecido por ley, sino que ésta debe ser preexistente a los hechos que van a ser considerados como imponibles.>” (Aristides Horacio M. Corti; Retroactividad impositiva y derechos constitucionales; en Revista Jurídica Argentina La Ley Revista impuesta Derecho Tributario Doctrinas Esenciales Tomo I, Buenos Aires; 2010, págs. 311-312). El **principio de equidad** constituye un concepto más avanzado que el principio de igualdad, pues el segundo no hace diferencias entre las personas mientras que el primero toma en consideración las diferencias que pueden existir entre ellas. Osvaldo Soler nos dice que “la equidad de un sistema impositivo apunta a resolver la necesidad práctica de que los impuestos no sean rechazados por aquellos que deben pagarlos. Los tributos inequitativos provocan el fenómeno de la resistencia fiscal, la que puede traducirse en evasión y hasta en revolución como la historia nos enseña al explicarnos los orígenes de las revoluciones americana y francesa. La equidad implica que cada contribuyente debería aportar su justa parte para colaborar en el sostenimiento de los gastos públicos.”. Por su parte Roberto Dromi señala que: “La igualdad no sólo debe ser legal; es necesaria la equidad administrativa plasmada en la realidad, que es, ante todo, la igualdad de oportunidades y la ausencia de cualquier tipo de discriminación. [...] La equidad administrativa es un principio aplicable a todas las actuaciones estatales. Por ello se ha hablado de la racionalidad de la desigualdad, cuando la actividad administrativa ha dotado tratamientos distintos a supuestos en esencia idénticos. Así el principio de equidad informa el sistema tributario, por el cual el contribuyente responde por los tributos según su capacidad económica.”. Roberto Dromi, Derecho Administrativo 11ª Edición, Editorial Ciudad*

Argentina Hispania Libros, Buenos Aires, 2006, págs. 223-225). El **principio de transparencia** se la puede definir desde dos esferas, la primera dentro de las actuaciones de la administración tributaria, y la segunda en cuanto al contenido de las normas de carácter tributario. En cuanto a las normas de carácter tributario, sean estas leyes, ordenanzas, reglamentos, circulares, etc., deben ser claras y precisas, es decir entendibles y que no causen incertidumbre a los contribuyentes. En lo relativo a la transparencia dentro de la administración tributaria, los procedimientos que se implementos deben ser puestos en conocimiento de los administrados para que puedan ejercer su derecho a defensa, así como la información que posea la administración debe ser pública y disponible para todas las personas, claro está con ciertas limitaciones que la misma Ley dispone que debe ser guardada bajo sigilo por ser calificada como privada o reservada. Roberto Dromi indica que: *“La transparencia y su derivada, la publicidad de los actos públicos, son valores predicados por la ética pública que deben imperar en todas las facetas y dimensiones de la gestión administrativa estatal o no. La transparencia administrativa exige la concurrencia de ciertos elementos parte y que configuran un concierto de conocimiento, conciencia, comunicación y control. Son tales exigencia una publicidad real, la participación auténtica de los administrados en el quehacer público, la información efectiva de los actos de la Administración, la celebración de audiencias públicas, el libre acceso o ingreso irrestricto a la documentación administrativa, la legitimación colectiva sectorial o supraindividual, en defensa de los intereses comunes de los administrados, la competencia posible, la motivación causada y fundada en todos los actos del poder administrador; las defensas públicas o sociales y el control eficaz de los actos estatales. Todos estos aspectos viabilizan la correcta actuación en el marco del debido proceso adjetivo.”*. En lo relacionado al **principio de suficiencia recaudatoria**, es necesario señalar que constituye un principio

innovador dentro del ámbito constitución al tributario y comprende el hecho que los ingresos provenientes de los tributos asegure el financiamiento del gasto público. A este respecto la Corte Constitucional ecuatoriana ha señalado que: “[...] se advierte que el mismo se consolida a través de los principios de eficiencia y simplicidad administrativa, lo cual permite que el Estado a través de la administración tributaria, tenga en cuenta siempre que la recaudación de tributos será suficiente para el financiamiento del presupuesto o gasto público. Aquel principio se sustenta en la norma consagrada en el artículo 83 numeral 15 de la Constitución, que establece: "Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: (...) 15) Cooperar con el Estado y en la comunidad social, y pagar los tributos establecidos por la ley". (Sentencia N° 038-16-SIN-CC de 15 de junio de 2016, caso N° 0010-13-IN). Teniendo en cuenta todo lo hasta aquí señalado es claro que los principios enlistados en el primer párrafo del artículo 300 son básicos dentro de la estructura de todo el sistema tributario ecuatoriano, sin embargo no hay que descartar otros principios difuminados en el resto de la Constitución ecuatoriana, por ejemplo el de solidaridad dentro del esquema del buen vivir, el de legalidad, seguridad jurídica, capacidad contributiva, no confiscatoriedad, igualdad formal y material, entre otros. Estos mandatos de optimización, permiten analizar el espíritu de las normas tributarias dentro del ejercicio hermenéutico que se realiza al administrar justicia por los órganos jurisdiccionales, es por ello que su importancia es neurálgica al momento de realizar los respectivos controles de legalidad.-----

IV.- MOTIVACIÓN Y RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

4.1.- Esta Sala Especializada procederá a continuación a realizar el análisis del problema jurídico establecido en el numeral 2.5.1 de esta

sentencia el cual se relaciona al **caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos** y en tal sentido se realiza las siguientes consideraciones y análisis. **4.1.1.-** El problema jurídico materia del presente análisis se relaciona al caso quinto del artículo 268 del Código General de Procesos que establece: *“Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”*. **4.1.2.-** La doctrina entiende al vicio contemplado en el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos como una violación directa de la Ley, lo que conlleva a que el Tribunal de Casación verifique, a través del respectivo control de legalidad, si el fallo recurrido riñe con el derecho (*error in iudicando*), al comprobarse si sobre los hechos considerados como ciertos en el edicto de instancia, fueron aplicados correcta y de forma debida las normas pertinentes a los mismos. En el presente caso el vicio denunciado es de la falta de aplicación y errónea interpretación de normas de Derecho. El autor Tolosa Villabona Luis Armando, (Teoría y Técnica de Casación, Editorial Doctrina y Ley, Bogotá Colombia, página 359 en cuanto a la **falta de aplicación** de normas de Derecho señala que: *“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”*. Frente a los referidos vicios, la labor del Juez Casacionista es realizar el control de legalidad sobre el edicto recurrido, teniendo en cuenta si las normas aplicadas se les ha otorgado el alcance correcto, o si las normas aplicadas fueron las pertinentes o si ha existido omisiones en la aplicación de normas, tomando en cuenta claro está, en función de los hechos probados y dados por ciertos por el Tribunal de instancia, ya que no cabe

revalorización nuevamente de la prueba, quedado vedado el debate de los hechos materiales en función de la causal alegada. En el caso de configurarse el referido yerro, la Sala de Casación estaría en la obligación de casar la sentencia recurrida. **4.1.3.-** Vale señalar también que el vicio que contempla el quinto caso del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos tiene como presupuesto de configuración que el error sea determinante en la parte dispositiva de la sentencia, y esto tiene su razón de ser, por cuanto no siempre un error de aplicación, no aplicación o interpretación de norma va ligado a la *ratio decidendi* de la sentencia, pudiendo ocurrir que en algunas ocasiones estas faltas pueden estar contenidas en las *obiter dicta* de la sentencia recurrida. Teniendo como premisa lo señalado a continuación, dentro del ejercicio de control de legalidad de la sentencia, es necesario analizar y señalar, los hechos considerados como probados y ciertos por el Tribunal de instancia en la sentencia recurrida. -----

4.2.- Normas denunciadas: Para iniciar con el análisis que amerita el presente caso, se procederá a transcribir lo que señalan las normas denunciadas como infringidas, esto es: Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones: **“Art. 225.- Base de datos.- El Servicio Nacional de Aduana del Ecuador y el Servicio de Rentas Internas, cuando éstas lo requieran, tendrán libre acceso y sin restricciones, ya sea vía informática o física, y en forma permanente y continua, a toda la información de las actividades de comercio exterior que repose en los archivos y bases de datos del Banco Central del Ecuador, Policía de Migración, Registro Civil, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Superintendencias, Agencia de Calidad del Agro, Instituto Ecuatoriano de Normalización, Registro Mercantil, Unidad de Inteligencia Financiera y demás entidades que participan en el comercio exterior ecuatoriano directa o indirectamente. Los servidores públicos que no entreguen la información o que pongan obstáculos o interferencias para**

obtenerlas, serán sancionados con la destitución de sus cargos. El contenido de las bases de datos del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador es información protegida, su acceso no autorizado o la utilización indebida de la información contenida en ella, será sancionado conforme el Código Penal.”. Resolución N° 1684 “Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571”- “Valor en Aduana de las Mercancías Importadas” (anterior Art. 62 de la Resolución 846): **Artículo 63.** *Obligación de suministrar información. [...] 4. La información de la transacción comercial contenida en los bancos de datos a los efectos de valoración aduanera a que se refiere el artículo 25 de la Decisión 571, así como los valores que se encuentren en proceso de investigación o estudio por la Administración Aduanera, constituyen información confidencial, sujetándose a lo señalado en el numeral 2 del presente artículo.”. Acuerdo Relativo a la Aplicación del Art. VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC): **Artículo 10.** *Toda información que por su naturaleza sea confidencial o que se suministre con carácter de tal a los efectos de la valoración en aduana será considerada como estrictamente confidencial por las autoridades pertinentes, que no la revelarán sin autorización expresa de la persona o del gobierno que haya suministrado dicha información, salvo en la medida en que pueda ser necesario revelarla en el contexto de un procedimiento judicial.”.-----**

4.3.- Hechos probados: Como hemos señalado en varios apartados de esta sentencia, el caso quinto de casación, se relaciona a la verificación de la correcta subsunción de las normas aplicadas al caso a los hechos considerados como probados en la sentencia de instancia, por lo tanto, a continuación citamos lo pertinente del fallo de instancia: **“5.2.- En lo que se refiere al Segundo punto del Objeto de la controversia, de conformidad con lo previsto en el Art. 3.1 a) del Acuerdo de Valoración del GATT establece que**

“Si el valor en aduana de las mercancías importadas no puede determinarse con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1 y 2, el valor en aduana será el valor de transacción de mercancías similares vendidas para la exportación al mismo país de importación y exportadas en el mismo momento que las mercancías objeto de valoración, o en un momento aproximado.” (énfasis agregado), lo que significa que para la aplicación de este método, debe cumplirse ciertas condiciones: a) que el valor en aduana no pueda determinarse con arreglo a lo dispuesto en los Art. 1 y 2, b) que las mercancías hayan sido vendidas para la exportación, c) que las mercancías hayan sido vendidas al mismo país de importación; y, d) que las mercancías hayan sido exportadas en el mismo momento que las mercancías que se valoran, o en un momento aproximado; sin embargo, en el presente caso, no existe ninguna constancia de cuál es el valor en aduana de las mercancías similares con el que se ha comparado para la aplicación de este método, ni que tales mercancías hayan sido vendidas para la exportación al mismo país de importación, ni que hayan sido exportadas en el mismo momento que las mercancías que se valoran, o en un momento aproximado, peor aún existe constancia de que las mercancías similares con las que se ha comparado, hayan sido vendidas al mismo nivel comercial y sustancialmente en las mismas cantidades que las mercancías objeto de la valoración. Es verdad que en la Rectificación de Tributos N° JRP1-2016-0101-D001 (fs. 213), señala que “Dado que la correcta aplicación del Tercer Método de Valoración implica identificar inequívocamente mercancías importadas que puedan ser consideradas como similares, se comunica que teniendo en cuenta la subpartida, descripción y origen, dentro del Banco de Datos (Art. 25 de la Decisión 571 de la CAN) de la Administración Aduanera, sí es posible afirmar que las importaciones de MINI RADIOS PORTATILES (subpartida arancelaria 8527.13.00.00), realizadas en un momento aproximado, originarias de China sean similares, debido a que las mercancías allí

detalladas: Son muy semejantes a las mercancías objeto de valoración en lo que se refiere a las características (...). Cumplen las mismas funciones que las mercancías objeto de valoración, y son comercialmente intercambiables.- Son producidas en el mismo país: CHINA...”, y más adelante enfatiza en el hecho de que dando cumplimiento a lo previsto en el numeral 3 del Art. 37 de la Resolución 846, el valor de transacción de las mercancías con las que se ha comparado corresponden a ventas realizadas al mismo nivel comercial y sustancialmente en las mismas cantidades que las mercancías objeto de la valoración y que han sido exportadas en un mismo momento o en un momento aproximado; sin embargo, ni siquiera se cita la fuente donde constan las mercancías con cuyos precios ha realizado la comparación, peor existe constancia documental de tales precios ni de que las mercancías que sirvieron de referencia para la comparación hayan sido similares a las que son objeto de la presente controversia, por lo que mal se puede aceptar la determinación del valor en aduana en base al valor de transacción de mercancías similares, sin la existencia de una cabal demostración de cuáles son las mercancías similares con las que se ha realizado la comparación. El hecho de que afirme haber comparado con valores constantes en la Base de Datos de la Aduana, sin identificar plenamente cuales son las mercancías que han servido de referencia, de ninguna manera se justifica la aplicación del tercer método de valoración, puesto que no permite saber a ciencia cierta si efectivamente las mercancías con las que se ha comparado son similares, es decir tienen características y composición semejante, cumplen las mismas funciones y son comercialmente intercambiables, ya que de no ser así, la Aduana tiene la obligación de realizar los ajustes correspondientes, tal como así lo determina el Art. 38.1 del Reglamento de Valoración de la CAN, al señalar que “En aquellos casos que no se disponga de valores de transacción de mercancías similares, vendidas al mismo nivel comercial y sustancialmente en las mismas cantidades que las mercancías objeto de

valoración, se efectuaran los ajustes que resultan necesarios, por las diferencias existentes por los conceptos de nivel comercial y/o cantidad entre la mercancía importada y la mercancía similar considerada...”, y más adelante en el acápite 2) de la misma norma se señala que “Cualquier ajuste que se efectúe como consecuencia de diferencias de nivel comercial o de cantidad, ha de cumplir la condición, tanto si conduce a un aumento como a una disminución de valor, de que se haga sobre la base de datos objetivos y cuantificables...”. Si esto es así, al no conocer siquiera cuáles fueron las mercancías similares con las que se realizó la comparación para la determinación del valor en aduana, impide también saber si fue necesario realizar los ajustes correspondientes, bien entendido que tales ajustes deben ser realizados no sólo en base a datos reales sino que además sean objetivos y cuantificables, cuestión que es imposible realizar si no se sabe cuál es la mercancías que se tomó como referencia. **5.3.-** Por otro lado es menester tener presente que el Art. 15. 2 b) del Acuerdo de Valoración de la OMC establece que en el presente acuerdo “Se entenderá por “mercancías similares” las que, aunque no sean iguales en todo, tienen características y composición semejantes, lo que les permite cumplir las mismas funciones y ser comercialmente intercambiables. Para determinar si las mercancías son similares habrán de considerarse, entre otros factores, su calidad, su prestigio comercial y la existencia de una marca comercial...”. Esto implica que para la aplicación del tercer método de valoración, adicionalmente la administración aduanera primeramente tiene que identificar las mercancías similares con las que va a realizar la comparación, como así lo establecía el Art. 37. 2 (41.2) del Reglamento de Valoración de la CAN, y luego detallar en forma minuciosa la aplicación de dicho método, especificando claramente los datos y demás características de las mercancías similares con las que se ha comparado, es decir que tengan características y composición semejante, que cumplan las mismas funciones y sean comercialmente intercambiables,

teniendo en cuenta siempre su calidad, prestigio comercial y la marca, puesto que de otra manera los datos resultarían ficticios y por ende la decisión resultaría arbitraria, generando como consecuencia incertidumbre e inseguridad en los importadores, en franca transgresión de la seguridad jurídica garantizada en el Art. 82 de la Constitución. Como colofón del análisis realizado, para la determinar en valor en aduana de las mercancías en base al tercer método de valoración, no basta justificar el descarte del primer método y segundo, así como tampoco basta con argumentar que los valores de mercancías similares han sido tomadas de la base de datos de la Aduana, puesto que de ser así la Aduana bien podría tomar de referencia el valor de cualquier tipo de mercancías, a pretexto de que son similares según su base de datos, lo que sin duda resulta claramente atentatorio contra las normas de valoración, cuyo espíritu está orientado a que haya total transparencia respecto a los valores que se toman como referencia para la determinación de valor en aduana de las mercancías. [...] **5.5.-** Al haber procedido en la forma descrita en el acápite anterior, implica que la autoridad demandada incumplió con su obligación de motivar el acto administrativo, incumpliendo de esta manera con lo previsto en el Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución que como parte de las garantías básicas para asegurar el debido proceso, garantiza que “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. [...] **5.6.-** Finalmente, en virtud de que la Administración Aduanera pretende justificar la falta de revelación de las mercancías similares con las que ha comparado el valor de transacción de las mercancías objeto de la presente controversia, vale la pena dejar sentado que si bien tanto el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII Del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, como la Decisión 571 de la CAN establecen en sus Arts. 10 que “Toda información que por su naturaleza sea confidencial o que se suministre con carácter de tal a los efectos de la valoración en aduana será considerada

como estrictamente confidencial por las autoridades pertinentes, que no la revelarán sin autorización expresa de la persona o del gobierno que haya suministrado dicha información, salvo en la medida en que pueda ser necesario revelarla en el contexto de un procedimiento judicial.”; sin embargo, el hecho de que la Administración Aduanera utilice en su propio beneficio, para justificar sus actuaciones al momento de valorar las mercancías de determinado importador, de ninguna manera atenta contra el principio de confidencialidad, puesto que por un lado no está revelando al público en general su información y por otro lado con ello se está cumpliendo con la obligación constitucional de motivar sus decisiones; permitir que la Administración Aduanera determine el valor en aduana de las mercancías, sin precisar cuáles fueron las mercancías similares y sus valores con los que se comparó, implicaría que el Tribunal estaría obligado a resolver sin ningún tipo de prueba y en base a las meras afirmaciones de la Administración Aduanera, lo que a su vez constituiría un grave atentado contra la seguridad jurídica y la obligación de motivar los actos administrativos que garantizan los Arts. 82 y 76 numeral 7) literal l) de la constitución, cuyas normas prevalecen sobre las normas de los tratados internacionales, puesto que el Art. 425 de nuestra Carta Magna establece: “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.”.- Como complemento a lo señalado vale resaltar que la Corte Constitucional en la Sentencia N° 367-16-SEP-CC, emitida el 15 de noviembre de 2016, ha declarado la vulneración del derecho constitucional al debido proceso en la sentencia emitida por la Corte Nacional dentro del Recurso de Casación N° 476-2015, refiriéndose a la cual en forma textual señala: “... se evidencia que se determina que la administración

aduanera debió haber motivado el tercer método de valoración, a efectos de conocer la información que sirvió de fundamento para la comparación respectiva, y de esta forma evitar la emisión de una decisión arbitraria...”, y más adelante enfatiza que en el hecho de que “... la Sala no efectúa una explicación respecto de los motivos por los cuales la información materia de este caso tenía la característica de confidencial a partir de lo señalado en la sentencia recurrida, es decir no determina si por su naturaleza, la información se adecua a los parámetros previstos en la normativa para adquirir esta condición...”. [...].(el subrayado me corresponde).-----

