

# REGISTRO OFICIAL

ÓRGANO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR



CORTE NACIONAL DE  
**JUSTICIA**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

**RESOLUCIONES:**

**SALA ESPECIALIZADA DE LO  
CONTENCIOSO TRIBUTARIO**

**R311-2017, R312-2017, R313-2017**

Resolución No. 311-2017  
**RECURSO DE CASACIÓN**  
N° 372-2016

**FALLO DE MAYORIA DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ  
VALENCIA Y DEL DR. JOSÉ LUIS TERÁN**  
**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR**  
**SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO**

**ACTOR:** WILLIAM HOWARD LADD SALCEDO

**DEMANDADO:** DIRECTOR DISTRITAL DE GUAYAQUIL DEL  
**(RECORRENTE)** SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL  
ECUADOR

Quito, martes 2 de mayo del 2017, las 12h18.-

**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. Actúan también en la presente causa los doctores Ana María Crespo Santos y José Luis Terán Suárez, Jueces Nacionales, en virtud de la Resolución N° 341-2014 de 17 de diciembre de 2014, emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura y las Resoluciones N°s 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, así como del sorteo que consta en el proceso. Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario es competente para conocer y pronunciarse sobre el recurso de casación, en virtud de lo establecido en los artículos 184, numeral 1 de la Constitución de la República, 185, segundo inciso, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, y 1 de la Ley de Casación. -----

## I. ANTECEDENTES

**1.1.- Sentencia recurrida:** La Lcda. Alba Marcela Yumbra Macías, en su calidad de Directora Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, interpone recurso de casación, en contra de la sentencia de mayoría de 29 de enero de 2016, a las 11h52, emitida por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N° 2 con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del juicio de impugnación N° 09503-2013-0112, formulado en contra la Resolución N° SENAE-SZCA-2013-0491-BN de 8 de octubre de 2013, que declaró sin lugar el reclamo administrativo N° 162-2013 instaurado en atención a una multa administrativa equivalente a 10 veces del valor de los tributos que pretendió evadir en el formulario de registro aduanero N° 0838311, emitida por el Sub Director de carga aérea de la Dirección Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador. -----

**1.2.- Argumentos del recurso:** El legitimario fundamenta su recurso en las causales primera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación; sin embargo mediante providencia de 15 de julio de 2016 emitida por el Dr. Juan Montero Chávez, Conjuez Nacional de la Corte Nacional del Ecuador, declara la admisibilidad parcial del recurso, únicamente por el cargo realizado al amparo de la causal quinta. Al respecto el legitimario argumenta: *“Fundamento este cargo primero citando la parte dispositiva de la sentencia que se encuentra viciada de contradicción e incompatibilidad [...] En una primera instancia, al parecer en confusión de los términos la Sala declara **“sin valor, ni efecto legal alguno”** ambas resoluciones, esto es la Resolución del Reclamo Administrativo y del procedimiento sancionatorio y posteriormente señala que declara la **“nulidad”**. Siendo figuras jurídicas **distintas e incompatibles**; y, la sala comete un error jurídico enorme asimilándolas como si ambas declaratorias fueran lo mismo.- La declaratoria*

“sin efecto” es la disposición que hace un juez al declarar ~~sin valor legal~~ una resolución administrativa (en este caso), desechando la misma en razón de una impugnación y **el efecto jurídico de esta es la baja de dicha resolución sin la posibilidad de que la administración que la explicó pueda volver a resolver por dicha conducta o circunstancia**; es decir, le da una condición de firmeza que imposibilita rever la conducta por parte del organismo sancionador so pena de vulnerar el principio “non bis in idem”.- Por su parte la declaratoria de nulidad, tiene otro efecto y finalidad. Esto es sanear el vicio de nulidad, **es decir que bien podría la administración rever la conducta y sancionar saneando el supuesto vicio de nulidad**, pues el efecto de esta declaratoria es **retrotraer la situación jurídica en un estado previo al vicio que la nulita**.- Es necesario señalar que de conformidad con el Art. 139 del Código Tributario, mismo que fue invocado como fundamento jurídico en la sentencia, en su parte considerativa señala que los actos administrativos que provengan de autoridad incompetente deberán ser declarados nulos. Pero a pesar de esto la Sala en la parte dispositiva de su sentencia **primero deja sin efecto las resoluciones y posteriormente declara la nulidad de las mismas**, es decir no solo hay oscuridad en la sentencia sino que inclusive en el caso de que la Sala en violación de los derechos de la institución decidiera tomar como cierto el argumento de incompetencia presentado por el accionante en su informe en derecho **SIN CONSIDERAR LA ACCIÓN DE PERSONAL QUE CERTIFICA LA COMPETENCIA DEL FUNCIONARIO EJECUTOR QUE PRESENTÓ COMO DESCARGO EL SENAE** de la misma forma en su informe en derecho, la sanción aplicable era clara según el 139 numeral primero, **es decir la nulidad**.- Según lo señalado, mal podría el tribunal resolver dejando sin efecto y a la vez nulitando, pues no solo son figuras incompatibles y contradictorias entre ellas sino que la declaratoria sin efecto es contradictoria al análisis realizado en la parte considerativa de la sentencia, pues si la sala consideraba que la autoridad que sancionó debía declarar la nulidad de ambos actos administrativos por ser uno consecuencia

del otro, y no dejarlos sin efecto y a la vez nulificarlos como hizo, dicha contradicción entre las premisas y la conclusión en el ejercicio subsuntivo infringe con el segundo requisito de la motivación señalado por la Corte Constitucional es decir la Lógica que en su sentencia No. 227-12-SEP-CC, expresa lo siguiente: [...] Como podrán observar de lo señalado, la sala no solo ha contravenido con **el carácter LÓGICO** de la motivación al sancionar de forma contradictoria a los motivos que justifican su decisión en clara infracción del Art. 139 del Código Tributario, sino que además dentro del control de la motivación elaborado por la Corte Constitucional la Sala inclusive incurre en **FALTA DE MOTIVOS, por la contradicción entre motivos**, ya que si bien argumenta el cargo de incompetencia del funcionario ejecutor e inclusive dice que su efecto es la nulidad...”. Finalmente el recurrente aduce que ante la total confusión de conceptos de “nulidad” y “declaratoria sin efectos”, se ha generado incoherencia, incompatibilidad y contradicción, por lo que arguye: “...**JAMAS** (sic) afirmamos la incompetencia, **ES MAS** (sic) **LA DESMENTIMOS E IMPUGNAMOS FEHACIENTEMENTE** [...]”, por lo que solicita se admita a trámite el recurso de casación a fin de que se case la sentencia dictada. -----

**1.3.- Admisibilidad:** Como señalamos *ut supra*, mediante auto de admisión de 15 de julio de 2016 emitida por el Dr. Juan Montero Chávez, Conjuez Nacional de la Corte Nacional del Ecuador, declara la admisibilidad parcial del recurso, únicamente por los cargos realizados al amparo de la causal quinta de la Ley de Casación por los supuestos yerros de contradicción, “incoherencia” e “inconsistencia”. -----

**1.4.- Argumentos de la contestación al recurso:** Admitido el recurso de casación y corrido el traslado respectivo; la parte actora no ha contestado fundamentadamente la admisibilidad antedicha conforme lo ordena el artículo 13 de la Ley de Casación. -----

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

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

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

**2.3.- Determinación del problema jurídico a resolver:** La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia examinará si la sentencia sujeta al análisis casacional por los legitimarios tiene sustento legal y para ello es necesario determinar cuáles son los fundamentos que se plantean dentro del recurso: -----

**A)** ¿La sentencia del Tribunal *A quo* incurre en la **causal quinta** del artículo 3 de la Ley de Casación, al aparentemente existir de contradicción, incoherencia e inconsistencia, al haber decidido el fallo declarar la nulidad y dejar sin efectos jurídicos los actos administrativos analizados en el edicto recurrido? -----

## III.- ARGUMENTACIÓN DE LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

**3.1.- Consideraciones casacionales generales:** Previo a abordar los vicios denunciados planteados por la recurrente, es menester iniciar estableciendo ciertos hitos necesarios para conceptualizar las

características generales de la casación planteándonos la siguiente pregunta: ¿Qué es la casación? Dentro de la doctrina autorizada, Hernando Devis Echandía en su obra *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil* pág. 797, al referirse al recurso de casación manifiesta que: *“Se trata de un recurso extraordinario, razón por la cual está limitado a los casos en que la importancia del litigio por su valor o su naturaleza lo justifica. Por él se enjuicia la sentencia del tribunal, que es su objeto, sin que implique una revisión del juicio.”*; así mismo, Luis Armando Tolosa Villabona en su obra *Teoría y Técnica de la Casación* pág. 39, señala que: *“[...] el recurso de Casación es un medio de impugnación extraordinario por motivos específicamente establecidos en la Ley y cuyo conocimiento está atribuido a un órgano judicial supremo (Corte Suprema de Justicia en Colombia, o Tribunal de Casación o Corte de Casación en otros ordenamientos) con el fin de anular, quebrar o dejar sin valor, por razones procesales sustanciales inmanentes, sentencias que conculcan el derecho objetivo, y que contienen errores in iudicando, errores facti in iudicando o errores procesales.”*. Partiendo de estas citas doctrinarias, es claro que el recurso de casación tiene la característica jurídica de un recurso extraordinario y formal en virtud de que únicamente puede ser propuesto por los motivos expresamente establecidos en la Ley, así pues en el ordenamiento jurídico ecuatoriano establece taxativamente en el artículo 3 de la Ley de Casación cinco causales, sobre las que se puede proponer el recurso de casación, fuera de las cuales no se puede aceptar la existencia de alguna adicional. En materia Tributaria, el recurso de casación fue introducido en el título III del Libro Tercero del Código Tributario publicado en el Registro Oficial 958, de 23 de diciembre de 1975, en donde se establecía que el recurso sería interpuesto ante un Tribunal de Casación constituido por Magistrados de las Salas que no hubiesen conocido la causa. La competencia para conocer la Casación por parte de los Tribunales Distritales tuvo vigencia hasta el 5 de mayo de 1993, cuando se expidió la Codificación de la Constitución Política de la República, en cuyo Disposición Transitoria Décima Séptima

dispuso que: “*El recurso de casación previsto en el Título III, del Libro Tercero, del Código Tributario (artículos 328 a 335) será interpuesto, a partir de la fecha de la vigencia de estas reformas constitucionales, para ante la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia.*”. Así mismo el artículo 21 de la Ley de Casación publicada el Registro Oficial 192 de 18 de mayo de 1993, derogó en forma total el Título Tercero del Código Tributario, estableciéndose de este modo la casación que se encuentra vigente hasta nuestros días. Finalmente hay que también considerar que el recurso de casación tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de las normas de Derecho sustanciales como procesales dentro de la sentencia o auto del inferior. Sobre el tema, Calamandrei pregonaba la naturaleza del medio extraordinario de impugnación y de estar encerrado en las cuestiones y revisión del derecho, cuando comentaba del recurso de casación. (Ver. Citado por A. MORELLO, en La Casación, Un modelo Intermedio Eficiente, Segunda edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000. pág. 71). En consecuencia el recurso de casación busca el estricto cumplimiento de las normas a través del control de legalidad de las decisiones judiciales y vela por la unificación de los criterios judiciales a través de la jurisprudencia casacional. -----

**3.2.- Identificación del problema jurídico planteado:** En relación, al problema jurídico planteado en el punto 2.3 de la presente sentencia, deducido del recurso interpuesto por el recurrente, el mismo guarda relación con la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación que establece: “[...] 5ta. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles.”. Los cargos contenidos en esta causal se refieren a la transgresión de normas relacionadas con la estructura, contenido y forma de la sentencia o auto, la que se configuraría de dos maneras: **i)** Por defectos en la estructura del fallo que se configuran por el incumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para la emisión de la

sentencia o auto; y, **ii)** Por incongruencia en la parte considerativa o dispositiva del fallo, en cuanto se adoptan resoluciones contradictorias o incompatibles. Ahora bien de acuerdo con lo señalado en el auto de admisión, el recurrente ha planteado su recurso por el vicio de “contradicción”, y además por considerarse que también se observa que el edicto es “*incoherente*” e “*inconsistente*”, por lo que para realizar el respectivo control de legalidad, es menester delimitar y desentrañar los prolegómenos de los vicios contenidos en la causal quinta relativos a la incongruencia (señalados en el numeral *ii) ut supra*), para posteriormente verificar si se configura o no en el caso *sub judice*. -----

**3.3.-** En cuanto al vicio de contradicción; apreciado por la doctrina como una de las especies contempladas dentro de los yerros de “**incongruencia**” que puede afectar a una sentencia; debemos señalar que la Real Academia de la Lengua Española define al referido concepto como: “1. *adj. Que tiene contradicción con algo.* 2. *f. Fil. Cada una de las dos proposiciones, de las cuales una afirma lo que la otra niega, y no pueden ser a un mismo tiempo verdaderas ni a un mismo tiempo falsas.*”. ([www.rae.es](http://www.rae.es)). Dentro de la doctrina casacional ecuatoriana el Dr. Luis Cueva Carrión en su obra “La Casación en Materia Civil” (Edit. Ecuador FBT Cía. Ltda. 1993; págs. 190-191) respecto a “lo contradictorio” señala: “Aquí nos encontramos frente a una exigencia de carácter lógico: el fallo debe ser redactado con absoluto respeto a la leyes que rigen el pensamiento, bajo ningún concepto se las puede transgredir. Solamente por vía de ilustración indicamos que los principios lógicos del pensamiento correcto son: el principio de identidad, el principio de no contradicción, el principio del tercer excluido y el principio del tercer equivalente. Ahora bien cuando la Ley de Casación alude a lo contradictorio se refiere al segundo principio enunciado, al de no contradicción. ¿En qué consiste? El enunciado de este principio lógico es el siguiente: una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y en igualdad de

*circunstancias. Su forma abstracta es ésta: A no puede ser A y no A al mismo tiempo. Esto significa que la afirmación y la negación de una misma cosa no puede ser verdadera; lo que predicamos de una cosa es o no es. Por ejemplo: el contrato de compraventa es tal contrato si reúne los requisitos exigidos por el Libro Cuarto del Código Civil y decimos de él que es un contrato de compraventa pero no podemos afirmar al mismo tiempo que no es un contrato de compraventa, hacerlo es contravenir a este principio lógico y en derecho, constituye causal de casación. En suma: este principio nos enseña que dos juicios contradictorios no pueden ser verdaderos al mismo tiempo. Este principio tiene su fundamento en dos evidencias: la una de carácter lógica: dos juicios contradictorios no pueden ser verdaderos al mismo tiempo; y la otra ontológica: un mismo objeto no puede ser y no ser al mismo tiempo. La contrariedad en la parte dispositiva de una sentencia constituye causal de casación no solamente porque la vuelve lógicamente contradictoria sino porque es inejecutable.”. Un criterio interesante y particular ha sostenido la Sala de los Civil de la Ex Corte Suprema de Justicia en el caso 558-992 (Resolución 558-99 de 09 de noviembre de 1999 publicada en el Registro Oficial 348 de 22 de diciembre de 1999, gaceta judicial XVII N°2 páginas 363-370) citada por el Dr. Santiago Andrade Ubidia. en su obra “La Casación Civil en el Ecuador”, ( Editorial Andrade&Asociados, 1era Edición páginas 146 a 147), en donde se realizaron las siguientes consideraciones: “Para analizar la causal quinta ante todo es necesario dilucidar si la contradicción de la que puede adolecer una decisión judicial se da solamente en la parte dispositiva de la sentencia, o también en su parte considerativa. Puede sostenerse, en base a una interpretación puramente literal del numeral quinto del artículo 3 de la Ley de Casación que la contradicción o la incompatibilidad debe contenerse exclusivamente en la parte resolutive del fallo. Es verdad que la letra del numeral quinto del artículo 3 de la Ley de Casación así parece disponer , pero la Sala estima que la correcta interpretación de esta norma es otra, más amplia, que incluye no solamente a lo expresado en la parte resolutive sino*

también en su fundamentación objetiva al tenor de lo que dispone el artículo 301 [297] inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, es decir se debe realizar un análisis integral del fallo y establecer si hay o no la debida armonía en él, relacionando unas partes con otras en búsqueda de su cabal sentido. En la Ley de Casación se habla de una <<parte dispositiva>>, pero el Código de Procedimiento Civil no contiene ninguna norma que señale imperativamente la estructura del fallo ni especifique las diversas partes del mismo aunque sí hay varias que especifican los requisitos de forma (artículo 280 [276], 281 [277], 291 [287] a más del artículo 179 de la Ley Orgánica de la Función Judicial de otra parte, en el Código de Procedimiento Civil se habla tanto de decisión como de resolución (ver artículos 273 [269], 274 [270], 276 [272], 277 [273], 278 [274], 280 [276], e inclusive se utilizan los dos términos simultáneamente (por ejemplo, el artículo 278 [274]). La Sala reitera lo que expresó en su fallo No. 292 de 13 de marzo de 1999, dictado dentro del proceso de casación No. 662-95, publicado en el Registro Oficial No. 255 de 16 de agosto de 1999, en el sentido de que la correcta interpretación de la causal quinta impone analizar la resolución con su motivación, y de encontrarse que hay contradicción o incompatibilidad, se deberá anular el fallo recurrido y dictar el que corresponda, ya que < La articulación de un razonamiento justificativo en la sentencia representa el fundamento de toda motivación. [...]>. En este orden de ideas, para entender la configuración de una contradicción, es imperante señalar que una sentencia se degeneraría en incongruente por dicho vicio, conforme nuestra Ley de Casación, cuando en su parte resolutive se aprecien dos o más decisiones u órdenes contrapuestas. De igual manera la doctrina y la jurisprudencia, conforme lo señalamos líneas arriba, ha identificado que un edicto también puede estar viciado por contradicción, cuando en su parte considerativa (conformada por una serie eslabonada de argumentos, razonamientos y conclusiones lógicas y racionales dirigidas de manera concatenada a la identificación de problemas y a la solución de dichos

controvertidos), contendría premisas “opuestas o inversas” a la ~~decisión~~ o decisiones finales contenidas en la parte resolutive. -----

**3.4.-** Dadas las circunstancias del recurso de casación propuesto, es necesario también abordar otra de las especies de vicios contenidas en el género de la incongruencia, y contenida en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, esto es el de la **“incompatibilidad”**. Este concepto (incompatible) es definido por la Real Academia de la Lengua Española de la siguiente forma: “1. *adj.* No compatible con alguien o algo.”. Ahora el término compatible por dicha Academia es definido como: “1. *adj.* Que tiene aptitud o proporción para unirse o concurrir en un mismo lugar o sujeto.”. ([www.rae.es](http://www.rae.es)). En cuanto a la doctrina ecuatoriana, el Dr. Cueva Carrión en la obra citada *ut supra*, en su página 192 señala: “[...] lo incompatible es aquello que no concuerda con una cosa, que distorsiona, que no guarda relación de proporción entre un objeto y otro, que no puede unirse, que se excluye. Lo incompatible es excluyente; por lo tanto, si se adoptan decisiones incompatibles se excluyen y cuál de las dos podrían ser ejecutada? Una de ellas o ninguna? Las decisiones incompatibles no permiten ejecutar la sentencia.”. De las citas doctrinarias antedichas se observa que dicha especie se configura cuando la decisión adoptada por el Juez *A-quo* **no se encuadra, no se adecúa o no pertenece** a la lógica desarrollada dentro de la parte motiva de la sentencia, al punto de que la decisión se constituye como ajena o extraña, y por tanto incongruente, a la consecuencia que realmente debía obtenerse de unos presupuestos y premisas acontecidas y por tal condenado a la decisión del fallo en imposible de ser cumplida. Esta Sala Especializada considera, *ergo*, que **el vicio de incompatibilidad de decisiones, es distinto en concepto y naturaleza, al vicio de contradicción** (por tanto no pueden ser alegados como complementarios, ni menos simultáneamente cuando hay una sola decisión o solución), sin

embargo debe ser analizado atendiendo la parte motiva de la sentencia y a la resolución final del caso. -----

**3.5.- Control de legalidad del edicto recurrido:** Conforme la argumentación del recurrente, en el recurso se resalta las siguientes afirmaciones: *“Fundamento este cargo primero citando la parte dispositiva de la sentencia que se encuentra viciada de contradicción e incompatibilidad [...]”, “Según lo señalado, mal podría el tribunal resolver dejando sin efecto y a la vez nulitando, pues no solo son figuras incompatibles y contradictorias entre ellas sino que la declaratoria sin efecto es contradictoria al análisis realizado en la parte considerativa de la sentencia.”* (Subrayado fuera de texto); de estas argumentaciones se deduce diáfananamente que el recurrente utiliza como sinónimos los términos “contradicción” e “incompatibilidad”, tanto para argumentar la causal en la que se fundamenta su recurso, como para sostener su particular hipótesis jurídica sobre los efectos de la nulidad de los actos tributarios. Solo el simple hecho de emplear ambos vicios como similares cuando hay una sola decisión, deslucen la postura del legitimario sobre una eventual configuración de una incongruencia en la sentencia sujeta a control de legalidad, pues se desacreditan las aseveraciones sobre el vicio denunciado, error que no puede ser subsanado de oficio por esta Sala Especializada, lo que sobrevendría en un mero rechazo a su pedido casacional; más al haber sido calificado y apreciado el recurso por el Conjuez Nacional como un potencial yerro de contradicción, este Tribunal dirigirá su control de legalidad en base a dicha calificación y en mérito del recurso, siempre que de suficiente y adecuada acreditación para este propósito. Así las cosas el recurrente arguyó: *“...En una primera instancia, al parecer en confusión de los términos la Sala declara **“sin valor, ni efecto legal alguno”** ambas resoluciones, esto es la Resolución del Reclamo Administrativo y del procedimiento sancionatorio y posteriormente señala que declara la **“nulidad”**. Siendo figuras jurídicas **distintas e incompatibles**; y, la sala comete un error jurídico enorme asimilándolas*

como si ambas declaratorias fueran lo mismo.- La declaratoria “sin efecto” es la disposición que hace un juez al declarar sin valor legal una resolución administrativa (en este caso), desechando la misma en razón de una impugnación y **el efecto jurídico de esta es la baja de dicha resolución sin la posibilidad de que la administración que la explicó (sic) pueda volver a resolver por dicha conducta o circunstancia**; es decir, le da una condición de firmeza que imposibilita rever la conducta por parte del organismo sancionador so pena de vulnerar el principio “non bis in ídem”.- Por su parte la declaratoria de nulidad, tiene otro efecto y finalidad. Esto es sanear el vicio de nulidad, **es decir que bien podría la administración rever la conducta y sancionar saneando el supuesto vicio de nulidad**, pues el efecto de esta declaratoria es **retrotraer la situación jurídica en un estado previo al vicio que la nulita**.- Es necesario señalar que de conformidad con el Art. 139 del Código Tributario, mismo que fue invocado como fundamento jurídico en la sentencia, en su parte considerativa señala que los actos administrativos que provengan de autoridad incompetente deberán ser declarados nulos. Pero a pesar de esto la Sala en la parte dispositiva de su sentencia **primero deja sin efecto las resoluciones y posteriormente declara la nulidad de las mismas [...]**. Sobre estas afirmaciones, en relación a los **efectos de** la declaratoria de **nulidad** de un acto de naturaleza tributaria, las mismas son opiniones o criterios muy particulares y personales del recurrente, expuestos en el respectivo escrito sin el apoyo de sustento legal, jurisprudencial ni doctrinario alguno, que permitan llegar a la convicción de que el instituto jurídico de la “nulidad”, y los términos o frase “se deja sin efectos” son opuestos. Tal es la hipótesis expuesta por el legitimario, que al ser examinada no resiste el menor análisis, en relación a las teorías doctrinarias más relevantes propuestas para los fenómenos jurídicos denominados *ex nunc* y *ex tunc*, relativos a las consecuencias de la declaratoria de nulidad o ilegalidad de los actos administrativos (*verbigracia*, los estudios de Raúl Bocanegra en su obra “Lecciones sobre el acto administrativo”). Concomitantemente es necesario

resaltar que, independientemente se configure o no la particular propuesta jurídica del actor, la decisión del Tribunal en relación a que se “...*declara CON LUGAR la demanda planteada por el señor WILLIAM HOWARD LADD por sus propios y personales derechos...*”, no puede ser alterada en mérito de la causal alegada, y sobre todo al no haber sido controvertida en casación esta decisión en particular. En consecuencia la aseveración del recurrente de que: “...*es decir no solo hay oscuridad en la sentencia sino que inclusive en el caso de que la Sala en violación de los derechos de la institución decidiera tomar como cierto el argumento de incompetencia presentado por el accionante en su informe en derecho SIN CONSIDERAR LA ACCIÓN DE PERSONAL QUE CERTIFICA LA COMPETENCIA DEL FUNCIONARIO EJECUTOR QUE PRESENTO COMO DESCARGO EL SENAE de la misma forma en su informe en derecho, [...] JAMAS afirmamos la incompetencia, ES MAS (sic) LA DESMENTIMOS E IMPUGNAMOS FEHACIENTEMENTE [...]*”, no guarda conformidad ni coherencia con la naturaleza y alcances de control de legalidad que ofrece el vicio de “*contradicción*” al amparo de la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, conforme se analizó en extenso en el numeral 3.3 del presente edicto; en razón de que con dicha afirmación se insinúa se aprecie nuevamente la prueba relacionada con una “acción de personal” con el fin de que se revalúe el tema de la incompetencia decidida por el Tribunal de instancia, estado jurídico completamente ajeno a la discusión casacional propuesta sobre los alcances de la nulidad del acto administrativo impugnado, planteados desacertadamente como contradictorios por el recurrente. Por las razones expuestas no se configura el vicio denunciado.-

**3.6.-** Cabe también examinar sobre lo que el recurrente adujo: “[...] *dicha contradicción entre las premisas y la conclusión en el ejercicio subsuntivo infringe con el segundo requisito de la motivación señalado por la Corte Constitucional es decir la Lógica que en su sentencia No. 227-12-SEP-CC, expresa lo siguiente: ... Como podrán observar de lo señalado, la sala no*

solo ha contravenido con **el carácter LOGICO** (sic) de la motivación al sancionar de forma contradictoria a los motivos que justifican su decisión en clara infracción del Art. 139 del Código Tributario, sino que además dentro del control de la motivación elaborado por la Corte Constitucional la Sala inclusive incurre en **FALTA DE MOTIVOS, por la contradicción entre motivos**, ya que si bien argumenta el cargo de incompetencia del funcionario ejecutor e inclusive dice que su efecto es la nulidad [...]”. De las argumentaciones citadas, esta Sala Especializada considera pertinente enunciar las siguientes reflexiones: La sentencia de la Corte Constitucional citada por el recurrente hace referencias y silogismos conceptuales sobre las distintas acepciones, caracteres y enfoques negativos que se pueden derivar del instituto jurídico de la “motivación”, entre algunas de estas últimas tenemos a ciertos menoscabos en la actividad jurisdiccional relacionadas con, “la falta de motivación”, “la indebida motivación”, “la falsa motivación”, etc., cada una de ellas de un revestimiento, comprensión y alcance distintivo y único. Más en materia casacional (por la tradición jurídica del recurso casacional que se plasma en el cumplimiento de ciertas formalidades, traducidas y contempladas en la norma como causales o formas, que exigen un estricto orden en la identificación de errores incurridos en el ejercicio de administrar justicia), el control de legalidad de las decisiones judiciales, nos antepone a que obligatoriamente se honren las distintas causales o vías por las cuales, (dependiendo de la naturaleza de cada una de los casos), en donde se expondrán los yerros que se llegaren a identificar en una sentencia, de tal suerte que el equívoco del vicio o de la identificación de la vía casacional, indefectiblemente haría que se rechace el recurso. Como habíamos señalado en el numeral 3.2 del presente edicto, los vicios jurisdiccionales contemplados en la causal quinta invocada se refieren a la transgresión de normas relacionadas con los defectos de la estructura, contenido y forma de la sentencia o auto; o, por incongruencias de sus premisas o decisiones, degenerando a que las resoluciones sean contradictorias o incompatibles. Así tenemos que la

motivación, contemplada como un requisito formal de la sentencia de obligatorio cumplimiento conforme el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República, sea perseguible en base a la causal quinta, pero por defectos de la estructura de la sentencia, es decir, en razón de su “ausencia” o “inexistencia” en el fallo; sin embargo la **ausencia** de motivación si bien se persigue en base a la causal quinta conforme se analizó en líneas arriba, no puede ser alegada en base a esta misma causal por incongruencia en el fallo, de conformidad con el análisis realizado en extenso en los numerales 3.3 y 3.4 del presente edicto. En la especie, el recurrente al alegar que los jueces de instancia incurrieron en “[...] **FALTA DE MOTIVOS, por la contradicción entre motivos,**”, comete un error grave al confundir el control de legalidad por falta de motivación, con el control que se realiza en base a la incongruencia de premisas y soluciones, es decir en base al yerro de la contradicción, situación que desmerece los argumentos del recurso, propuesta que se empeora si se toma en cuenta que **la falta de motivación no fue calificada en el respectivo auto de admisión**. Concomitantemente, dentro de esta providencia también se menciona que aparentemente el fallo es “incoherente” e “inconsistente”, lo que a entender de esta Sala Especializada, dichos términos (que no constan expresamente en la Ley de Casación como errores perseguibles) deben ser asimilados necesariamente dentro del contexto del cargo admitido, esto es el incongruencia de la sentencia por contradicción, pues lo contrario conllevaría a que se haga un control de legalidad por una indebida motivación, situación que haría exceder los límites casacionales habilitados para el presente caso. -----

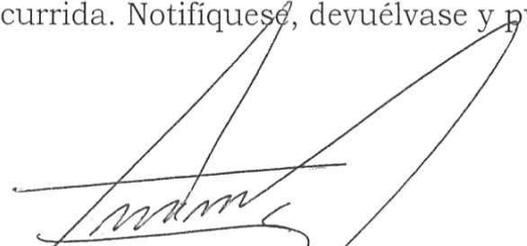
#### IV.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN**

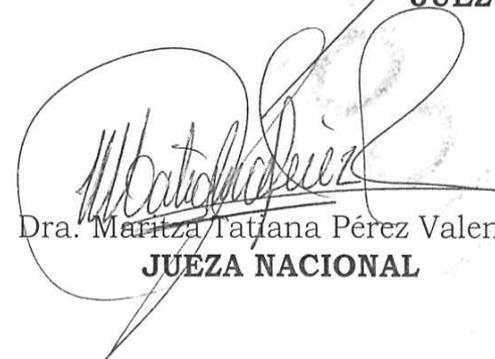
**NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** expide la siguiente: -----

**SENTENCIA**

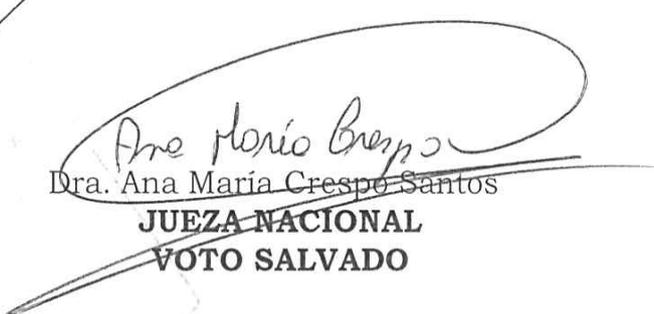
No se casa la sentencia recurrida. Notifíquese, devuélvase y publíquese. ----



Dr. José Luis Terán Suárez  
**JUEZ PRESIDENTE**

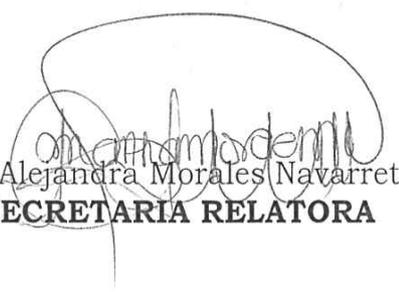


Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia  
**JUEZA NACIONAL**



Dra. Ana María Crespo Santos  
**JUEZA NACIONAL**  
**VOTO SALVADO**

**Certifico:**



Ab. Alejandra Morales Navarrete  
**SECRETARIA RELATORA**

VOTO DE SALVADO DRA. ANA MARÍA CRESPO SANTOS

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

JUEZA PONENTE: DRA. ANA MARÍA CRESPO SANTOS

ACTOR: LADD SALCEDO WILLIAM HOWARD

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

Recurso N° 372-2016

Quito, martes 2 de mayo del 2017, las 12h18.-

#### ASUNTO

Resolución del recurso de casación interpuesto por la Directora Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, en contra de la sentencia dictada el 29 de enero de 2016, a las 11h52 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N° 2, con sede en Guayaquil, dentro del juicio de impugnación N° 09503-2013-0112, deducido por el Sr. William Howard Ladd Salcedo, por sus propios y personales derechos, propuesto en contra de la Resolución N° SENAE-SZCA-2013-0491-BN de 08 de octubre de 2013, emitida por el Subdirector de Zona de Carga Aérea.

#### I. ANTECEDENTES

1.1.- De acuerdo al escrito que contiene el recurso de casación de fecha 30 de mayo de 2016, el casacionista se fundamentó en la **causal primera** del Art. 3 de la Ley de Casación, alegó que se produjo la *falta de aplicación* del Art. 270 del Código Tributario y del Art. 76 núm. 7 letra h) de la Constitución de la República del Ecuador y *aplicación indebida* del Art. 139 del Código Tributario; así como, en la **causal quinta** del Art. 3 de la Ley de la materia, manifestó que la sentencia atacada no contiene los *requisitos exigidos por la Ley*, toda vez que infringe las siguientes normas: Arts. 76 núm. 7 letra l) Constitución de la República del Ecuador y 139 del Código Tributario y también arguye que en su parte dispositiva se adoptaron decisiones contradictorias o incompatibles. Se indica que el Dr. Juan G. Montero Chávez, Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, calificó la admisibilidad del recurso en referencia, únicamente por la **causal quinta** del Art. 3 de la Ley de Casación.

1.1.1.- Con relación a la **causal quinta** señaló, lo siguiente: "(...) *En una primera instancia, al parecer en confusión de términos la Sala declara "sin valor, ni efecto legal alguno" ambas resoluciones, esto es la Resolución del Reclamo Administrativo y del procedimiento sancionatorio y posteriormente señala que declara "la nulidad". Siendo figuras jurídicas distintas e incompatibles; y, la sala comete un error jurídico enorme asimilándolas como si ambas declaratorias fueran lo mismo. La declaratoria "sin efecto" es la disposición que hace el juez al declarar sin valor legal una resolución administrativa (en este caso), desechando la misma en razón de una impugnación y el efecto jurídico de esta es la baja de dicha resolución sin la posibilidad de que la administración que la expidió pueda volver a resolver por dicha conducta o circunstancia; es decir, le da una condición de firmeza que imposibilita rever la conducta por parte del organismo sancionador so pena de vulnerar el principio de "non bis in idem". Por su parte la declaratoria de nulidad, tiene otro efecto y finalidad. Esto es sanear el vicio de nulidad, es decir que bien podría la administración rever la conducta y sancionar saneando el supuesto vicio de nulidad, pues el efecto de esta declaratoria es retrotraer la situación jurídica a un estado previo al vicio que la nulita. (...) Según lo señalado, mal podría el tribunal resolver dejando sin efecto y a la vez nulitando, pues no solo son figuras incompatibles y contradictorias entre ellas sino que la declaratoria sin efecto es contradictoria al análisis realizando en la parte considerativa de la sentencia,*

*pues si la sala consideraba que la autoridad que sancionó era incompetente debía declarar la nulidad de ambos actos administrativos por ser uno consecuencia del otro, y no dejarlos sin efecto y a la vez nulificarlos como hizo, dicha contradicción entre las premisas y la conclusión en el ejercicio subsuntivo infringe con el segundo requisito de la motivación señalado por la Corte Constitucional es decir la Lógica que en su sentencia N° 227-12-SEP-CC expresó". Es decir que si bien sabe el tribunal que el efecto de la supuesta incompetencia sería la nulidad, al momento de resolver contradice el argumento con la conclusión en el ejercicio de la subsunción y declara sin valor o efecto legal a las resoluciones y posteriormente declara la nulidad en una TOTAL CONFUSIÓN DE LOS CONCEPTOS DE NULIDAD Y DECLARATORIA SIN EFECTO, generando, incoherencia, incompatibilidad y contradicción pues como ya hemos señalado no tiene los mismos efectos legales. (...) En el presente caso la ausencia del carácter lógico de la sentencia así como la FLATA (sic) DE MOTIVOS en el control de motivación hace carecer a la sentencia de motivación y por ende INFRINGIR EL ART. 76 NUMERAL 7 LITERAL L DE LA CONSTITUCIÓN Y EL ART. 139 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO. (...)"*

1.2.- En consideración al auto de fecha 15 de julio de 2016, a las 09h45, el Dr. Juan Montero Chávez, Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, calificó la admisibilidad del recurso de casación, el cual fue admitido al amparo de la **causal quinta** del Art. 3 de la Ley de Casación, por considerar que la sentencia no contiene los requisitos exigidos por la ley, estableció como normas infringidas lo dispuesto en los Arts. 76 núm. 7 letra l) Constitución de la República del Ecuador y 139 del Código Tributario, también arguye que en su parte dispositiva se adoptaron decisiones contradictorias o incompatibles.