4.4.- Control de legalidad en relación a las normas calificadas como

infringidas: 4.4.1.- Del texto transcrito en el numeral que antecede se evidencia que el Tribunal de instancia ha tomado en consideración, como hecho cierto y probado, que la autoridad demandada incumplió con su obligación de motivar el acto administrativo, lo que provoca la nulidad del mismo. **4.4.2.-** En relación al cargo de **falta de aplicación de las normas consideradas como infringidas** señala el casacionista que el Tribunal *A quo* en reiteradas veces en su sentencia que “*no existe ninguna constancia del cuál es el valor en aduana de las mercancías similares con el que se ha comparado para la aplicación de este método*” y que con este argumento se deja de aplicar las normas que amparan la confidencialidad de la base de valor, limitando a la Administración Aduanera de no poder brindar o “individualizar” con fecha y número de refrendo que se extrajo para hacer el respectivo ajuste sin orden judicial como requiere la Sala, ya que de lo contrario el SENAE, estaría infringiendo lo dispuesto en las normas de la CAN así como el Art. 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Señala que el Tribunal *A quo* fundamenta su decisión de revelar la base del valor amparándose en el Art. 76, numeral 7 literal l) de la Constitución de la República y sobre este aspecto si bien es cierto que

toda decisión judicial y administrativa debe contener los requisitos para su motivación, no es menos cierto que en materia de valoración aduanera, de conformidad con el Art. 63 de la Resolución 1684 de la CAN, el sujeto pasivo debe solicitar mediante orden judicial la revelación de los refrendos utilizados para el respectivo ajuste de valor que fueron extraídos de la Base de Valor del SENA, artículo que dejó de aplicar la Sala en su decisión. Argumenta también que la aseveración del Tribunal de que las decisiones tomadas por la Administración Aduanera no cumplen con lo dispuesto en el Art. 76, numeral 7, literal 1) de la Constitución de la República, es falso ya que la misma se encuentra enmarcada dentro de la legislación vigente y cumple con los presupuestos jurídicos contemplados en el Art. 76, numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República y el Art. 81 del Código Tributario ya que el acto administrativo señala claramente cuáles son las normas legales en las que se fundamenta la decisión tomada así como la pertinencia de la aplicación de las normas de derecho y métodos de valoración en relación a los hechos sujetos a la controversia. Indica que el Art. 63, numeral 4 de la Resolución N° 1684 brinda la posibilidad al importador de solicitar al Tribunal que conoce la acción, disponga la orden de remitir al proceso la información que fue utilizada para realizar el respectivo ajuste de valor; sin embargo dicho acontecimiento no sucedió, por lo que mal hace la Sala en culpar al SENA indicando que se ha dejado en indefensión al importador, cuando este tuvo la oportunidad de solicitar dicha información y no lo realizó, siendo esta la única situación que prevé la normativa comunitaria para revelar tal información. Manifiesta que la Ley no establece parámetros de arbitrariedad o actuaciones ficticias como pretende hacer creer la Sala en la parte resolutive de la sentencia ya que una afirmación de tal magnitud atenta contra el principio de legalidad y la presunción de legalidad y legitimidad con la que se encuentran investidos los actos administrativos. Manifiesta que el Art. 225 del COPCI es claro

respecto a la calidad de “información protegida” de los datos que reposan en la Base de Datos del SENA, siendo esta información **“RESTRINGIDA”** por su naturaleza y por su utilidad. Indica que si la Sala de instancia aplicando el principio de legalidad quería revisar si el acto que sirvió de antecedente a la resolución impugnada se encontraba debidamente motivado, ésta debió aplicar la normativa señalada como infringida en razón de que la misma debió ser aplicada al verificar la legalidad de la rectificación de tributos, antecedente de la resolución impugnada, en virtud de que dicha normativa prohíbe lo que la Sala pretende que el SENA cumpla. Finalmente culmina haciendo mención y transcribiendo partes de las sentencias de los juicios N° 17751-2016-0381 (TDT N° 2 09501-2015-00044), N° 17751-2016-0364 (TDT N° 09503-2014-0009), 17751-2014-0538 (TDT N° 09504-2014-0003) y N° 17751-2016-0446 (TDT N° 09504-2015-00076) . **4.4.3.-** Respecto a estas argumentaciones cabe precisar que la falta de aplicación de las normas denunciadas deben examinarse en función del hecho dado como cierto por el Tribunal de origen, por lo que es importante destacar el Art. 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones relacionado a las bases de datos, determina que las Administraciones Tributarias allí descritas pueden tener libre acceso sin restricción a las bases de datos de varias entidades públicas; a la vez que establece que los servidores públicos que no entreguen dicha información a las entidades tributarias habilitadas en esta disposición, serán sancionados con la destitución, disponiendo finalmente que el contenido de las bases de datos del Servicio Nacional de Aduana es información protegida que, **“su acceso no autorizado”** o la **“utilización indebida”** sobre dicha información, será sancionada conforme el Código Penal. Del examen jurídico, teórico y usual de esta disposición, que regula las atribuciones de las administraciones tributarias para la solicitud de información, así como la calificación de esta información como “protegida”

para fines de “accesos no autorizados” así como de “utilización indebida”, se observa que no guarda la debida pertinencia, con el hecho probado aseverado por los juzgadores de instancia, de que el acto impugnado carecía de motivación. Por su parte el Art. 63 de la Resolución N° 1684 referente a la “Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571- “Valor en Aduana de las Mercancías Importadas”, mantiene relación con la obligación de suministrar información, constriñendo a dos condiciones a cumplir para que la información sea considerada como confidencial, que a saber son: a) que sea información de la transacción comercial y b) y que los valores se encuentren en proceso de investigación o estudio; evidentemente esta disposición tampoco mantiene pertinencia alguna con la decisión material de instancia que en el acto impugnado no existe motivación. Finalmente el Art. 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Art. VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC) que trata sobre la confidencialidad de la información y cuyo contenido establece la salvedad de que la información confidencial pueda ser revelada en el contexto de un procedimiento judicial; de igual manera no es subsumible al hecho material probado por el Tribunal de instancia, relacionado a la falta de motivación de del acto impugnado. **4.4.3.-** Adicionalmente, es oportuno manifestar que mantengo el criterio de que la Administración Aduanera al ejercer su facultad para la redeterminación de tributos de control, debe enmarcar su actuación estrictamente en lo establecido, en la norma comunitaria, así como en la normativa nacional, a la vez que debe imprescindiblemente motivar sus actos, en función de lo dispuesto en el Art. 76, literal l), numeral 7 de la Constitución de la República y así habilitar el derecho a la defensa de los administrados en virtud de lo establecido en el Art. 76, numeral 7, literal a) que dice: **“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden,**

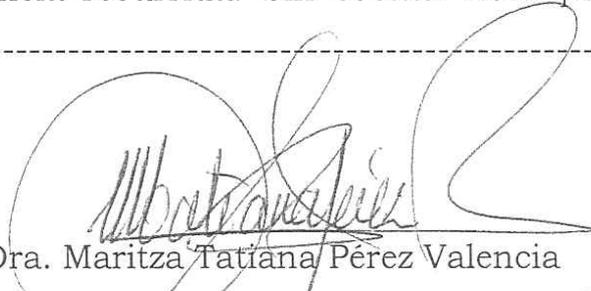
se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.[...]”. Para los propósitos antedichos debe motivarse en cada caso, sobre la aplicación de los métodos de valoración que la Administración está habilitada a realizar, en mira a la ejecución de los procedimientos de control posterior para la rectificación de tributos; sobre todo identificando en un informe motivado de manera clara la configuración de cada una de las variables que conforman cada método de valoración como por ejemplo los productos y precios para que el importador conozca la forma cómo se determinó la obligación tributaria, el adoptar este procedimiento no quiere decir que se revele información propia o personalísima de cada contribuyente como por ejemplo su nombre o su RUC y más aun tomando en cuenta el verdadero alcance que las normas nacionales y supranacionales sobre comercio exterior otorgan, al tratamiento de la información de las bases de datos de la Administración Aduanera. El procedimiento de determinación de la Administración Tributaria reviste de singular complejidad y relevancia, que debe procurar el debido proceso y la seguridad jurídica, para ello, sin desmerecer la facultad determinadora de la Administración Tributaria, esta debe cumplir los parámetros de la legalidad. La auditoría comprende: perfiles de riesgo para analizar la prefactibilidad o no de su ejecución, análisis y relevancia del caso, para lo cual cuenta con las bases de datos, estas últimas provienen de diversas fuentes originarias, las cuales son reservadas y confidenciales; sin embargo, la Administración en sus procesos de determinación debe procurar entregar información sobre la forma cómo determina, su metodología, variables generales; lo cual de ninguna manera implica entregar información personal de los contribuyentes, la misma que es reservada y confidencial. -----

V.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, en esta sentencia, 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: -----

VI.- SENTENCIA

No se casa la sentencia recurrida. Sin costas. Notifíquese, devuélvase y publíquese. -----


Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

JUEZA NACIONAL


Dra. Ana María Crespo Santos

JUEZA NACIONAL


Dr. Darío Velástegui Enríquez

CONJUEZ NACIONAL

Certifico:


Ab. Alejandra Morales Navarrete

SECRETARIA RELATORA

En Quito, viernes dos de junio del dos mil diecisiete, a partir de las diez horas y cincuenta y nueve minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la CASAR SENTENCIA y VOTO SALVADO que antecede a: BAZURTO ALVARADO GREGORIO BENJAMIN en el correo electrónico katiuscamoscoso@yahoo.com, asistenterafech@outlook.com del Dr./Ab. KATIUSCA AMELIA MOSCOSO TORRES. DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR en la casilla No. 1346 y correo electrónico 3198.direccion.general@aduana.gob.ec, parguel@aduana.gob.ec, citurralde@ymail.com, carlosytu18@gmail.com del Dr./Ab. ARGÜELLO PAREDES PAOLA ALEJANDRA. Certifico:


ABG. MARTHA ALEJANDRA MORALES NAVARRETE
SECRETARIA RELATORA

Aclaración y ampliación del Recurso No. 09501-00445-2016

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

Quito, viernes 30 de junio del 2017, las 16h32.-

VISTOS:

Con relación a los pedidos de aclaración y ampliación solicitados por el peticionario, en contra de la sentencia de mayoría expedida el 2 de junio de 2017, las 09h42, por este Tribunal Especializado de lo Contencioso Tributario, para disponer lo pertinente, se considera:

Primero. Del pedido del peticionario.

De fs. 100-104 del expediente comparece el señor Gregorio Benjamín Bazurto Alvarado, por sus propios derechos, y en escrito de 7 de junio de 2017, solicita que la sentencia de mayoría dictada el 2 de junio de 2017, las 09h42, por este Tribunal casacional dentro del recurso No. 09501-00445-2016, se aclare y amplié en los siguientes puntos que versan en: **1.- Aclaración** de los siguientes puntos: **1.1.-** *“La razón por la que la Dra. Ana María Crespo realiza la siguiente pregunta por demás sugestiva a la abogada del SENAE ‘Por favor señorita abogada de la aduana puede usted explicar la solicitud que hicieron Ustedes al Tribunal para, entiendo que es para un perito’, así como la razón de por qué da como hecho probado la siguiente respuesta ‘La Administración Aduanera previo a dar contestación a la demanda y teniendo en consideración que el perito es un auxiliar de*

*justicia se solicitó a la Sala de primera instancia que este perito tenga el debido acceso a la base de datos de valor de la Administración Aduanera para que pueda emitir un informe debidamente motivado y que indique si la Administración Aduanera procedió o no con la aplicación del tercer método de valoración de mercancías similares, este escrito fue presentado el 22 de diciembre del 2016 y en providencia de 29 de diciembre del 2016 la Sala lo niega indicando que depende de su libre albedrío permitir o no el acceso a la información constante en su propia base de datos, a esta providencia se le presentó la revocatoria de la misma por cuanto la Sala no estaba contemplado lo que establece el art. 225 el art. 63 numerales 2 y 4 y 10 que fueron invocados como falta de aplicación dentro del presente recurso de casación', para lo cual fundamenta que SENA E anunció como prueba, la designación del Perito Carlos Iturralde así como el ingreso del informe pericial; perito designado por la propia Administración Aduanera y no por la Sala de Instancia, particular recogido en providencia de 28 de diciembre de 2016, las 14h35, **1.2.-** "Si al no hacer constar en la contestación a la demanda la imposibilidad de acceso a la prueba, cómo es que la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario casa la sentencia del 24 de febrero del 2017 por la Sala única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 2 con sede en el cantón Guayaquil, indicando que la Administración Aduanera no ha tenido acceso a la Base de Datos, cuando eso no lo manifiesta en la contestación a la demanda y es más presenta como prueba un peritaje 'pormenorizado y técnico' de un perito que al ser funcionario de la administración aduanera tenía acceso a la base de datos". **1.3.-** Si este Tribunal Especializado considera que las supuestas normas alegadas como infringidas, se encuentran por encima de la Constitución de la República. **1.4.-** "El punto en el que se manifiesta que la administración aduanera no tenía prohibido el acceso sino la divulgación de la información, toda vez que por un lado la administración aduanera no solo tenía acceso a la revisión de la Base de Datos, sino también su divulgación dentro de un contexto de un proceso judicial". **1.5.-** "Por qué se omite deliberadamente la autorización expresa del que suministró la información, manera por la cual la administración aduanera, puede revelar la información". **1.6.-** "Por qué subjetivamente se asume que los jueces del Tribunal Contencioso Administrativo deben dar 'esa autorización*

judicial' de la que habla la normativa" (Numeral 2 del artículo 63 de la Resolución 1684, Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571, Valor en Aduana de las Mercancías Importadas); **2.- Aclaración y ampliación.-** Solicita que esta Sala de casación aclare y amplíe: *"Que se establezca en que parte de las normas citadas como de aplicación indebida, falta de aplicación o de errónea interpretación, se establece quién es la autoridad judicial que debía en este caso permitir el supuesto acceso a la información confidencial, así como cuál información y quién (autoridad) la califica como confidencial, toda vez que en la requerida o casada sentencia dictada el 24 de Febrero del 2017 por la Sala única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No.2 con sede en el cantón Guayaquil dispone (...) permitir que la Administración Aduanera determine el valor en aduana de las mercancías, sin precisar cuáles fueron las mercancías similares y sus valores con las que se comparó, implicaría que el Tribunal estaría obligado a resolver sin ningún tipo de prueba (...)"*; y, **3.- Ampliación** del siguiente punto: *"aplicando lo que establece el Art. 273, en su numeral 3 Si la casación se fundamenta en las demás causales el Tribunal (...) casará la sentencia en mérito de los autos (...) reemplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los que estime correctos. Solicitud esta que la hago por cuanto en la resolución no existe reemplazo alguno de los fundamentos jurídicos (...)"*.

SEGUNDO. De la contestación de la Administración tributaria.

Luego de habersele corrido traslado, con la antes referida petición del señor Gregorio Benjamín Bazurto Alvarado, por sus propios derechos, la abogada Tannia Loyola Moreano, en su calidad de procuradora judicial del Director General de la SENA, mediante escrito que obra de fs. 110-111, con relación a la ampliación y aclaración de la sentencia, señala que: **1.-** El peticionario jamás presentó en ésta instancia casillero judicial o correo electrónico para ser notificado, contrariando lo establecido en el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos. **2.-** Que el artículo 67 del COGEP, refiere a las notificaciones realizadas en persona dentro de audiencia, cuando conste que la parte se ha ausentado, se considerarán notificadas en la fecha y hora en que estas se celebren,

debe aplicarse por su tenor literal; de ahí que, el abogado patrocinador del actor, compareció a la audiencia debidamente notificado por la Sala casacional. **3.-** La aclaración y ampliación debió solicitarse en la audiencia que se expidió la sentencia de conformidad con el artículo 255 del COGEP; y, **4.-** La sentencia recurrida es clara no adolece de oscuridad, es amplia por cuanto abarca los puntos controvertidos o admitidos en el auto de calificación del recurso. Por lo expuesto solicita que este Tribunal de casación considere extemporáneo el recurso y sea rechazado.

TERCERO. Del análisis y decisión.

En trazos generales el peticionario, pretende, y en efecto así lo ha solicitado, se aclare y amplíe, cuál fue el análisis esgrimido por esta Sala casacional para emitir el fallo de 2 de junio de 2017, las 09h42, por los puntos previamente señalados en el presente auto.

3.1.- Este Tribunal de casación conoce los recursos horizontales de aclaración y ampliación, de conformidad con los artículos 275 del Código Tributario; y, 255 del Código Orgánico General de Procesos COGEP, al no existir un claro procedimiento para resolver los recursos planteados con relación a las sentencias y autos definitivos, y en aras de respetar los derechos de las partes procesales, este Tribunal tiene la potestad de determinar un término judicial oportuno de índole perentorio y vinculante para las partes, de conformidad con el artículo 76 *ibídem*, cabe indicar que el inciso tercero del artículo 255 *ibídem*, se aplica exclusivamente para resoluciones que se hayan dictado fuera de audiencia (lo cual no sucede en el caso *in examine*) por ejemplo la recusación.

3.2.- Previo a resolver es importante manifestar que los administradores de justicia conforme con la Ley, ejercemos la dirección del proceso, controlamos las actividades de las partes procesales y evitamos dilaciones innecesarias; de ahí que, en función de este principio, cualquier Juez o Jueza integrante del Tribunal (audiencia) podrá interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones, encauzar el debate y realizar las demás acciones correctivas, particular recogido en el artículo 3 del COGEP.

3.3.- A fin de esclarecer jurídica y legalmente el remedio procesal (recurso horizontal) de la aclaración y ampliación solicitada; cabe remitirnos a los artículos 274 del Código Tributario; y, 253 del Código Orgánico General de Procesos-COGEP, que refieren: “*La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura. La ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas*”; en este marco, hay que indicar, que la aclaración, cabe cuando el fallo es ininteligible; y, la ampliación, cuando la sentencia resulta diminuta; de ahí que no procede contra hechos ocurridos en la audiencia oral; tampoco, es un medio para que se tome examen a los jueces o magistrados sentenciadores sobre conceptos jurídicos vinculados con el litigio, o trasladarse a los sentenciadores el debate judicial sobre los asuntos controvertidos.