1.3.- Finalmente, es menester señalar lo que el Tribunal de instancia esgrimió en la sentencia recurrida, que su parte considerativa manifestó: "(...) **TERCERO.- Este Tribunal integrado legalmente, atiende el precepto constitucional contenido en el Artículo de la Carta Magna que indica: "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: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...)"**; enunciado

*jurídico que ha sido considerado en esta causa, y que siendo de inmediato y directo cumplimiento, nos obliga como administradores de Justicia a precautelar y velar por el respeto y cumplimiento de los derechos de las partes, conscientes de que, conforme lo señala el Art. 169 de la Constitución de la República, el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso, y que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades, cumplimos en la revisión objetiva del proceso contencioso tributario, con el afán de administrar justicia con sujeción a la Constitución, a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y a la Ley (cabe mencionar que la mayoría de estos principios ya constaban en los Arts. 23 # 27, 24 # 17, 192 y 196 de la Constitución de 1998 vigente a la fecha de inicio de la Litis]. 4.1).- Los jueces deben respetar el principio dispositivo consagrado en el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial [“Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley”], antes contemplado en el Art. 194 de la Constitución Política de 1998 [“La sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e intermediación”]. 4.2).- Amparados en el segundo inciso del Art. 273 del Código Orgánico Tributario, la sentencia será motivada y decidirá con claridad los puntos sobre los que se trabó la litis y aquellos que, en relación directa a los mismos, comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnados, aun supliendo las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o apartándose del criterio que aquellos atribuyan a los hechos. CUARTO.- Este tribunal tiene la obligación legal conforme lo prescrito en el Art. 219 del Código Orgánico de la Función Judicial en concordancia con el Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador de controlar la legalidad de los actos y resoluciones administrativos de naturaleza tributaria y siendo así corresponde para tales efectos, tener presente que todo acto o resolución administrativa se presumen legítimos y ejecutivos al tenor de lo prescrito en los Arts. 82, 83 y 84 del Código Orgánico Tributario, por lo que es obligación del Administrado*

destruir la presunción de legalidad acto o resolución administrativa y en el caso materia de estudio, encontramos que la Resolución Administrativa impugnada que consta de fojas dos a once de las tablas procesales, declara sin lugar el reclamo administrativo de impugnación No. 162-201 3 y ratifica la legalidad y validez de la Resolución No. SENAE-JSPA-201 3-0050-RE de fecha 14 de julio de 2013 dictada por el señor Xavier Garay Mauchy, en su calidad de Jefe de Procesos Aduaneros, que tiene relación con el expediente del sumario sancionador No. 049-2013 del 3 de julio de 2013, el cual concluyó con la resolución sancionatoria antes referida, conforme consta de fojas 62 a 67 de autos, no obstante lo anterior, consta de autos de fojas 275 a 276 que el señor Xavier Garay Mauchy fue designado Jefe de Procesos Aduaneros el 21 de julio de 2013, lo que implica que el inicio del expediente sumario y la resolución sancionatoria arriba mencionados fueron dictados por una autoridad incompetente, ya que el señor Xavier Garay Mauchy fue designado Jefe de Procesos Aduaneros el 21 de julio de 2013 mientras que el inicio del expediente sancionador No. 049-2013 fue dictado el 3 de julio de 2013 y la resolución sancionatoria fue dictada el 14 de julio de 2013 por el señor Xavier Garay Mauchy como Jefe de Procesos Aduaneros cuando dicho funcionario no había sido aún designado en dicho cargo conforme consta de la información remitida a este proceso que consta a fojas 275 y 276 de autos, por lo que en este caso, el administrado ha destruido la presunción de legalidad del acto administrativo al demostrar que el funcionario que dictó la resolución sancionatoria No. SENAE-JSPA- 2013-0050-RE de fecha 14 de julio de 2013 actuó sin ser funcionario competente lo que ocasiona la nulidad del inicio del sumario dictado el 3 de julio de 2013 y de la resolución sancionatoria dictada el 14 de julio de 2013 al tenor de lo prescrito en el Art. 139. Numeral uno del Código Orgánico Tributario y por ende, de la resolución impugnada en este proceso, ya que la Resolución No. SENAE-SZCA-2013-01 19-RE dictada por el señor Ricardo Manuel Troya Andrade el 8 de octubre de 2013 ratifica la validez y legalidad de actos nulos lo cual es prohibido por la Ley al tenor de lo prescrito en el Art. 139 numeral uno del Código Orgánico Tributario en concordancia con el Art. 8 del Código Civil que dispone que todo acto prohibido por la Ley es nulo, debiendo mencionar que la resolución impugnada en este proceso consta debidamente agregada junto con el libelo de demanda del actor de este proceso, por lo que no cabe duda para este tribunal que dicha resolución si fue impugnada mediante el presente proceso

*contencioso tributario no siendo procedente el reproche de la administración aduanera en relación con la supuesta impugnación de otra resolución, ya que aquello devendría en sacrificar la justicia y no brindar una tutela judicial efectiva y expedita conforme lo manda el Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador, además. Cabe resaltar que el Art. 10 del Código Civil norma que aplica al presente caso por expresa remisión del Art. 103, in fine del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones dispone que los actos que la Ley declara nulos no pueden ser declarados válidos por los jueces y en consecuencia jurídica, lo que correspondía era que se declare la nulidad de todo lo actuado al tenor de lo prescrito en el Art. 139 numeral uno del Código Orgánico Tributario, ya que la antes referida norma es mandatoria, y no que se ratifique la validez y legalidad del expediente sancionador y resolución sancionatoria al haber sido dictadas por autoridad incompetente, por lo que siendo que las leyes mandan, permiten o prohíben al tenor de lo prescrito en el Art. 1 del Código Civil, es obligación de este y en consecuencia jurídica, lo que correspondía era que se declare la nulidad de todo lo actuado al tenor de lo prescrito en el Art. 139 numeral uno del Código Orgánico Tributario, ya que la antes referida norma es mandatoria, y no que se ratifique la validez y legalidad del expediente sancionador y resolución sancionatoria al haber sido dictadas por autoridad incompetente, por lo que siendo que las leyes mandan, permiten o prohíben al tenor de lo prescrito en el Art. 1 del Código Civil, es obligación de este tribunal al tenor del Art. 10 del Código Civil acatar y hacer cumplir las disposiciones en concordancia con el inciso primero del Art. 272 del Código Orgánico Tributario, razón por lo cual no cabe ni procede ya entrar a analizar el resto de puntos controvertidos. (...)"*

## **II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA**

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

Ecuador, 185 segunda parte, número 1 del Código Orgánico de la Función Judicial y primero de la Codificación de la Ley de Casación.

### III.- VALIDEZ PROCESAL

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

### IV.- PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

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

#### *CAUSAL QUINTA (Art. 3 Ley de Casación)*

**Cargo único: Falta de motivación en la sentencia recurrida**, por cuanto manifiesta que se vulneró las disposiciones constantes en los Arts. 76 núm. 7 letra I) Constitución de la República del Ecuador y 139 del Código Tributario, también arguye que en **su parte dispositiva se adoptaron decisiones contradictorias o incompatibles**.

### V.- CONSIDERACIONES Y RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1.- El recurso de casación conforme lo ha reconocido la propia doctrina y jurisprudencia, posee un carácter extraordinario, de alta técnica jurídica, formal y excepcional, que tiene como base fundamental el operar sobre una resolución ejecutoriada, expedida por un Tribunal de Instancia. Cabe señalar que per se, no constituye una nueva instancia, así como tampoco abre la posibilidad de un nuevo examen del proceso, de ahí su ratificación sobre su esencia formal, cuyos requisitos y términos se encuentran establecidos en la Ley. Finalmente, la crítica del recurrente a la Sentencia de instancia, para conseguir ser examinada por la Sala de Casación, debe tener por objeto las consideraciones de ésta, que constituyan la ratio decidendi del fallo.

**5.2.-** Conforme los problemas jurídicos descritos en este fallo, el recurrente acusa la falta de motivación en la sentencia recurrida, así como arguye que en su parte dispositiva se adoptaron decisiones contradictorias o incompatibles, conforme lo señalado en el número 4.1., cargo único cuyo texto es el siguiente:

**- CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR:**

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

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

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

**- CÓDIGO TRIBUTARIO:**

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

**1.** *Cuando provengan o hubieren sido expedidos por autoridad manifiestamente incompetente; y,*

**2.** *Cuando hubieren sido dictados con prescindencia de las normas de procedimiento o de las formalidades que la ley prescribe, siempre que se haya obstado el derecho de defensa o que la omisión hubiere influido en la decisión del reclamo.*

**5.2.1.-** En consideración a la causal quinta alegada por el recurrente, esta Sala establece lo que el número 5 del Art. 3 de la Ley de Casación indica: "5ta. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan

*decisiones contradictorias o incompatibles;*”. Ahora bien, es pertinente enfocarnos a la primera hipótesis de dicho motivo, por el incumplimiento de la actividad procesal y determinada por los requisitos de fondo y forma que toda sentencia o auto deben contener, si llegase a faltar alguna parte de la resolución final, ya sea la relación de los hechos, motivación o decisión; esta se encontraría diminuta y sería susceptible de casación.

**5.2.2.-** Bajo el contexto antes descrito, se procede a analizar las acusaciones formuladas por la recurrente, la misma que alega, que la Sala de instancia infringió las siguientes normas de derecho, tales como: Arts. 76 núm. 7 letra l) Constitución de la República del Ecuador y 139 del Código Tributario.

**5.2.2.1.-** Respecto de la alegación efectuada por el recurrente sobre en relación a la causal quinta sobre la **“falta de requisitos exigidos por la Ley”** y en relación con **“en su parte dispositiva se adoptaron decisiones contradictorias o incompatibles”**, quien manifiesta conforme se estableció en el punto 1.1.1 de este fallo, que la resolución acusada carece de uno de los requisitos formales exigibles para que toda finalización de un litigio judicial sea válido y eficaz, como lo es, **la motivación**; esta Sala Especializada señala que para Gascón Abellán, expone que la motivación es: *“ La técnica analítica entiende que la motivación ha de estructurarse en una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, el valor probatorio que se les ha asignado y toda la cadena de inferencias que ha conducido finalmente a la decisión. La técnica globalizadora, en cambio, consiste, grosso modo, en una exposición conjunta de los hechos, en un relato, una historia que los pone en conexión en una estructura narrativa. (...)”*. Ahora bien, antes de empezar el análisis que el caso requiere, se advierte del texto de su escrito de casación, que el peticionario se ha fundamentado en la primera (falta de requisitos exigidos por la Ley) y segunda (contradictoriedad e incompatibilidad) parte de la causal quinta, en otras palabras no se circunscribió a un solo vicio o defecto, teniendo en cuenta que inclusive la segunda parte de la causal, se debe aludir a un solo defecto, como ya se lo dejó en claro en la sentencia N° 022-2016, expedida por esta Corte de Casación, por lo que esta Sala Especializada está impedida para resolver lo solicitado, deficiencias que no se pueden suplir y por tanto, no se configura el vicio alegado.

## VII. DECISIÓN

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

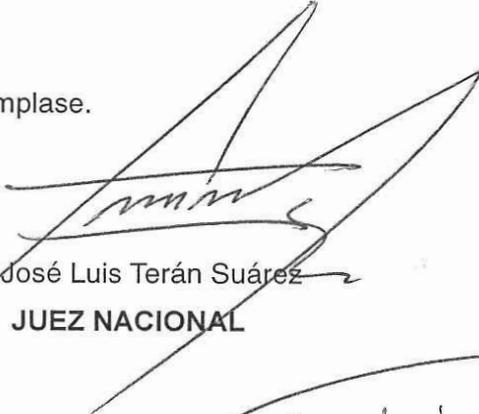
**VIII. SENTENCIA**

8.1.- **NO CASAR** la sentencia dictada el 29 de enero de 2016, a las 11h52 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N° 2, con sede en Guayaquil, de acuerdo a los términos señalados en el Considerando V de esta sentencia.

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

8.3.- Sin costas.

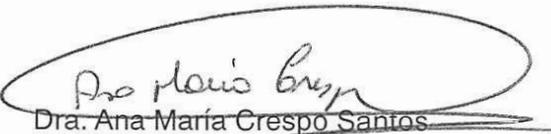
8.4.- Comuníquese, notifíquese y cúmplase.



Dr. José Luis Terán Suárez  
**JUEZ NACIONAL**



Dra. Maritza Jatiana Pérez Valencia  
**JUEZA NACIONAL**



Dra. Ana María Crespo Santos  
**JUEZA NACIONAL**  
**(VOTO SALVADO)**



Ab. Alejandra Morales Navarrete  
**SECRETARIA RELATORA**

Certifico:

En Quito, martes dos de mayo del dos mil diecisiete, a partir de las doce horas y cincuenta y un minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la SENTENCIA de VOTO SALVADO que antecede a: LADD SALCEDO WILLIAM HOWARD en la casilla No. 5568 y correo electrónico vvana1116@hotmail.com; juridico@mariocoka.com del Dr./Ab. VIVIANA DEL ROCIO HARO HERRERA, DIRECTOR DISTRITAL DE GUAYAQUIL DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR en la casilla No. 1346 y correo electrónico 3157.districto.guayaquil@aduana.gob.ec; alberto\_garces84@hotmail.com; ecuador.senae17@foroabogados.ec; cesar\_soria1@hotmail.com del Dr./Ab. CESAR SORIA DIAZ GRANADOS. Certifico:

  
 ABG. MARTHA ALEJANDRA MORALES NAVARRETE  
 SECRETARIA RELATORA

CARMEN.DAVILA

**RAZÓN:** Siento como tal que las quince (15) fotocopias que anteceden, son iguales a las que constan dentro del Recurso de Casación No. 372-2016 (Juicio de Impugnación No. 0112-2013), seguido por WILLIAM HOWARD LADD SALCEDO en contra del DIRECTOR DISTRITAL DE GUAYAQUIL DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR, las mismas que las confiero debidamente certificadas. Quito, 15 de mayo del 2016. Certifico.-

  
 ABG. MARTHA ALEJANDRA MORALES NAVARRETE  
 SECRETARIA RELATORA.



Resolución No. 312-2017

Recurso N° 00375-2016

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

ACTOR: ROCAFUERTE SEGUROS S.A. (RECURRENTE)  
DEMANDADO: DIRECTOR ZONAL 8 DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS

Recurso N° 00375-2016

Quito, martes 2 de mayo del 2017, las 12h21.-

#### ASUNTO

Resolución del recurso de casación interpuesto por el Ab. Xavier Amador Pino, en calidad de Procurador Judicial de ROCAFUERTE SEGUROS S.A., en contra de la sentencia dictada el 23 de diciembre del 2016, a las 09h49, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del juicio de impugnación N° 09501-2016-00375, deducido por el Sr. Julio Enrique Tarré Intriago, en calidad de representante legal de la compañía ROCAFUERTE SEGUROS S.A., propuesto en relación al Acta de Determinación N° 09201624900509244 por concepto de impuesto a la salida de divisas del ejercicio fiscal 2013.

#### I. ANTECEDENTES

1.1.- De acuerdo al escrito que contiene el recurso de casación de fecha 10 de enero de 2017, el casacionista se fundamentó en el **caso quinto** del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, alegó que se produjo la *errónea interpretación* del Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador.

1.1.1.- Con relación al caso quinto al alegar “errónea interpretación del Art. 156 de la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria en el Ecuador”, cuando fundamenta el vicio señala lo siguiente: “(...) El análisis que hacen los señores jueces, sin embargo, se limita a determinar si, en criterio de ellos, la expresión “pagos de cualquier naturaleza” se entiende como una referencia únicamente a la “solución p pago efectivo” previsto en el artículo 1583 numeral 2 del Código Civil, o si se refiere a cualquier forma de extinción de obligaciones, incluyendo entre ellas la compensación. Los señores jueces concluyen en que la expresión “pagos de cualquier naturaleza” no debe interpretarse de una manera restringida y que la expresión “pagos” utilizada en esa frase debe interpretarse como una referencia a cualquier forma de extinción de obligaciones, incluyendo la compensación. (...) El error se produce el momento en que los jueces, al expedir la sentencia recurrida, consideran que el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas se produce con motivo de realizar un “pago de cualquier naturaleza” hacia el exterior, cuando la norma legal contenida en el artículo 156 de la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria en el Ecuador lo que dispone es que dicho hecho generador. LO CONSTITUYE LA TRANSFERENCIA O TRASLADO DE DIVISAS AL EXTERIOR. La referencia a “pagos de cualquier naturaleza” no es sino una explicación contenida en la norma respecto a las diferentes formas o medios a través de los cuales puede realizarse dicha transferencia o traslado de divisas al exterior. (...) De manera que consistente con esta naturaleza del tributo, su hecho generador fue definido de manera tal que el tributo se causaría cuando se produjere LA TRANSFERENCIA O TRASLADO DE DIVISAS AL EXTERIOR. Ese era el requisito fundamental para que se produjera el hecho generador del tributo. (...) Finalmente, el concepto de cuándo se causaría el ISD se amplió una vez más mediante reforma legal al texto del artículo 160 de la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria en el Ecuador, incluyendo en dicha norma el concepto de que el ISD se causaría respecto del monto del traslado de divisas, acreditación, depósito, cheque, transferencia, giro **y en general de cualquier otro mecanismo de extinción de obligaciones cuando estas operaciones se realicen hacia el exterior.** (...) **Consecuentemente, el único hecho generador aplicable a mi representada, era el hecho generador ORIGINALMENTE PREVISTO AL MOMENTO DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY, y dicho hecho generador REQUERÍA NECESARIAMENTE QUE HUBIERA UNA TRANSFERENCIA O TRASLADO DE DIVISAS HACIA EL EXTERIOR para que se causara el impuesto.** (...) Así fue explicado a

los señores jueces que expidieron la sentencia recurrida. Sin embargo, dichos jueces, interpretando de manera equivocada la norma legal, dejaron de tomar en cuenta el requerimiento de que exista una transferencia o traslado de divisas hacia el exterior como condición para que se reproduzca el hecho generador, y limitaron su análisis interpretativo hacia la dilucidación de si la frase "pagos de cualquier naturaleza" incluía cualquier mecanismo de extinción de obligaciones, o se refería únicamente a la solución o pago efectivo. (...)"

**1.2.-** En consideración al auto de fecha 22 de marzo del 2017, a las 11h07, el Dr. Darío Velástegui Enríquez, Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, calificó la admisibilidad del recurso en referencia, por el **caso quinto** del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, por la errónea interpretación del Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador.