3.4.- Es importante manifestar, que la sentencia expedida el 2 de junio de 2017, las 09h42, y que fuera expedida por este Tribunal Especializado de lo Contencioso Tributario, en voto de mayoría, respetó los lineamientos del recurso extraordinario de casación, el mismo que tiene como propósito hacer efectivo los principios constitucionales de seguridad jurídica, legalidad e igualdad ante la Ley. No le compete a este Tribunal casacional juzgar el pleito con el objeto de resolver a cuál de los litigantes le asiste la razón; al contrario, se limita al contenido de la sentencia a establecer si existe vulneración o no de la ley sustancial, que al caso *in examine*, de conformidad al caso quinto del artículo 268 del COGEP, por falta de aplicación del artículo 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; artículo 63 de la Resolución No. 1684, Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571, Valor en Aduana de las Mercancías Impostadas (anterior artículo 62 de la Resolución 846) de la Comunidad Andina de Naciones; artículo 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC), analizó la sentencia recurrida con sujeción a las normativas de derecho argüidas por parte de la Administración Tributaria; de ahí que, la sentencia dictada el viernes 2 de junio de 2017, las 09h42 consta de diecinueve (19) fojas -anverso y reverso-, en las

cuales a lo largo de cinco (5) acápite o puntos, se desarrolla todo el fallo; dichos acápite versan sobre:

- **Asunto**, se determina la sentencia que este Tribunal casacional de mayoría analizó y resolvió.
- **(I) Antecedentes** del recurso extraordinario de casación, que en su primer sub punto **(1.1)** refiere al contenido de la sentencia impugnada con relación al objeto del recurso de casación, constando la normativa impugnada; con claridad y transcripción exacta, se señalan “todos” los argumentos de la Administración Aduanera; el sub punto **(1.2)** trata acerca de la sustanciación del recurso de casación; en el sub punto **(1.2.1)** se precisa el auto de la admisibilidad del recurso de casación (caso quinto del artículo 268 del COGEP), dictado por el doctor Juan Montero Chávez, Conjuez de esta Sala; en el sub punto **(1.2.2)** se menciona el sorteo de la causa, realizado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, mediante el cual se radicó la competencia de este Tribunal; en el sub punto **(1.2.3)** consta el auto de fecha 27 de marzo de 2017, las 10h55, en el cual se convocó a la audiencia oral a efectuarse el 30 de mayo de 2017, las 10h00; en el sub punto **(1.2.4)** refleja la audiencia oral celebrada el 30 de mayo de 2017, las 10h00, en la Sala de Audiencias de la Corte Nacional de Justicia, haciendo constar en los sub puntos **(1.2.4.1, 1.2.4.2, 1.2.4.3; y, 1.2.4.4)** los argumentos, alegaciones, y réplicas de las partes procesales.
- **(II) Consideraciones generales del Tribunal de Casación y planteamiento del problema jurídico a resolver**, constando en el sub punto **(2.1) la Jurisdicción y Competencia** de este Tribunal de casación (sustento legal y constitucional); **(2.2) la Validez Procesal**, en este sub punto se determinó que no existe nulidad alguna que declarar; además, en el sub punto **(2.3)** se aborda acerca de **la naturaleza, finalidad y límites del recurso de casación**; se transcribe el acta resumen de la audiencia oral celebrada en la sala de audiencias de esta Corte Nacional de Justicia, de fecha 01 de marzo de 2017, constando los alegatos de las partes

procesales, en el sub punto **(2.4) Planteamiento jurídico del recurso**, de conformidad al caso quinto del artículo 268 del COGEP, por falta de aplicación del artículo 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; artículo 63 de la Resolución No. 1684, Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571, Valor en Aduana de las Mercancías Impostadas (anterior artículo 62 de la Resolución 846) de la Comunidad Andina de Naciones; artículo 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC).

(III) Análisis y Resolución del problema jurídico planteado, acápite en el cual en el primer sub punto **(3.1)** se aborda acerca de los parámetros del caso quinto con relación a la falta de aplicación, además de la descripción de la normativa impugnada; en el **(3.2)** se realiza el respectivo análisis; en donde este Tribunal en voto de mayoría, realiza el examen de la normativa impugnada, por el caso quinto del artículo 268 del COGEP, teniendo en cuenta lo manifestado por el casacionista y el órgano jurisdiccional de instancia, para de esta manera, establecer que: *“(...) En efecto, a criterio de esta Sala Especializada, si bien es cierto que la normativa constitucional y tributaria exige que las resoluciones y los actos administrativos de los poderes públicos deberán ser motivados (art. 76.7 letra I) de la Constitución y art. 81 del Código Tributario), este deber no se ve afectado por el hecho de que no aparezca en el la resolución impugnada o en su antecedente la rectificación de tributos, la identificación y detalle de las mercancías con las que la administración tributaria aduanera comparó el valor de las mercancías objeto de la presente controversia, puesto que en materia de valoración aduanera dicha información, que tiene el carácter de confidencial, sólo puede ser revelada por la autoridad aduanera con la autorización expresa de la persona o del gobierno que la haya proporcionado o mediante orden de autoridad judicial. De ahí que, el argumento utilizado por la importadora y recogido por el Tribunal de instancia de que “...para la aplicación del tercer método de valoración, adicionalmente la administración aduanera primeramente tiene que identificar las mercancías similares con las que*

va a realizar la comparación, como así lo establecía el Art. 37.2 (41.2) del Reglamento de Valoración de la CAN, y luego detallar en forma minuciosa la aplicación de dicho método, especificando claramente los datos y demás características de las mercancías similares con las que se ha comparado, es decir que tengan características y composición semejante, que cumplan las mismas funciones y sean comercialmente intercambiables, teniendo en cuenta siempre su calidad, prestigio comercial y la marca, puesto que de otra manera los datos resultarían ficticios y por ende la decisión resultaría arbitraria, generando como consecuencia incertidumbre e inseguridad en los importadores...”, es un criterio desproporcionado y antojadizo del juzgador de instancia, que contraviene expresamente la normativa aplicable en materia de valoración aduanera que prohíbe tales exigencias. Por lo tanto, el argumento de que no existe transparencia respecto a los valores que se tomaron como referencia para la determinación del valor en aduana de las mercancías, no constituye fundamento suficiente para concluir que existe una falta de motivación del acto impugnado, ya que para que aquello ocurra la resolución administrativa debe adolecer de falta de requisitos, entre ellos, que no se señalen con precisión los motivos, razones o fundamentos que han inducido a la administración a tomar tal decisión y además que no se enuncien las normas de derecho en que se funda la resolución y que no se explique la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, (...) es decir que los comparables están plenamente identificados en el acto impugnado lo cual hace que el mismo este motivado. Lo que sucede es que en materia de valoración aduanera, el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE) no puede revelar el contenido de su base de valor porque según lo previsto en el art. 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI) (...) lo cual es concordante con lo dispuesto en el numeral 4 del art. 63 de la Resolución 1684 del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 (...) art. 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (...) En definitiva, el contenido de la Base de Valor del SENAE

es información confidencial o protegida, la cual puede ser revelada únicamente mediante orden judicial. Es por esta razón que esta Sala Especializada, en voto de mayoría (recursos Nos. 538-2014; 364-2016; 381-2016; 446-2016; 544-2016; 635-2016, entre otros), ha sostenido que: **1.** El tercer método de valoración de mercancías está previsto en el art. 3 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC y su nota interpretativa; para establecer qué se entiende por mercancías similares nos remitimos al art. 15.2.b) de dicho Acuerdo (...), y para determinar si las mercancías son similares habrá de considerarse, entre otros factores: (i) su calidad, (ii) su prestigio comercial y (iii) la existencia de una marca comercial. **2.** La aplicación del método en cuestión permite a la administración aduanera, para determinar el valor en aduana de las mercancías importadas, efectuar los ajustes necesarios para equiparar el precio de venta de las mercancías importadas al valor que dicho precio, que de acuerdo a la ley, debía alcanzar. En todo caso, dichos ajustes deben realizarse sobre la base de datos comprobados que demuestren claramente que aquéllos son razonables y exactos, tanto si suponen un aumento como una disminución del valor. **3.** Los datos almacenados en una base de datos sobre valoración deberán tratarse de conformidad con las disposiciones sobre confidencialidad que son de aplicación; así, en el caso en concreto, son pertinentes y aplicables las disposiciones constantes en los arts. 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI); 63 de la Resolución No. 1684 "Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571-Valor en Aduana de las Mercancías Importadas" (anterior art. 62 de la Resolución 846) de la Comunidad Andina de Naciones, y, 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC); y, que han sido alegadas como infringidas por la autoridad tributaria aduanera en el presente recurso de casación. **4.** Del contenido de la normativa expuesta en el considerando 3.1 del presente fallo, no cabe duda que la información empleada para evaluar los riesgos potenciales con respecto a la veracidad o exactitud del valor en aduana declarado

por las mercancías importadas, es de carácter confidencial, por lo que los funcionarios de la administración aduanera autorizados para la obtención de la información, análisis y uso de la herramienta de perfiles de riesgo deberán guardar absoluta reserva y confidencialidad en razón del ejercicio de sus funciones. De esta forma, la información que reposa en la Base de Valor del SENAЕ es restringida, pues protege la confidencialidad de la información que la administración tributaria aduanera obtiene de los contribuyentes, responsables o terceros para el cumplimiento de sus fines, garantizando los distintos niveles de control e indicadores de riesgo. **5.** Por lo expuesto, las conclusiones del Tribunal a quo (...) transgrede la normativa interna y externa aplicable a la calidad de "información protegida" de los datos que reposan en la Base de Valor del SENAЕ, ya que es indudable que en el proceso de control posterior, como parte de la facultad determinadora de la administración tributaria aduanera, se determinó un perfil de riesgo para el importador GREGORIO BENJAMÍN BAZURTO ALVARADO, que ha dado origen a la verificación y la posterior rectificación de tributos en las importaciones de mercancías realizadas por el citado importador. **6.** Las normas de derecho que tienen relación con la valoración de las mercancías en aduana, resguardan el carácter confidencial o protegido de la información contenida en las Bases de Valor del SENAЕ, la cual para el caso en particular, ha sido utilizada, en primer lugar, para establecer el perfil de riesgo, y en segundo lugar, para realizar la valoración y rectificación de tributos de las mercancías importadas por el señor Gregorio Benjamín Bazurto Alvarado; y, dado que esta información por su particular característica de ser confidencial, solo podía ser revelada por pedido expreso de quien la suministró o por orden judicial, en aplicación del principio dispositivo, quedaba a criterio de la accionante, dentro de la instancia administrativa o jurisdiccional, el solicitarla con el objeto de que una autoridad judicial ordene su exhibición. Ahora bien, teniendo en cuenta que en el caso quinto del art. 268 del COGEP, al igual que lo que ocurría respecto de la causal primera de la Ley de Casación, al invocarse vicios in iudicando se parte de

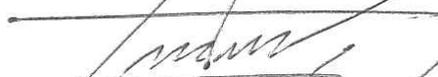
los hechos probados en la sentencia, de la revisión de ésta no consta como hecho probado que exista tal orden de autoridad judicial que haya sido inobservada por parte de la autoridad aduanera; motivo por el cual, este Tribunal de Casación considera que el vicio alegado por el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, de falta de aplicación de los arts. 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; 63 de la Resolución No. 1684 "Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571-Valor en Aduana de las Mercancías Importadas" (anterior art. 62 de la Resolución 846) de la Comunidad Andina de Naciones; y, 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC)), en la especie, sí se configura, y por ende también el caso quinto invocado por el SENA (..)."

- **(IV y V)** Decisión y Resolución, en la cual consta la decisión en derecho de esta Sala de casación.

3.5.- Queda claro, entonces, que la sentencia de mayoría dictada el 2 de junio de 2017, las 09h42, por este Tribunal Especializado de lo Contencioso Tributario, ha sido clara, inteligible, y no presenta obscuridad en su texto, ya que no se han utilizado frases indeterminadas en el razonamiento y resolución; por consiguiente, existe claridad en lo resuelto y dispuesto; así también, ha tomado en consideración todos los argumentos esgrimidos en la fundamentación por el casacionista; y, se ha motivado con claridad meridiana la decisión, lo cual ha permitido arribar a la toma de la resolución de casar la sentencia dictada el 24 de febrero de 2017, las 10h02, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en Guayaquil, al amparo del caso quinto del artículo 268 del COGEP, por falta de aplicación del artículo 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; artículo 63 de la Resolución No. 1684, Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571, Valor en Aduana de las Mercancías Impostadas (anterior artículo 62 de la Resolución 846) de la Comunidad Andina de Naciones; artículo 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo

General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC).

CUARTO.- Por todo lo expuesto, se niega los pedidos de aclaración y ampliación solicitados por el señor Gregorio Benjamín Bazurto Alvarado, por sus propios derechos; en consecuencia, y acorde con lo dispuesto en el fallo, indebidamente recurrido, devuélvase inmediatamente al proceso al tribunal de origen para la ejecución de la sentencia. Actúe la doctora Carmen Dávila Yépez, como Secretaria Relatora de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, por encargo, de conformidad con el Oficio No. 019-PSCT-CNJ-17, 19 de junio de 2017, emitido por la Presidencia de esta Sala. Tanto el doctor José Luis Terán Suárez como la doctora Maritza Tatiana Pérez Valencia, suscriben este auto por obligación legal. **Notifíquese y Cúmplase.**



Dr. José Luis Terán Suárez

JUEZ NACIONAL



Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

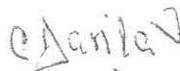
JUEZA NACIONAL



Dra. Ana María Crespo Santos

JUEZA NACIONAL

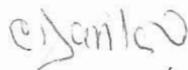
Certifico.-



Dra. Carmen Dávila Yépez

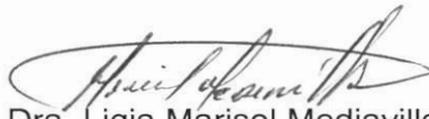
Secretaria Relatora (e)

En Quito, viernes treinta de junio del dos mil diecisiete, a partir de las diecisiete horas y un minuto, mediante boletas judiciales notifiqué el AUTO que antecede a: BAZURTO ALVARADO GREGORIO BENJAMIN en el correo electrónico katiuscamososo@yahoo.com, asistenterafech@outlook.com del Dr./Ab. KATIUSCA AMELIA MOSCOSO TORRES. DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR en la casilla No. 1346 y correo electrónico 3198.direccion.general@aduana.gob.ec, parguel@aduana.gob.ec, citurralde@ymail.com, carlosytu18@gmail.com del Dr./Ab. ARGÜELLO PAREDES PAOLA ALEJANDRA.
.Certifico:



CARMEN ELENA DÁVILA YÉPEZ
SECRETARIA RELATORA (E) (E)

RAZÓN: Siento como tal que las treinta y tres (33) fotocopias que anteceden debidamente foliadas, selladas y rubricadas, son iguales a los originales que constan dentro del Recurso de Casación No. 09501-2016-00445, (Juicio No. 09501-2016-00445), seguido por la compañía GREGORIO BENJAMÍN BAZURTO ALVARADO, en contra del DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR, al que me remitiré en caso de ser necesario; las mismas que las confiero certificadas, con autorización del doctor Darío Velástegui Enríquez, Presidente de esta Sala Especializada, (oficio No. 1750-2019-SCT-CNJ de fecha 11-XI-2019), con el objeto de remitir al Registro Oficial. Quito, 14 de noviembre del 2019. Certifico.-



Dra. Ligia Marisol Mediavilla

SECRETARIA RELATORIA ENCARGADA

ACCIÓN DE PERSONAL		REPÚBLICA DEL ECUADOR FUNCIÓN JUDICIAL CORTE NACIONAL DE JUSTICIA		Nro. 766-UATH-2019-OQ Fecha 17/jul/2019	
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA				2	Nro Fecha
MEDIAVILLA		LIGIA MARISOL		4 Rige A Partir De 15/jul/2019 Rige Hasta 31/dic/2019	
Apellidos		Nombre			
Cédula de Ident. 100181712-9		6 Cédula Militar secretaria		7 Certificado de Votación 005-0235	
8	Tipo Acción de Personal Encargo				
9	Explicación				

La Dra. Martha Villarroel Villegas, Jefa de la Unidad Administrativa y Talento Humano de la Corte Nacional de Justicia, en uso de las atribuciones establecidas en el artículo 3 literal b) de la Resolución No. CJ-DG-2018-109 de 14 de noviembre de 2018 de la Dirección General del Consejo de la Judicatura, en atención a lo dispuesto por la Dra. Paulina Aguirre Suarez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia con oficio No. 1362-P-CNJ-2018 de 10 de diciembre de 2018, respecto de los cargos y subrogaciones de funcionarios de la Corte Nacional de Justicia, RESUELVE: Convalidar y autorizar el encargo de la Secretaría de la Sala de lo Contencioso Tributario a la Dra. Ligia Marisol Mediavilla, Ayudante Judicial de la referida Sala, a partir del 15 de julio al 31 de diciembre de 2019, por cuanto el Dr. Héctor Mauricio Pazmiño Estévez, ha presentado renuncia al cargo de Secretario Relator.

f.: Oficios No. 461-CNJ-UATH-2019 de 12 de julio de 2019 y certificación presupuestaria No. CJ-DNF-2019-1369-M de 15 julio de 2019.

10	Situación Actual	11	Situación Propuesta
dependencia	CORTE NACIONAL DE JUSTICIA	Dependencia	CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
departamento	SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO	Departamento	SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO
puesto	AYUDANTE JUDICIAL 2	Puesto	SECRETARIA RELATORA DE CORTE NACIONAL
remuneración Unif.	1700	Remuneración Unif.	2641
Lugar de Trabajo	QUITO	Lugar de Trabajo	QUITO
Partida	2019-010-9999-0000-20-00-000-001-C31-51-05-10-1701-001-000-0000-19417	Partida	2017-010-9999-0000-20-00-000-001-C31-51-05-10-1701-001-000-0000-1704

2 La persona reemplaza a
Quien cesó en el Cargo con fecha Causal

3
 Documento Nro 766-OQ
 Fecha 15/jul/2019
 18.07.2019
 14.45h



Dra. Martha Beatriz Villarroel Villegas
 JEFE DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA Y TALENTO HUMANO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Acción objetiva de anulación No. 2016-0063

Resolución N° 405-2017

VOTO DE MAYORÍA DEL DR. JOSÉ LUIS TERÁN SUÁREZ Y DE LA DRA.

ANA MARÍA CRESPO SANTOS

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

JUEZ PONENTE: DR. JOSÉ LUIS TERÁN SUÁREZ

Quito, lunes 5 de junio del 2017, las 16h36.-

ASUNTO

Resolución de la acción objetiva de anulación con efectos generales deducida por el Ing. Roberto Aspiazu Estrada, en calidad de Director Ejecutivo de la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones, (ASETEL), en contra de la Ordenanza Municipal publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 427 del jueves 29 de enero de 2015, expedida por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Esmeraldas, provincia de Esmeraldas, ORDENANZA SUSTITUTIVA QUE REGULA LA UTILIZACIÓN Y 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.

1. ANTECEDENTES

1.1 De la demanda de impugnación objetiva de anulación con efectos generales.- El Ing. Roberto Aspiazu Estrada, en calidad de Director Ejecutivo de la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones (en adelante ASETEL), deduce demanda en acción objetiva de anulación en contra de los señores Alcalde y Procurador Síndico, como representantes legales del Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Esmeraldas, provincia de Esmeraldas, órgano legislativo de la Ordenanza Municipal publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 427 del jueves 29 de enero de 2015. Al respecto expone:

1.1.1 Fundamentos de hecho y de derecho: 1.- Que ASETEL es una persona jurídica de derecho privado, con patrimonio propio, sin fines de lucro, que se rige por sus estatutos, aprobada mediante Acuerdo No. 990084 de 3 de marzo de 1999 del ahora Ministerio de Comercio Exterior. El objeto de esta Asociación es promover el desarrollo armónico del Sector de las Telecomunicaciones; la cooperación entre los miembros de la Asociación; así como la protección y defensa de los legítimos derechos e intereses de los asociados. En tal virtud, sostiene que de parte de ASETEL existe un interés directo para proponer la demanda, debido a que considera que con la emisión de las ordenanzas impugnadas, se están violentando derechos objetivos de los socios de ASETEL que perjudican gravemente sus intereses. **2.-** Que la demanda objetiva de anulación la plantea en contra de la ORDENANZA SUSTITUTIVA QUE REGULA LA UTILIZACIÓN Y 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, expedida por el Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Esmeraldas, provincia de Esmeraldas, órgano legislativo de dicha Ordenanza Municipal, publicada en el Registro Oficial No. 427 del

jueves 29 de enero de 2015. **3.-** El accionante, luego de referirse al artículo 1 de la ordenanza impugnada; inciso segundo del artículo 567 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD); artículos 425 y 261 numeral 10 de la Constitución de la República; pronunciamientos efectuados por la Corte Constitucional respecto de las competencias que tiene el Estado Central sobre el espectro radioeléctrico, el régimen de comunicaciones y telecomunicaciones (sentencias Nos. 007-15-SIN-CC y 008-SIN-CC, expedidas dentro de los procesos Nos. 0009-13-IN y 0008-13-IN); artículo 104 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones vigente desde el 18 de febrero de 2015; y, artículo 18 de la ordenanza, manifiesta que si analizamos los textos de la Ordenanza impugnada, se colige que el GAD municipal de Esmeraldas, al establecer tasas por la implantación de estructuras metálicas, antenas y cables necesarios para la prestación de servicios de comunicaciones y telecomunicaciones (retransmisión de contenidos), habría legislado en temas que están fuera del ámbito de su competencia, violando de esta manera lo dispuesto en el artículo 226 de la Constitución de la República.