**1.3.-** Finalmente, es menester señalar lo que el Tribunal de instancia esgrimió en la sentencia recurrida, que su parte considerativa manifestó: "(...) **7.2) Respecto a las compensaciones, este Tribunal considera que del texto del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en Ecuador, que estuvo vigente en el año en que se produjeron los hechos materia de imposición señalaba: "Art. 156.- Hecho generador.- EL HECHO GENERADOR de este impuesto lo constituye la transferencia o traslado de DIVISAS AL EXTERIOR en efectivo o a través del giro de cheques, transferencias, envíos, retiros o PAGOS DE CUALQUIER NATURALEZA REALIZADOS CON O SIN LA INTERMEDIACIÓN DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO (...)", no puede inferirse que el sentido de la frase "o pagos de cualquier naturaleza", SE RESTRINJA a la "solución o pago efectivo" establecido en el artículo 1583 numeral 2 del Código Civil, como una de las formas de extinción de las obligaciones distinta a la compensación, pues en el texto normativo se detallan "transferencias (...) al exterior mediante efectivo, cheques, transferencias, envíos y retiros", y finalmente, como misceláneos se señala "o pagos de cualquier naturaleza", lo que implica que esos pagos se dan en cualquiera de las formas de extinción de las obligaciones. El mismo Código Civil emplea la palabra pago, sin restringirlo a la solución o pago efectivo, como por ejemplo, los artículos 107 numeral 3, 171, 172, 179, 508, 509, las obligaciones de pago. De aplicarse el sentido restringido en esos artículos, equivaldría a determinar que en esos casos no podría**

honrarse las obligaciones por compensación, novación, transacción, remisión, confusión, o extinguirse por prescripción. El mismo Código Tributario, que también distingue entre solución o pago y la compensación (art. 37), también usa en otros contextos la palabra pago, sin que ello implique que deba hacerlo únicamente en el modo de extinción de obligaciones identificado como el de solución o pago (arts. 138 y 151); **7.3**) Al revisar el artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en Ecuador, debe considerarse que en el mismo se tipifica el tributo. Conforme señala César García Noboa (*El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid-Barcelona, 2000, páginas 114 y 115) “La tipicidad tributaria tiene sus orígenes en la vinculación del nacimiento del tributo a la realización de un determinado presupuesto de hecho. Habitualmente se la define como (...) [la] adecuación de la tributación al 'hecho generador', el cual deberá estar necesariamente fijado en una norma jurídica que, por definición, será general y abstracta. Precisamente, la tipificación es un producto de la abstracción jurídica; los preceptos tributarios, por imperativo de elementales exigencias de igualdad, tienden a generalizar para contener todos los supuestos de hecho iguales (...). La tipicidad es así una garantía de que las consecuencias jurídicas de la actuación de los particulares van a estar previstas en reglas abstractas, entre las cuales la ley es el ejemplo paradigmático”; **7.4**) No obstante lo indicado en el numeral anterior respecto a la tipicidad tributaria, existe necesidad de interpretación. Al respecto, Dino Jarach, en su obra *La Hermenéutica en Derecho Tributario*, citado por José Osvaldo Casás (*Interpretación Económica de las Normas Tributarias*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, página 35) señaló que “El caso de una ley que no necesite interpretación es totalmente teórico, por cuanto los hechos siempre tienen alguna característica que torna necesario que el intérprete se coloque en la imagen legal para lograr establecerla a través de la interpretación no solo del texto de la ley misma, sino de los hechos para encuadrarlos en el alcance de la ley”. José Osvaldo Casás, reflexionando respecto a este tema, señala (páginas 38 y 39 de la obra ya citada “Interpretación...”): “(...) la interpretación seguirá siendo siempre la actividad dirigida a desentrañar el significado y alcance de las normas jurídicas -ya sea en abstracto, como se realiza en una obra puramente doctrinal, o en concreto-, constituyendo una fase del proceso aplicativo de los preceptos fiscales (...) difícilmente pueda pregonarse de antemano que exista, para cualquier supuesto, desde el punto de vista lógico-formal, categorías puras,

precisamente delineadas, con fronteras nítidas y límites precisos, en las cuales, silogísticamente, puedan volcarse a posteriori en términos de subsunción, todos y cada uno de los hechos generadores que en la fecunda realidad pueden acontecer, más allá de su tipicidad o atipicidad, proximidad o lejanía con las definiciones concretas propuestas por el legislador al diseñar en abstracto las hipótesis de incidencia"; **7.5)** Por las razones indicadas en el numeral anterior, los jueces deben efectuar una labor de interpretación de la norma, estableciendo si el presupuesto establecido en la norma, se cumplió o no en el caso concreto; **7.6)** Los ingresos y egresos de la compañía reaseguradora no son operaciones separadas e independientes entre sí, el ISD no se configura en atención a la cuantía de las divisas que FINALMENTE saldrán al exterior (liquidación resultante de considerar ingresos menos egresos de un período determinado), sino de los pagos de cualquier naturaleza, realizados con o sin la intervención del sistema financiero, efectuados al exterior. Aunque pueda presuponerse que el tributo tiene naturaleza extrafiscal (de desalentar la salida de recursos), la tipificación del mismo engloba la imposición a montos de transacciones que representen pago al exterior, independientemente del eventual o seguro retorno de ese dinero al país. **7.7)** Las primas de reaseguros estuvieron provisionalmente exentas del pago de ISD, en el literal d del artículo 159 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 242 del sábado 29 de diciembre de 2007, manteniéndose la exención incluso con la modificación efectuada a ese artículo por el artículo 15 de la Ley Orgánica Reformatoria e Interpretativa a la Ley de Régimen Tributario Interno, al Código Tributario, a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador y a la Ley de Régimen del Sector Eléctrico (Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 392 del 30 de julio de 2008), pero se suprimieron con ocasión de la expedición de la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Tributario Interno y a la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Tributario Interno y a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria (Registro Oficial Suplemento No. 94 del miércoles 23 de diciembre de 2009) que en su artículo 41 sustituyó el artículo 159 de la LRETE estableciendo las exenciones, entre las cuales ya no constaban los pagos de primas de reaseguros. Con ello se revela la intención expresa del legislador de gravar con el tributo los pagos de primas de reaseguros; **7.8)** Para determinar si en el concepto "pagos por cualquier naturaleza", se engloba la compensación, por la cual se extingue una obligación (deuda), por una acreencia correlativa, es preciso dejar establecido que, aún dejando a un lado la acepción

general del vocablo "pago" que puede inferirse de la norma analizada (pago de cualquier naturaleza), y ciñéndose a las categorías del derecho civil, se considera pago todo medio de extinción de obligaciones. El artículo 1583 del Código Civil de ninguna manera considera al "pago" (así, sin adjetivo alguno), como una categoría distinta a los otros modos de extinguir las obligaciones. El referido artículo, así como el artículo 1584, trata sobre el "pago efectivo". La compensación no deja de ser un pago recíproco, en las cantidades equivalentes por las que ambas partes son recíprocamente deudoras/acreedoras; **7.9**) Luis Claro Solar en su obra *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo Duodécimo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1979 (basado en el Código Civil de Chile, del cual, huelga decir, nuestro país tomó literalmente la casi totalidad de sus preceptos), señala que (mayúsculas son de la Sala): "La palabra pago tiene varias acepciones: 1.- En un sentido lato y general significa la extinción de las obligaciones de cualquier manera que sea hecha, no solamente por la prestación de lo que es su objeto, sino por la novación, la remisión o cualquiera otro modo de extinguir una obligación (...) 2.- En un sentido especial, la palabra pago expresa el modo normal de extinción de las obligaciones (...), la prestación de lo que se deba (...) 3.- En un tercer sentido más restringido, la palabra pago designa más particularmente la prestación de sumas de dinero" (página 45 del Tomo Duodécimo ya citado); y que "La compensación es así la extinción de dos deudas que existen en sentido contrario entre dos personas, en un momento dado y que se consideran PAGADAS recíprocamente en su totalidad o hasta su concurrencia de la menor según que la cifra de una de ellas es igual o no a la de la otra (...) Esta utilidad de la compensación era puesta de manifiesto por Domat en la definición que de ella daba: 'La compensación no es otra cosa que DOS PAGOS RECÍPROCOS que se hacen al mismo tiempo sin que los deudores se den otra cosa el uno al otro que los solos finiquitos, quedando las deudas extinguidas en todo lo que se haya solucionado con la compensación (...) vale más suprimir estas dos entregas de dinero, dando por hechos los PAGOS (...) La compensación pasa a ser, así, necesaria por poderosos motivos de utilidad práctica, de equidad y de conveniencia pública. Ella tiene desde luego esta ventaja considerable de ahorrar a las partes desplazamientos, lentitudes y gastos, de prevenir procesos y de impedir que una de las partes sea víctima de la insolvencia de la otra" (páginas 489 y 490 del referido Tomo Duodécimo); **7.10**) René Abeliuk por su parte señala (*Las Obligaciones, Tomo II, Cuarta Edición*, Editorial Jurídica de Chile, 2001, página 648) indica que con la compensación al

*hacerse entrega de montos netos que resulta del cruce de cuentas, se produce "una economía de pagos", constituyendo "un doble pago abreviado".----- (...)"*.

## II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

2.1.- Esta Sala Especializada es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación, en virtud de las Resoluciones N° 004-2012 de 25 de enero de 2012 y 341-2014 de 17 de diciembre de 2014, emitidas por el Pleno del Consejo de la Judicatura: Resoluciones N° 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; así como por el sorteo que consta a foja 12 del proceso y en atención a lo previsto en los Arts. 184 núm. 1 de la Constitución de la República del Ecuador, 269 del Código Orgánico General de Procesos, 185 segunda parte y núm. 1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

## III. VALIDEZ PROCESAL

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

## IV. IV.- AUDIENCIA

4.1.- En cumplimiento del auto de 3 de abril del 2017, a las 11h00, se llevó a cabo la audiencia casacional, en donde las partes expusieron lo siguiente: **FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN CON RELACIÓN A LOS CARGOS ADMITIDOS: 1. RECURRENTE:** *"El único hecho generador que podía aplicarse a las operaciones de Seguros Sucre es el hecho generador previsto en la primera parte del Art. 156 que era el mismo que existía desde la expedición de la Ley desde el 2007, si en el 2007 no se causaba el ISD por compensaciones simple y llanamente era imposible aplicar ese concepto a las operaciones de Seguros Rocafuerte en el 2013.- El SRI expide una circular en la que advierte a los contribuyentes que la compensación de obligaciones o cualquier forma de extinción de obligaciones con el exterior causaría el ISD pero doctores una circular del SRI con el respeto que la Administración Tributaria se merece no puede cambiar el sentido de la ley, el SRI no puede mediante circulares interpretar la ley, cambiar su alcance y sentido".* **2. CONTRAPARTE:** *"La Sala de instancia de manera muy acertada en el punto 7 del fallo*

recurrido indica dentro de la parte de motivación un análisis realizado al Art. 156 que es en virtud del cual la empresa ha puesto el presente recurso de casación, en el cual se indica que el pago, no solamente basados en los conceptos civiles del mismo, sino que también implica cualquier naturaleza que este conlleve con el fin de extinguir una obligación, entre esas tenemos la compensación". **RÉPLICA DE LAS PARTES: 1. RECURRENTE:** "Termina siendo absurdo, absolutamente absurdo que por querer el SRI mantener esta posición, cosa que puedo entender que quiera hacer frente a lo que produciría una interpretación distinta respecto de todos sus contribuyentes, empresas de seguros privadas se aplique este criterio a una empresa pública como es Seguros Rocafuerte la cual por el artículo innumerado que está a continuación del 156 debería estar exenta del ISD en todas sus operaciones". **2. CONTRAPARTE:** "Creo que ya lo dijo el abogado de la compañía actora nunca fue un motivo de discusión dicho punto ni en etapa ni en instancia y tampoco dentro del recurso de casación, entonces creo que la decisión deberá circunscribirse exactamente si la aplicación es la correcta que se le ha hecho al Art. 156 de parte de la Sala Única del Tribunal Distrital".

## V.- PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

**5.1.-** Previamente a señalar el cargo imputado, es pertinente indicar que el proponente del recurso de casación ha fundamentado su pedido en el **caso quinto** del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, argumentando que ha existido errónea interpretación de norma de derecho, como a continuación se manifiesta:

*CASO QUINTO (Art. 268 Código Orgánico General de Procesos)*

**Cargo único:** Errónea interpretación del Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador.

## VI.- CONSIDERACIONES Y RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

**6.1.-** El recurso de casación es de carácter extraordinario, de alta técnica jurídica, formal y excepcional, cuyo principal objetivo es la defensa del ius constitutionis, esto es, protege el ordenamiento jurídico imperante, por medio de la correcta interpretación y aplicación del Derecho, con el propósito de hacer efectivos los principios de seguridad jurídica, legalidad e igualdad en la aplicación de la Ley, mediante dos vías ordenadas: por un lado, la llamada

función nomofiláctica de protección y salvaguarda de la norma, y por otro lado la función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación del derecho objetivo. Así la crítica del recurrente a la Sentencia de instancia, para conseguir ser examinada por la Sala de Casación, debe tener por objeto las consideraciones de ésta, que constituyan la ratio decidendi del fallo.

6.2.- Conforme el problema jurídico descrito en este fallo, el recurrente acusa la errónea interpretación de norma de derecho, señalada en el número 4.1., cargo único, cuyo texto es el siguiente:

**- LEY REFORMATORIA PARA LA EQUIDAD TRIBUTARIA EN EL ECUADOR:**

*Art. 156.- Hecho generador.- El hecho generador de este impuesto lo constituye la transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través de el giro de cheques, transferencias, envíos, retiros o pagos de cualquier naturaleza realizados con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero. Cuando el hecho generador se produzca con intervención de las instituciones del sistema financiero, será constitutivo del mismo el débito a cualesquiera de las cuentas de las instituciones financieras nacionales e internacionales domiciliadas en el Ecuador que tenga por objeto transferir los recursos financieros hacia el exterior.*

*Todo banco extranjero que opere en el Ecuador, mensualmente deberá declarar que han pagado el Impuesto quienes hayan efectuado remesas de dinero, aun cuando sea bajo un sistema de courier o sistema expreso, en sobre cerrado, de que tenga conocimiento la institución financiera. Todos los couriers autorizados para operar en el Ecuador, antes de tramitar cualquier envío al exterior, deberán recabar del ordenante una declaración en formulario, del que sea destinatario el Servicio de Rentas Internas, expresando que en el sobre o paquete no van incluidos cheques o dinero al exterior.*

*Todo pago efectuado desde el exterior por personas naturales o sociedades ecuatorianas o extranjeras domiciliadas o residentes en el Ecuador, se presume efectuado con recursos que causen el ISD en el Ecuador, aún cuando los pagos no se hagan por remesas o transferencias, sino con recursos financieros en el exterior de la persona natural o la sociedad o de terceros.*

*También se presumirá haberse efectuado la salida de divisas, causándose el correspondiente impuesto, en el caso de exportaciones de bienes o servicios generados en el Ecuador, efectuadas por personas naturales o sociedades domiciliadas en Ecuador, que realicen actividades económicas de exportación, cuando las divisas correspondientes a los pagos por concepto de dichas exportaciones no ingresen al Ecuador. En este caso, al impuesto causado en las divisas no ingresadas, se podrá descontar el valor del Impuesto a la Salida de Divisas (ISD) generado en pagos efectuados desde el exterior, referidos en el párrafo anterior. El pago del ISD definido en este párrafo, se efectuará de manera anual, en la forma, plazos y demás requisitos que mediante resolución de carácter general establezca el Servicio de Rentas Internas.*

**6.2.1.-** En consideración al caso quinto del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, indica: “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”. Esta causal tiene como limitante la revalorización de las pruebas y debe ser planteada a partir de los hechos probados en la Sentencia. Dicha causal, tiene relación con lo que se denomina vicios *in iudicando* por lo que debe demostrar la violación directa de normas sustantivas. Esta demostración, para que se haga efectiva, implica delimitar los cargos imputados, con precisión y exactitud, por cualquiera de los tres modos establecidos, ya sea por: a) Aplicación indebida; b) Falta de aplicación; y, c) Errónea interpretación de normas de derecho sustantivas, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, tres cargos que son excluyentes del análisis de un mismo atributo, respecto a la misma norma impugnada.

**6.2.1.1.-** Respecto de la alegación efectuada por el recurrente sobre la “**errónea interpretación**” del Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador. Esta Sala Especializada ha considerado procedente señalar lo que el Tribunal de instancia en la sentencia atacada manifiesta: “(...) **7.2) Respecto a las compensaciones, este Tribunal considera que del texto del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en Ecuador, que estuvo vigente en el año en que se produjeron los hechos materia de imposición señalaba: “Art. 156.- Hecho generador.- EL HECHO GENERADOR de este impuesto lo constituye la transferencia o traslado de DIVISAS AL EXTERIOR en efectivo o a través del giro**

de cheques, transferencias, envíos, retiros o PAGOS DE CUALQUIER NATURALEZA REALIZADOS CON O SIN LA INTERMEDIACIÓN DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO (...)", no puede inferirse que el sentido de la frase "o pagos de cualquier naturaleza", SE RESTRINJA a la "solución o pago efectivo" establecido en el artículo 1583 numeral 2 del Código Civil, como una de las formas de extinción de las obligaciones distinta a la compensación, pues en el texto normativo se detallan "transferencias (...) al exterior mediante efectivo, cheques, transferencias, envíos y retiros", y finalmente, como misceláneos se señala "o pagos de cualquier naturaleza", lo que implica que esos pagos se dan en cualquiera de las formas de extinción de las obligaciones. El mismo Código Civil emplea la palabra pago, sin restringirlo a la solución o pago efectivo, como por ejemplo, los artículos 107 numeral 3, 171, 172, 179, 508, 509, las obligaciones de pago. De aplicarse el sentido restringido en esos artículos, equivaldría a determinar que en esos casos no podría honrarse las obligaciones por compensación, novación, transacción, remisión, confusión, o extinguirse por prescripción. El mismo Código Tributario, que también distingue entre solución o pago y la compensación (art. 37), también usa en otros contextos la palabra pago, sin que ello implique que deba hacerlo únicamente en el modo de extinción de obligaciones identificado como el de solución o pago (arts. 138 y 151); (...) **7.8)** Para determinar si en el concepto "pagos por cualquier naturaleza", se engloba la compensación, por la cual se extingue una obligación (deuda), por una acreencia correlativa, es preciso dejar establecido que, aún dejando a un lado la acepción general del vocablo "pago" que puede inferirse de la norma analizada (pago de cualquier naturaleza), y ciñéndose a las categorías del derecho civil, se considera pago todo medio de extinción de obligaciones. El artículo 1583 del Código Civil de ninguna manera considera al "pago" (así, sin adjetivo alguno), como una categoría distinta a los otros modos de extinguir las obligaciones. El referido artículo, así como el artículo 1584, trata sobre el "pago efectivo". La compensación no deja de ser un pago recíproco, en las cantidades equivalentes por las que ambas partes son recíprocamente deudoras/acreedoras; **7.9)** Luis Claro Solar en su obra *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo Duodécimo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1979 (basado en el Código Civil de Chile, del cual, huelga decir, nuestro país tomó literalmente la casi totalidad de sus preceptos), señala que (mayúsculas son de la Sala): "La palabra pago tiene varias acepciones: 1.- En un sentido lato y general significa la extinción de las obligaciones de cualquier manera que sea hecha, no

solamente por la prestación de lo que es su objeto, sino por la novación, la remisión o cualquiera otro modo de extinguir una obligación. (...) 2.- En un sentido especial, la palabra pago expresa el modo normal de extinción de las obligaciones (...), la prestación de lo que se deba (...) 3.- En un tercer sentido más restringido, la palabra pago designa más particularmente la prestación de sumas de dinero” (página 45 del Tomo Duodécimo ya citado); y que “La compensación es así la extinción de dos deudas que existen en sentido contrario entre dos personas, en un momento dado y que se consideran PAGADAS recíprocamente en su totalidad o hasta su concurrencia de la menor según que la cifra de una de ellas es igual o no a la de la otra (...) Esta utilidad de la compensación era puesta de manifiesto por Domat en la definición que de ella daba: 'La compensación no es otra cosa que DOS PAGOS RECÍPROCOS que se hacen al mismo tiempo sin que los deudores se den otra cosa el uno al otro que los solos finiquitos, quedando las deudas extinguidas en todo lo que se haya solucionado con la compensación (...) vale más suprimir estas dos entregas de dinero, dando por hechos los PAGOS (...) La compensación pasa a ser, así, necesaria por poderosos motivos de utilidad práctica, de equidad y de conveniencia pública. Ella tiene desde luego esta ventaja considerable de ahorrar a las partes desplazamientos, lentitudes y gastos, de prevenir procesos y de impedir que una de las partes sea víctima de la insolvencia de la otra” (páginas 489 y 490 del referido Tomo Duodécimo); (...). Por el contrario, el recurrente en su escrito de casación manifiesta que la Sala de instancia se limita a determinar si, la expresión “pagos de cualquier naturaleza” se entiende como una referencia únicamente a la “solución o pago efectivo” previsto en el Art. 1583 núm. 2 del Código Civil, o si se refiere a cualquier forma de extinción de obligaciones, incluyendo entre ellas la compensación. Ahora bien, esta Sala Especializada amparada en la norma tributaria vigente establece que, tanto el pago como la compensación constituyen formas de extinción de las obligaciones y en muchas ocasiones la propia norma jurídica remite a lo prescrito en las disposiciones constantes al pago para que pueda ser usado, entendido y aplicado en la compensación; por lo que es dable considerar a la compensación dentro de los pagos efectuados por cualquier naturaleza, en otras palabras, se analiza que al existir esta aseveración, **pago** de otra naturaleza significa lo que es distinto a aquella y a lo que normalmente, se aprecia como tal, mismo que el Código Tributario ha establecido en efectivo, en moneda de curso legal, mediante cheques, débitos bancarios debidamente autorizados, libranzas o giros bancarios a la orden del respectivo recaudador del

lugar del domicilio del deudor o de quien fuere facultado por la ley o por la administración para el efecto. Entonces, siguiendo lo dispuesto en líneas anteriores la compensación se constituye como un pago de otra naturaleza y por tanto deviene en unas de las formas de extinción de obligaciones, que se constituye cuando dos personas son deudoras una de la otra, siempre y cuando opere entre ellas una contrapartida que extinga ambas deudas, en la forma descrita en la ley. Para el caso puesto a conocimiento, se distingue que existieron varias compensaciones de cuentas en el extranjero, conforme obra de lo indicado en la sentencia recurrida, las cuales constan en la contabilidad y cumplen el sistema de partida doble, así como la forma jurídica y la esencia económica, mas sin embargo, la compensación llevada a cabo por el contribuyente actor con el reasegurador en el exterior, implica el traslado de divisas al extranjero y como ya se explicó anteriormente, se constituye en un pago de otra naturaleza realizado con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero o en pago abreviado, el cual se origina para evitar el doble pago e imposición de impuestos, evento que constituye el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas, criterio concordante con el expresado en las sentencias N° 189-2016 y 434-2016, dictadas por esta Corte de Casación. En conclusión, no se ha configurado la errónea interpretación del Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador.

## VII. DECISIÓN

7.1.- Este Tribunal de Casación considera que no se ha configurado el vicio contentivo en el caso quinto, invocado por el recurrente.

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

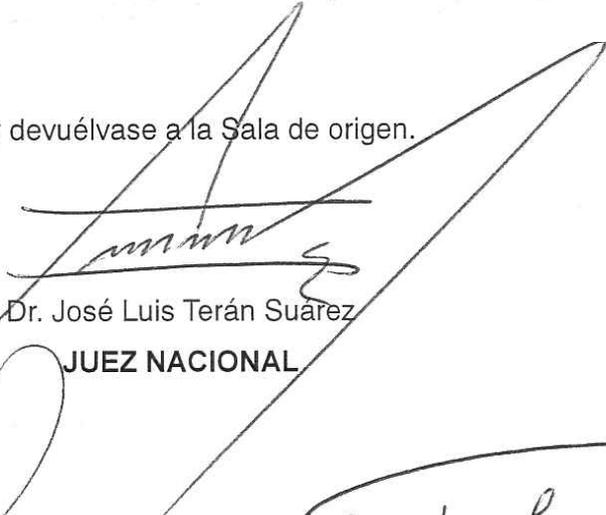
## VIII. SENTENCIA

8.1.- **NO CASAR** la sentencia dictada el 23 de diciembre del 2016, a las 09h49, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en la ciudad de Guayaquil, en los términos señalados en el Considerando V de esta Sentencia.

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

8.3.- Sin costas.

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



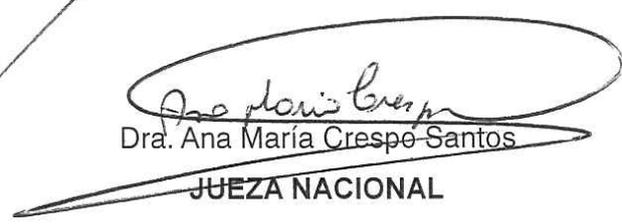
Dr. José Luis Terán Suárez

**JUEZ NACIONAL**



Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

**JUEZA NACIONAL**



Dra. Ana María Crespo Santos

**JUEZA NACIONAL**

Certifico:



Ab. Alejandra Morales Navarrete

**SECRETARIA RELATORA**

En Quito, martes dos de mayo del dos mil diecisiete, a partir de las catorce horas treinta y cinco minutos, mediante boletas judiciales notificó la SENTENCIA que antecede a: TARRE INTRIAGO JULIO ENRIQUE, P. I. D. Q. R. DE LA COMPAÑIA ROCAFUERTE SEGUROS S. A. en el correo electrónico carlos\_ponton@hotmail.com, julio.tarre@rocafuerte.com, impuestosgye@bjvconsultores.com, xap@estudioamador.com.ec, xamadorp@hotmail.com, jsc@estudioamador.com.ec, aas@estudioamador.com.ec, jososalazarcuesta@outlook.com del Dr./Ab. PONTÓN CEVALLOS CARLOS ENRIQUE. DIRECTOR ZONAL 8 DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS en la casilla No. 2424 y correo electrónico ajeg87@hotmail.com, ajeestrada@sri.gob.ec, juridico\_rls@sri.gob.ec, olrendon@sri.gob.ec, ralucero@sri.gob.ec, racajas@sri.gob.ec, vazambrano@sri.gob.ec del Dr./Ab. ESTRADA GARCÍA ANA JULIA. Certifico:

  
 ABG. MARTHA ALEJANDRA MORALES NAVARRETE  
 SECRETARIA RELATORA

~~RAZÓN: Siento como tal que las ocho (08) fotocopias que anteceden, son iguales a las que constan dentro del Recurso de Casación No. 09501-2016-00375 (Juicio de Impugnación No. 09501-2016-00375), seguido por ROCAFUERTE SEGUROS S.A. en contra del DIRECTOR ZONAL 8 DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, las mismas que las confiero debidamente certificadas. Quito, 15 de mayo de 2017. Certifico.-~~

  
 ABG. MARTHA ALEJANDRA MORALES NAVARRETE  
 SECRETARIA RELATORA.



*Resolución No. 313-2017*

Acción objetiva de anulación No. 2016-0003

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, martes 2 de mayo del 2017, las 12h53

## 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 Registro Oficial No. 842 del viernes 30 de noviembre 2012, expedida por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Urdaneta, provincia de Los Ríos, que regula la implantación de estaciones radio eléctricas, centrales fijas y de base de los servicios móvil terrestre de radio comunicaciones, televisión, y otras comunicaciones de transmisiones; fijación de las tasas correspondientes a la utilización u ocupación del espacio aéreo municipal, uso de la vía pública, suelo y subsuelo en el cantón Urdaneta.

## 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 Urdaneta, provincia de Los Ríos, órgano legislativo de la Ordenanza Municipal publicada en el Registro Oficial No. 842 del viernes 30 de noviembre 2012. Al respecto expone:

**1.1.1 Fundamentos de hecho y de derecho:** **1.-** Que ASETEL es una persona jurídica de derecho privado, con patrimonio propio, sin fines de lucro, que se rige por sus estatutos, aprobada mediante Acuerdo No. 990084 de 3 de marzo de 1999 del ahora Ministerio de Comercio Exterior. El objeto de esta Asociación es promover el desarrollo armónico del Sector de las Telecomunicaciones; la cooperación entre los miembros de la Asociación; así como la protección y defensa de los legítimos derechos e intereses de los asociados. En tal virtud, sostiene que de parte de ASETEL existe un interés directo para proponer la demanda, debido a que considera que con la emisión de la ordenanza impugnada, se están violentando derechos objetivos de los socios de ASETEL que perjudican gravemente sus intereses. **2.-** Que la demanda objetiva de anulación la plantea en contra de la ORDENANZA QUE REGULA LA IMPLANTACIÓN DE ESTACIONES RADIO ELÉCTRICAS, CENTRALES FIJAS Y DE BASE DE LOS SERVICIOS MÓVIL TERRESTRE DE RADIO COMUNICACIONES, TELEVISIÓN, Y OTRAS COMUNICACIONES DE TRASMISIONES; FIJACIÓN DE LAS TASAS CORRESPONDIENTES A LA UTILIZACIÓN U OCUPACIÓN DEL ESPACIO AÉREO MUNICIPAL, USO DE LA VÍA PÚBLICA, SUELO Y SUBSUELO EN EL CANTÓN URDANETA, expedida por el Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Urdaneta, provincia de Los Ríos, publicada en el Registro Oficial No. 842 del viernes 30 de noviembre 2012. **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 impugnada, manifiesta que si analizamos el texto del artículo 18 de la ordenanza que impugna, se colige que la GAD municipal del cantón Urdaneta, al establecer tasas por la implantación de estructuras metálicas, antenas y cables necesarios para la prestación de servicios de comunicaciones y telecomunicaciones (retransmisión de contenidos), habría legislado en temas que están fuera del ámbito de su competencia, violando de esta manera lo dispuesto en el artículo 226 de la Constitución de la República. **4.-** Que la ordenanza impugnada utiliza como soporte legal el segundo inciso del artículo 567 del COOTAD y que según lo manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia No. 007-15-SIN-CC dentro del caso 0009-13-IN respecto de la competencia de los gobiernos autónomos para el establecimiento de tasas por el uso del espacio aéreo y por el soterramiento de cables, el artículo 18 y todos sus numerales 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 10, 14 y 21 de la ordenanza impugnada, respecto del permiso Municipal de implantación, el permiso de implantación, y las infracciones y sanciones, respectivamente, manifiesta que cabe resaltar el hecho de que dejar la continuidad de la prestación de los servicios de telecomunicaciones y retransmisión, sometido a la precariedad de un permiso municipal, significa a fin de cuentas, desde un punto de vista material, que quedan en las manos de un GAD la posibilidad virtual de “autorizar” o “desautorizar” la prestación de este servicio, competencia que no tiene ni le corresponde, la cual se encuentra constitucionalmente conferida al Estado Central; que enlazar, adicionalmente, esta ilegítima “autorización” al pago de una tasa exorbitante, resulta inaceptable y reñido con el régimen de competencias exclusivas establecidas en la Ley y en nuestra Constitución Política. **9.-** Respecto de la valoración del tributo establecido en los artículos 10, 14 y 21 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 Urdaneta 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 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 cumple fielmente con los principios de justicia tributaria constantes en el artículo 300 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 5 del Código Tributario; a continuación se refiere al concepto de tasa de acuerdo con el artículo 16 del Modelo de Código Tributario para América Latina; que nuestro ordenamiento jurídico estable que los GADs gozan de la facultad para crear tasas ante dos supuestos claramente identificables, el primero en relación a la prestación de un servicio público en el marco de sus competencias, y que el segundo tiene que ver con la utilización o el aprovechamiento especial del

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

**1.1.2 Pretensión procesal.-** En base a los fundamentos de hecho y de derecho expresados en el libelo de demanda, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 185 numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial y 231 del Código Tributario, ASETEL demanda en acción objetiva de anulación a los señores Alcalde y Procurador Síndico como Presidente, el primero, y representantes legales del Concejo Cantonal del Gobierno

Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Urdaneta, provincia de Los Ríos, órgano legislativo de la Ordenanza Municipal publicada en el Registro Oficial No. 842 del viernes 30 de noviembre 2012, a fin de que en sentencia se declare la anulabilidad total de la mentada ORDENANZA QUE REGULA LA IMPLANTACIÓN DE ESTACIONES RADIO ELÉCTRICAS, CENTRALES FIJAS Y DE BASE DE LOS SERVICIOS MÓVIL TERRESTRE DE RADIO COMUNICACIONES, TELEVISIÓN, Y OTRAS COMUNICACIONES DE TRASMISIONES; FIJACIÓN DE LAS TASAS CORRESPONDIENTES A LA UTILIZACIÓN U OCUPACIÓN DEL ESPACIO AÉREO MUNICIPAL, USO DE LA VÍA PÚBLICA, SUELO Y SUBSUELO EN EL CANTÓN URDANETA, expedida por el Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Urdaneta, provincia de Los Ríos, 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 12 de enero de 2016, las 15h46, 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 24-36) consta que los accionados, así como el señor Procurador General del Estado han sido citados legalmente.

**1.4 De la contestación a la demanda de impugnación objetiva de anulación con efectos generales.-** Los accionados no han dado contestación a la demanda.

**1.5 De la calificación a la contestación de la demanda propuesta por ASETEL y apertura de prueba.-** Mediante auto de 18 de octubre de 2016, las 10h17, y por cuanto de que de las razones de citación se concluye que los Personeros Municipales han sido citados, sin que hayan comparecido a hacer valer sus derechos, se abre la causa a prueba por el término de diez días de conformidad con lo previsto en el artículo 257 del Código Tributario, período durante el cual los sujetos procesales solicitan la práctica de las siguientes diligencias:

**1.5.1 De la prueba solicitada por ASETEL.-** **I.** Que se reproduzca todo cuanto de autos le fuere favorable; **II.** Que se oficie a la Escuela Politécnica del Litoral (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 Urdaneta, para que remita copias certificadas del expediente administrativo de aprobación de la ordenanza impugnada y de todos los títulos de crédito que se hayan emitido con motivo de la expedición de dicha ordenanza. **VI.** Que se oficie al Ministro de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, para que remita copias certificadas del Acuerdo Ministerial No. 037-2013 y, Acuerdo Ministerial

No. 041-2015; **VII.** Que se incorpore a este proceso: 1.- Copias certificadas de las sentencias ejecutoriadas expedidas por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia dentro de los procesos 17751-2013-128 y 17751-2013-129, del 20 de agosto de 2015 y 19 de octubre de 2015; 2.- Compulsa de los Estatutos a Asociación de Empresas de 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 acusa la rebeldía en la que han incurrido las autoridades demandadas por no contestar la demandada; **X.** Impugna la prueba que presente la administración tributaria demandada por improcedente, mal actuada y ajena a la litis.

**1.5.1.1** Todas las diligencias probatorias solicitadas por ASETEL, dentro del término de prueba concedido para tal efecto, fueron dispuestas sean practicadas mediante providencia de 31 de octubre de 2016, las 14h25.

**1.5.2** Los accionados, señores Alcalde y Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Urdaneta, provincia de Los Ríos, no han presentado escrito de prueba.

## 2. INTEGRACIÓN DE LA SALA

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

### **3. JURISDICCION Y COMPETENCIA**

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

### **4. VALIDEZ PROCESAL**

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

### **5. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER**

**5.1** ASETEL deduce acción objetiva de anulación con efectos generales, con la que impugna la Ordenanza Municipal publicada en el Registro Oficial No. 842 del viernes 30 de noviembre 2012, expedida por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Urdaneta, provincia de Los Ríos, que regula la implantación de estaciones radio eléctricas, centrales fijas y de base de los servicios móvil terrestre de radio comunicaciones, televisión, y otras comunicaciones de transmisiones; fijación de las tasas correspondientes a la utilización u ocupación del espacio aéreo municipal, uso de la vía pública, suelo y subsuelo del referido cantón. La accionante pretende que esta Sala Especializada, en sentencia, declare la anulabilidad total de la mentada

ordenanza, con todas las consecuencias jurídicas que implica una declaratoria de anulación; así como la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza impugnada. Por la otra parte, el GAD del cantón Urdaneta al no haber contestado la demanda, da como resultado que la *litis*, en la presente causa, se traba conforme a los efectos previstos en el artículo 246 del Código Tributario; esto es, frente a las pretensiones del actor, la falta de contestación de la demanda se tendrá como negativa pura y simple de la acción propuesta o ratificación de los fundamentos que motivaron el acto normativo impugnado, que se traduce en que le corresponde al actor la carga de la prueba. Es en estos términos que las partes fijan el objeto de la acción, y en consecuencia, esto es lo que es materia de análisis y decisión de esta Sala Especializada, en virtud del principio dispositivo consagrado en el art. 168 número 6 de la Constitución de la República del Ecuador y regulado por el art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

## 6. CONSIDERACIONES 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. 282 a 288 de los autos), tiene por objeto "...promover el desarrollo armónico del Sector de las telecomunicaciones; la cooperación entre los miembros de la Asociación; así como la protección y defensa de los legítimos derechos e intereses de los asociados". Por lo expuesto, en la especie, se han satisfecho debidamente los presupuestos esenciales habilitantes para el accionamiento de anulación, con efectos generales, del acto normativo impugnado (Ordenanza Municipal).

### **6.3 De la finalidad de la acción objetiva de anulación con efectos**

**generales.-** La finalidad de la acción objetiva de anulación con efecto general es la tutela del orden jurídico, a fin de que aquel quede sin efecto por contrariar las normas superiores del derecho. 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 Registro Oficial No. 842 del viernes 30 de noviembre 2012, expedida por el Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Urdaneta, provincia de Los Ríos, que regula la implantación de

estaciones radio eléctricas, centrales fijas y de base de los servicios móvil terrestre de radio comunicaciones, televisión, y otras comunicaciones de trasmisiones; fijación de las tasas correspondientes a la utilización u ocupación del espacio aéreo municipal, uso de la vía pública, suelo y subsuelo, dentro del referido cantón.

**7.1.2** La pretensión concreta de ASETEL es que en sentencia se declare la anulabilidad total de la Ordenanza Municipal publicada en el Registro Oficial No. 842 del viernes 30 de noviembre 2012, con todas las consecuencias jurídicas que implica una declaratoria de anulación; así como la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la misma.

**7.1.3** El GAD del cantón Urdaneta no contestó la demanda acorde a lo dispuesto en el artículo 243 del Código Tributario, por lo que se estará a lo dispuesto en los artículos 246 y 258 *ibídem*.