4.- Que la ordenanza impugnada utiliza como soporte legal al segundo inciso del artículo 567 del COOTAD y que según lo manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia No. 007-15-SIN-CC dentro del caso 0009-13-IN respecto de la competencia de los gobiernos autónomos para el establecimiento de tasas por el uso del espacio aéreo y por el soterramiento de cables, los artículos de las ordenanzas, transcritos son susceptibles de anulación total por carecer no solamente de sustentación legal sino también de fundamento constitucional.

5.- Se refiere a lo señalado en la sentencia ejecutoriada dictada por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia en el juicio No. 128-2013, de 20 de agosto de 2015, seguido por ASETEL en contra de la Municipalidad del cantón Chimbo, provincia de Bolívar.

6.- Sostiene que se encuentra en plena vigencia la normativa de telecomunicaciones; así, artículos 7, 10 y 11 del Reglamento para

la Prestación del Servicio Móvil Avanzado (SMA); artículos 5 y 30 del Reglamento de audio y video; que dichas disposiciones han sido cumplidas fielmente en los contratos de concesión suscritos por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones a través de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones con las empresas CONECEL y OTECEL S.A., en el caso del servicio SMA y DIRECTV ECUADOR C. LTDA., el caso del servicio de audio y video por suscripción; que la ordenanza materia de la demanda, a pretexto de regular y tasar el “uso y ocupación del espacio aéreo”, está regulando y gravando el uso de frecuencias previamente concesionadas a los sujetos pasivos de estos tributos por las autoridades competentes en materia de telecomunicaciones; que el ámbito de aplicación de la ordenanza impugnada sobrepasa los límites establecidos dentro de las competencias exclusivas que la Constitución de la República, en su artículo 264 asigna a los gobiernos municipales; y que de esta manera, invade aquellas otorgadas privativamente al Estado Central en el artículo 261.10 sobre el espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones, aspecto que vuelve a este cuerpo normativo de carácter general como inconstitucional. **7.-** Cita los artículos 313 y 314 de la Constitución de la República; **8.-** Luego de transcribir los artículos 2 y 21 de la ordenanza impugnada, respecto de definiciones y de las infracciones y sanciones, manifiesta que cabe resaltar el hecho de que dejar la continuidad de la prestación de los servicios de telecomunicaciones y retransmisión, sometido a la precariedad de un permiso municipal, significa a fin de cuentas, desde un punto de vista material, que quedan en las manos de un GAD la posibilidad virtual de “autorizar” o “desautorizar” la prestación de este servicio, competencia que no tiene ni le corresponde, la cual se encuentra constitucionalmente conferida al Estado Central; que enlazar, adicionalmente, esta ilegítima “autorización” al pago de una tasa exorbitante, resulta inaceptable y reñido con el régimen de competencias exclusivas establecidas en la Ley y en nuestra Constitución Política. **9.-** Respecto de la valoración del

tributo que ha sido reproducida en los artículos de la ordenanza impugnada, el demandante dice que queda claro que el cobro, es ilegal e inconstitucional; que es un hecho aceptado que las tasas por regla general se establecen como contraprestación de algún tipo de servicio que presta la administración tributaria que las percibe; que el texto del artículo 566 del COOTAD conlleva a preguntarnos ¿cuál es el “servicio” que, en este caso estaría supuestamente prestando el GAD del cantón Esmeraldas al contribuyente?; al respecto dice que les parece claro que el “servicio” no consiste en el uso de suelo, que no es un servicio; como tampoco lo es la propiedad inmobiliaria, que es materia de gravamen por la vía del impuesto predial; que al parecer, el supuesto “permiso” respecto del cual el GAD demandado se auto atribuye la potestad de conceder, no para “construir” las estructuras sino para permitir su funcionamiento periódicamente, vendría a ser el “servicio” supuestamente gravado con la tasa; respecto de este punto reproduce la parte pertinente de la sentencia No. 038-15-SIN-CC, dentro del caso 0009-15-IN, dictada por la Corte Constitucional en contra de la Ordenanza Municipal expedida por el cantón Sucre, publicada en el Registro Oficial No. 325 de 03 de septiembre de 2014; que en el supuesto de que existiese un servicio prestado por el GAD, éste se limitaría a la entrega de la autorización para la instalación de la infraestructura, servicio por el cual el Municipio no incurre en gastos equivalentes al 5% del costo total de implantación; en esta parte se refiere al Acuerdo Ministerial del MINTEL No. 041 de 15 de septiembre de 2015. **10.-** El accionante analiza si la tasa establecida en el artículo 18 de la ordenanza impugnada guarda relación y, sobre todo, si cumplen fielmente con los principios de justicia tributaria constantes en el artículo 300 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 5 del Código Tributario; a continuación se refiere al concepto de tasa de acuerdo con el artículo 16 del Modelo de Código Tributario para América Latina; que nuestro ordenamiento jurídico estable que los GADs gozan de la facultad para crear tasas ante dos supuestos claramente

identificables, el primero en relación a la prestación de un servicio público en el marco de sus competencias, y que el segundo tiene que ver con la utilización o el aprovechamiento especial del dominio público; que en este caso, es evidente que el Gobierno Municipal no presta ningún servicio, sino que autoriza a que los particulares hagan uso privativo y con fines comerciales de un espacio público de uso común; que este segundo caso de hecho generador para el cobro de una tasa es el que el COOTAD reconoce en su artículo 567; que respecto del establecimiento de tasas que se refieren a espectro radioeléctrico y telecomunicaciones que constan en el art. 18 de la Ordenanza impugnada, es necesario incluir dentro del presente análisis el informe técnico proporcionado por la Escuela Superior Politécnica del Litoral, bajo el título de “Análisis de impuestos y tasas municipales por derecho de vía para infraestructura de internet para ser considerada dentro de la nueva Ley Orgánica de Telecomunicaciones del Ecuador”; que partiendo de esta realidad, es evidente que la tasa por ocupación de espacio público, prevista en las Ordenanza impugnada atenta contra el principio de no confiscatoriedad, el principio de proporcionalidad, el de capacidad contributiva y el de reserva legal. **11.-** Que de acuerdo con lo establecido en los literales a) y c) del artículo 328 del COOTAD, se encuentra expresamente prohibido a los órganos legislativos de los GADs interferir en la gestión de funciones y competencias que no les corresponden por disposición legal o constitucional. **12.-** Que el numeral 2 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, da competencia a esta Sala para conocer acciones de impugnación que se propongan en contra de ordenanzas municipales.

1.1.2 Pretensión procesal.- En base a los fundamentos de hecho y de derecho expresados en el libelo de demanda, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 185 numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial, ASETEL demanda en acción objetiva de anulación a los señores

Alcalde y Procurador Síndico como Presidente, el primero, y representantes legales del Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Esmeraldas, provincia de Esmeraldas, órgano legislativo de la Ordenanza Municipal publicada en el Registro Oficial No. 427 del jueves 29 de enero de 2015, a fin de que en sentencia se declare la anulabilidad total de la mentada Ordenanza Sustitutiva que regula LA UTILIZACIÓN Y 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, expedida por el Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Esmeraldas, provincia de Esmeraldas, órgano legislativo de la mentada ordenanza, con todas las consecuencias jurídicas que implica una declaratoria de anulación; así como la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza impugnada, especialmente aquellos que tienen que ver con la ejecución de dicha ilegal ordenanza.

1.2 De la calificación y admisión a trámite de la demanda propuesta por ASETEL.- Mediante auto de 2 de febrero de 2016, las 10h45, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, califica y admite a trámite la demanda propuesta por ASETEL, disponiendo que los accionados contesten la demanda dentro del término legal.

1.3 De la citación a los accionados con la demanda propuesta por ASETEL.- De autos (fojas 38 y 79-91) consta que el señor Procurador General del Estado, así como los accionados han sido citados legalmente.

1.4 De la contestación a la demanda de impugnación objetiva de anulación con efectos generales.- Los accionados han dado contestación a la demanda de manera extemporánea.

1.5 De la calificación a la contestación de la demanda propuesta por ASETEL y apertura de prueba.- Mediante auto de 19 de octubre de 2016, las 14h06, (fs. 92) se establece que la contestación a la demanda ha sido presentada extemporáneamente y que en lo principal de conformidad con lo establecido en el artículo 257 del Código Tributario, se abre la causa a prueba por el término de diez días

1.5.1 De la prueba solicitada por ASETEL.- I. Que se reproduzca todo cuanto de autos le fuere favorable, en especial el libelo de su demanda; II. Que se oficie a la Escuela Politécnica del Litoral (ESPOL), a fin de que remita copias certificadas de: 1.- Análisis de impuestos y tasas municipales por derecho de vía para infraestructura de internet para ser considerada dentro de la nueva Ley Orgánica de Telecomunicaciones del Ecuador; y, 2.- Consultoría análisis regulatorio, técnico, económico respecto a las tasas impuestas por los GADs, por la instalación y uso de diferentes elementos de redes de telecomunicaciones, en sus cantones; III. Que se oficie a la Corte Constitucional para remita copias certificadas de las siguientes sentencias de inconstitucionalidad: Nos. 007-15-SIC-CC, caso No. 0009-13-IN; y, 008-15-SIN-CC, caso No. 0008-13-IN; IV. Que se oficie a la Procuraduría General del Estado para que remita copias certificadas del Oficio No. 00969 de 27 de abril de 2015, suscrito por el Procurador General del Estado y dirigido al Alcalde del GAD del cantón Salcedo, que absuelve dos consultas; V. Que se oficie a la Municipalidad del cantón Esmeraldas, para que remita copias certificadas del expediente administrativo de aprobación de las ordenanzas impugnadas y de todos los títulos de crédito que se hayan emitido con motivo de la expedición de dicha ordenanza. VI. Que se oficie al Ministro de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, para que remita copias certificadas del Acuerdo Ministerial No. 037-2013; y, Acuerdo Ministerial No. 041-2015; VII. Que se incorpore a este proceso: 1.- Copias certificadas de las sentencias

ejecutoriadas expedidas por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia dentro de los procesos 17751-2013-128 y 17751-2013-129, del 20 de agosto de 2015 y 19 de octubre de 2015; y, 2.- Compulsa de los Estatutos a Asociación de Empresas de Telecomunicaciones (ASETEL); **VIII.** Que se tenga en cuenta que la presente acción tiene como objetivo la anulación de un acto administrativo de carácter general, impersonal y objetivo, violatorio de una norma jurídica; **IX.** Que se tenga en cuenta la rebeldía en la que han incurrido las autoridades demandas por no haber contestado la demanda; **X.** Impugna la prueba que presente la administración tributaria demandada por improcedente, mal actuada y ajena a la litis.

1.5.2 De la prueba solicitada por el GAD del cantón Esmeraldas.- I. Que se oficie a la Corte Constitucional, a fin de que confieran copias certificadas de las sentencias constitucionales 007-15SIN-CC y 008-15-SIN-CC, 004-16-SIN-CC.

1.5.2.1 Todas las diligencias probatorias solicitadas por ASETEL, y por los accionados, dentro del término de prueba concedido para tal efecto, fueron dispuestas sean practicadas mediante providencia de 8 de noviembre de 2016, las 16h15.

2. INTEGRACIÓN DE LA SALA

2.1 Mediante sorteo de 29 de enero de 2016, las 15h29, le ha correspondido conocer la presente acción de impugnación objetiva de anulación con efectos generales a esta Sala Especializa de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, integrada por el doctor José Luis Terán Suárez; y, por las doctoras Maritza Tatiana Pérez Valencia y Ana María Crespo Santos, en calidad de Juez y Juezas Nacionales.

3. JURISDICCION Y COMPETENCIA

3.1 Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver la presente acción objetiva de anulación con efectos generales, en virtud de las Resoluciones Nos. 004-2012 de 25 de enero del 2012 y 341-2014 de 17 de diciembre de 2014, 060-2015 de 1 de abril de 2015, emitidas por el Pleno del Consejo de la Judicatura; Resoluciones Nos. 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; y, en atención a lo previsto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República Ecuador y, 185 apartado segundo, numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial.

4. VALIDEZ PROCESAL

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

5. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

5.1 ASETEL deduce acción objetiva de anulación con efectos generales, con la que impugna la Ordenanza Municipal publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 427 del jueves 29 de enero de 2015, expedida por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Esmeraldas, provincia de Esmeraldas, Ordenanza Sustitutiva que regula la utilización y ocupación del espacio público o la vía pública y el espacio aéreo municipal, suelo y subsuelo, por la colocación de estructuras, postes, tendido de redes pertenecientes a personas naturales o jurídicas privadas, del referido cantón. La accionante pretende que esta Sala Especializada, en sentencia, declare la anulabilidad total de la mentada ordenanza, con todas las consecuencias

jurídicas que implica una declaratoria de anulación; así como la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de las ordenanzas impugnadas. Por la otra parte, el GAD del cantón Esmeraldas, al contestar extemporáneamente la demanda, se tendrá como negativa pura y simple de los fundamentos de la acción propuesta de conformidad con el art. 246 del Código Tributario. Es en estos términos es como se fija el objeto de la acción, y en consecuencia, esto es lo que es materia de análisis y decisión de esta Sala Especializada, en virtud del principio dispositivo consagrado en el art. 168 número 6 de la Constitución de la República del Ecuador y regulado por el art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

6. CONSIDERACIONES Y RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

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

6.2 De la acción objetiva de anulación con efectos generales.- La acción objetiva de anulación con efectos generales prevista en el art. 185, apartado segundo, número 2 del Código Orgánico de la Función Judicial, puede proponerse en contra de reglamentos, ordenanzas, resoluciones, y otras normas de carácter general de rango inferior a la ley, de carácter tributario, tiene como fin lograr la anulación total o parcial del acto normativo. No se trata en este caso de la lesión de un derecho subjetivo, sino que lo que se persigue es su anulación con efectos generales, es decir, la decisión que tome el tribunal es de carácter general. Esta acción que es objetiva y persigue el imperio de la juridicidad, según lo prevista en el artículo citado del COFJ, *“...podrán proponerse por quien tenga interés directo, o por entidades públicas y privadas”*. Para Enrique Tarigo Vásquez en su obra *“Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación”*, Editorial FCU, 1ra. Edición, Montevideo, 1999, págs. 29/30, por interés directo debe entenderse *“...el inmediatamente vulnerado por el acto, significando tanto como interés ‘inmediato’, no eventual o futuro”*; es decir, la existencia de un interés directo significa o implica que el particular (o quien accione, más genéricamente) se encuentra en una situación jurídica definida y actual con relación a la Administración. En suma se trata del interés inmediatamente vulnerado por el acto respectivo. El mismo autor añade que, están legitimados para proponer esta acción *“quienes afirmen ser titulares de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo que, al mismo tiempo, afirman ha sido violado o lesionado por el acto administrativo”*. Según Roberto Dromi, *“...se requiere algo más que un interés simple para interponerla; el accionante debe titularizar un interés legítimo motivado en: 1) violación de una norma que estatuye la competencia de los órganos públicos; 2) violación de una norma que impone el 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”*. (Roberto Dromi, *“Derecho Administrativo”*, 13° Edición, Tomo 2,

Buenos Aires – Madrid – México, Ciudad Argentina – Hispana Libros, 2015, p. 540). Así, al recurrir a la jurisdicción competente para la anulación de un acto normativo que se hubiera llevado a cabo en forma ilegal, su anulación será imperativa en los casos en que el acto estuviera viciado por irregularidades manifiestas, de ahí que el interés debe ser directo, siendo éste el actual o inmediato y no el eventual o futuro. En el caso *sub júdice*, ASETEL tiene interés directo en la presente causa por ser una entidad de derecho privado, con personería jurídica y patrimonio propio, sin fines de lucro, que según sus estatutos protocolizados en la Notaría Trigésima Primera del Distrito Metropolitano de Quito el 19 de julio de 2006 (fs. 372 a 379 de los autos), tiene por objeto “...promover el desarrollo armónico del Sector de las telecomunicaciones; la cooperación entre los miembros de la Asociación; así como la protección y defensa de los legítimos derechos e intereses de los asociados”. Por lo expuesto, en la especie, se han satisfecho debidamente los presupuestos esenciales habilitantes para el accionamiento de anulación, con efectos generales, de los actos normativos impugnados (Ordenanzas Municipales).

6.3 De la finalidad de la acción objetiva de anulación con efectos generales.- La finalidad de la acción objetiva de anulación con efecto general es la tutela del orden jurídico, a fin de que aquel quede sin efecto por contrariar las normas superiores del derecho. Según Roberto Dromi, la acción de nulidad “Es un medio de defensa del derecho violado y sólo 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 al derecho objetivo; en caso negativo rechazará la demanda y en caso afirmativo se limitará a declarar que el acto impugnado

es nulo". (Roberto Dromi, ob. cit., p. 540). Es decir, esta acción tiene por fin hacer declarar la nulidad del acto y, con ello, conseguir la observancia de las normas jurídicas; el juez juzga sólo la legitimidad del acto en su confrontación externa con las normas positivas. La acción objetiva de anulación con efectos generales está consagrada en el art. 185, apartado segundo, número 2 del Código Orgánico de la Función Judicial, que dice: *"Por su parte, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario conocerá: 2. Las acciones de impugnación que se propongan en contra de reglamentos, ordenanzas, resoluciones, y otras normas de carácter general de rango inferior a la ley, de carácter tributario, cuando se alegue que tales disposiciones riñen con preceptos legales y se persiga, con efectos generales, su anulación total o parcial. Dichas acciones de impugnación podrán proponerse por quien tenga interés directo, o por entidades públicas o privadas. La resolución se publicará en el Registro Oficial"*.

7. CONSIDERACIONES, ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

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

7.1.1 La acción objetiva de anulación que propone ASETEL está dirigida en contra del siguiente acto normativo: Ordenanza Municipal publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 427 del jueves 29 de enero de 2015, expedida por el Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Esmeraldas, provincia de Esmeraldas, Ordenanza Sustitutiva que regula la utilización y 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.

7.1.2 La pretensión concreta de ASETEL es que en sentencia se declare la anulabilidad total de la Ordenanza Municipal publicada en el Registro Oficial No. 427 del jueves 29 de enero de 2015, con todas las consecuencias jurídicas que implica una declaratoria de anulación; así como la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de las mismas.

7.2 De las actuaciones procesales.- Dentro de esta causa constan las siguientes actuaciones procesales: **1.** Ejemplar auténtico del Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 427 de 29 de enero de 2015, donde se observa la Ordenanza Municipal objeto de la presente acción (fs. 1-20 vuelta); **2.** Registro de la Directiva de ASETEL donde aparece como su Director Ejecutivo el Ing. Roberto Aspiazu (fs. 21); **3.** Documentación que acredita las calidades de Alcalde y Procurador Síndico del cantón Esmeraldas (fs. 41-44); **4.** Copia certificada de la Ordenanza 022-GADMCE-A-2015 del GAD Municipal del cantón Esmeraldas (fs.54-71); **5.** Copias certificadas de las sentencias Nos. 008-15-SIN-CC y 007-15-SIN-CC dictadas por la Corte Constitucional del Ecuador (fs. 108-181); **6.** Copias certificadas de los Acuerdos Ministeriales Nos. 037-2013 y 041-2015, expedidos por el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (fs. 183-190) **7.** Copia certificada del Oficio No. 00969 de la Procuraduría General del Estado, que contiene la absolución a las consultas formuladas por el GAD del cantón Salcedo relacionadas con el uso de frecuencias del espectro radioeléctrico dentro de la jurisdicción cantonal (fs. 192-207); **8.** CD remitido por la Escuela Superior Politécnica del Litoral que contiene: La consultoría para el “Análisis regulatorio, técnico, económico respecto a las tasas impuestas por los GADs, por la instalación y uso de diferentes elementos de redes de telecomunicaciones en sus cantones”; y, el Proyecto “Estudio de las Herramientas TIC para fomentar el Comercio

Electrónico en el Ecuador” (fs. 214-223); **9.** Memorando No.029-GADMCE-S-2017 DEL PROCURADOR Síndico Municipal del cantón Esmeraldas (fs. 224) **10.** Documentación sobre el tratamiento en primera y segunda instancia de la ordenanza sustitutiva que regula la utilización y 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 (fs. 225-240) **11.** Memorando No. GADMCE-0060-t-02-2017, que contiene los documentos entregados por la Tesorera Municipal (fs. 240-242). **12.** Memorando No. 047-GADMCE-JR-02-17 que contiene los anexos entregados por la Jefa de Rentas del Gobierno Municipal de Esmeraldas. (fs. 243-245); **13.** Copias certificadas de los Estatutos de ASETEL (fs. 250-257); **14.** Copias certificadas de las sentencias dictadas por esta Sala dentro de la acción objetiva de anulación acumulada No. 129-2013 y Nos. 128-2013 y 93-2014 (fs. 258-306).

7.3 Del control de legalidad del acto normativo impugnado.- Este Tribunal considera que, una vez que se ha probado el interés directo de ASETEL, de acuerdo a la naturaleza de presente acción, según las pretensiones de los accionantes y en virtud de negativa pura y simple a la demanda del GAD del cantón Esmeraldas y del contexto de las pruebas incorporadas al proceso, el análisis que debe efectuar esta Sala es el relacionado con el control de legalidad del acto normativo impugnado (Ordenanza Municipal). En ese sentido, el inciso segundo del art. 273 del Código Tributario, dispone: *“La sentencia será motivada y decidirá con claridad los puntos sobre los que se trabó la litis y aquellos que, en relación directa a los mismos, comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o actos impugnados, aun supliendo las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o apartándose del criterio que aquellos atribuyan a los hechos”*.

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

7.4.1 Conviene reiterar que *“Las acciones de impugnación que se propongan en contra de reglamentos, ordenanzas, resoluciones, y otras normas de carácter general de rango inferior a la ley, de carácter tributario (en este caso de la Ordenanza Municipal expedida por el GAD del cantón Esmeraldas, provincia de Esmeraldas, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 427 del jueves 29 de enero de 2015 proceden “...cuando se alegue que tales disposiciones riñen con preceptos legales y se persiga, con efectos generales, su anulación total o parcial. Dichas acciones de impugnación podrán proponerse por quien tenga interés directo, o por entidades públicas y privadas. La resolución se publicará en el Registro Oficial;...”*. En la especie, el accionante sostiene que la ordenanza impugnada violenta derechos objetivos de los socios de ASETEL que perjudican gravemente sus intereses; añade que el Concejo del GAD del cantón Esmeraldas sobrepasó sus atribuciones y competencias exclusivas que le otorga la Constitución de la República y que de esta manera invade aquellas otorgadas privativamente al Estado Central en el artículo 261.10 sobre el espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones, aspecto que vuelve a estos cuerpos normativos de carácter general como inconstitucionales; que es discutible que exista el hecho generador declarado para causar el tributo, pues el uso y ocupación del espacio aéreo no debe ser considerado como sinónimo del desplazamiento atmosférico de las ondas y otras energías difusas; y, respecto de la valoración del tributo, que ha sido reproducida en los artículos de la ordenanza impugnada, sostiene que el cobro es ilegal e inconstitucional. Como puede advertirse, los fundamentos de la demanda se refieren a asuntos que

ASETEL los considera inconstitucionales y a asuntos que ASETEL los considera ilegales. En ese sentido, corresponde a esta Sala Especializada pronunciarse exclusivamente sobre los puntos de la litis que implican un control de legalidad del acto normativo impugnado (Ordenanza Municipal) y no sobre aquellos que implican un control de constitucionalidad por ser de competencia privativa de la Corte Constitucional. Por lo tanto, esta Sala Especializada procederá a analizar exclusivamente los argumentos propuestos por ASETEL en relación a los artículos 1, 2, 18 y 21 de la Ordenanza Sustitutiva que regula la UTILIZACIÓN Y 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, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 427 del jueves 29 de enero de 2015.

7.4.2 Del contenido del acto normativo impugnado (Ordenanza Municipal), se verifican los siguientes textos:

REGISTRO OFICIAL No. 427 (jueves 29 de enero de 2015)

ORDENANZA SUSTITUTIVA QUE REGULA LA UTILIZACIÓN Y OCUPACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO O LA VÍA PÚBLICA Y EL ESPACIO ÁEREO MUNICIPAL, SUELO Y SUBSUELO, POR LA COLOCACIÓN DE ESTRUCTURAS, POSTES Y TENDIDO DE REDES PERTENECIENTES A PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS.

“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 espacio aéreo Municipal, suelo y subsuelo en el cantón ESMERALDAS, a fin de cumplir con las condiciones de zonificación y reducción del impacto ambiental, sujeto a las determinaciones de las leyes, ordenanzas y además normativas vigentes.”

“Art. 2.- DEFINICIONES.- Para la comprensión y aplicación de esta ordenanza se define los siguientes:

ANTENA: Elemento radiante especialmente diseñado para la recepción y/o transmisión de las ondas radioeléctricas

ÁREA DE INFRAESTRUCTURA: Aquellas a las que se encuentran circunscritas las instalaciones y equipos utilizados para establecer la comunicación entre los diferentes elementos de la red de servicio.

AUTORIZACIÓN O PERMISO AMBIENTAL: Documento emitido por el Ministerio de Ambiente o por la Unidad Administrativa Municipal competente, que determine el cumplimiento y conformidad de elementos de la normativa ambiental aplicable.

En caso de no obtener el Permiso Ambiental estará sujeto a una sanción del 5% del costo de la obra de cada estructura.

CONATEL: Consejo Nacional de Telecomunicación.

CUARTO DE EQUIPO (RECINTO CONTENEDOR): Habitáculo en cuyo interior se ubican elementos o equipo pertenecientes a una red de telecomunicaciones.

ESTACIÓN RADIOELÉCTRICA: Uno o más transmisores o receptores, o una combinación de transmisores y receptores, incluyendo las instalaciones accesorios necesarios para asegurar la prestación de un servicio.

ESTRUCTURAS FIJAS DE SOPORTE: Término genérico para referirse a TORRES, TORRETAS, MASTILES, MONOPOLOS, SOPORTE EN EDIFICACIONES, en las cuales se instalan antenas y equipos de telecomunicaciones para prestación del servicio de comunicaciones y otros de tipo comercial.

IMPLANTACIÓN: Ubicación, fijación, colocación o inserción de estructuras de soportes de las radios bases de antenas de servicios de comunicaciones sobre un terreno o edificaciones terminadas, y también a la infraestructura utilizada para proveer energía a las instalaciones.

MIMETIZACIÓN: Proceso mediante el cual una estructura es asimilada al entorno existente, tratando de disminuir la diferencia entre sus características físicas y las de contexto urbanos, rural, y arquitectónico en el que se emplaza.

PERMISO DE IMPLANTACIÓN: Documento emitido por el Gobierno Municipal, que autoriza la implantación de postes, tendidos de redes y estructura fija de soportes de antenas y su infraestructura relacionada con todo tipo de servicio del tipo comercial de las empresas privadas y públicas, el mismo que se solicitará al Municipio. El valor del permiso será un equivalente al 5% del costo total de cada estación.

SENATEL: Secretaría Nacional de Telecomunicaciones.

REDES DE SERVICIOS COMERCIALES: Conjunto de los elementos y partes existentes de todo tipo de red alámbrica instalados con la finalidad de suministrar servicios de comunicaciones, datos y otros, a cambio de una tarifa cobrada directamente a cada uno de sus usuarios.

SUPERTEL: Superintendencia de Telecomunicaciones.

TELECOMUNICACIONES: Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza por líneas físicas, medios radioelectrónicos, medio óptico u otros medios electromagnéticos. Los términos técnicos de telecomunicaciones provienen de la ley especial de Telecomunicaciones, del reglamento general a la ley y normativas secundarias emitidas por el CONATEL”.

“Art. 18.- COBRO DE UNA TASA.- Las personas naturales, jurídica, sociedades nacionales y extranjera todas ellas de carácter privado, deberán cancelar anualmente estas tasas Municipales, generadas por la implantación e instalación de postes, tendidos de redes y estructuras; además de la fijación de las tasas correspondientes por la utilización u ocupación del espacio aéreo municipal, en el Cantón ESMERALDAS; tasas que se cancelara por los siguientes conceptos:

1.- ESTRUCTURAS METÁLICAS: Por cada estructura metálica de uso comercial de propiedad privada instaladas en zonas urbanas o rurales dentro del cantón y otras, pagaran el 20% del SBU (salario básico unificado) diario; así como también las utilizadas para uso de comunicación a celulares o canales de televisión.

2.- ANTENAS PARA SERVICIOS CELULARES: Por cada una de las antenas instaladas en los alto de las estructuras, y que forman parte de las redes para telecomunicaciones celulares, pagará el 15% del SBU diario; por concepto de uso de Espacio Aéreo Municipal, no vinculado con la emisión o transmisión de señales o frecuencias u otros aspectos relacionados con el espectro radioeléctrico.

3.- ANTENAS PARA RADIO AYUDA Y RADIOAFICIONADO: Por cada antena para radio ayuda y radioaficionado, éstas pagarán diez centavos de dólar de los Estados Unidos de Norteamérica diarios por concepto de uso de Espacio Aéreo Municipal, no vinculado con la emisión o transmisión de señales o frecuencias u otros aspectos relacionados con el espectro radioeléctrico.

4.- ANTENA PARA RADIO EMISORAS COMERCIALES: Por cada antena para radio ayuda y radioaficionado, éstas pagarán diez centavos de dólar de los estados Unidos de Norteamérica diarios por concepto de uso de Espacio Aéreo Municipal, no vinculado con la emisión o transmisión de señales o frecuencias u otros aspectos relacionados con el espectro radioeléctrico.

5.- ANTENAS PARABÓLICAS PARA RECEPCIÓN DE LA SEÑAL COMERCIAL DE TELEVISIÓN SATELITAL: Pagaran el equivalente a cuarenta centavos de dólares de los Estados Unidos diarios, por cada antena parabólica instalada en el área geográfica del Cantón, inventario establecido por la municipalidad.

6.- CABLES: Los tendidos de redes que pertenezcan a las empresas privadas estarán sujetos a una tasa diaria y pertinente de tres centavo de dólar de los Estados Unidos de Norteamérica por cada metro lineal de cable tendido, por ocupación de ocupación del suelo o subsuelo y espacio aéreo Municipal, no vinculado con la emisión o transmisión de señales o frecuencias u otros aspectos relacionados con el espectro radioeléctrico.

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

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

Cualquier implantación irregular que sea detectada por inspección o a través de denuncia, será objeto de investigación y sanción según el caso.

Después del debido proceso, se impondrá una multa, equivalente a 20 salarios básicos unificados del trabajador en general del sector privado, al prestador o del Servicio Comercial que impida u obstruya la inspección a cualquier estación radioeléctrica fija que daba realizar un funcionario municipal habilitado.

La inspección será notificada al prestador del servicio en su domicilio, con dos días laborales de anticipación.

Si la instalación cuenta con el permiso de implantación correspondiente, pero incumple algunas de las disposiciones de la presente ordenanza o las correspondientes del régimen de uso del suelo, vía pública y espacio aéreo, la autoridad municipal impondrá al prestador del Servicio Comercial una multa equivalente a 50 salarios básicos unificados y procederá a notificar al titular en su domicilio, ordenando que se realicen los correctivos necesarios en el término de 30 días, en caso de incumplimiento se revocará al permiso de implantación y se procederá el desmontaje del elemento o equipo a costo del titular.

Si se produce algún accidente o siniestro no previsto que afecte a terceros que sea imputable al prestador del Servicio Comercial, se hará efectiva la póliza, además el prestador del Servicio Comercial deberá cubrir el costo de los desperfectos o daños que se ocasionen y que no fueren cubiertos por la póliza y pagará una multa equivalente a veinte salarios básicos unificados del trabajador en general del sector privado.”

7.4.3 De las disposiciones transcritas se evidencia que la ordenanza impugnada dispone la creación de una “tasa”. Para José Vicente Troya Jaramillo, *“la tasa es un tributo cuyo presupuesto es un servicio, pero se trata de una obligación legal y no de una contraprestación”* (José Vicente Troya Jaramillo, *Manual de Derecho Tributario*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2014, p. 28). César García Novoa, identifica a la tasa como *“aquel tributo cuyo hecho imponible consiste en la realización de una actividad por la Administración que se refiere afecta o beneficia al sujeto pasivo”* (César García Novoa, *El concepto de tributo*, p. 289); es decir, las tasas

son tributos, pues consisten en prestaciones que cobra el Estado, en este caso las Municipalidades, unilateralmente sin que se requiera necesariamente el consentimiento del particular, así la tasa es una prestación unilateral y coactiva que el Estado la exige en virtud de su poder de imperio, de tal manera que no es apropiado considerarla como una contraprestación, pues este término denotaría un carácter contractual que no le es aplicable. El mismo doctor Troya, citando a Pérez de Ayala y González y a Montero Traibel, manifiesta que la diferencia entre las concepciones clásica y moderna de la tasa, radica en que, para la primera de las dos concepciones, la tasa es la contraprestación del beneficio que obtiene el contribuyente por el servicio público; para la segunda, es la prestación exigible con ocasión del servicio; en otras palabras, la tasa se paga, no por la prestación de un servicio, sino con ocasión del mismo. Siguiendo a Valdés Costa, se ha de convenir, que el único punto que no causa dificultad en la tasa, es reconocer que la misma se vincula a una actividad del Estado. En este orden de ideas, la tasa además de darse por el uso de servicio público se da por el uso de bienes públicos.

7.5 De la resolución del problema jurídico planteado.- Teniendo como premisa lo expuesto, corresponde realizar el análisis de las pretensiones de la parte actora ante la negativa pura y simple del GAD Municipal de Esmeraldas por la contestación extemporánea de la demanda.

7.5.1 En *prima facie* en cuanto a la ordenanza que regula, LA UTILIZACIÓN Y 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, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 427 del jueves 29 de enero de 2015, no existe controversia entre las partes de que el acto normativo impugnado contenga normas de carácter tributario, y por lo tanto no existe duda respecto a

la competencia que tiene esta Sala Especializada para conocer y resolver el problema jurídico planteado. Tampoco existe controversia sobre la competencia que tienen los GADs para expedir actos normativos tributarios (Ordenanzas Municipales) y para establecer tasas, en virtud de lo que disponen los artículos 566 y 567 del COOTAD. La controversia surge porque a criterio de ASETEL el GAD del cantón Esmeraldas en el ámbito de aplicación de la ordenanza impugnada sobrepasa los límites establecidos dentro de las competencias exclusivas que la Constitución de la República, en su artículo 264 asigna a los gobiernos municipales, y que de esta manera invade aquellas otorgadas privativamente al Estado central en el artículo 261.10 sobre el espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones. Al respecto, esta Sala Especializada advierte que si bien es cierto, la parte actora utiliza el término anulabilidad total, sus alegaciones básicamente van encaminadas a controvertir un artículo puntual, que es el artículo 18 de la ordenanza impugnada y únicamente en lo relacionado al espectro radioeléctrico y al régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones. No obstante lo expuesto, es importante mencionar que del texto de su demanda, ASETEL se refiere además a los artículos 1, 2 y 21 de la ordenanza, que se refieren en su orden al objeto y ámbito de aplicación; definiciones; y, infracciones y sanciones, asuntos que no serán abordados por esta Sala Especializada en virtud de que su contenido no está relacionado a situaciones de orden tributario; además de que en la demanda no existe una fundamentación expedita de hecho y de derecho que permita a esta Sala verificar cuál es el alcance que quiso dar el accionante a su pretensión respecto a los referidos artículos.

7.5.2 Respecto al contenido del artículo 18 de la Ordenanza Municipal publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 427 del jueves 29 de enero de 2015, que regula la utilización y 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 en el cantón Esmeraldas, expedida por el Concejo Cantonal del GAD de dicho cantón, el accionante argumenta: *“Si analizamos el texto, en especial aquellos párrafos y numerales subrayados por el compareciente del artículo 18 de la Ordenanza que impugno, se colige que la GAD municipal de Esmeraldas al establecer tasas por la implantación de estructuras metálicas, antenas y cables necesarios para la prestación de servicios de comunicaciones y telecomunicaciones (retransmisión de contenidos) 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 establecidos por el MINTEL para altura de las mencionadas estructuras), habría legislado en temas que están fuera del ámbito su competencia (...) Por consiguiente, queda demostrado, conforme a derecho, que el Concejo del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Esmeraldas sobrepasó sus atribuciones y competencias exclusivas que le otorga la Constitución y violó de esta forma el artículo 226...”*. Luego afirma que: *“...la ordenanza impugnada utiliza como soporte legal al segundo inciso del artículo 567 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización...”*. *“La Ordenanza materia de la presente demanda, a pretexto de regular y tasar “el uso y ocupación del espacio aéreo”, está regulando, y lo que es más importante, gravando, el uso de las frecuencias previamente concesionadas a los sujetos pasivos de estos tributos por las autoridades competentes en materia de telecomunicaciones. En suma queda claramente entendido que el ámbito de aplicación de la ordenanza impugnada sobrepasa los límites establecidos dentro de las competencias exclusivas que la Constitución de la República, en su artículo 264 asigna a los gobiernos municipales; y de esta manera, invade aquellas otorgadas privativamente al Estado central en el artículo 261.10 sobre*

el espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones, aspecto que vuelve a este cuerpo normativo de carácter general como inconstitucional. Lo descrito y, en el mismo orden de ideas, se encuentra consagrado en los artículos 313 y 314 de la Constitución...” (...). “...a la luz de la Constitución de la República, de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y de la derogada Ley Especial de Telecomunicaciones, el espectro radioeléctrico y el régimen general de telecomunicaciones es responsabilidad propia del Estado Central, con independencia de que su provisión sea ejecutada por otras personas jurídicas incluso las particulares, por delegación o concesión como es el caso de las operadoras móviles que mantienen celebrados contratos de concesión con el Estado Ecuatoriano para la prestación del servicio móvil avanzado, servicio de larga distancia internacional, concesión de las bandas de frecuencias esenciales; así como, de televisión o de audio y video por suscripción...la jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico nacional, en los actuales momentos, se encuentra descrita en el artículo 425 de la Constitución que claramente establece que por encima de las ordenanzas, en este caso municipales, se encuentra la Constitución, los tratados internacionales; las leyes orgánicas, las leyes ordinarias, las normas regionales y ordenanzas distritales; y por último, los decretos y reglamentos.(...). Cabe resaltar el hecho de que dejar la continuidad de la prestación de los servicios de telecomunicaciones y retransmisión, sometido a la precariedad de un permiso municipal, significa a fin de cuentas, desde un punto de vista materia, 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 Centra,. 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”. (...) “Respecto de la

valoración del tributo, que ha sido reproducida en los artículos de la ordenanza impugnada, queda claro que el cobro es ilegal e inconstitucional...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 COOTAD...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...Por otra parte el supuesto y no consentido 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 del costo total de la implantación 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 como de comunicación, televisión y audio por suscripción, en cuyo casi, incluso, insisto, 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 Art. 566 del COOTAD...”. (...) “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...”.(...)