**7.2 De las actuaciones procesales.-** Dentro de esta causa constan las siguientes actuaciones procesales: **1.** Copias certificadas del Registro Oficial No. 842, del 30 de noviembre de 2012, donde se observa la Ordenanza Municipal objeto de la presente acción (fs. 1-5 vuelta); **2.** Registro de la Directiva de ASETEL donde aparece como su Director Ejecutivo el Ing. Roberto Aspiazu (fs. 7); **3.** Copia certificada del registro del nuevo Director Ejecutivo de la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones (ASETTEL), Econ. Jorge Cevallos Clavijo, expedido por el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (fs. 44); **4.** Copias certificadas de las sentencias Nos. 007-15-SIN-CC, y 008-15-SIN-CC, dictadas por la Corte Constitucional del Ecuador (fs. 55-89); **5.** 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. 93-100); **6.** Copia certificada del Oficio No.

00969 del 27 de abril de 2015, suscrito por el Ab. Marcos Arteaga Valenzuela, Director Nacional de Patrocinio de la Procuraduría General del Estado, quien adjunta la absolución a las consultas formuladas por el GAD del cantón Salcedo relacionadas con el uso de frecuencias del espectro radioeléctrico dentro de la jurisdicción cantonal (fs. 102-116); **7.** 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. 120-128); **8.** Copias simples de la calidad de Alcalde y Procurador Síndico del cantón Urdaneta (fs. 133-136) **9.** Certificación del GAD Municipal del cantón Urdaneta, de que no se han encontrado Títulos de Crédito, por la ordenanza impugnada, por concepto de uso de vía pública (fs. 137); **10.** Certificación del GAD Municipal del cantón Urdaneta, de que revisado el archivo de la secretaria del GAD Urdaneta, no reposan expedientes ni informes técnicos por la aprobación de la ordenanza impugnada, y copia certificada de la ordenanza impugnada (fs. 138-146); **11.** Documentación certificada que acredita la calidad de Alcalde y Procurador Síndico del cantón Urdaneta (fs. 151-154); **12.** Copias certificadas de los Estatutos de ASETEL (fs. 282-289); **13.** Copias certificadas de la sentencia dictada por esta Sala dentro de la acción objetiva de anulación acumulada No. 128-2013 y 93-2014 (fs. 290-311).

**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 la falta de contestación a la demanda por el GAD del cantón Urdaneta, 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 Urdaneta, provincia de Los Ríos, publicada en el Registro Oficial No. 842 del viernes 30 de noviembre de 2012), procede “...cuando se alegue que tales disposiciones riñen con preceptos legales y se persiga, con efectos generales, su anulación total o parcial. Dichas acciones de impugnación podrán proponerse por quien tenga interés directo, o por entidades públicas y privadas. La resolución se publicará en el Registro Oficial;...”*. En 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 Urdaneta 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 este cuerpo normativo de carácter general como inconstitucional; que es discutible que exista el hecho generador declarado para causar el tributo, pues el uso y ocupación del espacio aéreo no debe ser considerado como sinónimo del desplazamiento atmosférico de las ondas y otras energías difusas; y, respecto de la valoración del tributo, que ha sido reproducida en los artículos 10, 14 y 21 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, 10, 14, 18 y 21 de la ordenanza impugnada.

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

*“Art. 1.- Objeto y Ámbito de aplicación.- Esta Ordenanza, tiene por objeto regular, controlar y sancionar la implantación de estructuras fijas y de soporte de antenas, y su infraestructura relacionada para el servicio móvil avanzada (sic) en el territorio del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Urdaneta, a fin de cumplir con las condiciones de zonificación, uso de suelo, subsuelo y vía pública, uso de espacio aéreo y reducción del impacto ambiental, sujetos a las determinaciones, a las leyes, ordenanzas, y demás normativas vigentes”.*

*“Art. 10.- Permiso Municipal de Implantación.- Los presentadores del SMA deben contar con el permiso de implantación de las estructuras fijas de soporte de antenas y su infraestructura relacionada, que conforman una estación radioeléctrica para el SMA, emitido por el Gobierno Municipal del Cantón Urdaneta, a través de la unidad correspondiente.*

*Para obtener el permiso de implantación se presentará en la Unidad Administrativa correspondiente una solicitud que indique el domicilio y el nombre del representante legal del presentador del SMA, acompañando los siguientes documentos...”.*

*“Art. 14.- El permiso de implantación tendrá una vigencia de dos años, con carácter renovable y revocable”.*

**“Art. 18.- Valoración.**

*a) El permiso de implantación será para cada estación y tendrá un valor de cinco salarios básicos unificados del trabajador en general del sector privado.*

*b) Estructura – Antenas – Torres Torretas.*

*Pagarán el 20% de la RBU diarios por ocupación del espacio aéreo permanente para radio, base celular, para uso comercial y otros usos.*

*c) Señalización o Frecuencia.*

*Clasificación: Las estructuras metálicas que son de propiedad privada, concesionarias o públicas y otras, pagarán el 20% de la RBU diaria, así como también el uso de frecuencia por ocupación del espacio aéreo de uso comercial, para comunicación celular, social y por cada una de ellas.*

*Antena y Frecuencia, para radio ayuda fija y radio aficionados, éstas pagarán el 7% del RBU por el mismo concepto detallado anteriormente.*

*Antena y Frecuencia, para radio emisora, éstas pagarán el 2% del RBU por el mismo concepto detallado anteriormente.*

*Señal o frecuencia de transmisión satelital de televisión, pagarán una RBU mensual.*

**Cables:** *El tendido de cables que pertenezcan a las empresas privadas estarán sujetos a una tasa fija y permanente de \$ 0.50 centavos de dólar americanos anuales, por cada metro lineal de cable tendido, por ocupación del espacio aéreo en el Cantón Urdaneta.*

**Postes:** *Las empresas privadas pagarán una tasa fija y permanente de 0.10 centavos de dólares diarios por cada poste instalado, por ocupación de vía pública”.*

**“Art. 21.- Infracciones y Sanciones.** Está terminantemente prohibida la implantación de infraestructuras fijas de soporte de antenas e infraestructura relacionada con el SMA que no cuente con el permiso de implantación.

Se considera infracciones a todas las acciones de los presentadores del SMA y los propietarios de la estructura de telecomunicaciones, en caso de ser compartidos.

La sanción aplicable no requiere de solicitud o denuncia y la aplicación de cualquiera de las sanciones administrativas previstas en esta ordenanza es independiente de la instauración de un proceso penal si una infracción se tipificó como delito, además de las acciones orientadas a la reparación de daños e indemnización de perjuicios, los mismos que seguirán la vía judicial respectiva de ser el caso.

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

1. Se impondrá una multa equivalente a diez (10) salarios básicos unificados del trabajador en general del sector privado, al presentador del SMA que impida u obstruya la inspección a cualquier estación radioeléctrica fija que deba realizar un funcionario Municipal habilitado, conforme lo dispuesto en el artículo 14 de la presente ordenanza.

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

3. Si la institución no cuenta con el permiso de implantación correspondiente, se notificará al prestador del SMA y se le impondrá una multa equivalente a cinco (5) salarios básicos unificados del trabajador en general del sector privado y se le concederá un término de treinta (30) días para su obtención.

4. Si transcurridos treinta días laborables de la notificación establecida en el párrafo anterior, el presentador del SMA no cuenta con el permiso de implantación se le impondrá la multa establecida en el párrafo anterior, y se le emitirá una orden para el desmontaje y retiro de la infraestructura, que deberá efectuarse en un término de quince días hábiles a costo del titular, manteniéndose la multa fijada.

5. Si la instalación cuenta con el permiso de implantación correspondiente, pero incumple alguna de las disposiciones de la presente ordenanza o las correspondientes del régimen de uso de suelo o subsuelo, vía pública y espacio aéreo, la autoridad Municipal impondrá al presentador del SMA una multa equivalente a diez salarios básicos unificados del trabajador en general del sector privado, y procederá a notificar al titular en su domicilio, ordenando que se realicen los correctivos necesarios en el

*término de treinta días, en caso de incumplimiento se revocará el permiso de implantación y se procederá al desmontaje del elemento o equipo a costo del titular.*

*6. Si se produce algún accidente o siniestro no previsto que afecte a terceros, que sea imputable al presentador del SMA, se hará efectiva la póliza prevista en el artículo noveno de la presente Ordenanza, además, el presentador del SMA 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 diez 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 de la acción propuesta como consecuencia de la falta de contestación de la demanda por parte del GAD del cantón Urdaneta, para lo cual se realizan las siguientes consideraciones:

**7.5.1** En *prima facie* no existe controversia entre las partes de que el acto normativo impugnado contenga normas de carácter tributario, y por lo tanto no existe duda respecto a la competencia que tiene esta Sala Especializada para conocer y resolver el problema jurídico planteado. Tampoco existe controversia sobre la competencia que tienen los GADs para expedir actos normativos tributarios (Ordenanzas Municipales) y para establecer tasas, en virtud de lo que disponen los artículos 566 y 567 del COOTAD. La controversia surge porque a criterio de ASETEL el GAD del cantón Urdaneta 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, 10, 14 y 21

de la ordenanza que se refieren en su orden al objeto y ámbito de aplicación de la ordenanza, permiso municipal de implantación de las estructuras fijas de soporte de antenas y su infraestructura relacionada, vigencia del permiso, y de implantación, y a las infracciones y sanciones, asuntos que no serán abordados por esta Sala Especializada en virtud de que su contenido no está relacionado a situaciones de orden tributario; además de que en la demanda no existe una fundamentación expedita de hecho y de derecho que permita a esta Sala verificar cuál es el alcance que quiso dar el accionante a su pretensión respecto a los referidos artículos.

**7.5.2** Respecto al contenido del artículo 18 de la Ordenanza Municipal publicada en el Registro Oficial No. 842 del viernes 30 de noviembre de 2012, que regula la implantación de estaciones radio eléctricas, centrales fijas y de base de los servicios móvil terrestre de radio comunicaciones, televisión, y otras comunicaciones de transmisiones; fijación de las tasas correspondientes a la utilización u ocupación del espacio aéreo municipal, uso de la vía pública, suelo y subsuelo en el cantón Urdaneta, expedida por el Concejo Cantonal del GAD de dicho cantón, el accionante argumenta: *“Si analizamos el texto del artículo 18 de la Ordenanza que impugno, se colige que la GAD municipal de Urdaneta 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 Urdaneta 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...”. Complementa su argumento sosteniendo que: “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 (...). 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...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 Urdaneta 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 Urdaneta, 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 Registro Oficial No. 842 del viernes 30 de noviembre de 2012, expedida por el GAD del cantón Urdaneta, provincia de Los Ríos, 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 Urdaneta, 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 Urdaneta 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 Urdaneta, provincia de Los Ríos, 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)** El contenido íntegro del literal b) del artículo 18 de la ordenanza impugnada; **2)** El contenido íntegro de los incisos: primero,

segundo, tercero y cuarto, del literal c) del referido artículo 18 de la ordenanza materia de la Litis; y, **3)** En el inciso quinto del literal c) del artículo 18, **Cables:** la frase “por ocupación del espacio aéreo”.

**7.5.5** 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 Urdaneta, 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; además, cabe indicar que a fojas 137 del proceso consta la certificación conferida por el GAD municipal del cantón Urdaneta, de la que se desprende que, una vez revisados los archivos y registro del Departamento de Rentas, no se ha encontrado Títulos de Crédito emitidos por concepto de uso de Vía Pública. 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.

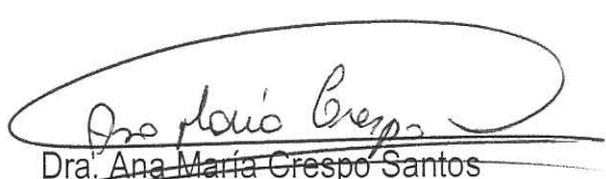
**9.3** Comuníquese y publíquese en el Registro Oficial.



Dr. José Luis Terán Suárez  
**JUEZ NACIONAL**



Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia  
**JUEZA NACIONAL (V.S.)**



Dra. Ana María Crespo Santos  
**JUEZA NACIONAL**

Certifico,

Ab. Alejandra Morales Navarrete

**SECRETARIA RELATORA**

DEMANDA DE ACCIÓN OBJETIVA  
N° 003-2016

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 DE LA  
URDANETA Y PROCURADOR GENERAL  
DEL ESTADO

**QUITO:** martes 2 de mayo del 2017, las 12h53.-

**VISTOS:** Conforme el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, emito mi VOTO SALVADO por disentir del fallo de mayoría, en relación al recurso de casación interpuesto por el Economista Xavier Cárdenas Moncayo en calidad de Director General del Servicio Nacional de Aduanas, por los motivos que a continuación se indicarán en el presente edicto. -----

**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 QUE REGULA LA IMPLANTACIÓN DE ESTACIONES RADIO ELÉCTRICAS, CENTRALES FIJAS Y DE BASE DE LOS SERVICIOS MÓVIL TERRESTRE DE RADIO COMUNICACIONES DE TRANSMISIONES, FIJACIÓN DE LAS TASAS CORRESPONDIENTES A LA UTILIZACIÓN U OCUPACIÓN DEL ESPACIO AÉREO MUNICIPAL, USO DE LA VÍA PÚBLICA, SUELO Y SUBSUELO EN EL CANTÓN URDANETA publicada en el Registro Oficial N° 842 del viernes 30 de noviembre de 2012.-----

**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 19 de la Ordenanza que impugno, se colige que la [sic] GAD municipal de Urdaneta al establecer tasas por la implantación de estructuras metálicas, antenas y cables necesarios para la prestación 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 los techos establecidos por el MINTEL para la 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 008-15-SIN-CC ya citadas anteriormente [...] Por consiguiente queda demostrado, conforme a derecho, que el Concejo del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Urdaneta sobrepasó sus atribuciones y competencias exclusivas que le otorga la Constitución y violó de esta forma el artículo 226 [...]” **ii)** Por otro lado indica que: “Ahora bien la ordenanza impugnada utiliza como soporte legal al segundo inciso del artículo 576 del Código Orgánico Territorial Autonomía y Descentralización que establece: [...]”. A este respecto señala que es necesario revisar lo que ha manifestado la Corte Constitucional en la Sentencia 007-15-SIN-CC respecto a la competencia de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales para establecer tasas por el uso del espacio aéreo y también el soterramiento de cables y que en tal virtud la ordenanza impugnada es susceptible de anulación no solo por falta de sustento legal sino por fundamento constitucional. **iii)** También hace relación a la sentencia 128-2013 de 20 de agosto de 2015 de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia y en base a ella sostiene que es discutible que exista hecho generador declarado para causar un tributo. Hace referencia a los artículos 7, 10 y 11 del Reglamento para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado, 5 y 30 del Reglamento de audio y video por suscripción y al respecto indica: “Las disposiciones transcritas 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 la empresa CONECEL y OTECEL S.A., en el caso del servicio SMA y DIRECTV ECUADOR C. LTDA. en el caso del servicio de audio y video por suscripción bajo el imperio de la Constitución vigente. 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.” **iv)** Manifiesta que el ámbito de aplicación de la Ordenanza impugnada sobrepasa los límites establecidos en el artículo 264 de la Constitución de la República del Ecuador, e invade las otorgadas al Estado central en los artículos 261 numeral 10; 313 y 314 de la misma Constitución. En lo relacionado a la Ordenanza en su artículos 10 14 y 21, los cita de forma textual, y señala: “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]” **v)** Indica que: “Respecto de la valoración del tributo; que ha sido reproducida en los artículos 10,14 y 21 de la Ordenanza impugnada queda claro que el cobro es ilegal e inconstitucional, ahora analicemos su pertinencia. Es un hecho aceptado, que en ordenamientos jurídicos como el ecuatoriano, las tasas por regla general se establecen como contraprestación de algún tipo de servicio que presta la administración tributaria que las percibe. Este es el espíritu que puede colegirse, por ejemplo del texto del Art. 566 del COOTAD. [...]*

~~SECRET~~  
*Ahora bien, la lectura del texto de la norma citada conlleva preguntarnos cuál es el <servicio> que, en este caso, estaría supuestamente prestando el GAD del cantón Urdaneta 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 permanente mientras dure la actividad comercial, esto de conformidad con el Acuerdo Ministerial de 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, de 16 de septiembre de 2015, dentro del caso 0009-15-IN, dictada por la Corte Constitucional en contra de la Ordenanza Municipal expedida por el cantón Sucre, publicada en el Registro Oficial No. 325 de 03 de septiembre de 2014 [...]. Por otra parte, 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 de cada estación, monto que cobra a las Operadoras; 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)** Por otro lado señala: “Seguidamente corresponde analizar si la tasa establecida en el artículo 18 de la ordenanza impugnada guarda relación y, sobre todo, cumple fielmente con los principios de justicia tributaria constantes en el artículo 300 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 5 del Código Tributario, al respecto realizaré el siguiente análisis: [...] 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)* En lo referente 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.-----

**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 Ordenanza publicada en el Registro Oficial N° 842 del viernes 30 de noviembre de 2012 que se titula “ORDENANZA QUE REGULA LA IMPLANTACIÓN DE ESTACIONES RADIO ELÉCTRICAS, CENTRALES FIJAS Y DE BASE DE LOS SERVICIOS MÓVIL TERRESTRE DE RADIO COMUNICACIONES, TELEVISIÓN Y OTRAS COMUNICACIONES DE TRANSMISIONES, FIJACIÓN DE LAS TASAS CORRESPONDIENTES A LA UTILIZACIÓN U OCUPACIÓN EL ESPACIO AÉREO MUNICIPAL, USO DE LA VÍA PÚBLICA, SUELO Y SUBSUELO EN EL CATÓN URDANETA”, emitida por el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Urdaneta. **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 12 de enero de 2016 a las 15h46, se calificó la demanda presentada y se ordena citar a los personeros municipales del GAD municipal de Urdaneta y que se haga saber al Procurador General del Estado de la Providencia de calificación de la demanda. -----

**1.4.- CONTESTACIÓN A LA DEMANDA:** A fojas 32 a 36 del expediente constan las citaciones por boleta realizadas a los personeros del Gobierno Descentralizado del Cantón Urdaneta, efectuadas por el funcionario de la Sala de Citaciones de la Unidad Judicial Civil del Cantón Urdaneta. De conformidad con la razón de citación apuntadas por el funcionario judicial correspondiente, fueron realizadas en fechas 10, 13 y 15 de febrero de 2016 al Alcalde, y mediante citación en persona el 10 de febrero del 2016 al Procurador Síndico del GAD demandado. Sin embargo de lo referido, dentro del proceso no se evidencia que los personeros municipales hayan contestado a la demanda.-----

## II. DE SUSTANCIACIÓN:

**2.1.- APERTURA DEL TÉRMINO DE PRUEBA:** Dentro de la sustanciación, en fecha 18 de octubre de 2016 a las 10h17, 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**