“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 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 especial del dominio público. (...) Complementa su argumento sosteniendo que: “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 (...). Finalmente no podemos dejar de pasar por alto que de acuerdo con lo 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". En suma, el principal argumento del accionante es que en el ámbito de aplicación de la ordenanza impugnada el GAD del cantón Esmeraldas sobrepasa los límites establecidos dentro de las competencias exclusivas que la Constitución de la República asigna a los gobiernos municipales; y de esta manera, invade aquellas otorgadas privativamente al Estado central sobre el espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones.

7.5.3 Ahora bien, para resolver el problema jurídico planteado es necesario referirse a las disposiciones constitucionales y legales que son pertinentes y aplicables al caso en estudio. Así: El espectro radioeléctrico es considerado por la Constitución de la República como un sector estratégico, por lo tanto, el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, dentro de ellos las telecomunicaciones y el espectro radioeléctrico (art. 313). El Estado central tiene competencia exclusiva sobre el espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones (art. 261.10). Según lo previsto en el artículo 408 *ibídem*, el espectro radioeléctrico es un recurso natural de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado; y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 314 de la Constitución, el Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos, entre ellos, el de telecomunicaciones y dispondrá que los precios y tarifas de estos servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación. Nótese que la norma suprema le da al espectro radioeléctrico la categoría de bien público y no de servicio público. Corresponde, entonces, destacar el carácter supremo de la norma

constitucional y las implicaciones que de esta superioridad normativa se derivan para el conjunto del ordenamiento jurídico. Siendo de naturaleza jerárquica el ordenamiento jurídico de un Estado, las normas que respeten los límites establecidos por la Ley Suprema para su formación y contenido, gozarán de fuerza obligatoria e imperatividad, garantizando así la vigencia del orden jurídico, de lo contrario, la existencia de contradicciones, incompatibilidades, falta de armonía entre las normas de menor jerarquía y las contenidas en la ley fundamental, determinarán su falta de validez, que por otra parte, debe ser declarada por el órgano respectivo. Dentro de este contexto, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) establece lo siguiente: *“Art. 111.- Sectores estratégicos.- Son aquellos en los que el Estado en sus diversos niveles de gobierno se reserva todas sus competencias y facultades, dada su decisiva influencia económica, social, política o ambiental. La facultad de rectoría y la definición del modelo de gestión de cada sector estratégico corresponden de manera exclusiva al gobierno central...”*. *“Art. 566.- Objeto y determinación de las tasas.- Las municipalidades y distritos metropolitanos podrán aplicar las tasas retributivas de servicios públicos que se establecen en este Código. Podrán también aplicarse tasas sobre otros servicios públicos municipales o metropolitanos siempre que su monto guarde relación con el costo de producción de dichos servicios. A tal efecto, se entenderá por costo de producción el que resulte de aplicar reglas contables de general aceptación, debiendo desecharse la inclusión de gastos generales de la administración municipal o metropolitana que no tengan relación directa y evidente con la prestación del servicio. Sin embargo, el monto de las tasas podrá ser inferior al costo, cuando se trate de servicios esenciales destinados a satisfacer necesidades colectivas de gran importancia para la comunidad, cuya utilización no debe limitarse por razones económicas y en la medida y siempre que la diferencia entre el costo y la tasa pueda cubrirse con los ingresos generales de la municipalidad o distrito*

*metropolitano. El monto de las tasas autorizadas por este Código se fijará por ordenanza”. “Art. 568.- Servicios sujetos a tasas.- Las tasas serán reguladas mediante ordenanzas, cuya iniciativa es privativa del alcalde municipal o metropolitano, tramitada y aprobada por el respectivo concejo, para la prestación de los siguientes servicios: a) Aprobación de planos e inspección de construcciones; b) Rastro; c) Agua potable; d) Recolección de basura y aseo público; e) Control de alimentos; f) Habilitación y control de establecimientos comerciales e industriales; g) Servicios administrativos; h) Alcantarillado y canalización; e, i) Otros servicios de cualquier naturaleza. Cuando el gobierno central hubiere transferido o transfiera excepcionalmente al nivel de gobierno municipal o metropolitano las competencias sobre aeropuertos, se entenderá también transferida la facultad de modificar o crear las tasas que correspondan y a las que haya lugar por la prestación de éstos servicios públicos, a través de las respectivas ordenanzas”. El artículo 4 del Código Orgánico Tributario, dispone: “Las leyes tributarias determinarán el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o la forma de establecerla, las exenciones y deducciones; los reclamos, recursos y demás materias reservadas a la ley que deban concederse conforme a este Código”, en tanto que el artículo 16 *ibídem*, señala: “Se entiende por hecho generador al presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo”. Por su parte, la Ley Especial de Telecomunicaciones, publicada en el Registro Oficial No. 996 de 10 de agosto de 1992, en su artículo 2, definía al espectro radioeléctrico como “...un recurso natural de propiedad exclusiva del Estado y como tal constituye un bien de dominio público, inalienable e imprescriptible, cuya gestión, administración y control corresponde al Estado”. A su vez, el art. 3 de dicha Ley disponía que las facultades de gestión, administración y control del espectro radioeléctrico comprenden, entre otras, las actividades de planificación y coordinación, la atribución del cuadro de frecuencias, la asignación y verificación de frecuencias, el otorgamiento de autorizaciones para su utilización, la protección*

y defensa del espectro, la comprobación técnica de emisiones radioeléctricas, etc. El tercer artículo innumerado letra c) del Capítulo VI, del Consejo Nacional de Telecomunicaciones señalaba que, compete al CONATEL aprobar el plan de frecuencias y de uso del espectro radioeléctrico; y, el artículo innumerado del Título II, señalaba que, compete al Secretario Nacional de Comunicaciones, ejercer la gestión y administración del espectro radioeléctrico; elaborar el Plan de Frecuencias y de uso del espectro radioeléctrico y ponerlo a consideración y aprobación del CONATEL. Es decir, podemos concluir que la *frecuencia* es una medida temporal respecto a las oscilaciones de una onda o espectro radioeléctrico, que constituye un bien de dominio público, cuya gestión, administración y control corresponde al Estado central, y que en aquella época se lo ejercía a través del CONATEL y de la SENATEL, que en función de los contratos de concesión eran los encargados de fijar y regular sus participaciones, tarifas o derechos conforme lo establecían los artículos 23 e innumerados a continuación del artículo 33 de la Ley Especial de Telecomunicaciones, 47 y 58 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, 4 y 36 del Reglamento de Derechos de Concesión y Tarifas para el Uso de Frecuencias, y artículos 11 y 30 del Reglamento para la prestación del Servicio Móvil Avanzado, todos ellos vigentes al momento de la expedición del acto normativo impugnado. Es importante mencionar, además, que la actual Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en el Registro Oficial No. 439, Tercer Suplemento, del 18 de febrero de 2015, dispone lo siguiente: “Art. 6.- *Otras definiciones.- Para efectos de la presente Ley se aplicarán las siguientes definiciones: Espectro radioeléctrico.- Conjunto de ondas electromagnéticas que se propagan por el espacio sin necesidad de guía artificial utilizado para la prestación de servicios de telecomunicaciones, radiodifusión sonora y televisión, seguridad, defensa, emergencias, transporte e investigación científica, entre otros. Su utilización responderá a los principios y disposiciones constitucionales”.* “Art. 7.- Competencias del Gobierno Central.-

El Estado, a través del Gobierno Central tiene competencias exclusivas sobre el espectro radioeléctrico y el régimen general de telecomunicaciones. Dispone del derecho de administrar, regular y controlar los sectores estratégicos de telecomunicaciones y espectro radioeléctrico, lo cual incluye la potestad para emitir políticas públicas, planes y normas técnicas nacionales, de cumplimiento en todos los niveles de gobierno del Estado. La gestión, entendida como la prestación del servicio público de telecomunicaciones se lo realizará conforme a las disposiciones constitucionales y a lo establecido en la presente Ley". "Art. 9.- Redes de telecomunicaciones.- Se entiende por redes de telecomunicaciones a los sistemas y demás recursos que permiten la transmisión, emisión y recepción de voz, vídeo, datos o cualquier tipo de señales, mediante medios físicos o inalámbricos, con independencia del contenido o información cursada...Los gobiernos autónomos descentralizados, en su normativa local observarán y darán cumplimiento a las normas técnicas que emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones así como a las políticas que emita el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, favoreciendo el despliegue de las redes...". "Art. 11.- Establecimiento y explotación de redes públicas de telecomunicaciones.- El establecimiento o instalación y explotación de redes públicas de telecomunicaciones requiere de la obtención del correspondiente título habilitante otorgado por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones...Respecto del pago de tasas y contraprestaciones que por este concepto corresponda fijar a los gobiernos autónomos descentralizados cantonales o distritales, en su ejercicio de su potestad de regulación de uso y gestión del suelo y del espacio aéreo se sujetarán de manera obligatoria a la política y normativa técnica que emita para el efecto el Ministerio rector de las telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información". Por su parte, el art. 18 de la LOT establece que, "El espectro radioeléctrico constituye un bien de dominio público y un recurso limitado del Estado,

inalienable, imprescriptible e inembargable. Su uso y explotación requiere el otorgamiento previo de un título habilitante emitido por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, de conformidad con lo establecido en la presente Ley, su Reglamento General y regulaciones que emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones".

Asimismo, el artículo 104 de la LOT dispone categóricamente: "Los gobiernos autónomos descentralizados no podrán establecer tasas por el uso de espacio aéreo regional, provincial o municipal vinculadas a transmisiones de redes de radiocomunicación o frecuencias del espectro radioeléctrico". En definitiva, a partir de la promulgación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (Registro Oficial No. 439, Tercer Suplemento, del 18 de febrero de 2015), todas las actividades de establecimiento, instalación y explotación de redes, uso y explotación del *espectro radioeléctrico*, servicios de telecomunicaciones, y todo aquello que tenga que ver con redes e infraestructura usadas para la prestación de servicios de radiodifusión sonora y televisiva y las redes e infraestructura de los sistemas de audio y video por suscripción, están sometidas a lo establecido en esta Ley (art. 2). En consecuencia, no le compete al GAD del cantón Esmeraldas, a pretexto de ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón, invadir competencias que son propias y exclusivas del Estado central. Tómese en cuenta que la Disposición Derogatoria Primera de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, vigente a la fecha de presentación de la demanda, dispone: "Primera.- Se deroga la Ley Especial de Telecomunicaciones y todas sus reformas y el Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada, la Ley de Radiodifusión y Televisión y su Reglamento General, así como las disposiciones contenidas en reglamentos, ordenanzas y demás normas que se opongan a la presente Ley". (El subrayado nos pertenece).

7.5.4 Así las cosas, esta Sala Especializada al reiterar que el propósito de la acción objetiva es realizar el control de legalidad de los actos normativos, en este caso de la Ordenanza Municipal publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No.427 del jueves 29 de enero de 2015, expedida por el GAD del cantón Esmeraldas, provincia de Esmeraldas, considera que corresponde a cada institución u organismo no sólo garantizar la defensa del principio de legalidad y de reserva de ley, sino también asegurar y proteger la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución y las leyes. Por lo tanto, cuando el acto administrativo haya sido expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse o cuando éste haya sido expedido en forma irregular, procede la acción objetiva de anulación del acto. En otras palabras, todo acto administrativo debe respetar el ordenamiento jurídico, de ahí que corresponde a esta Sala Especializada como órgano jurisdiccional de conocimiento, determinar si la omisión de la Administración Municipal en el cumplimiento de alguno de los requisitos formales del acto administrativo es de tal gravedad que amerita declarar la anulación del acto normativo impugnado. (Sobre el tema del procedimiento para la expedición de los actos normativos de naturaleza tributaria se analizó ampliamente en la causa acumulada No. 128-2013 y 93-2014, propuesta por ASETEL en contra de las ordenanzas municipales expedidas por el GAD del cantón Chimbo, provincia de Bolívar, a la cual nos remitimos). En la especie, esta Sala Especializada considera que si bien la Constitución del 2008 y el COOTAD reconocen a los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, la facultad tributaria para crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, entre otros tributos, tasas, por el establecimiento o ampliación de servicios públicos que son de su responsabilidad y por el uso de bienes o espacios públicos, al no contener la ordenanza impugnada los elementos esenciales o configuradores del tributo: objeto imponible, sujetos activo y pasivo, base imponible, cuantía del tributo o la forma de establecerla, las exenciones y deducciones, etc., impide a este

Tribunal Especializado analizar y resolver sobre el alcance del artículo 566 del COOTAD, en referencia al objeto y determinación de las tasas. Sin embargo, de forma general se puede concluir que el objeto y ámbito de aplicación de la tasa descrita, no corresponde a ningún servicio prestado por el GAD del cantón Esmeraldas, en razón de que el espacio aéreo y el espectro radioeléctrico no son servicios públicos sujetos a la creación de tasas municipales, de acuerdo con el contenido del artículo 568 del COOTAD; por consiguiente, si la Municipalidad de Esmeraldas no puede prestar el servicio público que tenga que ver con el espectro radioeléctrico al que estaría vinculado la tasa que se ha creado, la misma carece de sustento legal pues incumple el artículo 566 del COOTAD. De ahí que, esta Sala Especializada considera que la Administración Municipal no puede establecer una tasa por estos conceptos. En consecuencia, al haberse expedido el acto normativo (Ordenanza) con infracción de las normas de derecho citadas y por haberse expedido en forma irregular vulnerando los principios de legalidad y de reserva de ley, es procedente que se declare nulo el artículo 18 de la mentada ordenanza en todo aquello que se refiere al uso del espacio aéreo vinculado a transmisiones de redes de radiocomunicación o frecuencias del espectro radioeléctrico, por las razones expuestas en el presente fallo. Por lo expuesto, este Tribunal Especializado al evidenciar que el GAD del cantón Esmeraldas, provincia de Esmeraldas, se ha excedido en sus competencias, ya que no está prestando ningún servicio público y está cobrando por el uso de un bien de dominio público relacionado con el uso del espectro radioeléctrico y con la emisión de frecuencias o señales, cuya competencia es exclusiva del Estado central; y, por cuanto es evidente que el acto normativo impugnado riñe con preceptos legales de jerarquía superior anteriormente mencionados, a la vez que ha sido expedido en forma irregular al haber vulnerado los principios tributarios de legalidad y de reserva de ley, **declara NULO** lo siguiente: **1)** La última parte del numeral “1.- Estructuras Metálicas”, del artículo 18 de la ordenanza impugnada, frase que

dice: "...así como también las utilizadas para uso de comunicación a celulares o canales de televisión"; y, **2)** El contenido íntegro de los numerales 2 y 5 del referido artículo 18 de la ordenanza materia de la litis.

7.5.6 Respecto a la pretensión de ASETEL de que en sentencia, a más de que se declare la anulabilidad total de la ordenanza expedida por el GAD del cantón Esmeraldas, se declare también "*...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*", es preciso 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 las acciones subjetivas allí recogidas, cuyo procedimiento de impugnación es distinto, en esencia, a la presente acción de nulidad u objetiva. En otras palabras, 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, no puede ser planteada en contra de actos posteriores de ejecución, por lo tanto se rechaza la referida pretensión por impertinente de ser analizada en la presente causa.

8. DECISIÓN

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

9. SENTENCIA:

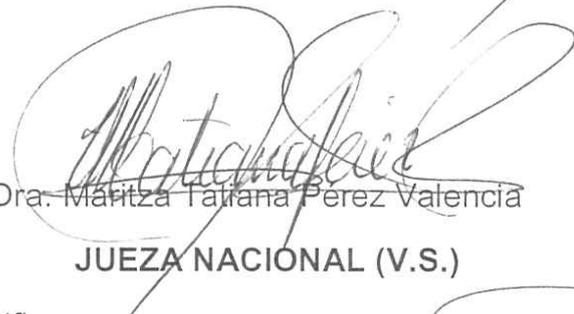
9.1 ACEPTAR PARCIALMENTE la demanda propuesta por el Ing. Roberto Aspiazu Estrada, en calidad de Director Ejecutivo de la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones, (ASETEL), en los términos expuestos en el presente fallo.

9.2 Sin costas.

9.3 Comuníquese y publíquese en el Registro Oficial.



Dr. José Luis Terán Suárez
JUEZ NACIONAL

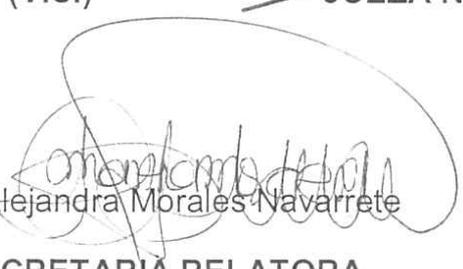


Dra. Maritza Tarrana Pérez Valencia
JUEZA NACIONAL (V.S.)



Dra. Ana María Crespo Santos
JUEZA NACIONAL

Certifico.-



Ab. Alejandra Morales Navarrete
SECRETARÍA RELATORA

DEMANDA DE ACCIÓN OBJETIVA
N° 063-2016

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

JUEZA PONENTE: DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

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

DEMANDADOS: ALCALDE Y PROCURADOR SÍNDICO DEL
CONCEJO CANTONAL DEL GOBIERNO
AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO
MUNICIPAL DEL CANTÓN ESMERALDAS
Y PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

QUITO: lunes 5 de junio del 2017, las 16h36.-

VISTOS: Conforme el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, emito mi VOTO SALVADO por disentir del fallo de mayoría, en relación a la acción objetiva planteada por ASETEL en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Esmeraldas.-----

COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL Y COMPETENCIA: Las doctoras Maritza Tatiana Pérez Valencia y Ana María Crespo Santos y el Dr. José Luis Terán Suárez, Juezas y Juez Nacionales, conocemos de la presente acción objetiva, en virtud de las Resoluciones N°s 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°s 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 acción de objetiva de anulación en función del contenido del segundo inciso,

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 SUSTITUTIVA QUE REGULA LA UTILIZACIÓN 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” publicada en el Registro Oficial N° 427 del jueves 29 de enero de 2015.--

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 del artículo 18 de la Ordenanza impugnada señala lo siguiente: *“Si analizamos el texto [...] del artículo 18 de la Ordenanza que impugno, se colige que el GAD municipal de Esmeraldas al establecer tasas por la implantación de estructuras metálicas, antenas y cables necesarios para la prestación de servicios de comunicaciones y telecomunicaciones (transmisiones de contenidos) 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 los techos establecidos por el MINTEL para altura de las mencionadas estructuras), habría legislado en temas que están fuera del ámbito de su competencia, esto conforme el pronunciamiento de la Corte Constitucional constante en las sentencias Nos. 007-15-SIN-CC y 007-15-SIN-CC [...] Por consiguiente queda demostrado, conforme a derecho, que el Concejo del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Esmeraldas sobrepasó sus atribuciones y*

competencias exclusivas que le otorga la Constitución y violó de esta forma el artículo 226 [...] **ii)** Por otro lado, después de referirse a los artículos 2 y 21 de la Ordenanza impugnada indica que: “[...] 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 [sic]”. **iii)** Arguye que: “Respecto de la valoración del tributo; que ha sido reproducida en los artículos 2 y 18 de la ordenanza impugnada queda claro que el cobro es inconstitucional, ahora analicemos la pertinencia de la tasa establecida para el efecto. 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 COOTAD. [...] 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 Esmeraldas al contribuyente. 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 es de conformidad con el Acuerdo Ministerial de MINTEL de fecha 15 de septiembre de 2015; 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 [sic], que proscribe TODA FORMA de confiscación. Respecto de este punto reproduzco la parte pertinente de sentencia No. 038-15-SIN-CC, dentro del caso 0009-15-IN, dictada por la Corte Constitucional en contra de la Ordenanza Municipal expedida por el cantón Sucre, publicada en el Registro Oficial No. 325 de 03 de septiembre de 2014 [...]. Por otra parte, 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 equivalentes al 5%

del costo total e la implantación monto que cobra a las Operadoras SEOPRESA empresas que en virtud de la concesión conferida por el Estado Ecuatoriano [sic], prestan servicios destinados a satisfacer necesidades de la colectividad como de comunicación, televisión y suscripción, en cuyo caso, incluso, insisto, 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 15 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)** Sostiene también que: “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”. **v)** Sostiene además que las normas impugnadas no guardan relación con los principios constitucionales establecidos en el artículo 300 de la Constitución de la República. Manifiesta que el artículo 104 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece en su numeral tercero señala: “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 los permisos de instalación o construcción.”. **vi)** Manifiesta que en lo relacionado al artículo 18 de la Ordenanza impugnada manifiesta que

se debe tener en cuenta el informe presentado por la Escuela Politécnica del Litoral titulado “Análisis de impuestos y tasas municipales por derecho de vía para infraestructura de internet para ser considerada dentro de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del Ecuador.” que ofrece presentar en la etapa probatoria. Que el artículo 18 de la Ordenanza impugnada atenta contra el principio de no confiscatoriedad y proporcionalidad. Finalmente manifiesta que la Ordenanza impugnada no determina los elementos que configuran el tributo como son el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la base imponible, la forma de establecer la cuantía del tributo las exenciones y deducciones. **viii)** Finalmente indica que es importante tener en cuenta que los literales a) y c) del artículo 328 del COOTAD prohíbe a los GADS interferir en gestiones y competencias de otros órganos estatales.-----

1.4.- PRETENSIÓN PROCESAL: Las pretensiones del Ingeniero Roberto Aspiazu Estrada, Director Ejecutivo de ASETEL, en la presente acción de impugnación son las siguientes: **i)** Que se declare: “[...] *la anulabilidad total de la mentada ordenanza que regula LA UTILIZACIÓN Y OCUPACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO O LA VÍA PÚBLICA Y EL ESPACIO AÉREO MUNICIPAL, SUELO Y SUBSUEL, POR LA COLOCACIÓN DE ESTRUCTURAS, POSTES Y TENDIDO DE REDES PERTENECIENTES A PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS expedida por el Consejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Esmeraldas, provincia de Esmeraldas [...]*”. **ii)** La anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza impugnada, especialmente aquellos que tienen que ver con la ejecución de dicha ordenanza.-----

1.5.- CALIFICACIÓN DE LA DEMANDA: Mediante providencia de 2 de febrero de 2016 a las 10h45, se calificó la demanda presentada y se ordena citar a los personeros municipales del GAD municipal de

Esmeraldas y que se haga saber al Procurador General del Estado ~~SECRETARIA~~
Providencia de calificación de la demanda. -----

1.4.- CONTESTACIÓN A LA DEMANDA: A fojas 84 a 89 del expediente constan las citaciones por boleta realizadas a los personeros del Gobierno Descentralizado del Cantón Esmeraldas. En fecha 5 de abril de 2016 se presenta la contestación a la demanda. Conforme consta del proceso, en fecha 19 de octubre de 2016, el Juez Ponente de la causa no calificó la contestación a la demanda por ser extemporánea considerando lo siguiente: *“Agréguese al proceso los anexos y el oficio No. 4376.-UJTE-2016, suscrito por la Lcda. María Fernanda Fernández Vaca, Secretaria de la Unidad Judicial Civil de Esmeraldas, de fecha 13 de octubre del 2016 y recibido en esta Sala el 18 de octubre del 2016, oficio al cual adjunta las actas de citación efectuadas a los señores Alcalde y Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Esmeraldas, estableciéndose que los citados Personeros Municipales, han sido citados mediante la entrega de tres boletas los días 3, 7 y 10 de marzo del 2016, por lo que la contestación a la demanda de fecha 5 de abril del 2016 que obra de fojas 46 a 51 ha sido presentada extemporáneamente. Con las copias notifíquese a las partes. En lo principal de conformidad con lo establecido en el artículo 257 del Código Tributario, se abre la causa a prueba por el término de diez días. Notifíquese”*. El GAD de Esmeraldas, mediante escrito de 4 de octubre de 2016, solicitó que se declare la nulidad procesal por cuanto su contestación no habría sido extemporánea, sin embargo mediante auto de 27 de octubre, suscrito por la Dra. Ana María Crespo, Jueza Nacional, Dr. José Luis Terán, Juez Nacional y Juan Montero Chávez, Conjuez Nacional, decretaron lo siguiente: *“VISTOS: Agréguese al proceso el escrito presentado por el doctor Lenin Lara Rivadeneira, Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Esmeraldas, quien en su parte medular manifiesta: “...Realizado el cómputo desde la*

última citación que es el 10 de marzo de 2016 y la contestación de la demanda realizada el 5 de abril de 2016, han transcurrido 18 días, por lo que la contestación se realizó dentro del término previsto otorgado a las instituciones del sector público prevista en el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, que tiene el carácter de orgánica y especial y por ende, con rango jerárquicamente superior al Código Tributario, de acuerdo a lo señalado en el artículo 133, inciso final, de la Constitución de la República y artículo 12 del Código Civil, en su orden. Dicha norma establece que la entidad pública accionada tendrá veinte días para contestar la demanda (...) Por ende, existe nulidad del proceso por violación de trámite, al tenor de lo preceptuado en el artículo 1014 del Código Procesal Civil, que influye en la decisión de la causa, pues atenta contra el derecho de defensa consagrado en el Artículo 76 No. 7 de la Constitución de la República y las garantías contempladas en los literales a), b), c), y h) de la misma norma, al disminuir el término que la ley determina para contestar la demanda. Por lo que solicito señor Jueces, se revoque su providencia de fecha de fecha 19 de octubre del 2016” sic. Al respecto cabe precisar que el Código Tributario, tiene el carácter de orgánico, conforme la NOTA GENERAL publicada por Decreto Legislativo s/n en el Registro Oficial Suplemento 242 de 29 de diciembre del 2007, que dispone que el Código Tributario tendrá categoría de Ley Orgánica; es decir, a más de ley orgánica es especial aplicable a la materia, por lo tanto prevalece sobre cualesquier otra norma. Por lo expuesto la pretensión de nulidad por violación de trámite no es procedente, tanto más que la misma Autoridad demandada, reconoce haber sido legalmente citada, cuando precisa que la última citación a través de boleta se lo ha realizado el 10 de marzo de 2016 y la contestación a la demanda lo efectúa el 5 de abril de 2016, 2 días posteriores al término establecido en el artículo 243 ibídem; es decir, que se ha cumplido con las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios establecidos en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.

En tal virtud las peticiones de nulidad del proceso por violación de trámite y de revocatoria de la providencia de 19 de octubre de 2016, devienen en improcedentes, por lo que se las rechaza, consecuentemente las partes estén conforme a lo dispuesto en el auto de fecha 19 de octubre de 2016. El Dr. Juan Montero Chávez, conoce del presente juicio, por lo dispuesto mediante oficio No. 1469-SG-CNJ-MBZ de 17 de octubre de 2016, suscrito por el Dr. Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia. Notifíquese.”. Teniendo en consideración lo señalado, se tiene que existe una negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho por parte de la autoridad demandada.-----

II. DE SUSTANCIACIÓN:

2.1.- APERTURA DEL TÉRMINO DE PRUEBA: Dentro de la sustanciación, en fecha 19 de octubre de 2016 a las 14h06, de conformidad con lo que dispone el artículo 257 del Código Orgánico Tributario, el Juez Ponente decretó la apertura del término de prueba.--

2.2.- PRUEBAS SOLICITADAS POR LAS PARTES: Dentro del término de la parte actora solicitó las pruebas que consideró conducentes para demostrar sus argumentos. **2.2.1.- PRUEBAS SOLICITADAS POR EL GAD DE ESMERALDAS:** **i)** Que oficie a la Corte Constitucional a fin de que remita copias certificadas de las sentencias constitucionales 007-15-SIN-CC, 008-15-SIN-CC y 004-16-SIN-CC. En cuanto a esta última sentencia constitucional señalan que es importante revisar que la Ordenanza impugnada fue declarada inconstitucional en dos de sus artículos. **2.2.2.-PRUEBAS SOLICITADAS POR ASETEL:** **i)** Que se reproduzca todo cuanto de autos fuere favorable a los derechos que representa, en especial el libelo de su demanda **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 la

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, y el 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. **iii)** Que se oficie a la Corte Constitucional a fin de que remita copias certificadas de las siguientes sentencias de inconstitucionalidad: **a)** Sentencia N° 007-15-SIN-CC. **b)** Sentencia N° 008-15-SIN-CC. **iv)** Que se remita oficio a la Procuraduría General del Estado a fin de que remita a la Sala copias certificadas del Oficio 00969 de 27 de abril de 2015. **v)** Que se envíe oficio a la administración tributaria demandada, Municipalidad del Cantón Esmeraldas a fin de que se remita a la Sala copias certificadas de: **a)** Copias certificadas del expediente administrativo en el que conste todo el procedimiento legislativo de aprobación de la Ordenanza impugnada. En dichas copias certificadas deberán constar todos los informes técnicos establecidos para la creación de tasas constantes en los artículos 566 y siguientes del mencionado Código Orgánico. **b)** Copias certificadas de todos los títulos de crédito que se han emitido con motivo de la expedición de las ordenanzas impugnadas. **vi)** Que se envíe oficio al Ministro de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información para que remita los Acuerdos 037-2013 y 041-2015. **vii)** Que se ordene se incorporen al proceso: **a)** Copias certificadas, a su costa, de las sentencias ejecutoriadas expedidas por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Honorable Corte Nacional de Justicia dentro de los procesos N°s 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. **b)** Compulsa a su costa de los Estatutos de la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones (ASETEL), cuyas copias certificadas obran de los

procesos N°s 17751-2013-128 y/o 17751-2013-129. **viii)** Que se ~~tenga~~^{señala} en rebeldía a la Administración Tributaria por no contestar la demanda. **ix)** 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 normas jurídicas en las que se constituyen en las Ordenanzas Municipales. **x)** Que se tenga en cuenta la impugnación que formula en contra de las pruebas que presente el demandado por improcedentes, mal actuadas y ajenas a la Litis.-----

2.3.- PRUEBAS SOLICITADAS Y SUSTANCIADAS: Mediante auto de sustanciación de 8 de noviembre de 2016, el Juez Ponente de la causa ordenó la práctica de las pruebas solicitadas por las partes.-----

III. CONSIDERACIONES PRELIMINARES:

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

3.2.- COMPETENCIA: Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario es competente para conocer y pronunciarse sobre la demanda de acción de objetiva de anulación en función del contenido del segundo inciso, numeral 2 del artículo 185, del Código Orgánico de la Función Judicial.-----

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

3.4.- MATERIA DE IMPUGNACIÓN: El actor formula la demanda de acción objetiva de anulación, con la que impugna la “Ordenanza

sustitutiva que regula la utilización y 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” emitida por el GAD de Esmeraldas y publicada en el Registro Oficial N° 427 de 29 de enero de 2015. 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.-----

3.5.- PUNTOS EN LOS QUE SE TRABA LA LITIS: En virtud de la pretensión de la demanda y las excepciones planteadas por la parte demanda en el presente caso se traba en determinar la legalidad de la Ordenanza impugnada. -----

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 artículo 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, así pues dentro de la doctrina jurisprudencial de la Corte Nacional de Justicia, en el proceso 141-2010 se reflexionó sobre lo siguiente: “*En el presente caso, según menciona el accionante en su demanda, fs. 5 de los autos, el propósito es promover y exigir derechos en defensa de la legalidad del ordenamiento jurídico ecuatoriano y en defensa de la constitución. Este interés no puede ser calificado como directo, pues, el accionante no determina cuál es el “provecho, utilidad, ganancia” o la inclinación del ánimo hacia un objeto*” o la “*conveniencia o beneficio en el orden moral o material*” al que se “*encamina derechamente*” (www.rae.es) al impugnar la Ordenanza en cuestión. Conforme ha establecido al presentar el escrito por el cual completa su demanda, el Ab. Bustos tiene su domicilio en la ciudad de Quito, no en el cantón Portoviejo. No consta del proceso que el Ab. Bustos hubiese celebrado un contrato de ejecución de obra y de consultoría con el Municipio de ese cantón, ni que sea propietario, accionista, abogado, socio, o de otra forma participe de una entidad que tenga un contrato de esta índole. Si se aceptara el argumento del accionante de que su interés directo es el promover los derechos y la legalidad, deberíamos admitir que todas las personas estamos legitimadas para proponer acciones de impugnación como la de la

*especie, lo cual claramente no fue el propósito del Legislador al limitar la presentación de este tipo de demandas a quienes tengan interés directo o a las entidades que representen determinados intereses económicos. Cuando el Legislador opta por permitir deducir acciones a todas las personas, sin excepciones ni restricciones de ninguna clase, así lo prevé expresamente en las normas. Para citar algunos ejemplos, tenemos la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que al referirse a la legitimación activa para deducir acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta ley, en su artículo 9 letra a) claramente señala que podrán ser propuestas “por cualquier persona”, como lo hace también en su artículos 68, al referirse a las acciones de repetición contra servidoras y servidores públicos por violación de derechos, que también podrán ser activadas por cualquier persona; y, 76, que en relación a las acciones de control abstracto de constitucionalidad, igualmente libra la legitimación activa a cualquier persona. La sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo citada por el accionante en su demanda, no hace sino respaldar esta aseveración, pues al referirse al recurso objetivo o de anulación previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que es asimilable conceptualmente a la acción de impugnación contra actos normativos de la especie, también establece que este recurso sólo podrá proponerlo “la persona natural que tuviere interés directo en ellos [...]”. 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, la 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 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 normativos 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 actos normativos 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 actos normativos 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 Orgánico 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 ^{SECRETARIA} 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 Municipal emitida por el Consejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Esmeraldas, la cual regula la utilización y 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, en el cantón Esmeraldas. La contestación tardía a la demanda tiene como efecto la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho por parte del GAD Municipal de Esmeraldas hace que la carga de la prueba le corresponda a la parte actora. **b)** Esta Sala Especializada debe analizar la Ordenanza impugnada y verificará si se configura las pretensiones planteadas por la parte actora en su demanda. En lo relativo al artículo 18 de la Ordenanza señala lo siguiente: *“Art. 18.- COBRO DE UNA TASA.- Las personas naturales, jurídica, sociedades nacionales y extranjera todas ellas de carácter privado, deberán cancelar anualmente estas tasas Municipales, generadas por la implantación e instalación de postes, tendidos de redes y estructuras; además de la fijación de las tasas correspondientes por la utilización u ocupación del espacio aéreo municipal, en el Cantón ESMERALDAS; tasas que se cancelara por los siguientes conceptos: 1.- ESTRUCTURAS METÁLICAS: Por cada estructura metálica de uso comercial de propiedad privada instaladas en zonas urbanas o rurales dentro del cantón y otras, pagaran el 20% del SBU (salario básico unificado) diario; así como también las utilizadas para uso de comunicación a celulares o canales de televisión. 2.- ANTENAS PARA SERVICIOS CELULARES: Por cada una de las antenas instaladas en los alto de las estructuras, y que forman parte de las redes para telecomunicaciones celulares, pagará el 15% del SBU diario; por concepto de uso de Espacio Aéreo Municipal, no vinculado con la emisión o*

transmisión de señales o frecuencias u otros aspectos relacionados con el espectro radioeléctrico. 3.- ANTENAS PARA RADIO AYUDA Y RADIOAFICIONADO: Por cada antena para radio ayuda y radioaficionado, éstas pagarán diez centavos de dólar de los Estados Unidos de Norteamérica diarios por concepto de uso de Espacio Aéreo Municipal, no vinculado con la emisión o transmisión de señales o frecuencias u otros aspectos relacionados con el espectro radioeléctrico. 4.- ANTENA PARA RADIO EMISORAS COMERCIALES: Por cada antena para radio ayuda y radioaficionado, éstas pagarán diez centavos de dólar de los estados Unidos de Norteamérica diarios por concepto de uso de Espacio Aéreo Municipal, no vinculado con la emisión o transmisión de señales o frecuencias u otros aspectos relacionados con el espectro radioeléctrico. 5.- ANTENAS PARABÓLICAS PARA RECEPCIÓN DE LA SEÑAL COMERCIAL DE TELEVISIÓN SATELITAL: Pagarán el equivalente a cuarenta centavos de dólares de los Estados Unidos diarios, por cada antena parabólica instalada en el área geográfica del Cantón, inventario establecido por la municipalidad. 6.- CABLES: Los tendidos de redes que pertenezcan a las empresas privadas estarán sujetos a una tasa diaria y pertinente de tres centavo de dólar de los Estados Unidos de Norteamérica por cada metro lineal de cable tendido, por ocupación de ocupación del suelo o subsuelo y espacio aéreo Municipal, no vinculado con la emisión o transmisión de señales o frecuencias u otros aspectos relacionados con el espectro radioeléctrico. 7.- POSTES: Las empresas privadas pagarán una tasa diaria y permanente de veinticinco centavos de dólar de los Estados Unidos de Norteamérica por cada poste instalado, por ocupación del espacio público o vía pública". En lo relativo al contenido normativo de este artículo, esta Sala Especializada observa que este gravamen constituye una especie de tributo denominado "tasas" tal como lo define el artículo 1 del Código Orgánico Tributario que en su texto literal señala: "Los preceptos de este Código regulan las relaciones jurídicas provenientes de los tributos, entre los sujetos activos