**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: **a)** 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 **b)** Consultoría análisis regulatorio, técnico, económico respecto a las tasas impuestas por los GADS, por la instalación y uso de diferentes elementos de redes de telecomunicaciones en sus cantones. **iii)** Que se oficie a la Corte Constitucional a fin de que remita copias certificadas de las siguientes sentencias de inconstitucionalidad: **a)** Sentencia N° 007-15-SIN-CC, del caso N° 009-13-IN. **b)** Sentencia N° 008-15-SIN-CC, del caso N° 0008-13-IN, **iv)** Que se envíe oficio a la Procuraduría General del Estado a fin de que se remita a la Sala copia certificadas del oficio N° 00969 de 27 de abril de 2015, suscrito por el señor Procurador General del Estado y dirigido al señor Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Salcedo en el cual de manera vinculante se absuelven dos consultas: “Primera Consulta: *“1.- Es aplicable la disposición contenida en el segundo párrafo del Art. 567 del Código Orgánico de Organización Territorial COOTAD, para que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Salcedo, pueda regular sobre el uso, autorización y cobro de frecuencias del espectro radioeléctrico, dentro de su jurisdicción territorial?”* [...] “Segunda Consulta: *2.- La disposición contenida en el segundo párrafo del Art. 567 del Código Orgánico de Organización Territorial COOTAD, permite al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Salcedo, regular sobre la infraestructura de telecomunicaciones que prestan servicios de telecomunicaciones inalámbricas, que se encuentran instaladas en predios de propiedad privada, bajo el concepto de uso de espacio público aéreo?”* [...]. **v)** Que se envíe oficio a la administración tributaria demandada, Municipalidad del Cantón Urdaneta 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 publicada en el Registro Oficial N° 842 del viernes 30 de noviembre de 2012, de conformidad con lo establecido en el artículo 322 del Código Orgánico de Organización

Territorial Autonomía y Descentralización. 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 Señor Ministro de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, a fin de que remita a la Sala copias certificadas de: **a)** El Acuerdo Ministerial N° 037-2013 y del cual hay que considerar su artículo 3. **b)** El Acuerdo N° 041-2015 que norma “*LAS POLITICAS (sic) RESPECTO DE TASAS Y CONTRAPRESTACIONES QUE CORRESPONDAN FIJAR A LOS GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS CANTONALES O DISTRITALES EN EJERCICIO DE SU POTESTAD DE REGULACIÓN DE USO Y GESTIÓN DEL SUELO Y DEL ESPACIO AÉREO EN EL DESPLIEGUE O ESTABLECIMIENTO DE INFRAESTRUCTURA DE TELECOMUNICACIONES.*” **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 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. **ix)** Acusa en rebeldía a las Autoridades Municipales demandadas. **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 31 de octubre de 2016, el Juez de Sustanciación de la causa ordenó la práctica de las pruebas solicitadas por la parte actora.-

### 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 QUE REGULA LA IMPLANTACIÓN DE ESTACIONES RADIO ELÉCTRICAS, CENTRALES FIJAS Y DE BASE DE LOS SERVICIOS MÓVIL TERRESTRE DE RADIO COMUNICACIONES, TELEVISIÓN Y OTRAS COMUNICACIONES DE TRANSMISIONES, FIJACIÓN DE LAS TASAS CORRESPONDIENTES A LA UTILIZACIÓN U OCUPACIÓN EL ESPACIO AÉREO MUNICIPAL, USO DE LA VÍA PÚBLICA, SUELO Y SUBSUELO EN EL CATÓN URDANETA” publicada en el Registro Oficial N° 842 de 30 noviembre de 2012. 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 las ordenanzas impugnadas.--

**3.5.- PUNTOS EN LOS QUE SE TRABA LA LITIS:** En virtud de que la administración tributaria no ha presentado su contestación a la demanda se entiende que la misma es la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda, de conformidad con el artículo 258 del Código Orgánico Tributario, y en tal virtud la carga de la prueba le corresponde a la parte accionante. -----

#### 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](http://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 ~~SECRET~~ 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 l) de la Constitución de la República del Ecuador, reza que las resoluciones que no se encuentren debidamente motivadas serán nulas (en este aspecto esta Sala Especializada debe señalar que la motivación consiste en la enunciación de los presupuestos de hecho y su vinculación a las normas jurídicas que han sido determinantes para la resolución). En el caso de existir falta de motivación en un acto administrativo o incluso en un acto normativo, se estaría violentando el debido proceso, conforme la estructura de la actual Constitución.-----

**4.2.- ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN:** Conforme al esquema planteado en el punto 4.1.4 *ut supra*, en el presente caso se puede verificar lo siguiente: **i) En cuanto a los requisitos objetivos:** **a)** Conforme a la demanda y en atención, a los argumentos planteados a lo largo del proceso y a lo solicitado que sea tomado en cuenta en el escrito de prueba presentado por ASETEL, la presente acción ha sido planteada en contra de la Ordenanza Municipal emitida por el Consejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Urdaneta, la cual regula la

implantación de estaciones radio eléctricas, centrales fijas y de ~~SECRETAR~~ los servicios móvil terrestre de radio comunicaciones, televisión y otras comunicaciones de transmisiones, fijación de las tasas correspondientes a la utilización u ocupación el espacio aéreo municipal, uso de la vía pública, suelo y subsuelo en el catón Urdaneta. La no contestación a la demanda tiene como consecuencia la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho por parte del GAD Municipal de Urdaneta lo cual 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.- Valoración. a) El permiso de implantación será para cada estación y tendrá un valor de cinco salarios básicos unificados del trabajador en general del sector privado. b) Estructura – Antenas – Torres Torretas. Pagarán el 20% de la RBU diarios por ocupación del espacio aéreo permanente para radio, base celular, para uso comercial y otros usos. c) Señalización o Frecuencia. Clasificación: Las estructuras metálicas que son de propiedad privada, concesionarias o públicas y otras, pagarán el 20% de la RBU diaria, así como también el uso de frecuencia por ocupación del espacio aéreo de uso comercial, para comunicación celular, social y por cada una de ellas. Antena y Frecuencia, para radio ayuda fija y radio aficionados, éstas pagarán el 7% del RBU por el mismo concepto detallado anteriormente. Antena y Frecuencia, para radio emisora, éstas pagarán el 2% del RBU por el mismo concepto detallado anteriormente. Señal o frecuencia de trasmisión satelital de televisión, pagarán una RBU mensual. Cables: El tendido de cables que pertenezcan a las empresas privadas estarán sujetos a una tasa fija y permanente de \$ 0.50 centavos de dólar americanos anuales, por cada metro lineal de cable tendido, por ocupación del espacio aéreo en el Cantón Urdaneta. Postes: Las empresas privadas pagarán una tasa fija y permanente de 0.10

*centavos de dólares diarios por cada poste instalado, por ocupación de vía pública*". En lo relativo al contenido normativo de este artículo, esta Sala Especializada observa que en su primer literal hace referencia a un permiso de implantación, cuya esencia será analizada más adelante. Ahora bien el resto de numerales disponen la valoración de lo que aparentemente podría ser una "tasa", así pues es menester señalar que este gravamen constituye una especie de tributo 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 10, 14 y 21 de la Ordenanza, el actor se limita a transcribirlas, parcialmente y concluye 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 queda en manos del Gobierno Autónomo Descentralizado la posibilidad virtual de <autorizar> o <desautorizar> la prestación de este servicio, competencia que no tiene ni le corresponde [...]” Las normas mencionadas a las que se refiere la demanda, disponen lo siguiente: “Art. 10.- Permiso Municipal de Implantación. Los presentadores del SMA deben contar con el permiso de implantación de las estructuras fijas de soporte de antenas y su infraestructura relacionada, que conforman una estación radioeléctrica para el SMA, emitido por el Gobierno Municipal del Cantón Urdaneta, a través de la unidad correspondiente. Para obtener el permiso de implantación se presentará en la Unidad Administrativa correspondiente una solicitud que indique el domicilio y el nombre del representante legal del presentador del SMA, acompañando los siguientes documentos: a) Copia del recibo de pago del impuesto predial del año fiscal en curso, del predio en que se efectuará la implantación. b) Copia de la autorización del uso de frecuencia y/o registro de la estación, emitido por la SENATEL o por el Órgano Gubernamental correspondiente. c) Ingreso del trámite de autorización o permiso ambiental del Ministerio del Ambiente, o de la autoridad correspondiente si se encuentra acreditada al SMA. d) Informe favorable de la Unidad de Áreas Históricas, o la Unidad Administrativa Municipal correspondiente, para el caso de implantación en áreas históricas de edificaciones no Patrimoniales. e) Certificación de vigencia de la póliza de seguro de responsabilidad civil frente a terceros, durante el periodo de vigencia del permiso de implantación. f) Informe de línea de fábrica o su equivalente. g) Formulario de aprobación de planos, si la construcción es mayor de 20 metros cuadrados. h) Plano de la implantación de las instalaciones,

características generales y de mimetización, incluyendo la ubicación de la estación radioeléctrica con coordenadas geográficas. i) Informe técnico de un ingeniero civil particular, que garantice la estabilidad sismo resistente de las estructuras de soporte, y que las instalaciones no afectarán las estructuras de las edificaciones existentes. j) Si la implantación de un inmueble declarado en el régimen de propiedad horizontal, se requiere de obras que apliquen modificaciones de la estructura resistente de un inmueble, aumento de edificación horizontal o vertical o modificaciones en las fachadas, se requerirá el consentimiento unánime de los copropietarios elevando a escritura pública la modificación del régimen de la propiedad horizontal. k) Si la implantación de un inmueble declarado bajo el régimen de propiedad horizontal, no implica las modificaciones estructurales enunciadas en el párrafo anterior, o si se ubican en áreas comunales, se deberá requerir la autorización de la asamblea de copropietarios, en la que conste expresamente tal declaración, Así como también, se requerirá de la autorización del dueño de la alícuota del espacio en el que se vaya a instalar la respectiva estación, en caso de instalación de un bien de uso privado.”. “Art. 14.- El permiso de implantación tendrá una vigencia de dos años, con carácter renovable y revocable”. “Art. 21.- Infracciones y Sanciones. Está terminantemente prohibida la implantación de infraestructuras fijas de soporte de antenas e infraestructura relacionada con el SMA que no cuente con el permiso de implantación. Se considera infracciones a todas las acciones de los presentadores del SMA y los propietarios de la estructura de telecomunicaciones, en caso de ser compartidos. La sanción aplicable no requiere de solicitud o denuncia y la aplicación de cualquiera de las sanciones administrativas previstas en esta ordenanza es independiente de la instauración de un proceso penal si una infracción se tipificó como delito, además de las acciones orientadas a la reparación de daños e indemnización de perjuicios, los mismos que seguirán la vía judicial respectiva de ser el caso. Cualquier implantación irregular que sea

*detectada por inspección o a través de denuncia, será objeto de investigación y sanción según el caso. 1. Se impondrá una multa equivalente a diez (10) salarios básicos unificados del trabajador en general del sector privado, al presentador del SMA que impida u obstruya la inspección a cualquier estación radioeléctrica fija que deba realizar un funcionario Municipal habilitado, conforme lo dispuesto en el artículo 14 de la presente ordenanza. 2. La inspección será notificada al prestador del servicio en su domicilio, con dos días laborables de anticipación. 3. Si la institución no cuenta con el permiso de implantación correspondiente, se notificará al prestador del SMA y se le impondrá una multa equivalente a cinco (5) salarios básicos unificados del trabajador en general del sector privado y se le concederá un término de treinta (30) días para su obtención. 4. Si transcurridos treinta días laborables de la notificación establecida en el párrafo anterior, el presentador del SMA no cuenta con el permiso de implantación se le impondrá la multa establecida en el párrafo anterior, y se le emitirá una orden para el desmontaje y retiro de la infraestructura, que deberá efectuarse en un término de quince días hábiles a costo del titular, manteniéndose la multa fijada. 5. Si la instalación cuenta con el permiso de implantación correspondiente, pero incumple alguna de las disposiciones de la presente ordenanza o las correspondientes del régimen de uso de suelo o subsuelo, vía pública y espacio aéreo, la autoridad Municipal impondrá al presentador del SMA una multa equivalente a diez salarios básicos unificados del trabajador en general del sector privado, y procederá a notificar al titular en su domicilio, ordenando que se realicen los correctivos necesarios en el término de treinta días, en caso de incumplimiento se revocará el permiso de implantación y se procederá al desmontaje del elemento o equipo a costo del titular. 6. Si se produce algún accidente o siniestro no previsto que afecte a terceros, que sea imputable al presentador del SMA, se hará efectiva la póliza prevista en el artículo noveno de la presente Ordenanza, además, el presentador del*

*SMA 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 diez salarios básicos unificados del trabajador en general del sector privado*". En lo relativo a las normas transcritas, esta Sala Especializada observa que aparentemente no guardan relación a cuestiones de orden tributario. **c)** En cuanto a la competencia del órgano que emanó el acto normativo en *prima facie* podríamos decir que la Municipalidad de Urdaneta 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 las ordenanzas, no en contra de actos preparatorios del mismo. Ahora bien en cuanto a la pretensión accesoria de que se declare la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza impugnada, será tratada en su momento oportuno. **e)** Finalmente se puede apreciar, que dada la actual dinámica normativa tributaria, no ha sido necesario agotar la vía administrativa para proponer la presente acción. **ii)** En lo referente a los **requisitos subjetivos** esta Sala ha manifestado *ut supra* que, al no constituirse la presente acción como de orden popular, se debe considerar los requisitos subjetivos señalados arriba, y los cuales serán analizados a continuación: **a)** La demanda presentada ha sido planteada por el Director Ejecutivo de la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones, quien ha justificado su calidad a través del documento que han sido incorporado en el expediente oportunamente, lo cual no ha sido contradicho en el proceso. **b)** En cuanto al interés directo de la parte actora, esta Sala Especializada verifica que ASETEL es una entidad de derecho privado que conforme lo ha justificado con la presentación de sus estatutos, que constan de fojas 212 a 218 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 8 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 QUE

*REGULA LA IMPLANTACIÓN DE ESTACIONES RADIO ELÉCTRICAS, CENTRALES FIJAS Y DE BASE DE LOS SERVICIOS MÓVIL TERRESTRE DE RADIO COMUNICACIONES, TELEVISIÓN Y OTRAS COMUNICACIONES DE TRANSMISIONES, FIJACIÓN DE LAS TASAS CORRESPONDIENTES A LA UTILIZACIÓN U OCUPACIÓN EL ESPACIO AÉREO MUNICIPAL, USO DE LA VÍA PÚBLICA, SUELO Y SUBSUELO EN EL CATÓN URDANETA [...] 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 (sic)".* **5.1.2.** Ahora bien, esta Sala Especializada la el efecto de la no contestación a la demanda, esto es negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho, lo que hace que la carga de la prueba le corresponda a la parte actora, por lo tanto se procederá al análisis de las pruebas que ha solicitado ASETEL para el desarrollo del análisis del presente caso. **5.1.3.** Dentro del expediente se puede verificar la existencia de las siguientes pruebas que fueron solicitadas por la parte actora y que corresponden a: **i)** Copias certificadas de las sentencias 007-15-SIN-CC, 008-15-SIN-CC, 025-15-SIN-CC. **ii)** Copias certificadas del oficio 00969 de 27 de abril de 2015 emitido por la Procuraduría General del Estado. **iii)** Los acuerdos 037-2013 y 041-2015 del Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información N° 037-2013. **iii)** Oficio ESPOL-R-OFC-1434-2016 y sus anexos. En relación a la esta prueba documental solicitada por la parte demandada, esta Sala manifiesta que la misma no será considerada por no tener relación con el objeto de la *Litis* pues como se indicó en este juicio no está en debate el procedimiento de creación de las ordenanzas impugnadas. **iv)** El expediente de los antecedentes de la elaboración y aprobación de la Ordenanzas impugnadas y la certificación del Jefe de del Departamento de Rentas del GAD Municipal de Urdaneta que indica que no se han emitido

títulos de crédito. ~~v)~~ El desglose de Estatutos de ASETEL y de la sentencia de la acción objetiva 128-2013 ~~vi)~~ Copias certificadas de las sentencias de las acciones objetivas N° 129-2013, y 128-2013 y 93-2014. -----

## VI. CONTROL DE LEGALIDAD

**6.1.- Control de legalidad del acto normativo impugnado.-** Previo a realizar el análisis de fondo del presente asunto, 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 212 a 218 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.- Hecho cierto y probado:** La ordenanza 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. **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.-** Ahora bien, una vez justificado el interés directo de ASETEL y considerando que la no contestación a la demanda por los personeros municipales, 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 en sentencia se declare la anulabilidad total de la mentada ordenanza No. 017-2014 que regula [sic] la ORDENANZA QUE REGULA LA IMPLANTACIÓN DE ESTACIONES RADIO ELÉCTRICAS, CENTRALES FIJAS Y DE BASE DE LOS SERVICIOS MÓVIL TERRESTRE DE RADIO COMUNICACIONES, TELEVISIÓN Y OTRAS COMUNICACIONES DE TRANSMISIONES, FIJACIÓN DE LAS TASAS CORRESPONDIENTES A LA UTILIZACIÓN U OCUPACIÓN EL ESPACIO AÉREO MUNICIPAL, USO DE LA VÍA PÚBLICA, SUELO Y SUBSUELO EN EL CATÓN URDANETA [...] , 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.-** Ahora bien, en este punto esta Sala Especializada considera oportuno señalar que de conformidad con lo que establece el artículo 273 del Código Orgánico Tributario, esta Sala Especializada procede a realizar un control de legalidad de las ordenanzas impugnadas, y para ello realiza las siguientes consideraciones: **i)** La primera Ordenanza impugnada se titula: “ORDENANZA QUE REGULA LA IMPLANTACIÓN DE ESTACIONES RADIO ELÉCTRICAS, CENTRALES FIJAS Y DE BASE DE LOS SERVICIOS MÓVIL

TERRESTRE DE RADIO COMUNICACIONES, TELEVISIÓN Y ~~OTRAS~~ COMUNICACIONES DE TRANSMISIONES, FIJACIÓN DE LAS TASAS CORRESPONDIENTES A LA UTILIZACIÓN U OCUPACIÓN EL ESPACIO AÉREO MUNICIPAL, USO DE LA VÍA PÚBLICA, SUELO Y SUBSUELO EN EL CATÓN URDANETA”. El actor hace referencia a que dentro de esta Ordenanza se crea una tasa contenida en el artículo 18. En cuanto a esta noma que ha sido transcrita *ut supra*, esta Sala Especializada advierte que el literal a) no se refiere a una tasa, o a la configuración del hecho generador vinculado a la ocupación de espacio aéreo o la vía pública, sino a una habilitación para el uso del espacio público. Por lo señalado, se manifiesta que conforme el contenido de estos artículos no acredita la acción de naturaleza fiscal propuesta en la demanda, por lo tanto la pretensión relacionada al literal a) del artículo 18 de la Ordenanza impugnada deviene en improcedente. En este mismo orden de ideas de la revisión de los artículos 10, 14 y 21 este Tribunal considera que de la misma forma que el literal a) del artículo 18, no guarda consonancia tributaria sino de índole administrativa, lo cual no puede ser abordado dentro de la presente acción objetiva tributaria. Ahora bien en lo relacionado a los literales b) y c) del artículo 18 de la Ordenanza impugnada esta Sala realiza las siguientes consideraciones:

**i)** El literal b) del referido artículo dispone: “*b) Estructura – Antenas – Torres Torretas. Pagarán el 20% de la RBU diarios por ocupación del espacio aéreo permanente para radio, base celular, para uso comercial y otros usos.*”. De esta norma se puede evidenciar que si bien es cierto no señala expresamente que es un tributo, de su esencia se puede determinar que se está estableciendo un objeto imponible y una cuantía, por lo tanto tiene algunas de las características de una tasa. Ahora bien respecto al objeto imponible, podemos identificar que se grava la ocupación del espacio aéreo, lo cual como lo hemos indicado es potestad de los GADS conforme al COOTAD, sin embargo es claro que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en el último inicio de su

artículo 104 establece lo siguiente: “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”. Cabe señalar que esta limitación a la competencia de los GADS respecto a las redes de telecomunicación o frecuencias del espectro radio eléctrico, fue posterior a la fecha de publicación de la Ordenanza impugnada en el Registro Oficial, en tanto que a la fecha que entró en vigencia la ordenanza impugnada el GAD de Urdaneta sí tenía competencia para regular el espacio aéreo de su jurisdicción, por lo que la situación de encontrarse en contra del ordenamiento jurídico superior es posterior. Por otro lado también es importante destacar que el literal b) del artículo 18 de la ordenanza impugnada grava la ocupación del espacio aéreo para radio, base celular, para uso comercial y otros usos, en este sentido es claro que ASETEL únicamente ha demostrado mediante sus estatutos que guarda interés directo respecto a las empresas que prestan servicios de telecomunicaciones celulares, no así de radios o uso comercial. En cuanto a los “otros usos” que se refiere la Ordenanza impugnada constituye una referencia muy amplia y vaga, con la cual esta Sala no puede dimensionar cual es el alcance y en este sentido puede abarcar también telecomunicaciones celulares, hecho que es necesario que será tomado en cuenta más adelante. **ii)** En cuanto al literal c) del artículo 18 de la Ordenanza impugnada, contiene el siguiente texto: “**Señalización o Frecuencia. Clasificación:** Las estructuras metálicas que son de propiedad privada, concesionarias o públicas y otras, pagarán el 20% de la RBU diaria, así como también el uso de frecuencia por ocupación del espacio aéreo de uso comercial, para comunicación celular, social y por cada una de ellas. Antena y Frecuencia, para radio ayuda fija y radio aficionados, éstas pagarán el 7% del RBU por el mismo concepto detallado anteriormente. **Antena y Frecuencia, para radio emisora,** éstas pagarán el 2% del RBU por el

*mismo concepto detallado anteriormente. Señal o frecuencia de transmisión satelital de televisión, pagarán una RBU mensual.*

**Cables:** El tendido de cables que pertenezcan a las empresas privadas estarán sujetos a una tasa fija y permanente de \$ 0.50 centavos de dólar americanos anuales, por cada metro lineal de cable tendido, por ocupación del espacio aéreo en el Cantón Urdaneta. **Postes:** Las empresas privadas pagarán una tasa fija y permanente de 0.10 centavos de dólares diarios por cada poste instalado, por ocupación de vía pública.”. El primer párrafo del literal se titula a la señalización o frecuencias y se refiere a las estructuras metálicas que de propiedad privada o concesionarias o públicas. Así mismo señala que se grava el uso de frecuencias por ocupación del espacio aéreo de: **a)** Uso comercial, **b)** Comunicaciones celulares, **c)** comunicación social. El segundo párrafo se refiere a las antenas y frecuencias para radio ayuda fija y aficionados. El tercer párrafo se refiere a antenas para radio emisoras. El cuarto párrafo se relaciona a señal o frecuencias de transmisión satelital de televisión. El quinto párrafo grava el tendido de cables. El sexto párrafo se refiere a los postes que se encuentren instalados. Teniendo como premisa lo señalado, esta Sala Especializada observa que el literal c) establece distintos tipos de gravámenes, en donde se pueden identificar varios tipos de objetos imponibles la cuantía, por lo que se puede establecer que se tratan de tributos. Ahora bien es importante recalcar que únicamente el primer párrafo contiene disposiciones que se relacionan con el interés director demostrado por ASETEL en la presente acción, situación que será considerada más adelante. **iii)** En este punto es menester entender lo que dispone el artículo 104 tercer inicio de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones publicado en el Registro Oficial 15 de febrero de 2015, norma que señala: “Art. 104.- *Uso y Ocupación de Bienes de Dominio Público. [...] 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.”. iv) Ahora bien es necesario tener en cuenta que la Ordenanza materia del presente análisis fue publicada el 30 de noviembre de 2012 en el Registro Oficial Edición N° 842, es decir antes de la publicación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. v) De conformidad con el artículo 264 de la Constitución de la República, se reconoce a los gobiernos municipales (régimen seccional) la competencia exclusiva para crear, modificar o suprimir mediante ordenanzas tasas, de tal forma que estas facultades derivadas, son un ejemplo claro de fijación, creación, modificación y supresión de las tasas, es decir de adecuación constitucional del poder tributario en la República del Ecuador, entendiéndose, claro está, que la facultad otorgada a los gobiernos municipales constituye una delegación para la creación de tasas y es parte del poder tributario derivado. En este aspecto es importante desentrañar el concepto de tasa, para lo cual creemos pertinente citar lo que el abogado Bernardo Lara Berrios en su documento “*HACIENDA PÚBLICA Y DERECHO TRIBUTARIO. EL DERECHO TRIBUTARIO: EL TRIBUTO*”, página 21 al citar al autor BENJAMÍN VILLEGAS BASAVILBASO quien señala sobre la tasa es la: “*Suma de dinero que paga el beneficiario o usuario por la prestación de un determinado servicio público. Es un ingreso derivado o de derecho público, es una especie de tributo que tiene caracteres específicos propios que lo distinguen del impuesto y de las contribuciones especiales*”. En esta visión podemos señalar también que la tasa es comprendida como aquella prestación exigida unilateralmente por el Estado, en la que se vincula directamente a la actividad estatal con el contribuyente. Dicha obligación es exigible con “ocasión” de la prestación del servicio público divisible o por el uso o aprovechamiento de bienes de dominio público. Respecto a la ocasionalidad la misma radica en que el usuario debe estar en la posibilidad real de que pueda recibir concretamente un servicio sin que necesariamente le reporte un beneficio. Es importante*

~~resaltar~~ que en algunas ocasiones la tasa se exige por el uso ~~SECRET~~ servicio público divisible que beneficia al particular y en otros casos no, por lo que la contraprestación de un servicio no implica una característica esencial de la tasa. Teniendo en cuenta lo señalado es importante destacar que no ocurre el defecto esencial que plantea el actor respecto al tributo al señalar que una tasa solo se la puede cobrar por un servicio público recibido, sino que también guarda relación con el uso de un bien público, en este el espacio aéreo. En este mismo orden de ideas, de la revisión del acto normativo impugnado, se desprende que en lo relacionado al uso del espacio aéreo municipal para el uso de redes de telecomunicación y el espectro radio eléctrico la ordenanza se regula contrariando el artículo 104 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones referido *ut supra*. En otro orden también es válido señalar que al igual que el caso N° 129-2013, las regulaciones de la ordenanza materia del presente análisis, se relacionan con los postes y cables, a primera vista no tendría que ver con el uso de redes de telecomunicación ni espectro radio eléctrico y que guardan consonancia con lo que dispone el artículo 567 del COOTAD que reza de la siguiente manera: *“Las empresas privadas que utilicen u ocupen el espacio público o la vía pública y el espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes, pagarán al gobierno autónomo descentralizado respectivo la tasa o contraprestación por dicho uso u ocupación.”*. En este aspecto si la parte actora hubiese pretendido justificar que la implementación de los tendidos de redes o la instalación de postes se relacionan con transmisiones de redes de radiocomunicación y espectro radioeléctrico, debieron presentar medios de prueba que permitan dilucidar tal situación, hecho que no ha ocurrido en el presente caso. De todas maneras es claro que si la Ordenanza regula postes y tendidos de redes relacionados con el Espectro Radioeléctrico, en este aspecto en particular, esta sería ineficaz por contravenir lo que dispone el artículo

104 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones pero como se indicó en este proceso no se ha probado tal situación. En cuanto a las consultas a la Procuraduría General del Estado que han sido incorporadas al proceso, como prueba por solicitud de la parte actora, es importante recalcar que ellas se refieren específicamente al cobro de frecuencias del espectro radio eléctrico realizado por el Municipio del Cantón Salcedo, que en el presente caso no es pertinente referirse pues no guardan relación con el presente acto normativo. **6.1.5.2.-** Teniendo como premisa lo señalado esta Sala Especializada concluye lo siguiente: **i)** El autor del acto impugnado es el Gobierno Autónomo Descentralizado de Urdaneta, quien tiene la competencia para establecer actos normativos. **ii)** El Gobierno Autónomo Descentralizado está facultado para emitir actos normativos de conformidad con la Constitución de la República en su artículo 264 y artículo 55 de COOTAD, y por lo tanto goza del poder tributario establecido en el artículo 3 del Código Orgánico Tributario. **iii)** El acto impugnado materia del análisis de este punto fue publicado en el Registro Oficial Edición Especial 292 del 23 30 de noviembre de 2012, es decir antes de la publicación en el Registro Oficial de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y por lo tanto las disposiciones (de la ordenanza) relacionadas a transmisiones de redes de radiocomunicación y espectro radioeléctrico se convirtieron en incompatibles con la norma superior por un hecho posterior; sin embargo las disposiciones que gravan el tendido de cables y la instalación de postes guarda concordancia con lo que dispone el artículo 567 del COOTAD. **iv)** Finalmente en cuanto a las antenas de radio ayuda y radioaficionados, antenas para emisoras comerciales, y antenas parabólicas para recepción de la señal comercial de televisión, **ASETEL no ha probado que guarde interés directo con estas actividades.** Lo señalado constituye un ejercicio de control de legalidad del acto impugnado al amparo del interés directo demostrado por la parte actora, lo que no obsta que el órgano de control de

constitucionalidad se pronuncie a este respecto. En este aspecto, esta ~~SECRET~~ Sala Especializada considera que en base al interés directo demostrado por ASETEL el acto impugnado se encuentra en contraposición al ordenamiento jurídico únicamente en cuanto a lo que regula transmisiones de redes de radiocomunicación y el espectro radioeléctrico y en tal virtud no se analizará más sobre este aspecto en particular, obteniéndose como conclusión que por la expedición de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones las normas relacionadas transmisiones de redes de radiocomunicación y el espectro radioeléctrico se volvieron ilegales, estos son por esencia ilegales, pues el GAD Municipal de Urdaneta en su momento sí contaba con la competencia para gravar el uso de espacio aéreo municipal. **v)** Ahora bien se evidencia que otra de las pretensiones que la parte actora aspira que se realice, es el control de legalidad respecto al artículo 18 de la Ordenanza impugnada materia de este análisis, es el hecho que a su criterio existe para ellos un impacto económico considerable pues a su forma de ver las tasas establecidas son desproporcionadas a la capacidad contributiva de sus asociados, indica que lo demostrará en su momento oportuno con la presentación del informe técnico proporcionado por la Escuela Politécnica del Litoral bajo el título “Análisis de impuestos y tasas municipales por derecho de vía para infraestructura de internet para ser considerado dentro de la nueva Ley Orgánica de Telecomunicaciones”, sin embargo de ello, de la revisión del expediente se observa que consta el oficio ESPOL-R-OFC-0573-2013 de 13 de junio de 2016 suscrito por el Rector de la ESPOL, en donde señala que respecto de aquel análisis que: “CIEC no ha realizado ningún análisis de impuestos a tasas municipales por derecho de vía para infraestructura de internet [...]”. En este sentido ASETEL no ha podido demostrar que los valores fijados en la Ordenanza impugnada sean desproporcionados. Por otra parte, también es importante indicar que cuanto a la supuesta confiscatoriedad del artículo 18 tiene entera

relación con normas de carácter constitucional (Art. 323 de la Constitución de la República del Ecuador) y que por lo tanto no entra dentro del estudio de la presente acción objetiva cuya esencia es el control de legalidad y no de constitucionalidad. **v)** En virtud de todo lo hasta aquí señalado, y en tanto que las pretensiones y argumentaciones expuestas por ASETEL han sido estudiadas, esta Sala Especializada considera que no es oportuno realizar el análisis de los demás requisitos de los actos normativos referidos *ut supra*. **vi)** Tomando en cuenta las premisas normativas referidas y fácticas, considerando además que el interés directo demostrado ha demostrado que representa ASETEL, es exclusivamente de las compañías operadoras celulares, esta Sala Especializada observa que en lo referente al texto del artículo 19 del acto impugnado, el Gobierno Autónomo Descentralizado en su momento sí podía establecer las tasas de: estructuras metálicas para uso de comunicaciones celulares ni antenas para servicios celulares, sin embargo esto dejó de existir con la expedición de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. **6.1.5.3.-** 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 acciónes de cobro relacionadas con la Ordenanza impugnada.-----

## VII CONCLUSIONES

**7.- Conclusiones finales:** Esta Sala Especializada llega a las siguientes conclusiones:

1) Las pretensiones relacionadas a los artículos 10, 14 y 21 de la Ordenanza publicada en el Registro Oficial Edición 842 de 30 de noviembre 2012, son improcedentes pues no guardan relación con la materia Tributaria.

2) Esta Sala considera que en cuanto al interés directo demostrado por ASETEL, dentro de la ordenanza municipal impugnada titulada “ORDENANZA QUE REGULA LA IMPLANTACIÓN DE ESTACIONES RADIO ELÉCTRICAS, CENTRALES FIJAS Y DE BASE DE LOS SERVICIOS MÓVIL TERRESTRE DE RADIO COMUNICACIONES, TELEVISIÓN Y OTRAS COMUNICACIONES DE TRANSMISIONES, FIJACIÓN DE LAS TASAS CORRESPONDIENTES A LA UTILIZACIÓN U OCUPACIÓN EL ESPACIO AÉREO MUNICIPAL, USO DE LA VÍA PÚBLICA, SUELO Y SUBSUELO EN EL CATÓN URDANETA” publicada en el Registro Oficial Edición 842 de 30 de noviembre de 2012, es contraria a lo que dispone el artículo 104 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (norma posterior) en lo que transmisiones de redes de radiocomunicación o Espectro Radioeléctrico de las señales celulares se refiere, por lo tanto se declara su ilegalidad en cuanto a los aspectos que regulan el referido bien y que fueron probados en el presente proceso, en tal virtud se declara ilegal lo siguiente: **i)** En el literal b) del artículo 18 la frase “*base celular*”. En cuanto a la frase y “*otros usos*” ésta deberá entenderse que estos no guarden relación con la

transmisión de telecomunicaciones celulares. **ii)** El literal c) la frase “*para comunicación celular*”. En virtud de lo señalado el artículo 18 de la Ordenanza impugnada titulada “ORDENANZA QUE REGULA LA IMPLANTACIÓN DE ESTACIONES RADIO ELÉCTRICAS, CENTRALES FIJAS Y DE BASE DE LOS SERVICIOS MÓVIL TERRESTRE DE RADIO COMUNICACIONES, TELEVISIÓN Y OTRAS COMUNICACIONES DE TRANSMISIONES, FIJACIÓN DE LAS TASAS CORRESPONDIENTES A LA UTILIZACIÓN U OCUPACIÓN EL ESPACIO AÉREO MUNICIPAL, USO DE LA VÍA PÚBLICA, SUELO Y SUBSUELO EN EL CATÓN URDANETA”, deberá rezar de la siguiente manera:

Art. 18.- Valoración.

a) El permiso de implantación será para cada estación y tendrá un valor de cinco salarios básicos unificados del trabajador en general del sector privado.

b) Estructura – Antenas – Torres Torretas.

Pagarán el 20% de la RBU diarios por ocupación del espacio aéreo permanente para radio, para uso comercial y otros usos que no guarden relación con a transmisiones de telecomunicaciones celulares.

c) Señalización o Frecuencia.

Clasificación: Las estructuras metálicas que son de propiedad privada, concesionarias o públicas y otras, pagarán el 20% de la RBU diaria, así como también el uso de frecuencia por ocupación del espacio aéreo de uso comercial, social y por cada una de ellas.

Antena y Frecuencia, para radio ayuda fija y radio aficionados, éstas pagarán el 7% del RBU por el mismo concepto detallado anteriormente.

Antena y Frecuencia, para radio emisora, éstas pagarán el 2% de RBU por el mismo concepto detallado anteriormente.

Tribunales  
SECRETARÍA

Señal o frecuencia de transmisión satelital de televisión, pagarán una RBU mensual.

Cables:

El tendido de cables que pertenezcan a las empresas privadas estarán sujetos a una tasa fija y permanente de \$ 0.50 centavos de dólar americanos anuales, por cada metro lineal de cable tendido, por ocupación del espacio aéreo en el Cantón Urdaneta.

Postes:

Las empresas privadas pagarán una tasa fija y permanente de 0.10 centavos de dólares diarios por cada poste instalado, por ocupación de vía pública.

4) Las pretensiones relacionadas a la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la publicación de los actos impugnados es improcedente, por los motivos expresados en el punto 6.1.5.3 *ut supra*.

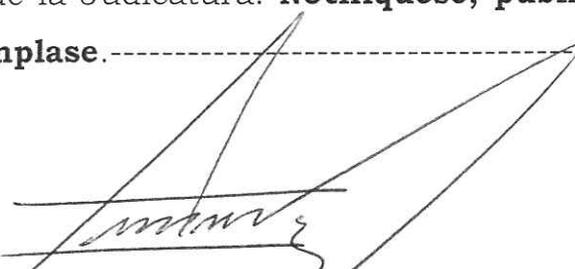
Por lo expuesto, esta Sala Especializada toma la siguiente decisión.-----

### VIII.- 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**

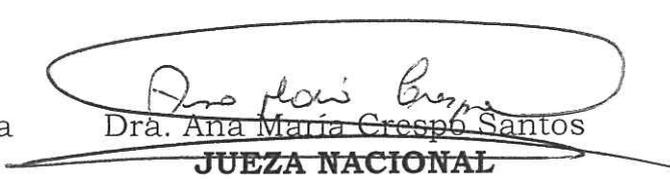
Se acepta parcialmente la demanda propuesta por el Ing. Roberto Aspiazu Estrada, DIRECTOR EJECUTIVO DE LA ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES (ASETEL), en los términos analizados en el presente edicto. Actúe la Ab. Alejandra Morales Navarrete en calidad de Secretaria Relatora, de conformidad 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, martes dos de mayo del dos mil diecisiete, a partir de las dieciséis horas y dieciséis minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la SENTENCIA y VOTO SALVADO 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 URDANETA - LOS RIOS en el correo electrónico santiago12056@hotmail.com del Dr./Ab. NIVELA ORTEGA EMVER SANTIAGO. 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 39 fotocopias que anteceden son iguales a los originales que constan dentro del Juicio No. 17751-2016-0003 que sigue la ASOCIACION DE EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES ASETEL en contra del GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE URDANETA, las mismas que las confiero debidamente certificadas. Quito, 9 de mayo 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](http://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.