y los contribuyentes o responsables de aquellos. Se aplicarán a todos los tributos: nacionales, provinciales, municipales o locales o de otros entes acreedores de los mismos, así como a las situaciones que se deriven o se relacionen con ellos. Para estos efectos, entiéndase por tributos los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales o de mejora.”. En el Manual de Lecciones de Derecho Financiero y Tributario de Miguel Ángel Martínez Lago y Leonardo García de la Mora, pág. 277, se define a la tasa como : “[...] tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades de Derecho Público, que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario cuando tales servicios o actividades no sean de solicitud voluntaria para los administrados [...] o no se presten o realicen por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.”. Sobre este tema Horacio García Belsunce en su obra Tratado de Tributación Tomo I, pág. 586, señala: “[...] resulta claro, en principio, que la tasa es un tributo y como tal tendrá que satisfacer los requisitos propios o generales de todos los tributos – prestación pecuniaria, coactiva, exigida por el Estado en virtud de una ley dictada en ejercicio de su poder tributario normativo- y que además debe respetar el principio de la capacidad contributiva. [...]”. En lo referente a los artículos 1, 2, y 21 de la Ordenanza, disponen lo siguiente: “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 espacio aéreo Municipal, suelo y subsuelo en el cantón ESMERALDAS, a fin de cumplir con las condiciones de zonificación y reducción del impacto ambiental, sujeto a las determinaciones de las leyes, ordenanzas y además normativas vigentes.” , “Art. 2.- DEFINICIONES.- Para la comprensión y aplicación de esta ordenanza se define los siguientes: ANTENA: Elemento

radiante especialmente diseñado para la recepción y/o transmisión de las ondas radioeléctricas. ÁREA DE INFRAESTRUCTURA: Aquellas a las que se encuentran circunscritas las instalaciones y equipos utilizados para establecer la comunicación entre los diferentes elementos de la red de servicio. AUTORIZACIÓN O PERMISO AMBIENTAL: Documento emitido por el Ministerio de Ambiente o por la Unidad Administrativa Municipal competente, que determine el cumplimiento y conformidad de elementos de la normativa ambiental aplicable. En caso de no obtener el Permiso Ambiental estará sujeto a una sanción del 5% del costo de la obra de cada estructura. CONATEL: Consejo Nacional de Telecomunicación. CUARTO DE EQUIPO (RECINTO CONTENEDOR): Habitación en cuyo interior se ubican elementos o equipo pertenecientes a una red de telecomunicaciones. ESTACIÓN RADIOELÉCTRICA: Uno o más transmisores o receptores, o una combinación de transmisores y receptores, incluyendo las instalaciones accesorios necesarios para asegurar la prestación de un servicio. ESTRUCTURAS FIJAS DE SOPORTE: Término genérico para referirse a TORRES, TORRETAS, MÁSTILES, MONOPOLOS, SOPORTE EN EDIFICACIONES, en las cuales se instalan antenas y equipos de telecomunicaciones para prestación del servicio de comunicaciones y otros de tipo comercial. IMPLANTACIÓN: Ubicación, fijación, colocación o inserción de estructuras de soportes de las radios bases de antenas de servicios de comunicaciones sobre un terreno o edificaciones terminadas, y también a la infraestructura utilizada para proveer energía a las instalaciones. MIMETIZACIÓN: Proceso mediante el cual una estructura es asimilada al entorno existente, tratando de disminuir la diferencia entre sus características físicas y las de contexto urbanos, rural, y arquitectónico en el que se emplaza. PERMISO DE IMPLANTACIÓN: Documento emitido por el Gobierno Municipal, que autoriza la implantación de postes, tendidos de redes y estructura fija de soportes de antenas y su infraestructura relacionada con todo tipo de servicio del tipo comercial de las empresas

privadas y públicas, el mismo que se solicitará al Municipio. El valor del permiso será un equivalente al 5% del costo total de cada estación. SENATEL: Secretaría Nacional de Telecomunicaciones. REDES DE SERVICIOS COMERCIALES: Conjunto de los elementos y partes existentes de todo tipo de red alámbrica instalados con la finalidad de suministrar servicios de comunicaciones, datos y otros, a cambio de una tarifa cobrada directamente a cada uno de sus usuarios. SUPERTEL: Superintendencia de Telecomunicaciones. TELECOMUNICACIONES: Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza por líneas físicas, medios radioelectrónicos, medio óptico u otros medios electromagnéticos. Los términos técnicos de telecomunicaciones provienen de la ley especial de Telecomunicaciones, del reglamento general a la ley y normativas secundarias emitidas por el CONATEL”, y, “Art. 21.- Infracciones y Sanciones.- Está terminantemente prohibida la implantación de infraestructura fija de soporte de antena e infraestructura relacionada con el Servicio Comercial, que no cuente con el permiso de implantación. Cualquier implantación irregular que sea detectada por inspección o a través de denuncia, será objeto de investigación y sanción según el caso. Después del debido proceso, se impondrá una multa, equivalente a 20 salarios básicos unificados del trabajador en general del sector privado, al prestador o del Servicio Comercial que impida u obstruya la inspección a cualquier estación radioeléctrica fija que daba realizar un funcionario municipal habilitado. La inspección será notificada al prestador del servicio en su domicilio, con dos días laborales de anticipación. Si la instalación cuenta con el permiso de implantación correspondiente, pero incumple algunas de las disposiciones de la presente ordenanza o las correspondientes del régimen de uso del suelo, vía pública y espacio aéreo, la autoridad municipal impondrá al prestador del Servicio Comercial una multa equivalente a 50 salarios básicos unificados y procederá a notificar al titular en su domicilio, ordenando que se realicen

los correctivos necesarios en el término de 30 días, en caso de incumplimiento se revocará al permiso de implantación y se procederá el desmontaje del elemento o equipo a costo del titular. Si se produce algún accidente o siniestro no previsto que afecte a terceros que sea imputable al prestador del Servicio Comercial, se hará efectiva la póliza, además el prestador del Servicio Comercial deberá cubrir el costo de los desperfectos o daños que se ocasionen y que no fueren cubiertos por la póliza y pagará una multa equivalente a veinte salarios básicos unificados del trabajador en general del sector privado”. En lo relativo estas últimas normas transcritas, esta Sala Especializada observa que no guardan relación a cuestiones de orden tributario. **c)** En cuanto a la competencia del órgano que emanó el acto normativo en *prima facie* debemos decir que la Municipalidad de Esmeraldas 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 a pesar de haber solicitado en la etapa probatoria la incorporación del expediente administrativo de creación de la ordenanza impugnada no ha sido planteada 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 del documento que han sido incorporado en el expediente oportunamente, lo cual no ha sido contradicho en el proceso. 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 250 a 256 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 a las supuestas tasas impuestas mediante las Ordenanzas impugnadas. **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 29 de enero de 2016, no evidenciando que exista la caducidad de la acción. **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), 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: que se declare la anulación de la “Ordenanza sustitutiva que regula la utilización y 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” emitida por el GAD de Esmeraldas y publicada en el Registro Oficial N° 427 de 29 de enero de 2015 “[...] *con todas las consecuencias jurídicas que implica una declaratoria de anulación; así como la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza impugnada, especialmente aquellos que tienen que ver la ejecución de dicha ilegal ordenanza*”. **5.1.2.** Ahora bien, esta Sala Especializada toma en cuenta que una de las pruebas solicitadas por el GAD de Esmeraldas, es que se oficie a la Corte Constitucional para que se remitan las sentencias 008-15-SIN-CC, 007-15-SIN-CC y 004-16-SIN-CC, petición que fue sustanciada en el auto de 8 de noviembre de 2016, y requerido a la Corte Constitucional mediante Oficio 2193-2016-SCT-CNJ, conforme consta de la razón sentada a foja 106 del expediente. Sin embargo se observa que la Corte Constitucional atendiendo el Oficio 2195-2016-SCT-CNJ mediante Oficio de 11 de noviembre de 2016, remite a esta Sala únicamente copias certificadas de las sentencias 008-15-SIN-CC y 007-15-SIN-CC. Ahora bien es claro que lo que el GAD pretende es justificar a través de la sentencia 004-16-SIN-CC que el acto normativo impugnado ha sido declarado inconstitucional de forma parcial, lo cual buscaba justificar a través de ese medio probatorio. También es claro que las sentencias de la Corte Constitucional son de conocimiento

público por cuanto por mandato legal contenido en el artículo 93 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales deben ser publicadas en el Registro Oficial, en tal sentido, esta Sala observa que la sentencia 004-16-SIN-CC a la que se refiere el GAD de Esmeraldas ha sido publicada en el Registro Oficial Suplemento 712 de 15 de marzo de 2016. La parte dispositiva de la sentencia referida señala: *“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 a la ordenanza que regula la utilización y ocupación del espacio público o la vía pública y 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 Esmeraldas publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 427 del 29 de enero de 2015, declara inconstitucional 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 Esmeraldas, 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 Esmeraldas 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.” (El subrayado nos pertenece). Como se ha

referido líneas arriba en el presente caso el único artículo que guarda relación con un tema de orden Tributario es el artículo 18 de la

Ordenanza impugnada, sin embargo de la revisión de la sentencia de la Corte Constitucional se verifica que el artículo 18 ha sido declarado

inconstitucional por el fondo. En este sentido es importante entender que la declaratoria de inconstitucionalidad por el fondo de una norma

jurídica tiene como efecto su expulsión del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en el presente caso materia de análisis se ha declarado la

inconstitucionalidad del artículo 18 de la Ordenanza impugnada, artículo impugnado en la demanda de acción objetiva. Por otra parte en

lo referente a los demás artículos impugnados a través de la presente acción (estos son los artículos 1, 2 y 21 de la Ordenanza impugnada), se

verifica que no constituyen normas que guarden referencia con temas de índole tributaria, sino que se relacionan con “permisos de

implantación” que entran dentro de la esfera administrativa y si bien es cierto dentro de la sentencia constitucional se hace relación al artículo

2 impugnado, a más de ese hecho por su esencia no tributaria, no puede ser analizado mediante la presente acción.-----

VI. CONTROL DE LEGALIDAD

6.1.- Control de legalidad del acto normativo impugnado.- Previo a realizar el control de legalidad del acto impugnado, es menester señalar que una acción objetiva tiene la característica de ser una acción de pleno conocimiento, en el sentido de que la parte actora tiene la obligación de justificar su calidad de tener en el asunto un interés directo, lo cual debe ser probado. En el presente caso, aplicando el precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba de la sana crítica (Artículo 115 del Código de Procedimiento Civil), ámbito de la lógica objetiva, a la documentación que consta de los autos del proceso se esclarecerá si el actor tiene un interés directo en el asunto materia de debate, es decir se verificará si el acto normativo impugnado tiene incidencia directa en las actividades del administrado. En el presente caso, al momento de realizar el examen de los requisitos subjetivos de la acción objetiva, en el punto 4.2 numeral ii) literal b) se manifestó que ASETEL ha justificado su interés directo con la presentación de sus estatutos, que constan de fojas 250 a 256 del expediente, así pues 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 a la tasa impuesta mediante la Ordenanza impugnada. **6.1.1.-** Partiendo de la premisa señalada, en base al precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba de la sana crítica, esta Sala Especializada llega al siguiente hecho considerado como probado y cierto. **6.1.1.1.- Hechos ciertos y probados:** La Ordenanza, publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 427 de jueves 29 de enero de 2015, materia de la presente impugnación tiene una incidencia directa sobre los derechos de quienes representa ASETEL la cual tiene como objetivo la protección y defensa de los legítimos derechos e intereses de sus asociados. Por otro lado también es un hecho cierto y probado que, de las normas impugnadas

de la Ordenanza materia del presente análisis, únicamente el artículo 18 guarda relación con el ámbito tributario, y que además esta norma ha sido declarada inconstitucional mediante sentencia N° 004-16-SIN-CC, publicada en el Registro Oficial Suplemento 712 de 15 de marzo de 2016. **6.1.2.-** Ahora bien, en este punto es menester señalar que al ser esencia misma de la acción objetiva el control de legalidad de actos generales, uno de los hechos que deben ser materia de discusión probatoria, es la que el actor del proceso tenga un interés directo, lo cual ya ha sido resuelto en el punto que antecede. **6.1.3.-** Una vez justificado el interés directo de ASETEL, es menester realizar un análisis de las pretensiones de la parte actora, para lo cual se realizan las siguientes consideraciones: **6.1.4.-** La parte actora en su pretensión procesal solicita: que se declare: “[...] *la anulabilidad total de la mentada ordenanza que regula LA UTILIZACIÓN Y OCUPACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO O LA VÍA PÚBLICA Y EL ESPACIO AÉREO MUNICIPAL, SUELO Y SUBSUEL, POR LA COLOCACIÓN DE ESTRUCTURAS, POSTES Y TENDIDO DE REDES PERTENECIENTES A PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS expedida por el Consejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Esmeraldas, provincia de Esmeraldas [...] con todas las consecuencias jurídicas que implica una declaratoria de anulación; así como la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza impugnada, especialmente aquellos que tiene que ver la ejecución de dicha ilegal ordenanza.*”. **6.1.5.-** A continuación este Tribunal, de conformidad con lo establecido en el artículo 273 del Código Orgánico Tributario, procede a realizar un control de legalidad de la Ordenanza impugnada, y para ello realiza las siguientes consideraciones: **i)** De acuerdo al análisis realizado a lo largo del punto VI de esta sentencia y de los hechos probados indicados *ut supra*, se ha determinado que la única norma que guarda relación con el ámbito tributario es el artículo 18 de la Ordenanza impugnada. **ii)** Sin embargo de lo referido, el

mentado artículo 18 ha sido declarado como inconstitucional por la Corte Constitucional mediante sentencia N° 004-16-SIN-CC, publicada en el Registro Oficial Suplemento 712 de 15 de marzo de 2016. **iii)** En este punto, esta Sala considera pertinente aclarar que el presente caso no es igual a la acción objetiva de impugnación 129-2013, planteada por la empresa ASETEL en contra del Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Atacames, en virtud de que la sentencia N° 008-15-SIN-CC emitida por la Corte Constitucional, (que guarda relación con el referido caso N° 129-2013) al referirse a la norma refutada por la parte actora (que correspondía al Art. 19 de la Ordenanza impugnada), realiza una sentencia modulativa en la cual se declara la inconstitucionalidad de las “frases” que deben excluirse de la ordenanza, excluyendo del ordenamiento jurídico parcialmente ciertas partes del artículo 19, así pues esta Sala Especializada en su momento realizó el control de legalidad de la ordenanza impugnada por “párrafos” de la norma que en su momento fue declarada parcialmente inconstitucional; mientras que la sentencia N° 020-16-SIN-CC, emitida por la Corte Constitucional, y que guarda relación con el presente caso, ha declarado la inconstitucionalidad “**total**” del artículo 18, cuyo efecto en el tiempo doctrinariamente se lo conoce como “*ex nunc*”, expulsándose así absolutamente, desde entonces en adelante, del ordenamiento jurídico la referida norma sin que le sea posible a esta Sala Especializada, en este momento realizar el control de legalidad de una norma declarada inconstitucional. **6.1.6.-** Tomando en cuenta los hechos probados arriba referidos, esta Sala Especializada ha indicado que los artículos 1, 2, y 21 de la ordenanza impugnada no tienen relación con temas tributarios, por lo que la pretensión del actor deviene en improcedente. **6.1.7.-** Finalmente es necesario 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". Para resolver este tema, es menester partir indicando que este Tribunal considera que los actos emitidos al amparo de la Ordenanza impugnada tienen una esencia autónoma y por lo tanto deben ser impugnados en su debido momento, bajo las acciones establecidas en el ordenamiento jurídico al amparo de acciones subjetivas allí recogidas, cuyo procedimiento de impugnación son distintas en esencia a la presente acción objetiva de nulidad. Por otro lado también hemos indicado en el punto 4.1.4 literal d) que la acción objetiva 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. Así mismo es importante señalar que a foja doscientos diecinueve consta la certificación financiera en la que se indica que no se ha iniciado acciones de cobro relacionadas con la Ordenanza impugnada.-----

VII CONCLUSIONES

7.- Conclusiones finales:

- 1)** Los artículos 1, 2, y 21 de la Ordenanza impugnada no guardan relación con temas tributarios, por lo tanto las pretensiones respecto a estas normas son improcedentes.

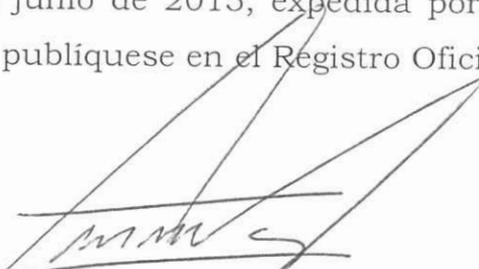
- 2)** Al existir un pronunciamiento de la Corte Constitucional mediante el cual se declara la inconstitucionalidad del artículo 18 de la Ordenanza, esta Sala Especializada no se puede pronunciar respecto a la referida norma pues ha sido expulsada del ordenamiento jurídico por el máximo órgano de control constitucional del Ecuador mediante sentencia N° 004-16-SIN-CC, publicada en el Registro Oficial Suplemento 712 de 15 de marzo de 2016.-----

VI.- DECISIÓN

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: -----

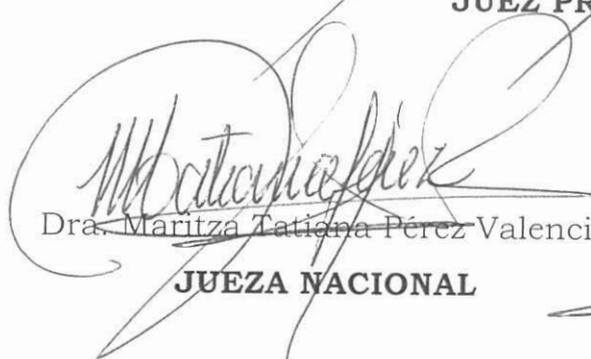
SENTENCIA

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

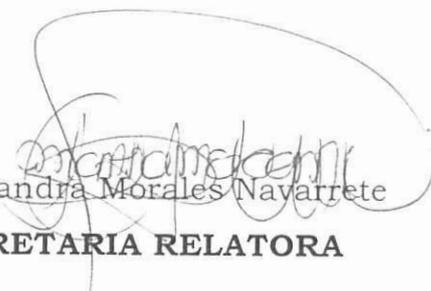
JUEZA NACIONAL



Dra. Ana María Crespo Santos

JUEZA NACIONAL

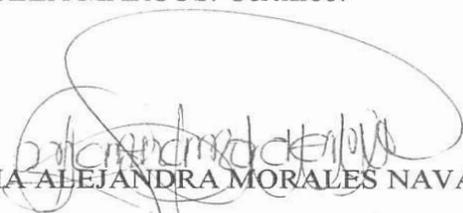
Certifico:



Ab. Alejandra Morales Navarrete

SECRETARIA RELATORA

En Quito, lunes cinco de junio del dos mil diecisiete, a partir de las diecisiete horas y ocho minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la SENTENCIA y VOTO SALVADOR 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. ALCALDE Y PROCURADOR SINDICO DEL CONSEJO CANTONAL DEL GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTON ESMERALDAS, PROVINCIA DE ESMERALDAS en la casilla **No. 84** y correo electrónico gedilog@hotmail.com; del Dr./Ab. LOGROÑO ASTUDILLO DIEGO GEOVANNY. PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO en la casilla **No. 1200** del Dr./Ab. ARTEAGA VALENZUELA MARCOS. Certifico:


 ABG. MARTHA ALEJANDRA MORALES NAVARRETE
SECRETARIA RELATORA

LIGIA.MEDIAVILLA

RAZÓN: Siento como tal que las 38 fotocopias que anteceden son iguales a los originales que constan dentro del Juicio No. 17751-2016-0063 que sigue la ASOCIACION DE EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES ASETEL en contra del GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTON ESMERALDAS, las mismas que las confiero debidamente certificadas. Quito, 9 de junio del 2017. Certifico.-


 ABG. MARTHA 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.